

PRISCILLA SOARES DE OLIVEIRA

**ENTRE INCLUSÃO E EXCLUSÃO: MODELOS DE SUSPENSÃO
DOS DIREITOS POLÍTICOS DO CONDENADO CRIMINALMENTE**

Dissertação de Mestrado

Orientador: Professor Titular Dr. Celso Fernandes Campilongo

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

São Paulo-SP

2017

PRISCILLA SOARES DE OLIVEIRA

**ENTRE INCLUSÃO E EXCLUSÃO: MODELOS DE SUSPENSÃO
DOS DIREITOS POLÍTICOS DO CONDENADO CRIMINALMENTE**

Dissertação apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito, na área de concentração Filosofia e Teoria Geral do Direito, sob a orientação do Professor Titular Dr. Celso Fernandes Campilongo.

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

São Paulo-SP

2017

Catlogação da Publicação

Oliveira, Priscilla Soares de

Entre inclusão e exclusão: Modelos de suspensão dos direitos políticos do condenado criminalmente / Priscilla Soares de Oliveira. -- São Paulo: USP / Faculdade de Direito, 2017.

109f.

Orientador: Professor Titular Dr. Celso Fernandes Campilongo

Dissertação (Mestrado), Universidade de São Paulo, USP, Programa de Pós-Graduação em Direito, Teoria Geral e Filosofia do Direito, 2017.

1. Direitos políticos. 2. Suspensão por condenação criminal. 3. Suspensão de direitos políticos em perspectiva internacional. 4. Extensão dos efeitos e dos desdobramentos da suspensão no caso brasileiro. 5. Teoria dos Sistemas. 6. Impactos sobre a condição de cidadão. I. CAMPILONGO, Celso Fernandes. II. Título.

BANCA EXAMINADORA

Professor:
Instituição:

Professor:
Instituição:

Professor:
Instituição:

Aos meus pais que, desde muito cedo, ensinaram-me o exercício da crítica e da indignação frente às “injustiças”.

AGRADECIMENTOS

O presente trabalho é fruto da conjugação de reflexões a mim proporcionadas, acadêmica e profissionalmente, durante esta incipiente trajetória “sociológico-jurídica”.

Profissionalmente, atribuiria a dois momentos específicos. Primeiro, quando tive a oportunidade de, já no distante ano de 2008, como estagiária de pesquisa, trabalhar no projeto sobre Penas Alternativas desenvolvido pelo Núcleo de Estudos sobre o Crime e a Pena da Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas, oportunidade em que, dentre inúmeros interlocutores muito qualificados, tive o privilégio de compartilhar com o Professor Álvaro Pires, da Universidade de Ottawa, meu primeiro “estranhamento” em relação ao artigo 15, inciso III da Constituição Federal.

Em segundo, ao Escritório Modelo Dom Paulo Evaristo Arns da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, onde, entre 2014 e 2016, por meio de atuação semelhante à dos Defensores Públicos do Estado, com a responsabilidade adicional de orientar graduandos dos primeiros anos de Direito, pude manter vivos parte de meus ideais sobre acesso à justiça de qualidade aos “vulneráveis”, dentre os quais os próprios condenados criminalmente.

Agradeço, pois, a todos os integrantes do Núcleo de Estudo sobre o Crime e a Pena, ao Professor Álvaro Pires, pelos breves e riquíssimos momentos de ensinamento sobre a espinhosa aplicação da teoria dos sistemas ao “sub-sistema” de direito criminal; à Maíra Machado, com a certeza de que o direito penal não me perdeu pelo caminho, graças, em boa parte, a sua “mentoria”. Igualmente a todos os advogados-orientadores do Escritório Modelo e aos estagiários, com quem muito aprendi.

Ao sociólogo e Professor Renato Sérgio de Lima, um dos grandes nomes da sociologia da violência e das instituições criminais no Brasil, pelas breves, mas ricas oportunidades de diálogo, bem como incentivo ao desenvolvimento do presente tema, fomentando valiosa interlocução com membros do DEPEN-MJ.

Aos amigos e cientistas extremamente qualificados, interlocutores de alto nível com os quais a dupla graduação e, agora, os estudos de pós-graduação me presentearam: Marcos Lucca Silveira, Lucas Petroni, Pedro Henrique Ribeiro, Gladston Vianna, Gabriel Fonseca, e os colegas de monitoria Haroldo, Fernando, Thais e Andrea.

Academicamente, em especial ao Professor e Orientador Celso Campilongo, modelo de acadêmico, com quem tive o privilégio de, já no 1º ano da Graduação em Direito, aprender as primeiras lições de Ciência Política e Teoria Geral do Estado as quais, feliz e paradoxalmente, nada tinham de introdutórias ao apresentar-nos Schumpeter, Habermas, Macpherson e Luhmann. Pela “mentoria” acadêmica durante todos esses anos: indicações bibliográficas, obras emprestadas, incentivo e instrução; pela confiança e pelos desafios, constantes e enriquecedores, que se põe ao ser por ele orientada.

E também ao Professor Orlando Villas Boas que, sempre muito receptivo as minhas ideias e dúvidas, contribui com os caminhos de minhas pesquisas desde a graduação.

Ao Soares&Willemam Sociedade de Advogados, que foi concebido, gerado e nasceu no curso desta dissertação, reforçando minha convicção de que uma advocacia mais humana e pessoal é possível, permitindo-me dar vazão a essas crenças e, quiçá habilidades. Em especial a minha sócia, Anna Karla Willemam, que compreendeu as ausências e desdobrou-se para cobri-las, sem perdermos a qualidade.

Aos demais amigos e amigas que, pelo risco de esquecer-me de algum, não menos fundamental, reservo-me o direito de agradecer pessoalmente.

Aos meus pais, Reginaldo e Dulcina, e minha irmã, Alessandra, pelo amor e apoio incondicionais. Por proporcionarem a mim, constantemente, o substrato material e emocional de todas as conquistas; por ensinarem-me a preciosidade do conhecimento e os valores da humildade e perseverança.

Ao Denny Militello, advogado e acadêmico promissor, com quem tenho a alegria e privilégio de compartilhar meus dias no último ano. Sem o seu apoio para superar algumas dificuldades que enfrentei nesse curto período, esse trabalho não seria possível. Obrigado por ser meu companheiro de discussões, de madrugadas em claro, mas sobretudo de vida, nossa vida comum que está sendo traçada, conjuntamente.

OLIVEIRA, Priscilla Soares de. Entre inclusão e exclusão: Modelos de suspensão dos direitos políticos do condenado criminalmente. 2017. 109f. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2017.

RESUMO

Essa dissertação de mestrado analisa suspensão dos direitos políticos na hipótese de condenação criminal transitada em julgado, enquanto durarem seus efeitos (artigo 15, III, CF/88). A partir da constatação de uma relativa indiferença dos juristas e estudiosos do Direito brasileiros em relação aos direitos políticos – quando comparado à produção acadêmica acerca dos direitos civis e sociais – pretende-se trazer a luz importantes discussões já iniciadas em âmbito internacional.

O estudo apresenta parte significativa do debate acerca da suspensão dos direitos político em países europeus, debate este introduzido e/ou fomentado sobretudo pela Corte Europeia de Direitos Humanos, bem como mapeia o estado atual da legislação acerca da suspensão nos estados norte-americanos. Demonstra-se o caráter ainda muito incipiente e raso das discussões desenvolvidas no Brasil.

Pretende, na sequência, uma comparação com o “estado da arte” brasileiro a respeito da temática, o que evidencia que a suspensão dos direitos políticos na hipótese de condenação criminal experimenta, no país, fronteiras bastante rigorosas: tanto em razão da extensão de seu escopo de incidência, como em virtude do alcance de seus desdobramentos em detrimento da condição de cidadania do condenado criminal.

Por fim, com o auxílio de elementos da Teoria dos Sistemas de Niklas Luhmann, intenta lançar luz sobre a hipótese de que parte expressiva das dificuldades e do conservadorismo em enfrentarmos o problema advém do *locus* constitucional da previsão da suspensão dos direitos políticos.

Palavras-Chave: Direitos políticos. Suspensão por Condenação Criminal. Suspensão de direitos políticos em perspectiva internacional. Extensão dos efeitos e dos desdobramentos da suspensão no caso brasileiro. Teoria dos sistemas. Impactos sobre a condição de cidadão.

OLIVEIRA, Priscilla Soares de. Between inclusion and exclusion: Models of suspension of the political rights of convicted felons. 2017. 109p. Dissertation for Master's Degree – Faculty of Law, University of São Paulo, São Paulo, 2017.

ABSTRACT

This master's thesis analyzes suspension of the political rights in the event of a unappealable criminal conviction, as long as in force its effects. Having regard a considerable indifference of Brazilian lawyers and scholars in relation to the study of political rights - comparing with academic production related to civil and social rights - it is intended to share important discussions already begun at the international level.

The study introduces a significant part of the debate about depriving of political rights in European countries. Such debate was introduced and/or encouraged mainly by the European Court of Human Rights. The work, as well, outline the current disenfranchisement policies in force in the States of the United States of America. It demonstrates that such discussion regarding depriving the political rights is still very incipient and flat in Brazil.

Intend to provide a comparison between international models of depriving political rights with Brazilian "state of the art" model. In this sense, presents that Brazilian model of suspension/depriving political is outlined at a rigorous model, both because of the extent of its scope of incidence and either because of the extent of its unfolding regarding the felon convicted's citizenship status.

Finally, with elements of Niklas Luhmann's Systems Theory, intends to shed light on the hypothesis that a significant part of the difficulties and conservatism in dealing with the problem stems from the placement in the Federal Constitution of the provision regarding the suspension of political rights.

Keywords: Political Rights. Suspension of Political Rights. Suspension of political rights at an international level. Extent of the effects and consequences of the suspension of political rights in Brazil. Systems Theory. Impacts of the suspension of political rights on the condition of citizenship.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1.0 ACESSO AOS DIREITOS POLÍTICOS EM XEQUE: A PROBLEMATIZAÇÃO DAS CAUSAS DE SUA SUSPENSÃO	13
1.1. Ressalva terminológica	13
1.2. Breve esboço sobre a evolução histórica e conceitual dos direitos políticos.....	18
1.3 A suspensão aos direitos políticos como forma de elitização do acesso aos rumos da res publica.....	26
2. A SUSPENSÃO DOS DIREITOS POLÍTICOS DAS PESSOAS COM CONDENAÇÃO CRIMINAL: UMA PERSPECTIVA INTERNACIONAL	31
2.1. Panorama do instituto perante o direito internacional	31
2.1.1. A judicialização do tema por Cortes Supranacionais de Direitos Humanos e Tribunais Constitucionais	41
2.1.1.1 O caso Hirst v. Reino Unido julgado pela Corte Europeia de Direitos Humanos	42
2.1.1.1.1. Desdobramentos do caso Hirst perante países da Europa e o próprio Reino Unido	45
2.1.1.2 Comparativo de casos julgados perante os Tribunais Constitucionais e Cortes Supranacionais de Direitos Humanos.....	49
2.1.1.3. A privação do direito de voto nos Estados Unidos da América .	60
2.1.1.3.1. Panorama geral sobre a privação do direito de voto nos EUA	60
2.1.1.3.2 A análise da privação do direito voto perante a Suprema Corte dos EUA.....	64
3. O instituto da suspensão dos direitos políticos no Brasil	68
3.1. O tratamento da suspensão dos direitos políticos por condenação criminal ao longo das diversas Constituições Federais.....	68
3.2. O tratamento na ordem constitucional instaurada pela Constituição de 1988	79
4. Contribuições para elucidação do problema: elementos de Teoria dos Sistemas..	88
4.1. O sistema jurídico	88
4.2. O sistema político.....	97
4.3. A Constituição como acoplamento estrutural	98

CONCLUSÃO..... 100

REFERÊNCIAS..... 105

INTRODUÇÃO

O tema central do presente estudo, conforme indica o próprio título da dissertação, é a análise acerca da suspensão dos direitos políticos nos casos de condenação criminal transitada em julgado, enquanto durarem seus efeitos – nos exatos termos do quanto determina a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 15, inciso III.

Aliás, foi justamente a partir do “estranhamento” de referido dispositivo constitucional – no contexto de um debate acerca do direito de voto do preso provisório, este sim assegurado formalmente pela Carta Magna, ainda que de maneira implícita, por exclusão – que surgiram os primeiros questionamentos pela autora acerca dos fundamentos (histórico-filosóficos) da suspensão dos direitos políticos dos condenados criminalmente.

Qual é a razão de ser da suspensão dos direitos políticos daqueles com condenação criminal, transitada ou não em julgado? Como se dá a suspensão de direitos políticos por ocasião da condenação criminal em outros países? Como a sistemática brasileira da suspensão dos direitos políticos do condenado criminalmente diferencia-se dos sistemas adotados em outros países?

Em relação especificamente ao ordenamento pátrio, quais as consequências de a hipótese de suspensão dos direitos políticos por condenação criminal transitada em julgado estar prevista na lei máxima do país, ou seja, diretamente na Constituição Federal? Trata-se de inovação instaurada em nosso ordenamento pelo Constituinte de 1988? Existe coerência entre tal restrição e as demais hipóteses de suspensão e/ou perda dos direitos políticos, igualmente previstas no artigo 15 da Constituição e, em alguns casos, reguladas por legislação extravagante? E entre essa hipótese de suspensão dos direitos políticos e a sistemática constitucional dos direitos e garantias fundamentais, há coerência interna entre si?

Essas são algumas das questões sobre as quais o presente estudo pretende lançar luz, sem, entretanto, qualquer pretensão de esgotamento das discussões (e, tampouco, das respostas) – tanto pela complexidade que a temática revelou com o aprofundamento das pesquisas, quanto por um relativo “pioneirismo” que este trabalho encerra ao problematizar a suspensão dos direitos políticos em caso de condenação criminal transitada em julgado. Isso porque de acordo com o levantamento bibliográfico realizado, a produção acadêmica e a confrontação jurídica do tema em território nacional restringe-se, em grande medida, ao

debate sobre o direito de voto dos presos provisórios – cuja importância revela-se, é verdade, ainda mais candente à vista da própria permissão constitucional.

De todo modo, em que pese modesto a curto prazo, o objetivo é ousado a médio e longo prazo: o que se pretende é iluminar questões – ou parte delas – que permanecem “nas trevas” da discussão jurídica, política e/ ou sociológica brasileira e, a partir disso, quiçá deduzir novas possibilidades de pesquisa empírica ou uma linha de estudos autônoma.

Essa pretensão, vale dizer, decorre do próprio processo de pesquisa, por meio do qual foi possível identificar e mapear os debates que se desenvolvem acerca do tema da suspensão dos direitos políticos daqueles que sofrem condenação criminal em nível internacional, debates tais mobilizados especialmente pela Corte Europeia de Direitos Humanos e pela criminologia e política criminal dos Estados Unidos da América.

Como restará mais claro a partir da leitura da segunda seção do presente estudo, uma grande parte dos países integrantes da União Europeia, principalmente nos últimos anos, revisitaram e até reviram suas legislações internas acerca da suspensão do direito de voto dos prisioneiros, impulsionados pelo julgamento de alguns casos paradigmáticos pela Corte Europeia de Direitos Humanos. De outro giro, alguns estados norte-americanos experimentaram avanços e retrocessos durante as duas últimas décadas no tocante a suspensão dos direitos políticos dos condenados criminalmente, inclusive com a correspondente alteração na legislação (e/ou Constituição) estadual.

Em ambos os casos, contudo, o que se pretende destacar não são necessariamente as mudanças (legais ou jurisprudenciais) efetivadas, mas principalmente o grau e o teor das discussões que fomentaram as mudanças – ou simplesmente pautaram sua necessidade e possibilidade – e, ainda, as que dela decorreram. Noutras palavras, o presente estudo não se filia, *a priori*, a uma posição normativa ou axiológica – favorável ou contrária – acerca da suspensão dos direitos políticos nos casos de condenação criminal transitada em julgado, dedicando-se a defendê-la ao longo do desenvolvimento do trabalho. Antes, dedica-se a “inaugurar” semelhantes discussões no tocante ao modelo brasileiro de suspensão de direitos políticos – seja para mantê-lo, seja para reformá-lo.

Nesse sentido, algumas distinções e delimitações acerca do que se entende por “direitos políticos” no âmbito do ordenamento brasileiro fizeram-se necessárias antes de adentrarmos propriamente na temática de sua suspensão e explorarmos, pois, as diferenças da restrição ao longo da história das Constituições brasileiras; os limites com outras formas

de suspensão e perda dos direitos políticos; a natureza jurídica e classificação do instituto na perspectiva de diferentes áreas do direito brasileiro; as consequências e desdobramentos da suspensão dos direitos políticos, bem como repercussões em outras esferas da vida do condenado; entre outras questões problematizadas na seção 2 do presente trabalho.

Por fim, visando identificar “o que não veem, aqueles que não veem aquilo que não veem”, optamos então por analisar a questão da suspensão dos direitos políticos nos casos de condenação criminal – já problematizada em perspectiva internacional e, também, à luz do ordenamento brasileiro – sob a ótica da Teoria dos Sistemas de Niklas Luhmann.

Isso porque, como se pretende demonstrar na terceira seção desta dissertação, a teoria sistêmica revela-se capaz de iluminar, por meio da mobilização de elementos do sistema político e do sistema jurídico, bem como de inclusão/ exclusão e integração/ desintegração, a hipótese de que parte expressiva das dificuldades e do conservadorismo em enfrentarmos o problema advém do *locus* constitucional, no caso brasileiro, da previsão da suspensão dos direitos políticos na hipótese de condenação criminal.

1. O ACESSO AOS DIREITOS POLÍTICOS EM XEQUE: A PROBLEMATIZAÇÃO DAS CAUSAS DE SUA SUSPENSÃO

1.1. Ressalva terminológica: cidadania x direitos políticos

No Brasil, a questão da suspensão dos direitos políticos no caso de condenação criminal encontra-se prevista na Constituição Federal, mais especificamente no inciso III do artigo 15. Aliás, a temática dos direitos políticos – e não apenas sua suspensão – recebe tratamento constitucional, qual seja o Capítulo IV, sob mesma denominação – “Dos Direitos Políticos” –, que compõe, ao lado de outros igualmente relevantes – como “Direitos Individuais”, “Direitos Sociais”, “Nacionalidade” e “Partidos Políticos” – o Título II da Constituição, nominado “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”, tão caro aos entusiastas da Carta Cidadã.

Antes de adentrarmos, porém, no tratamento dado à suspensão dos direitos políticos por condenação criminal no Brasil, algumas delimitações e distinções fazem-se necessárias. A primeira delas diz respeito ao emprego do próprio termo “direitos políticos”, uma vez que frequentemente associado à noção de cidadão e/ou cidadania e esta, por sua vez, não raro é confundida com a ideia de nacionalidade. Vejamos.

Embora no Brasil haja uma aproximação (ou correlação) entre “cidadãos” e “direitos políticos”, é fundamental consignar que o mesmo não acontece necessariamente nos demais ordenamentos jurídicos ao redor do mundo. Exatamente por isso, optou-se, do ponto de vista terminológico, pela utilização da expressão “direitos políticos”, em detrimento da alcunha “cidadãos” – que não guarda, necessariamente, semelhante semântica à luz das Constituições e/ou legislações em perspectiva internacional. Tanto é verdade que, como se denota do capítulo anterior, a extensa bibliografia estrangeira consultada, preponderantemente em língua inglesa, ao tratar da temática não fala em “citizenship” ou “citizen”, mas estritamente em “right to vote” e “disenfranchisement” (e seus derivados

“disenfranchise”^{1 2} e “disenfranchised”^{3 4}).

De acordo com José Afonso da Silva, os direitos políticos podem ser compreendidos como o conjunto de normas legais permanentes cuja formação é resultante, historicamente, das exigências do direito democrático de participação do povo no governo, por meio de seus representantes⁵.

Pimenta Bueno, conforme citado por Silva, já conceituava os direitos políticos, em face da Constituição do Império, como “as prerrogativas, os atributos, faculdades ou poder de intervenção dos cidadãos ativos no governo de seu país, intervenção direta ou só indireta, mais ou menos ampla, segundo a intensidade do gozo desses direitos”⁶. A respeito dessa definição proposta pelo clássico publicista brasileiro, vale destacar o uso da expressão “cidadãos ativos”.

À época, fazia-se imprescindível a qualificação dos cidadãos como “ativos” para identificar aqueles titulares de direitos políticos; ou seja, era preciso distingui-los dos cidadãos em geral (“cidadãos inativos”), uma vez que estes equivaliam aos “nacionais”, detentores ou não de direitos políticos. Isso porque, por muito tempo, os termos “cidadania” e “nacionalidade” foram empregados como sinônimos no Brasil, inclusive pelas Constituições, em especial a Constituição do Império, de 1824 – sob o “Título 2º - Dos Cidadãos Brasileiros”, que tratava das questões atinentes à nacionalidade e à suspensão de direitos políticos –, e a Constituição da República, de 1891 – perante esta, os conceitos confundiam-se de maneira ainda mais acentuada, uma vez que tratados indistintamente,

¹ Disenfranchise (*verb*) = to take away someone’s rights, especially their right to vote. *In* Longman Dictionary of Contemporary English. Pearson Longman. Pearson Education Limited – Fifth edition, 2009, p. 483.

² Disenfranchise (*verb*) = to take away [power](#) or [opportunities](#), especially the [right](#) to [vote](#), from a [person](#) or [group](#). *In* Cambridge Dictionary. Disponível em < <http://dictionary.cambridge.org/pt/dicionario/ingles/disenfranchise> >. Último acesso em 04/05/2017.

³ Disenfranchised (*adj*) = not having any rights, especially the right to vote, and not feeling part of society. *In* Longman Dictionary of Contemporary English. Op. citada, p. 483.

⁴ Disenfranchised (*adj*) = not having the right to [vote](#), or a similar right, or having had that right taken away; having no power to make people listen to your opinion or to affect the society you live in. *In* Cambridge Dictionary. Disponível em < <http://dictionary.cambridge.org/pt/dicionario/ingles/disenfranchised> >. Último acesso em 04/05/2017.

⁵ Sobre a “positivação” dos direitos políticos, SILVA, relata brevemente, que o regime representativo desenvolveu técnicas destinadas a efetivar a designação dos representantes do povo nos órgãos governamentais, as quais, a princípio, aplicavam-se *empiricamente* nas épocas em que o povo deveria proceder à escolha dos seus representantes. Aos poucos, porém, certos modos de proceder foram transformando-se em regras que o direito positivo sancionou como normas de agir. SILVA, José Afonso da. Comentário Contextual à Constituição. 6ª. Edição. São Paulo : Malheiros Editores, 2009, p. 211.

⁶ BUENO, José Antônio Pimenta. Direito Público Brasileiro e Análise da Constituição do Império. Brasília, Ministério da Justiça e Senado Federal/UnB, Brasília, 1958 e 1978. *Apud* SILVA, José Afonso da. Comentário Contextual à Constituição. 6ª. Edição. São Paulo : Malheiros Editores, 2009. p. 211.

ambos, sob o “Título IV – Dos Cidadãos Brasileiros” e “Seção I – Das Qualidades do Cidadão Brasileiro”⁷.

Nesse sentido, Araujo Castro observa que, pela primeira vez, “o Anteprojeto governamental de 1933 fazia perfeita distinção entre nacionalidade e cidadania, conforme se vê do seguinte: ‘São *brasileiros*: a) os nascidos no Brasil; b) os filhos de brasileiro, ou brasileira, nascidos fora do Brasil, se nele estabelecerem domicílio; c) os filhos de brasileiros, ou brasileira, noutro país a serviços do Brasil, embora neste não venham domiciliar-se; d) os estrangeiros que, achando-se no Brasil a 15 de novembro de 1889, não declararam, seis meses depois de ter entrado em vigor a Constituição de 1891, o ânimo de conservar a nacionalidade de origem; e) os estrangeiros, por outro modo naturalizados’ (art. 96). ‘São *cidadãos* os brasileiros alistáveis como eleitores, ou que desempenhem ou tenham desempenhado legalmente função pública’ (art. 98)”⁸. Observe que ambos os artigos encontravam-se no “Capítulo I – Dos Direitos Políticos”, do “Título III – Da Declaração de Direitos”.

Importante destacar que por “brasileiros” fazia-se alusão aos que ostentavam a nacionalidade brasileira, seja de forma originária, seja de forma adquirida – como no caso dos estrangeiros que a obtinham por meio da naturalização. Por outro lado, o termo “cidadãos” referia-se aos brasileiros, nacionais ou naturalizados, alistáveis como eleitores ou com exercício de função pública. Semelhante lógica foi adotada posteriormente pela Constituição de 1937, a qual, no entanto, propôs nova redação ao tópico, intitulando-o “Da Nacionalidade e da Cidadania”.

De igual forma, mantendo o mesmo subtítulo “Da Nacionalidade e da Cidadania”, a Constituição Democrática de 1946 tratou dos temas sob as alcunhas “brasileiros” – referindo-se à nacionalidade –, e “eleitores”, fazendo alusão aos direitos políticos. Apenas no período ditatorial, com a Constituição de 1967, foi proposta a subdivisão em dois

⁷ Afirma Araujo Castro que “o mesmo acontecia com a Constituição de 1891, que declara o seguinte no art. 69: ‘São cidadãos brasileiros: 1º) os nascidos no Brasil, ainda que de pai estrangeiro, não, residindo este a serviço de sua nação; 2º) os filhos de pai brasileiro e os ilegítimos de mãe brasileira, nascidos em país estrangeiro, se estabelecerem domicílio na República; 3º) os filhos de pai brasileiro, que estiver em outro país ao serviço da República, embora nela não venham domiciliar-se; 4º) os estrangeiros, que achando-se no Brasil aos 15 de novembro de 1889, não declararem, dentro em seis meses depois de entrar em vigor a Constituição, o ânimo de conservar a nacionalidade de origem; 5º) os estrangeiros que possuírem bens imóveis no Brasil e forem casados com brasileiros ou tiverem filhos brasileiros contanto que residam no Brasil, salvo se manifestarem a intenção de não mudar de nacionalidade; 6º) os estrangeiros por outro modo naturalizados’.” *In* CASTRO, Araujo. A Constituição de 1937. 2ª edição (revista e aumentada). São Paulo : Editora Freitas Bastos, 1941, pp. 296-297.

⁸ Idem. *Ibidem*, pp. 296-297.

capítulos autônomos – “Capítulo I – Da Nacionalidade” e “Capítulo II – Dos Direitos Políticos”, formato já mais próximo da Constituição atual de 1988.

Ora, por meio desse breve retrospecto, nota-se que o “cidadão” surge, num conceito hodierno, como o nacional a que se atribuem os direitos políticos; a nacionalidade – anteriormente equivalente ao sentido amplo do conceito de cidadão ou “cidadãos inativos” – passa a ocupar claramente a posição de pré-requisito, de *conditio sine qua non* para a configuração do cidadão, para a obtenção da titularidade dos direitos de eleger e ser eleito.

Esta digressão afigura-se fundamental a fim de delinear a concepção de “direitos políticos” usada no presente trabalho – uma vez que guarda íntima relação com a noção de cidadão e, por conseguinte, com a distinção entre nacionalidade e cidadania. Atualmente, tem-se, de modo mais claro, que nacionalidade é o vínculo ao território estatal por nascimento ou naturalização, ao passo que cidadania é um status ligado ao regime político.

Por outro lado, nem todos os países adotam essa mesma distinção como ponto de partida. Originalmente, a Constituição Americana nenhuma distinção faz entre nacionalidade e cidadania. Como se depreende das lições de Araujo Cruz, a Décima Quarta Emenda, ao declarar que todas as pessoas, nascidas ou naturalizadas nos Estados Unidos e sujeitas a sua jurisdição são cidadãos dos Estados Unidos, equipara os conceitos: para ser cidadão estadunidense basta preencher as condições de nascimento ou naturalização, independentemente de estar investido ou não com o sufrágio⁹. Ou seja, a Constituição Americana parece não traçar qualquer paralelo entre a noção de cidadão e direitos políticos (o que, inclusive, pode levar a uma falsa ideia acerca da extensão da democracia e da representatividade do grupo de cidadãos dos Estados Unidos).

Nesse sentido, para aclarar esse suposto arbítrio de critérios, vale lançar mão dos ensinamentos de Dallari, segundo os quais “a aquisição da cidadania depende sempre das condições fixadas pelo próprio Estado, podendo ocorrer com o simples fato do nascimento em determinadas circunstâncias” – como parece ser o caso da Constituição Americana e sua 14ª Emenda – “bem como pelo atendimento de certos pressupostos que o Estado estabelece” – como no caso dos artigos 14 e 15 da Constituição Federal de 1988. E continua: “a cidadania

⁹ “We have said that citizenship does not necessarily include the right of voting. This is apparent from the language of the fourteenth amendment, which does not declare that ‘all adult males’ are citizens, but that ‘all persons’ born or naturalized in the United States and subject to the jurisdiction thereof are citizens of the United States. It follows from this that females and minors are equally citizens of the United States, if they fulfill the conditions as to birth or naturalization, as are those invested with the suffrage (BLACK: Handbook of American Constitutional Law, p. 635)”. *Apud* CASTRO, Araujo. Op. citada, p. 296, nota de rodapé (3).

ativa, por sua vez, pressupõe a condição de cidadão, mas exige que, além disso, o indivíduo atenda a outros requisitos exigidos pelo Estado”¹⁰. De acordo com esse entendimento, é possível que cidadão ativo perca ou tenha reduzido os atributos da cidadania ativa, sem, contudo, perder a cidadania. Entretanto, não é o que parece acontecer na hipótese da suspensão dos direitos políticos dos condenados criminalmente, como veremos mais adiante.

De todo modo, no presente trabalho, estamos alinhados ao conceito sugerido pelo constitucionalista José Afonso da Silva e hoje bastante pacífico na doutrina jurídica, segundo o qual “‘cidadão’, no Direito Brasileiro, é o indivíduo que seja titular dos direitos políticos de votar e ser votado, e suas consequências”¹¹. Este conceito deriva, na verdade, da concepção iluminista-republicana do termo, tal qual proposta pela primeira vez pela Declaração de Direitos de 1789, durante a Revolução Francesa, intitulada “*Déclaration des Droits de l’Homme et du Citoyen*”. A análise histórica ensina que, com a cisão, o discurso jurídico burguês pretendia, por “direitos do homem”, referir-se a e significar os direitos civis, de cunho individual; e, por outro lado, com “direitos do cidadão”, referir-se a e significar os direitos políticos, aí incluídos os de votar e ser votado¹².

Não se ignora, ademais, a existência de outras noções de cidadania, fundamentais para o desenvolvimento de estudos na Sociologia e Ciência Política, as quais identificam o exercício dos direitos políticos como apenas um dos componentes do cidadão. A noção clássica de Marshall¹³, por exemplo, compreende a cidadania como conceito amplo, cuja análise histórica permite concebê-la enquanto composta por três partes ou elementos: o civil, o político e o social – ou, ainda, distingue as várias *dimensões* da cidadania em direitos civis, direitos políticos e direitos sociais. T.A. Marshall sugere também que a cidadania na Inglaterra desenvolveu-se observando uma ordem cronológica – direitos civis no século

¹⁰ DALLARI, Dalmo de Abreu. Elementos de Teoria Geral do Estado. 23 ed. São Paulo : Saraiva, 2002, p. 100.

¹¹ SILVA, José Afonso da. Op citada, p. 211.

¹² Nesse sentido, ver SILVA, José Afonso da. Op. citada, p. 35.

¹³ “Estarei fazendo o papel de um sociólogo típico se começar dizendo que pretendo dividir o conceito de cidadania em três partes. Mas a análise é, neste caso, ditada mais pela história do que pela lógica. Chamarei estas três partes, ou elementos, de civil, política e social. O elemento civil é composto dos direitos necessários à liberdade individual – liberdade de ir e vir, liberdade de imprensa, pensamento e fé, o direito à propriedade e de concluir contratos válidos e o direito à justiça. (...) Por elemento político se deve entender o direito de participar no exercício do poder político, como um membro de um organismo investido da autoridade política ou como um eleitor dos membros de tal organismo. As instituições correspondentes são o parlamento e conselhos do Governo local. O elemento social se refere a tudo o que vai desde o direito a um mínimo de bem-estar econômico e segurança ao direito de participar, por completo, na herança social e levar a vida de um ser civilizado de acordo com os padrões que prevalecem na sociedade. As instituições mais intimamente ligadas com eles são o sistema educacional e os serviços sociais”. In MARSHALL, T. H. Cidadania, Classe Social e Status. Tradução de Merton Porto Gadelha. Rio de Janeiro : Zahar Editores, 1967, p. 63-64.

XVIII; direitos políticos no século XIX; e direitos sociais no século XX – e uma ordem lógica, segundo a qual o exercício dos primeiros permitiu a conquista dos segundos e assim sucessivamente¹⁴.

É bem verdade, outrossim, que a Constituição vigente reforça, por outro lado, uma nova dimensão da cidadania, também num sentido mais amplo do que o de titular dos direitos políticos. Referida dimensão encontra-se consagrada, por exemplo, no artigo 1º, II¹⁵; no artigo 5º, LXXVII¹⁶; no artigo 205, *caput*¹⁷. Nesse sentido, cidadania “consiste na consciência de pertinência à sociedade estatal como titular dos direitos fundamentais, da dignidade como pessoa humana, da integração participativa no processo do poder, com a igual consciência de que essa situação subjetiva envolve também deveres de respeito à dignidade do outro, de contribuir para o aperfeiçoamento de todos”¹⁸.

Em que pese a fundamental importância desta dimensão de cidadania, que guarda profunda relação com o incremento dos direitos fundamentais, bem como de outras noções sociológicas do termo, como vimos, o que se revela pertinente para o presente estudo é justamente circunscrever a concepção de cidadão àquela estrita, enquanto nacional (ou naturalizado) titular dos direitos políticos de votar e ser votado e suas consequências.

1.2. Breve esboço sobre a evolução histórica e conceitual dos direitos políticos

Os direitos políticos, do ponto de vista fático, remontam à Antiguidade Clássica e à participação dos homens livres e qualificados na coisa pública, nos assuntos da *polis* grega. Como potencial berço do sistema político que hoje identificamos como democracia, a Grécia

¹⁴ “Foi com base no exercício dos direitos civis, nas liberdades civis, que os ingleses reivindicaram o direito de votar, de participar do governo de seu país. A participação permitiu a eleição de operários e a criação do Partido Trabalhista, que foram responsáveis pela introdução dos direitos sociais”. In CARVALHO, José Murilo de. *Cidadania no Brasil: o longo caminho*. 14ª ed. Rio de Janeiro : Civilização Brasileira, 2011, p. 10-11.

¹⁵ Art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...); II - a cidadania; (...). In Brasil, Constituição Federal de 1988. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 06/05/2017.

¹⁶ Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) LXXVII - são gratuitas as ações de *habeas corpus* e *habeas data*, e, na forma da lei, os atos necessários ao exercício da cidadania. In Id. Ibid.

¹⁷ Art. 205. A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho. In Id. Ibid..

¹⁸ SILVA, José Afonso da. Op. Citada, p. 36.

e sua história produziram importante material a respeito do tema.

Apenas a título de exemplo, Aristóteles dedica boa parte de sua obra para identificar e descrever o que seriam as características esperada de um cidadão e, em última análise, para definir quem era o “cidadão integral” ou “cidadão no sentido absoluto”¹⁹. Em suas palavras, “um cidadão integral pode ser definido por nada mais nem nada menos que pelo direito de administrar justiça e exercer funções pública (...)”²⁰. Observa-se, no entanto, que ao rememorar as civilizações antigas, se está diante da democracia em sua forma direta.

Por sua vez, elucida Caggiano, a noção de democracia como a experimentamos hodiernamente, com viés marcadamente representativo, “embora possa ser detectado na passagem dos Antigos – Jellinek localiza em Roma e na Grécia clássica formas embrionárias da representação política – tem sua gênese e encontra sua linha evolutiva na Grã-Bretanha, a *mater parlamentarum*, tradicional exportadora de modelos políticos”²¹, influenciado, sobretudo, pelos movimentos revolucionários do século XVIII.

Fato é que a noção de direitos políticos é necessária e inexoravelmente histórica, guardando íntima relação com as formas de Estado e de governo adotadas ao longo dos séculos pelos diferentes países e civilizações, tendo apresentado, portanto, expansões e retrações significativas no tocante ao seu conteúdo, à importância e à função que lhe é atribuída, ao seu alcance e ao modo de realizar-se.

A discussão é riquíssima e bastante vasta, mas seus limites certamente extrapolam o objetivo central deste estudo. Assim, é fundamental sinalizar que, quando nos referirmos aos “direitos políticos” ao longo do trabalho, estamos adstritos aos direitos vinculados à *res publica*, no seu sentido originário de coisa pública, ou seja, *coisa do povo e para o povo*, em oposição a qualquer forma de tirania.

Do ponto de vista cronológico, a concepção de direitos políticos que se pretende encontra-se de fato situada na Idade Contemporânea, uma vez que a conquista do sufrágio universal – sendo o sufrágio “um dos mais eminentes direitos, diretamente relacionado ao

¹⁹ Nesse sentido, ver ARISTÓTELES. Política. Tradução de Mário da Gama Kury. 3ª ed. Brasília : Editora Universidade de Brasília, 1997. Livro III, Capítulos I a III.

²⁰ ARISTÓTELES. Op. citada, p. 78.

²¹ HERMAN-CAGGIANO, Monica. Sufrágio. Alistamento Eleitoral. A Força do Voto. In: GUILHERME, Walter de Almeida; KIM, Richard Pae; SILVEIRA, Vladimir Oliveira da (Coord). Direito Eleitoral e Processual Eleitoral: temas fundamentais. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2012, p.80.

homem político”²² – “foi um dos objetivos da Revolução Francesa e constou dos programas de todos os movimentos políticos do século XIX, que se desencadearam em busca da democratização do Estado”²³. Já do ponto de vista jurídico, encontram-se melhor alinhados ao Estado Democrático, cujo um dos fundamentos principais é justamente a supremacia da vontade popular.

Sob esse contexto, vale destacar também a perspectiva dos direitos políticos enquanto *direitos humanos e fundamentais*. Já na Declaração Universal dos Direitos Humanos, adotada e proclamada pela Resolução 217-A (III) da Assembleia Geral das Nações Unidas em 10/12/1948, assinada pelo Brasil na mesma data, há a previsão expressa no Artigo 21²⁴, segundo a qual:

Artigo 21.

1. Todo ser humano tem o direito de tomar parte no governo de seu país diretamente ou por intermédio de representantes livremente escolhidos.
2. Todo ser humano tem igual direito de acesso ao serviço público do 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 de voto.

Por sua vez, no Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos²⁵ – adotado pela Resolução 2.200-A (XX) da Assembleia Geral das Nações Unidas aos 16/12/1966, porém ratificada pelo Brasil tão somente aos 24/01/1992, há previsão semelhante quando à proteção dos direitos políticos.

E, igualmente, a Convenção Americana de Direitos Humanos, ou Pacto de San José da Costa Rica²⁶ – adotada e aberta para assinatura na Conferência Especializada

²² HERMAN-CAGGIANO, Monica. Sufrágio. Alistamento Eleitoral. A Força do Voto. In: GUILHERME, Walter de Almeida; KIM, Richard Pae; SILVEIRA, Vladimir Oliveira da (Coord). Direito Eleitoral e Processual Eleitoral: temas fundamentais. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2012, p.79.

²³ DALLARI, Dalmo de Abreu. Op. citada, p. 183.

²⁴ Disponível em < <http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001394/139423por.pdf> >. Acesso em 06/05/2017.

²⁵ Artigo 25. Todo cidadão terá o direito e a possibilidade, sem qualquer das formas de discriminação mencionadas no artigo 2 e sem restrições infundadas: a) de participar da condução dos assuntos públicos, diretamente ou por meio de representantes livremente escolhidos; b) de votar e de 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. BRASIL. Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm >. Acesso em 04/05/2017.

²⁶ Artigo 23. Direitos políticos. 1. Todos os cidadãos devem gozar dos seguintes direitos e oportunidades: a) de participar na direção dos assuntos públicos, diretamente ou por meio de representantes livremente eleitos; b) de votar e ser eleitos em eleições periódicas autênticas, realizadas por sufrágio universal e igual e por voto secreto que

Interamericana sobre Direitos Humanos, em San José da Costa Rica, aos 22/11/1969, e ratificada pelo Brasil aos 25/09/1992 – com destaque para a ressalva por ela inserida, no sentido de que a **lei** pode regular o exercício dos direitos políticos, “exclusivamente por motivos de idade, nacionalidade, residência, idioma, instrução, capacidade civil ou mental, ou condenação, por juiz competente, em processo penal”.

No âmbito doméstico, como vimos, a Constituição Federal de 1988 dá o tom, desde o Preâmbulo, do tipo de Estado e forma de governo que o Brasil adotaria e, por consequência, o tratamento dado aos direitos políticos nela previstos. Fica claro, já a partir do artigo 1º do documento constitucional, que se trata de um regime democrático (“Estado Democrático de Direito”), fundado no princípio da cidadania e soberania popular, segundo o qual todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes, ou diretamente.

Nesse contexto exsurge a necessidade de um conjunto de instituições que disciplinem a participação popular no processo político – os denominados “direitos políticos”, responsáveis por qualificar a cidadania, tais como eleições, sistema eleitoral, partidos políticos etc.

Do ponto de vista da doutrina jurídica brasileira, o tema dos direitos políticos é objeto de estudo especialmente dos Constitucionalistas – uma vez que, em nosso ordenamento, encontram-se tais direitos previstos na Constituição e por ela assegurados – e dos dogmáticos do Direito Eleitoral, ramo que se ocupa de sua regulamentação e de seu exercício.

Assim, lançando mão de alguns conceitos por eles propostos, temos que os direitos políticos são o conjunto de normas legais permanentes que viabilizam o direito democrático de participação do povo no governo por meio de representantes²⁷, de acordo com José Afonso da Silva.

Em Bastos, por sua vez, o conceito obtém-se por contraposição aos direitos oponíveis ao Estado e que visam a inibir sua atuação – os direitos e liberdades *individuais*; denominam-se, pois, direitos políticos, os direitos assecuratórios da participação do

garanta 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 motivos de idade, nacionalidade, residência, idioma, instrução, capacidade civil ou mental, ou condenação, por juiz competente, em processo penal. Disponível em < https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm >. Acesso em 04/05/2017.

²⁷ SILVA. José Afonso da Silva. Curso de Direito Constitucional Positivo. 29 ed. São Paulo : Malheiros, 2007, p. 344.

indivíduo na vida política e na estrutura do próprio Estado, na condução da coisa pública. Abrangem, segundo ele, “o poder que qualquer cidadão tem na condução dos destinos de sua coletividade, de uma forma direta ou indireta, vale dizer, sendo eleito ou elegendo representantes próprios junto aos poderes públicos”²⁸.

De outro giro, em uma proposição mais sistematizada, Lenza sugere que “os direitos político nada mais são que instrumentos por meio dos quais a CF garante o exercício da soberania popular, atribuindo poderes aos cidadãos para interferirem na condução da coisa pública, seja direta, seja indiretamente”²⁹.

Ou ainda, em leitura contemporânea – contemplando a possibilidade de participação na *res publica* por intermédio da sociedade civil organizada – os direitos políticos seriam “todos os direitos de participação, direta ou indireta, dos cidadãos, por si ou por meio das organizações e das entidades civis, nos processos de formação, deliberação e decisão dos Poderes Públicos em questões de governo e de estado, estando tais direitos contidos na noção mais abrangente de cidadania (...)”³⁰.

Independentemente da definição proposta, no entanto, bem como do alinhamento acadêmico-ideológico de quem propõe, todos compartilham da percepção de possuírem os direitos políticos um caráter positivo – em contraponto ao caráter negativo típico dos direitos individuais, ou liberdades clássicas, objeto das reivindicações do século XVIII com o fim de controle e imposição de limites ao poder do Estado. E o caráter positivo dos direitos político decorre exatamente do fato de demandar “ação” de seus titulares, os cidadãos, bem ao contrário do absenteísmo estatal esperado com relação às liberdades individuais.

Nesse ponto, aliás, cabe um breve parênteses no sentido de que os direitos e liberdades individuais parecem receber, e ainda até hoje, dedicação bastante desproporcional – quando comparado aos direitos políticos – por parte dos juristas e acadêmicos. Reflexo do próprio Constituinte Originário, que se debruçou sobremaneira em relação aos primeiros, esmiuçando-os num rol *exemplificativo* de 78 (setenta e oito) incisos, mas não apenas.

²⁸ BASTOS, Celso Ribeiro. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Celso Bastos Editora, 2002, p. 454.

²⁹ LENZA, Pedro. Direito Constitucional Esquematizado. 16 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo : Saraiva, 2012, p. 1121.

³⁰ CONCEIÇÃO, Tiago de Menezes. Direitos Políticos Fundamentais e sua Suspensão por Condenação Criminal e por Improbidade Administrativa. Curitiba: Juruá, 2010, p. 81-82.

Inclusive porque, já nas Constituições anteriores, os dispositivos acerca dos direitos políticos sempre foram concisos e modestos³¹.

Outro denominador comum na doutrina parece ser a correlação inevitável entre o artigo 1º, parágrafo único³², e o Capítulo IV, do Título II, intitulado Direitos Políticos, todos da Constituição Federal de 1988. A soberania popular – enquanto um dos fundamentos da República Federativa do Brasil e *conditio sine qua non* à instituição de um Estado Democrático de Direito – figura, ao mesmo tempo, como requisito de existência e de validade aos direitos políticos fundamentais assegurados na Lei Suprema.

À esteira dos ensinamentos do jurista Adriano Soares da Costa, no contexto da Constituição brasileira, os termos “soberania popular” e “cidadania” devem, na verdade, ser tidos como sinônimos, “como vínculo jurídico-político do cidadão com o Estado, pelo qual exsurge o direito à participação política (direito de votar e ser votado), bem como deveres políticos para com o Estado (fidelidade à Pátria, prestação do serviço militar, obrigatoriedade do voto etc)³³”.

Ponto pacífico na literatura, ademais, é a identificação do ato de votar e de ser votado como os direitos políticos por excelência, sobretudo nas democracias representativas

³¹ A esse respeito, vislumbra-se algumas explicações potenciais para a aparente subvalorização do tema pelos juristas: (i) O passado escravagista e uma história política entrecortada por períodos de governos totalitários, marcados pela restrição aos direitos individuais, tendem a reforçar a importância e o interesse pelas liberdades clássicas. Até porque movimento semelhante pode ser identificado em âmbito internacional, em especial à luz dos documentos internacionais de Direitos Humanos, cuja fonte principal remonta os excessos da 2ª Guerra Mundial no tocante às garantias individuais. (ii) O próprio comportamento do eleitorado brasileiro, tido, em regra, como negligente aos direitos políticos. A esse respeito, HERMANN-CAGGIANO costuma contestar tal hipótese em diversos estudos e artigos, demonstrando que “a tendência natural ao exercício da cidadania pelo voto, por parte do eleitor brasileiro, já foi objeto de registro. Esse revela, de fato, uma verdadeira vocação para as urnas, quase parte da índole nacional formatada ao longo dos anos”, sem deixar de observar, todavia, que o sufrágio não implicou, necessária e efetivamente, instrumento eficaz à participação política. In HERMANN-CAGGIANO, Monica. O cidadão-eleitor: o voto e o papel que desempenha no quadro brasileiro. In MARTINS, Ives Gandra da Silva (coord.). As vertentes do direito constitucional contemporâneo: estudos em homenagem a Manoel Gonçalves Ferreira Filho. Rio de Janeiro : América Jurídica, 2002. (iii) A existência de linhas da Ciência Política destinadas especificamente ao estudo do exercício dos direitos políticos pelo eleitorado brasileiro, tais como Cultura Política, Comportamento Eleitoral etc. Fato que, oportuno dizer, não dispensa o aprofundamento da perspectiva jurídica a respeito do tema, uma vez que diversos são os métodos, parâmetros, abordagens e objetos das duas ciências (a Ciência Política e a Ciência Jurídica). E (iv) a tradição sociológica brasileira, que muito contribuiu para a compreensão do perfil clientelista e coronelista dos cidadãos brasileiros, desenvolvendo-se, porém, de maneira mais acentuada, apenas até o final da República Velha.

³² Art. 1º. (...) Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição. In Brasil, Constituição Federal de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 06/05/2017.

³³COSTA, Adriano Soares da. Instituições de Direito Eleitoral. 6ª ed rev. ampl. e atual. Belo Horizonte : Del Rey, 2006., p. 33.

ou indiretas³⁴, como a brasileira – o que é materializado pelo artigo 14, caput da Constituição³⁵. Segundo Silva, “o núcleo fundamental dos direitos políticos consubstancia-se no direito eleitoral de votar e ser votado, embora não se reduza a isso (...)”³⁶.

No mesmo sentido, Costa afirma, de modo categórico que “não é escusado dizer que as formas mais importantes do seu exercício [exercício da soberania da participação popular] são o ato de votar, pelo qual, nas democracias indiretas, o povo escolhe os seus representantes entre aqueles que concorrem nas eleições; e o ato de candidatar-se a cargo eletivo”³⁷.

Sobre esse aspecto, alguns pontos são dignos de nota. O primeiro deles diz respeito à confusão entre os termos “voto” e “sufrágio”, usualmente empregados como sinônimo. A doutrina especializada, no entanto, propõe uma distinção clássica com base na natureza própria dos institutos: o sufrágio consiste no *direito público subjetivo* de participar “no polo epicêntrico das decisões políticas”, seja ativa, seja passivamente, ao passo que o voto configura o instrumento por meio do qual esse direito se concretiza, o ato pelo qual se exercita esse direito.

Importante notar que grande parte da doutrina distingue dois aspectos do direito (público subjetivo) de sufrágio: o aspecto *ativo*, que seria o direito de votar; e o *passivo*, que compreende o direito de ser votado^{38 39}.

³⁴ A doutrina classifica, em regra, os regimes democráticos em três espécies: (i) democracia direta, na qual o povo exerce diretamente o poder, sem intermediários, sem representantes; associada normalmente à democracia grega e, atualmente, a alguns cantões suíços; (ii) democracia representativa, sistema adotado a partir do século XVIII, em que os cidadãos se fazem presentes indiretamente na administração da coisa pública, através de delegados eleitos para esta função; e (iii) democracia semidireta ou participativa, um “sistema híbrido”, de acordo com LENZA, “uma democracia representativa com peculiaridades e atributos da democracia direta” In LENZA, Pedro. Op. citada, p. 1121. Ainda, segundo BASTOS, “os instrumentos de democracia direta, portanto, são a tentativa de dar mais materialidade ao sistema indireto. É tentar reaproximar o cidadão da decisão política, sem intermediário”. In BASTOS, Celso Ribeiro. Op. citada, p. 457.

³⁵ 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: (...). In Brasil, Constituição Federal de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 06/05/2017.

³⁶ SILVA, José Afonso da. Comentário Contextual à Constituição. Comentário Contextual à Constituição. 6ª. Edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 212.

³⁷ COSTA, Adriano Soares da. Op. citada, p. 34.

³⁸ Representam essa parcela majoritária da doutrina, dentre outros: SILVA, José Afonso da; HERMAN-CAGGIANO, Monica; LENZA, Pedro; ARAÚJO, Luiz Alberto David e NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano.

³⁹ Vale destacar que em SILVA, além dos aspectos – ativo e passivo – do sufrágio, o constitucionalista emprega os termos “direitos políticos ativos” ou “direito eleitoral ativo” e “direitos políticos passivos” ou “direito eleitoral passivo” para referir-se, respectivamente, ao direito de votar (e, pois, ao eleitor e sua atividade) e ao direito de ser votado (portanto, aos elegíveis e aos eleitos). In SILVA, José Afonso da. Comentário Contextual à Constituição. Op. cit., p. 212.

Há uma parcela minoritária, contudo, que sugere que o direito de sufrágio contempla tão somente o direito de votar (*ius singulli*), enquanto o direito de ser votado (*ius honorum*) não caracterizaria aspecto (passivo) do sufrágio, mas direito público subjetivo autônomo, denominado *elegibilidade*. Sob essa classificação, decorrente da literalidade do artigo 14, caput e §3º da Constituição Federal, tem-se que ambos os direitos públicos subjetivos – direito de votar e elegibilidade – são espécies do gênero soberania popular (ou cidadania)⁴⁰. O presente estudo optou por alinhar-se às terminações da corrente minoritária, sobretudo a fim de evitar confusões comuns a partir do uso das dicotomias “ativo”/“passivo” e “positivo”/ “negativo”.

O que vale destacar, porém, independentemente da classificação adotada, é o ponto incontroverso na doutrina: o direito de votar – direito de sufrágio (*ius singulli*) – é pressuposto do direito de ser votado – elegibilidade (*ius honorum*) –, sendo seu antecedente lógico e cronológico. Ou seja, apenas aquele que já detém o direito de votar poderá, preenchidos os demais requisitos, obter o direito de ser votado; o sufrágio é pré-requisito indispensável da elegibilidade, mas a recíproca não é verdadeira.

O direito de votar, por sua vez, surge a partir do alistamento eleitoral: “o alistamento é o ato jurídico do qual dimana o direito de votar (*ius singulli*), de exercer a cidadania pela escolha livre e soberana dos seus representantes, nas democracias indiretas”⁴¹. Saliente-se que o ordenamento jurídico estabelece algumas condições para o alistamento, com destaque para os §§1º e 2º do artigo 14 da Constituição, segundo os quais são alistáveis (i) os brasileiros, natos ou naturalizados; (ii) com idade mínima de 16 anos, facultativamente, ou 18 anos, obrigatoriamente; (iii) desde que não conscritos (recrutados para o serviço militar obrigatório).

O Código Eleitoral brasileiro, instituído pela Lei nº 4.737/1965, também regulamenta a questão, dispondo expressamente no artigo 5º que não podem se alistar eleitores (I) os analfabetos⁴²; (II) os que não saibam exprimir-se em língua nacional⁴³; e (III)

⁴⁰ Nesse sentido, COSTA, Adriano Soares. Op. citada, p. 34-35.

⁴¹ COSTA, Adriano Soares. Op. cit., p. 35-36.

⁴² CF/88, art. 14, § 1º, II, a: alistamento e voto facultativos aos analfabetos. Ac.-TSE nº 23291/2004: este dispositivo não foi recepcionado pela CF/88. In Brasil. Tribunal Superior Eleitoral. Código eleitoral anotado e legislação complementar. 12. ed. Brasília: Tribunal Superior Eleitoral, Secretaria de Gestão da Informação, 2016, p. 29. Disponível em <http://www.tse.jus.br/hotsites/catalogo-publicacoes/pdf/codigo_eleitoral/codigo_eleitoral-anotado-e-legislacao-complementar-12-edicao-atualizado.pdf>. Acesso em 06/05/2017.

⁴³ V. Res.-TSE nº 23274/2010: este dispositivo não foi recepcionado pela CF/88. In Brasil. Tribunal Superior Eleitoral. Op. citada, p. 29. Disponível em <http://www.tse.jus.br/hotsites/catalogo-publicacoes/pdf/codigo_eleitoral/codigo_eleitoral-anotado-e-legislacao-complementar-12-edicao-atualizado.pdf>. Acesso em 06/05/2017.

os que estejam privados, temporária ou definitivamente, dos direitos políticos. Importante observar, contudo, que os dois primeiros incisos não foram recepcionados pela Constituição de 1988, tendo sido o III incorporado pelo artigo 15 da CF/88.

Nesse sentido, denota-se que a privação temporária ou definitiva dos direitos políticos tem sido uma máxima em nosso ordenamento jurídico, inclusive, reiterada ao longo das diversas Constituições Federais (como será melhor exposto no Capítulo 3).

A par da importância dos direitos políticos, questiona-se em qual medida é legítima a sua privação, especialmente no que concerne ao objeto do presente trabalho: a privação decorrente de uma condenação criminal.

Após esse breve sobrevoo sobre o contexto no qual se encontra inserido o tema central deste estudo, passaremos a desvendá-lo de modo mais detido, tentando responder a essas e demais questões.

1.3. A suspensão aos direitos políticos como forma de elitização do acesso aos rumos da *res publica*

Segundo o artigo 15, III, da Constituição Federal de 1988, constitui causa de suspensão ou perda dos direitos políticos a condenação criminal transitada em julgado, enquanto durarem seus efeitos.

De acordo com Uggen e Manza⁴⁴, a história da suspensão dos direitos políticos dos condenados está fortemente atrelada à Grécia, ao Império Romano, bem como a Europa Medieval e ao Direito Inglês, este, na figura do denominado “*bill of attainder*”⁴⁵.

⁴⁴ UGGEN; Christopper; MANZA; Jeff. Punishment and Democracy: Disenfranchisement of Nonincarcerated Felons in the United States. Disponível em <http://users.soc.umn.edu/~uggen/Manza_Uggen_POP_04.pdf> Acesso em 13 mai 2017

⁴⁵ Segundo Charles H. Wilson Júnior, é obscura a origem do “Bill of Attainder” no Direito Inglês. Há registros mais significativos no século XIV. Foram inicialmente utilizados para confiscar bens de rebeldes mortos, que dificilmente seriam condenados pela Justiça. Os Bill of Attainder gradualmente se tornaram um método conveniente de lidar com inimigos políticos da Corte e do Parlamento Inglês que dificilmente seriam condenados em um Tribunal de Justiça. A iniciativa de propor um “Bill of Attainder” ficava originalmente a cargo do Rei, mas o Parlamento gradualmente assumiu essa tarefa. Uma “Bill of Attainder” continha 4 (quatro) características essenciais: (i) identificava a vítima pelo nome; (ii) citava os atos praticados pela vítima que o Parlamento identificava que mereciam a punição; (iii) continha declaração de culpa; (iv) descrevia a punição. Nem todos os Bill of Attainder seguiam essas características. Alguns impunham a pena a algumas pessoas ou a um grupo determinado. Alguns referiam-se a alguns atos passados, outros eram condicionais, para a hipótese de que a pessoa praticasse eventualmente algum daqueles atos. Alguns dos Bill of Attainder tinham como objetivo remover um inimigo político antes que ele se tornasse poderoso suficiente para representar uma ameaça real ao Rei ou ao Parlamento. Durante e após a “Revolutionary War”, cada uma das 13 (treze) colônias

Na Grécia Antiga, discorrem ainda Uggen e Manza⁴⁶, “*atimia*” era a denominação do status atribuído aos condenados criminais que tinham, por consequência, a suspensão de direitos atrelados ao exercício de sua cidadania.

Já perante a Roma Antiga, a figura similar era denominada “*infâmia*”⁴⁷ – ou seja, um status de desgraça atribuído ao condenado criminal que incluía a perda do direito de sufrágio, bem assim de servir às legiões romanas (uma oportunidade desejada)⁴⁸. Nas palavras de Cesare Beccaria⁴⁹, “a infâmia é uma marca da desaprovação pública, que retira do culpado a consideração, a confiança que a sociedade depositava nele e essa espécie de irmandade que une os cidadãos de uma mesma nação”⁵⁰.

adotou o Bill of Attainders dirigidos para aqueles que se mantivessem leais à Inglaterra durante o conflito. As penas eram diversas entre confiscar propriedades e bani-los das colônias em particular; outros, porém, constituíam-se de penas de morte. As Bill of Attainder, posteriormente, foram proibidas pela Constituição dos Estados Unidos da América.[...]. (WILSON JR. Charles H.. The Supreme Court's Bill of Attainder Doctrine: A Need for Clarification. 54 Cal. L. Rev. 212 (1966). Disponível em <http://scholarship.law.berkeley.edu/californialawreview/vol54/iss1/11> Acesso em 06/05/2017)

⁴⁶ UGGEN; Christopper; MANZA; Jeff. Punishment and Democracy: Disenfranchisement of Nonincarcerated Felons in the United States. Disponível em <http://users.soc.umn.edu/~uggen/Manza_Uggen_POP_04.pdf> Acesso em 13 mai 2017

⁴⁷ José Carlos Moreira Alves explica a infâmia no Direito Romano: “Anteriormente a Justiniano, os cidadãos romanos, para gozarem da consideração pública, deviam comportar-se não só de acordo com os preceitos de direito, mas também com os da moral e da honradez. Aqueles que desse modo não se conduziam sofriam, já no período republicano, restrições na capacidade jurídica. Assim, os censores, a seu arbítrio, podiam (anotando na lista do recenseamento o motivo da exclusão – nota censoria) excluir do Senado, ou da ordem dos cavaleiros, ou das tribos, as pessoas que praticassem falta grave contra os costumes romanos; o magistrado que presidia a uma eleição (em geral, o cônsul) podia recusar a inscrição, na lista dos candidatos, daqueles que, por motivos morais, não lhe parecessem dignos; o pretor, com relação às pessoas que se enquadravam em certas causas estabelecidas no Edito (por exemplo, os condenados em ações infamantes, como a ação de furto; os bígamos; os gladiadores; os comediantes), não lhes permitia representar alguém em juízo, ou nele ser representadas por outrem; e, finalmente, certas leis (como a lei Iulia Municipalis) não admitiam ocupasse alguns cargos administrativos (por exemplo, o de decurião) quem tivesse praticado atos desabonadores nelas enumerados.

Note-se, porém, que, até Justiniano, essas pessoas não sofriam nenhuma condenação moral imposta pelo Estado, embora a opinião pública as denominasse, em geral, pessoas ignominiosae.

Justiniano é que, mantendo em suas linhas gerais essas causas e esses efeitos, impôs a tais pessoas uma condenação moral, denominando-as infames. Surge, assim, a infâmia como categoria jurídica” (ALVES, José Carlos Moreira. Direito Romano. Vol. 1. 13ª edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004. Pág. 118-119)

⁴⁸ UGGEN; Christopper; MANZA; Jeff. Punishment and Democracy: Disenfranchisement of Nonincarcerated Felons in the United States. Disponível em <http://users.soc.umn.edu/~uggen/Manza_Uggen_POP_04.pdf> Acesso em 13 mai 2017

⁴⁹ BECCARIA, Cesare. Dos Delitos e das Penas. Tradução de Torrieri Guimarães. São Paulo: Editora Martin Claret, 2006. Pág. 60.

⁵⁰ De especial importância para esse trabalho, que será ainda melhor aprofundado, Beccaria complementa que: “As penas de infâmia devem ser raras, pois o emprego frequente do poder da opinião debilita a força da própria opinião. A infâmia não deve recair tampouco sobre um grande número de pessoas ao mesmo tempo, pois a infâmia de um grande número não é mais, em breve, a infâmia de ninguém” (BECCARIA, Cesare. Dos Delitos e das Penas. Tradução de Torrieri Guimarães. São Paulo: Editora Martin Claret, 2006. Pág. 60).

Na Europa medieval, por sua vez, era a doutrina da “morte civil” que ensejava a perda dos direitos políticos⁵¹. Por meio dela, os condenados não apenas tinham a perda de direitos relativos a sua qualidade de cidadãos, como também eram expostos a injúrias ou morte. Os apenados com a “morte civil” poderiam ser mortos por qualquer pessoa sem que o ofensor estivesse sujeito a qualquer punição.

Antes de prosseguir, no entanto, cabe uma pequena observação: as medidas restritivas ao direito de voto citadas acima referiam-se às pessoas que detinham o direito de sufrágio e, eventualmente, tal direito era suprimido. Todavia, o sufrágio àquela época não era universal (este, passou a ser concebido nos séculos XIX e XX⁵²). Na Grécia, por exemplo, o sufrágio era reservado a apenas homens e que detinham o *status* de cidadão (escravos e homens sem tal *status* não detinham o direito de voto)⁵³.

Da mesma forma, a Constituição dos Estados Unidos da América, em sua 14ª Emenda, ratificada no dia 9/7/1868, não fazia distinção entre nacionalidade e cidadania. No entanto, àquela época, mulheres, a despeito de serem cidadãs, não detinham o direito de sufrágio⁵⁴.

O que se pretende demonstrar é que o direito de sufrágio, ao longo da história, sempre foi restrito àquelas pessoas que detinham o “privilégio” de comandar os rumos da *res pública*. Sim, tal prerrogativa de comandar os rumos era vista como um privilégio.

Nesse sentido, quem atentasse contra os interesses da sociedade – especialmente contra os cidadãos que detinham poder de comandar os rumos do Estado – era-lhe imposta a privação do direito de também contribuir quanto aos rumos que a sociedade adotaria. Dentro desse contexto de punição que se esquadrinhou a suspensão e/ou perda dos direitos políticos no passado.

Já desde a Antiguidade, a suspensão do direito de voto por conta de uma violação às regras sociais era vista também como impeditivo do sujeito a participar dos rumos do Estado, ante uma prática vista como não aceita socialmente pelos demais.

⁵¹ UGGEN; Christopher; MANZA; Jeff. Punishment and Democracy: Disenfranchisement of Nonincarcerated Felons in the United States. Disponível em <http://users.soc.umn.edu/~uggen/Manza_Uggen_POP_04.pdf> Acesso em 13 mai 2017

⁵² UGGEN; Christopher; MANZA; Jeff. Locked Out: Felon Disenfranchisement and American Democracy. Nova York: Oxford University Press, Inc., 2006. Posição 466

⁵³ Ibidem, posição 466.

⁵⁴ CASTRO, Araújo. A Constituição de 1937. 2ª edição. Rio de Janeiro: Editora Freitas Bastos, 1941. Pág. 296.

Ocorre que, com a evolução do sufrágio, tornando-o universal, pondera-se qual o papel da suspensão do direito político dos condenados criminais senão a exclusão deles, ainda que temporária, da participação dos rumos da *res publica*, exatamente dentro do mesmo conceito que se dava com penas da antiguidade, no que tange aos direitos políticos, tal como *atimia*, infâmia ou, ainda, o *bill of attainder*.

Alexandre Keyssar⁵⁵, ao tratar da sociedade norte-americana, relata exatamente o mesmo ponto levantado de que “*parece ter abafado o interesse no tema*” (direito de voto):

... em meados do século XX, essa impressão de conflito e contingência recuou; talvez por causa da conquista do direito ao voto por parte das mulheres e ao clima ideológico agradável que o liberalismo da Guerra Fria propiciou, a ideia de uma marcha inexorável em direito ao sufrágio universal se tornava proeminente. ‘Uma das vitórias mais fáceis da causa democrática’, proclamou o cientista político E.E. Schattschneider em 1960, ‘foi a luta pela extensão do sufrágio... A luta pelo voto foi quase sem derramamento de sangue, quase inteiramente pacífica e incrivelmente fácil’ [...]

O mais importante foi que o pressuposto progressivo parece ter abafado o interesse no tema, desviado o foco da investigação da história do direito ao voto, mesmo numa época em que a luta pelo sufrágio gerava conflitos e violência no Sul.

O que se observa é que essa aparente indiferença – para não afirmar negligência – frente ao direito de voto e, em última análise, aos direitos políticos, não é exclusividade da sociedade – e/ou dos teóricos – norte-americana. No caso brasileiro, ao que parece, ao se atingir o sufrágio, ao menos, nominalmente universal, deixou-se de problematizar em grande medida o tema relativo ao acesso ao direito ao voto e se, de fato, tem sido universal.

Essa discussão, sobretudo no tocante aos que sofreram condenação criminal, já está presente na comunidade internacional, como será vista no próximo Capítulo. Há inúmeros julgados desafiando os benefícios da privação ao direito de voto dos condenados criminais, sem que qualquer governo tenha conseguido apresentar argumentos razoáveis a favor de sua manutenção.

Por outro lado, nos Estados Unidos da América, que conservam tal privação ao direito de voto, de forma ainda mais rigorosa (se considerados os Estados que privam permanentemente os condenados criminais, mesmo depois de cumprida sua pena), as discussões também avançaram, inclusive, do ponto de vista de se questionar se de fato há

⁵⁵ KEYSSAR, Alexander. O direito de voto. A controversa história da democracia nos Estados Unidos. Tradução Márcia Epstein. Edição revisada. São Paulo: Editora Unesp, 2014. p.24-25

algum interesse sub-reptício na manutenção da política de privação ao direito de voto ao afastar determinadas classes do rumo da *res publica*. No caso dos EUA, tal discussão cinge-se, sobremaneira, a questões étnico-raciais, tal qual a participação do negro na política.

Assim, antes de se finalizar esse Capítulo, e a fim de inspirar-nos reflexões mais profundas, toma-se a liberdade de citar Hamilton, Madison e Jay, na obra *O Federalista*, quando tratam da importância de que todas as classes dentro de uma sociedade estejam devidamente representadas contra a injustiça praticada pelas demais classes:

[...] Numa república é de grande importância não só defender a sociedade contra a opressão dos seus governantes, mas defender cada parte da sociedade contra a injustiça da outra parte. Existem necessariamente diferentes interesses em diferentes classes de cidadãos. Se uma maioria estiver unida por um interesse comum, os direitos da minoria ficarão pouco seguros. Há apenas dois métodos de providenciar contra este mal: um, criando na comunidade uma vontade que seja independente da maioria, isto é, da própria sociedade; o outro, abrangendo na sociedade tantos tipos distintos de cidadãos que se torne muito improvável, ou mesmo impraticável, um conluio injusto de uma maioria do todo. [...]

O segundo método será exemplificado pela república federal dos Estados Unidos. Embora toda a sua autoridade deva ser derivada e depender da sociedade, a própria sociedade estará fragmentada em tantas partes, interesses e classes de cidadãos, que os direitos dos indivíduos, ou da minoria, correrão pouco perigo de quaisquer conluios de interesses da maioria. Num governo livre a protecção dos direitos civis deve ser a mesma que a dos direitos religiosos.....⁵⁶

⁵⁶ HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. *O Federalista*. Tradução, introdução e notas de Viriato Soromenho-Marques e João C. S. Duarte. 2ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2011. p. 471-473.

2. A SUSPENSÃO DOS DIREITOS POLÍTICOS DAS PESSOAS COM CONDENAÇÃO CRIMINAL: UMA PERSPECTIVA INTERNACIONAL

Por meio desse capítulo, objetiva-se aprofundar o estudo sobre a suspensão dos direitos políticos por conta de uma condenação criminal (doravante denominados como “condenados”) dentro de uma perspectiva internacional.

Nesse sentido, será abordado, ainda que tangencialmente, a origem do instituto relativamente a suspensão do direito de voto, no direito alienígena e seu tratamento contemporâneo perante o Direito de outros países, além do Brasil.

Ao longo desse item, pretende-se demonstrar como tal discussão tem se desenvolvido fora do Brasil, especialmente nos Estados Unidos da América, sem que tal mesma problematização tenha ocorrido, até onde se tem notícia, perante o nosso país.

2.1. Panorama do instituto perante o direito internacional

Uggen e Manza⁵⁷, que a remoção permanente aos direitos civis e políticos para os condenados criminais foi quase universalmente abandonada no mundo moderno. Nos Estados Unidos da América, porém, o desenvolvimento do direito de voto seguiu um caminho diverso da tendência mundial, como será melhor exposto no item 2.1.1.3. abaixo.

Do ponto de vista dos direitos humanos, o exercício da capacidade eleitoral, ativa ou passiva (votar ou ser votado), passou a ser entendido como um princípio universal, sendo parte dos direitos fundamentais da pessoa.

José Afonso da Silva⁵⁸ explica que o princípio da plenitude do gozo dos direitos políticos positivos, de votar e ser votado, já figurava no artigo 6º da Declaração de Direitos de Virgínia (1.776), no artigo 6º da Declaração dos Direitos do Homem e Cidadão (1789) e, especialmente, no artigo 21, n.1. da Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948).

⁵⁷ UGGEN; Christopper; MANZA; Jeff. Punishment and Democracy: Disenfranchisement of Nonincarcerated Felons in the United States. Disponível em <http://users.soc.umn.edu/~uggen/Manza_Uggen_POP_04.pdf> Acesso em 13 mai 2017

⁵⁸ SILVA, José Afonso da. Comentário Contextual à Constituição. 6ª edição, atualizada até a Emenda Constitucional 57, de 18.12.2008. São São Paulo: Malheiros, 2008. Pág. 212

Como explica Humberto Fernando Cantú Rivera⁵⁹, o artigo 21 da Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948 prevê o direito de todos os seres humanos de participar no governo de seus respectivos países, de poder ter acesso à Administração Pública, e, basicamente, ao exercício da democracia *stricto sensu*, especialmente pelo exercício do direito de sufrágio em voto secreto.

No ano de 1966, perante as Nações Unidas, foi celebrado o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos⁶⁰, que prevê que todo cidadão terá o direito e a possibilidade, sem qualquer forma de discriminação e restrições infundadas, a participar na condução dos assuntos públicos, diretamente ou por meio de representantes livremente escolhidos; de votar e ser eleito em eleições periódicas, autênticas, realizadas por sufrágio universal e igualitário e por voto secreto; e ter acesso, em condições gerais de igualdade, às funções públicas de seu país.

No mesmo sentido, a Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969, também denominada Pacto de San José (Pacto de São José da Costa Rica), prevê no seu artigo 23 os direitos políticos, dentre os direitos dos seres humanos, especificando os direitos de participar na direção dos assuntos públicos, diretamente ou por meio de representantes eleitos, de votar e ser eleito em eleições periódicas autênticas, realizadas por sufrágio universal e igual e por voto secreto que garanta a livre expressão de vontade dos eleitores; e de ter acesso, em condições gerais de igualdade, às funções públicas de seu país⁶¹.

Importante destacar que o item 2 do artigo 23 do Pacto de San José especifica que a lei pode regular o exercício dos direitos políticos exclusivamente por motivos de idade, nacionalidade, residência, idioma, instrução, capacidade civil ou mental, ou condenação, por juiz competente, em processo penal.

⁵⁹ RIVERA, Humberto Fernando Cantú. The right to vote of prisoners in Mexico. Mexican Law Review. Vol. IV, Nº 2 (24/6/2011). Disponível em <<https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/mexican-law-review/article/download/7766/9741>> Acesso em 3 mai 2017

⁶⁰ BRASIL, Decreto no 592, de 6 de julho de 1992. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Promulgação. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm> Acesso em 3 mai 2017

⁶¹ COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Disponível em <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm> Acesso em 3 mai 2017

Laleh Ispahani⁶² descreve em trabalho publicado em 2009⁶³ que quase metade dos países europeus não preveem mais a suspensão do direito de voto (capacidade eleitoral ativa) aos condenados criminais. Com relação a parcela restante de países europeus – na maioria, localizados na Europa Oriental – parte deles aplicam a suspensão do direito de voto apenas em determinados casos específicos, a depender do crime praticado e/ou da gravidade da pena imposta e outra (pequena) parte aplica a privação de forma indiscriminada ao condenado criminal.

No mesmo trabalho, Laleh Ispahani elucida que os Tribunais estrangeiros, especialmente os de Direitos Humanos, que avaliaram a suspensão do direito de voto aos condenados criminais concluíram que a suspensão automática e total dos direitos políticos viola princípios básicos da democracia. Nesses países, como será ainda detalhado, os poderes legislativo e executivo não apresentaram resistência significativa ao cumprimento da determinação de restauração dos direitos de voto aos condenados criminais.

Nesse sentido, os presos passaram a participar do processo eletivo diretamente das suas respectivas instituições prisionais, computando-se seus votos para as eleições relativas a seus domicílios eleitorais. Isto é, o condenado criminal passou a exercer seu direito de voto relativamente ao seu domicílio eleitoral e não ao domicílio da instituição prisional.

Atualmente, em se tratando de direito europeu, a discussão central quanto a suspensão do direito de voto distancia-se da discussão existente perante os Estados Unidos da América relativamente a suspensão total e automática de tal direito aos condenados criminais, inclusive, em alguns casos, de forma permanente; mas a quais presos deveriam ser aplicadas a suspensão do direito de voto. Na maioria dos países europeus, ainda, a discussão sobre a suspensão do direito de voto está afeita apenas aos condenados criminais que estão cumprindo pena em reclusão nas instituições prisionais – e não em regimes mais brandos que incluem os equivalentes a regime aberto ou semi-aberto.

⁶² ISPAHANI, Laleh. Voting Rights and Human Rights: A Comparative Analysis of Criminal Disenfranchisement Laws *In* EDWALD, Alec. C.; ROTTINGHAUS, Brandon (coordenadore). Criminal Disenfranchisement in an International Perspective. Nova Iorque: Cambridge University Press, 2009. Posição ebook 733

⁶³ De 2009 para 2017, outros países europeus também deixaram de prever a privação do direito de voto também como consequência de julgados havidos em Cortes Internacionais de Direitos Humanos contrariamente a tais medidas de privação, como será ainda melhor exposto.

Segundo Laleh Ispahani ⁶⁴, em síntese, na Europa, até o ano de 2009 havia: (a) 17 (dezesete) países que não aplicavam qualquer tipo de suspensão do direito de voto aos condenados criminais; (b) 12 (doze) países os quais havia suspensão do direito de voto de forma limitada e direcionada a casos de crimes e penas específicos; (c) 11 (onze) países os quais a restrição ao direito de voto era absoluta com relação aos condenados criminais.

Confira-se o quadro abaixo extraído do trabalho de Laleh Ispahani⁶⁵, publicado no ano de 2009, relativamente a países europeus, com notas de rodapé insertas com informações de outros trabalhos objeto de pesquisa para complementar e/ou atualizar informações:

Países que permitem todos os condenados a votarem	Países que permitem parte dos condenados a votarem	Países que suspendem o direito de voto a todos os condenados
Albânia	Bélgica ⁶⁶	Andorra ⁶⁷
Alemanha ⁶⁸	Bósnia e Herzegovina ⁶⁹	Bielorrússia

⁶⁴ ISPAHANI, Laleh. Voting Rights and Human Rights: A Comparative Analysis of Criminal Disenfranchisement Laws *In* EDWALD, Alec. C.; ROTTINGHAUS, Brandon (coordenador). Criminal Disenfranchisement in an International Perspective. Nova Iorque: Cambridge University Press, 2009. Posição ebook 748.

⁶⁵ ISPAHANI, Laleh. Voting Rights and Human Rights: A Comparative Analysis of Criminal Disenfranchisement Laws *In* EDWALD, Alec. C.; ROTTINGHAUS, Brandon (coordenador). Criminal Disenfranchisement in an International Perspective. Nova Iorque: Cambridge University Press, 2009. Posição ebook 748.

⁶⁶ Na Bélgica, resguardando a discricionariedade do juiz na aplicação da pena, priva-se o exercício do direito de voto para os seguintes condenados criminais: (i) por prisão perpétua ou penas de mais de 10 (dez) anos: nesses casos, a privação do direito de voto é permanente ou por um período de 20 (vinte) a 30 (trinta) anos; (ii) apenados entre 5 (cinco) a 10 (dez) anos: privação permanente do direito de voto ou por um período de 10 (dez) a 20 (vinte) anos; (iii) por crimes menores (contravenções, menor potencial ofensivo): privação por um período de 5 (cinco) a 10 (dez) anos. (*In* WHITE, Isobel; HORNE, Alexander. Prisoner's voting rights: developments since May 2015. House of Commons Library. Section Parliament and Constitution Centre. Disponível em <<http://researchbriefings.parliament.uk/ResearchBriefing/Summary/SN01764>> Acesso em 27 abr. 2017)

⁶⁷ Não há restrição legal ao exercício do direito de voto. Porém, o Estado não provê meios para que tal direito seja exercido nos estabelecimentos prisionais. *In* WHITE, Isobel; HORNE, Alexander. Prisoner's voting rights: developments since May 2015. House of Commons Library. Section Parliament and Constitution Centre. Disponível em <<http://researchbriefings.parliament.uk/ResearchBriefing/Summary/SN01764>> Acesso em 27 abr. 2017.

⁶⁸ Com relação à Alemanha, esta pesquisa encontrou incongruência de informações a respeito do tratamento dado a restrição ao exercício de direito de voto aos condenados criminais. Segundo Laleh Ispahani: não haveria qualquer restrição ao exercício do direito de voto (ISPAHANI, Laleh. Voting Rights and Human Rights: A Comparative Analysis of Criminal Disenfranchisement Laws *In* EDWALD, Alec. C.; ROTTINGHAUS, Brandon (coordenador). Criminal Disenfranchisement in an International Perspective. Nova Iorque: Cambridge University Press, 2009. Posição ebook 748).

Já Isobel White e Alexander Horne, afirmam que os condenados criminais a cumprir pena por crimes contra a integridade do Estado ou contra a ordem constitucional democrática, como insurgentes políticos, perdem seu direito ao exercício de voto até terminar de cumprir a pena e, assim, a restrição ao exercício do direito de voto dependeria do crime cometido (*In* WHITE, Isobel; HORNE, Alexander. Prisoner's voting rights: developments since May 2015. House of Commons Library. Section Parliament and Constitution Centre. Disponível em <<http://researchbriefings.parliament.uk/ResearchBriefing/Summary/SN01764>> Acesso em 27 abr. 2017)

⁶⁹ Os condenados criminais detêm, via de regra, direito ao exercício de voto, exceto aqueles que tenham sido condenados ou indiciado pelo Tribunal Penal Internacional para a Antiga Iugoslávia, Tribunal da Bósnia e Herzegovina, Tribunal da Federação da Bósnia e Herzegovina, Tribunal da República de Srpska, ou Tribunal

Áustria ⁷⁰	França ^{71 e 72}	Bulgária
Croácia ⁷³	Grécia ⁷⁴	Eslováquia ⁷⁵
Dinamarca	Itália ⁷⁶	Estônia

de Brcko por violação de normas de direitos humanos ou por deixar de comparecer para julgamento perante tais tribunais supra descritos cuja sentença é capaz de suspender o exercício do direito de voto (In WHITE, Isobel; HORNE, Alexander. Prisoner's voting rights: developments since May 2015. House of Commons Library. Section Parliament and Constitution Centre. Disponível em <<http://researchbriefings.parliament.uk/ResearchBriefing/Summary/SN01764>> Acesso em 27 abr. 2017)

⁷⁰ Segundo Isobel White e Alexander Horne, a Áustria está reformulando seu ordenamento jurídico para possibilitar o exercício do direito de voto, em virtude de um julgamento havido no ano de 2010, em primeira e segunda instância, perante a Corte Europeia de Direitos Humanos. Antes desse julgamento, a lei eleitoral excluía todas as pessoas do direito de votar que tinham sido condenadas a determinados crimes para prisão de mais de 1 (um) ano. Essa privação terminava 6 (seis) meses antes de cumprir a totalidade da pena. (In WHITE, Isobel; HORNE, Alexander. Prisoner's voting rights: developments since May 2015. House of Commons Library. Section Parliament and Constitution Centre. Disponível em <<http://researchbriefings.parliament.uk/ResearchBriefing/Summary/SN01764>> Acesso em 27 abr. 2017)

⁷¹ Na França, a suspensão do direito de exercício de voto não é automática. Deve ser devidamente fundamentada e determinada pelo juiz. O juiz detém, inclusive, a prerrogativa de não aplicar a pena de suspensão do exercício do direito de voto mesmo quando a lei prevê a sua aplicação. A restrição ao exercício do direito de voto pode durar até 10 (dez) anos para crimes graves e até 5 (cinco) anos para crimes de menor gravidade. (WHITE, Isobel; HORNE, Alexander. Prisoner's voting rights: developments since May 2015. House of Commons Library. Section Parliament and Constitution Centre. Disponível em <<http://researchbriefings.parliament.uk/ResearchBriefing/Summary/SN01764>> Acesso em 27 abr. 2017)

⁷² O regime atual francês com relação ao exercício do direito de voto foi estabelecido por meio de lei promulgada no ano de 1994, dentro de uma reforma do ordenamento jurídico Francês para compatibilizá-lo com a Constituição da França. Ainda que haja tal direito de exercício de voto a condenados criminais na França, discute-se, até hoje, a sua implementação. Apenas no ano de 2009, a lei penitenciária passou a permitir aos presos que se inscrevessem em listas para exercício do direito de voto, a ser exercido por meio de procuração ou por permissões de saída do estabelecimento prisional exclusivamente para votarem. No ano de 2012, dos 50.000 detentos que conservavam o direito de voto, cerca de 500 (quinhentos) votaram por procuração e apenas 54 (cinquenta e quatro) tiveram a permissão para sair do estabelecimento prisional para votar. A associação Robin de Lois ingressou com pedido perante Tribunal Administrativo de Paris, no dia 1º/3/2017, para que nas próximas eleições presidenciais francesas fossem instaladas urnas para voto pelos condenados criminais, pedido esse que foi rejeitado, em virtude de óbices do ponto de vista da legislação prisional. (JOURNOIS, Arnaud. *Vote em prison: une association somme l'Etat d'installer des urnes*. Le Parisien. 15.5.2017. Disponível em <http://www.leparisien.fr/societe/vote-en-prison-une-association-somme-l-etat-d-installer-des-urnes-15-03-2017-6764838.php> Acesso em 6 mai 2017)

⁷³ Na Croácia, todos os condenados criminais detêm direito de votar mas não há nenhuma penalidade para o caso de um deles deixar de exercer seu direito de voto. (In WHITE, Isobel; HORNE, Alexander. Prisoner's voting rights: developments since May 2015. House of Commons Library. Section Parliament and Constitution Centre. Disponível em <<http://researchbriefings.parliament.uk/ResearchBriefing/Summary/SN01764>> Acesso em 27 abr 2017)

⁷⁴ Certas categorias de crimes na Grécia têm o condão de restringir o condenado criminal ao exercício do direito de voto. Os condenados à prisão perpétua perdem seu exercício ao direito de voto permanentemente. (In WHITE, Isobel; HORNE, Alexander. Prisoner's voting rights: developments since May 2015. House of Commons Library. Section Parliament and Constitution Centre. Disponível em <<http://researchbriefings.parliament.uk/ResearchBriefing/Summary/SN01764>> Acesso em 27 abr. 2017)

⁷⁵ Com relação a Eslováquia, esse trabalho encontrou incongruências na informação obtida na tabela obtida em trabalho de Laleh Ispahani. Isso porque Isobel White e Alexander Horne explicam que alguns condenados criminais detêm direito ao voto no país, a depender do tempo de prisão que eles têm que cumprir. A privação ao direito de voto dura apenas enquanto cumprida a pena. Não dura mais que o período da sentença. (WHITE, Isobel; HORNE, Alexander. Prisoner's voting rights: developments since May 2015. House of Commons Library. Section Parliament and Constitution Centre. Disponível em <<http://researchbriefings.parliament.uk/ResearchBriefing/Summary/SN01764>> Acesso em 27 abr. 2017)

⁷⁶ Na Itália, não há discricionariedade do juiz quanto à restrição ao exercício do direito de voto. Ele está previsto a determinados casos na própria lei. A restrição ao exercício do direito de voto poderá ser temporária (entre 1 e 5 anos) ou permanente. Prisões perpétuas e condenações criminais de mais de 5 (cinco) anos de reclusão ensejam a restrição permanente ao direito de voto. Condenações criminais de 3 (três) a 5 (cinco) anos

Eslovênia	Luxemburgo ⁷⁷	Hungria ⁷⁸
Espanha ⁷⁹	Malta ⁸⁰	Kosovo
Finlândia	Noruega ⁸¹	Liechtenstein ⁸²
Holanda ⁸³	Polônia ⁸⁴	Reino Unido

geram restrição ao direito de voto por um período de 5 (cinco) anos. Criminosos habituais também sofrem a restrição ao exercício do direito de voto. (*In* WHITE, Isobel; HORNE, Alexander. Prisoner's voting rights: developments since May 2015. House of Commons Library. Section Parliament and Constitution Centre. Disponível em <<http://researchbriefings.parliament.uk/ResearchBriefing/Summary/SN01764>> Acesso em 27 abr. 2017)

⁷⁷ Em Luxemburgo, condenados criminais a cumprir pena acima de 10 (dez) anos perdem o direito de voto para o resto de sua vida. O juiz pode, discricionariamente, restringir o direito de voto aos condenados criminais com pena a cumprir de 5 (cinco) a 10 (dez) anos pelo tempo que durar a pena ou pelo resto da vida (permanentemente) (*In* WHITE, Isobel; HORNE, Alexander. Prisoner's voting rights: developments since May 2015. House of Commons Library. Section Parliament and Constitution Centre. Disponível em <<http://researchbriefings.parliament.uk/ResearchBriefing/Summary/SN01764>> Acesso em 27 abr. 2017)

⁷⁸ A posição da Hungria foi contestada e houve um julgamento a respeito no mês de maio de 2010. A Corte Europeia de Direitos Humanos enfrentou a questão no caso Alajos Kiss v Hungria no qual dispôs que a restrição absoluta ao exercício do direito de voto viola o direito de sufrágio previsto no artigo 3º do Protocolo 1 da Convenção Europeia de Direitos Humanos (Disponível em: <http://www.coe.int/en/web/echr-toolkit/protocole-1> Acesso em 1º mai 2017). Desde o julgamento, advogados e doutrinadores têm reclamado ao governo húngaro para alterar a Constituição da Hungria, até então sem perspectiva de mudança (*In* WHITE, Isobel; HORNE, Alexander. Prisoner's voting rights: developments since May 2015. House of Commons Library. Section Parliament and Constitution Centre. Disponível em <<http://researchbriefings.parliament.uk/ResearchBriefing/Summary/SN01764>> Acesso em 27 abr. 2017)

⁷⁹ A Espanha estava originalmente na coluna dos países que apresentam restrição ao direito de voto aos condenados criminais. Nesse país, segundo White e Horne, todos os condenados criminais têm direito a voto desde 1996, havendo incongruência com o trabalho de Laleh Ispahani. (WHITE, Isobel; HORNE, Alexander. Prisoner's voting rights: developments since May 2015. House of Commons Library. Section Parliament and Constitution Centre. Disponível em <<http://researchbriefings.parliament.uk/ResearchBriefing/Summary/SN01764>> Acesso em 27 abr. 2017)

⁸⁰ Em Malta, a maioria dos condenados criminais perdem o direito de voto pelo tempo que durar o cumprimento da sentença. Excetuam-se a regra os condenados a cumprir pena de até 12 (doze) meses ou aqueles que foram presos por deixar de pagar uma multa. (*In* WHITE, Isobel; HORNE, Alexander. Prisoner's voting rights: developments since May 2015. House of Commons Library. Section Parliament and Constitution Centre. Disponível em <<http://researchbriefings.parliament.uk/ResearchBriefing/Summary/SN01764>> Acesso em 27 abr. 2017)

⁸¹ Na Noruega, todos os condenados criminais exercem o direito de voto. Há legislação que restringe o direito no caso de fraude eleitoral ou segurança nacional mas não se tem notícia de casos em que condenados criminais tiveram restrição ao exercício de seu direito de voto. (WHITE, Isobel; HORNE, Alexander. Prisoner's voting rights: developments since May 2015. House of Commons Library. Section Parliament and Constitution Centre. Disponível em <<http://researchbriefings.parliament.uk/ResearchBriefing/Summary/SN01764>> Acesso em 27 abr. 2017).

⁸² Esse país não estava contemplado originalmente na tabela. Todos os condenados criminais, até julho de 2012, não detinham direito ao voto. Contudo, há diversos debates pendentes no país, principalmente um relativo a um projeto de lei no qual se possibilitava o direito ao voto a condenados criminais de até 1 (um) ano bem como a facultar ao juiz a restauração do direito de voto para condenados de até 5 (cinco) anos (*In* WHITE, Isobel; HORNE, Alexander. Prisoner's voting rights: developments since May 2015. House of Commons Library. Section Parliament and Constitution Centre. Disponível em <<http://researchbriefings.parliament.uk/ResearchBriefing/Summary/SN01764>> Acesso em 27 abr. 2017)

⁸³ Na Holanda, os condenados criminais a cumprir pena de mais de 1 (um) ano tem seu direito de voto restringido se cometerem crime contra os fundamentos do Estado (por exemplo, falsificação de cédula eleitoral), a depender da discricionariedade do juiz. Na prática, o país não tem adotado tal medida contra os condenados criminais. (WHITE, Isobel; HORNE, Alexander. Prisoner's voting rights: developments since May 2015. House of Commons Library. Section Parliament and Constitution Centre. Disponível em <<http://researchbriefings.parliament.uk/ResearchBriefing/Summary/SN01764>> Acesso em 27 abr. 2017).

⁸⁴ Na Polônia, podem ser privados do direito a voto, a critério do juiz, os condenados criminais que cometeram crimes dolosos e devem cumprir pena por um período superior a 3 (três) anos. O período de privação ao direito

Irlanda ^{85, 86}	Portugal ⁸⁷	Rússia
Islândia ⁸⁸	Romênia ⁸⁹	San Marino ⁹⁰
Letônia ⁹¹	Turquia ⁹²	

de voto se inicia depois de cumprida a pena, uma vez que ele não conta enquanto o condenado criminal está privado de liberdade.

⁸⁵ Segundo Laleh Ispahani, na Irlanda, não havia nenhuma lei que impedisse os condenados criminais de votarem mas o governo não possibilitava o exercício do direito de voto. Com o julgamento do caso *Hirst v. Reino Unido*, no ano de 2005, a Irlanda passou a possibilitar o voto postal aos condenados criminais que cumpriam pena em estabelecimentos prisionais. In ebook posição 759

⁸⁶ No mesmo sentido, Isobel White e Alexander Horne afirmam que até 2005 a Irlanda, que não tinha restrição legal ao voto pelos condenados criminais, apoiava-se em um julgamento da Suprema Corte de que o Estado não tinha obrigação de facilitar o voto pelos condenados criminais. Em 2006, depois do julgado *Hirst v. Reino Unido* (2005), houve uma alteração no ordenamento jurídico pelo Ato Eleitoral (Emenda) de 2006 (IRLANDA, Electoral (Amendment) Act 2006. Disponível em <<http://www.oireachtas.ie/documents/bills28/acts/2006/a3306.pdf>> Acesso em 28 abr 2017), que beneficiou cerca de 3.000 condenados criminais à época a exercer o direito de voto de forma postal (WHITE, Isobel; HORNE, Alexander. *Prisoner's voting rights: developments since May 2015*. House of Commons Library. Section Parliament and Constitution Centre. Disponível em <<http://researchbriefings.parliament.uk/ResearchBriefing/Summary/SN01764>> Acesso em 27 abr. 2017)

⁸⁷ Em Portugal, os condenados criminais têm direito a voto, ao menos que tenham sido expressamente privados de seus direitos políticos, como parte da sentença. Os condenados criminais podem ser privados de seus direitos políticos se cometeram crime contra o Estado, contra as eleições ou contra a Administração Pública.

⁸⁸ Também com relação à Islândia, encontrou-se incongruências de informações em pesquisa doutrinária. O quadro apresenta a Islândia como país que não restringe o exercício do direito de voto. Por outro lado, Isobel White e Alexander Horne afirmam que crimes graves (“felony”) ensejam a restrição ao exercício do direito de voto na Islândia – ao contrário dos crimes menores (contravenções, por exemplo). Com relação aos crimes graves, o juiz pode restaurar o direito a voto em decisão fundamentada com relação ao condenado criminal. Via de regra, os condenados criminais a penas de mais de 4 (quatro) anos, sem livramento condicional, perdem seu direito a voto. WHITE, Isobel; HORNE, Alexander. *Prisoner's voting rights: developments since May 2015*. House of Commons Library. Section Parliament and Constitution Centre. Disponível em <<http://researchbriefings.parliament.uk/ResearchBriefing/Summary/SN01764>> Acesso em 27 abr. 2017)

⁸⁹ Na Romênia, os condenados criminais são privados do direito de voto se condenados a cumprir pena de mais de 2 (dois) anos ou forem explicitamente barrados do direito de voto na sentença. A privação ao direito de voto dura apenas enquanto o condenado cumpre sua pena (In WHITE, Isobel; HORNE, Alexander. *Prisoner's voting rights: developments since May 2015*. House of Commons Library. Section Parliament and Constitution Centre. Disponível em <<http://researchbriefings.parliament.uk/ResearchBriefing/Summary/SN01764>> Acesso em 27 abr. 2017)

⁹⁰ Esse país não está originalmente na tabela de Laleh Ispahani. Ele foi incluso pela informação obtida em trabalho de Isobel White e Alexander Horne (WHITE, Isobel; HORNE, Alexander. *Prisoner's voting rights: developments since May 2015*. House of Commons Library. Section Parliament and Constitution Centre. Disponível em <<http://researchbriefings.parliament.uk/ResearchBriefing/Summary/SN01764>> Acesso em 27 abr. 2017)

⁹¹ O quadro originalmente previa a Letônia como um dos países que restringiam o direito de voto aos condenados criminais. Nesse trabalho, alterou-se a posição do país porque, no ano de 2008, alterou-se a legislação da Letônia para possibilitar todos os condenados criminais a exercer o direito de voto, principalmente por influência do julgamento *Hirst v Reino Unido* (2005) (In WHITE, Isobel; HORNE, Alexander. *Prisoner's voting rights: developments since May 2015*. House of Commons Library. Section Parliament and Constitution Centre. Disponível em <<http://researchbriefings.parliament.uk/ResearchBriefing/Summary/SN01764>> Acesso em 27 abr. 2017)

⁹² A Turquia não estava originalmente na tabela de Laleh Ispahani e foi incluso para fins desse trabalho. Nesse país, alguns condenados criminais têm direito a voto: os que foram condenados a pena menor do que 1 (um) ano, que cometeram ofensas menores ou que estão em prisão provisória (In WHITE, Isobel; HORNE, Alexander. *Prisoner's voting rights: developments since May 2015*. House of Commons Library. Section Parliament and Constitution Centre. Disponível em <<http://researchbriefings.parliament.uk/ResearchBriefing/Summary/SN01764>> Acesso em 27 abr. 2017)

Lituânia	Ucrânia ⁹³	
Macedônia ⁹⁴		
Moldova ⁹⁵		
Mônaco ⁹⁶		
Montenegro		
República Tcheca		
Sérvia		
Suécia ⁹⁷		
Suíça		

Segundo explica Laleh Ispahani, para maioria dos países europeus que permitem o exercício do direito de voto aos condenados criminais, o governo provê formas de que tal direito seja exercido internamente das instituições prisionais, havendo, em alguns casos, altas taxas de participação dos presos nas votações. Há, ainda, casos de países europeus e/ou organizações governamentais que investem em programas de educação eleitoral para o condenado criminal que cumpre pena em estabelecimento prisional.

⁹³ Também com relação à Ucrânia, a pesquisa encontrou incongruências. A tabela original de Laleh Ispahani indica como sendo um país em que o condenado criminal é privado totalmente ao exercício do direito de voto. Isobel White e Alexander Horhe afirmam que, na Ucrânia, todos os condenados criminais detêm direito ao voto para eleições presidenciais e parlamentares. Os condenados criminais são privados ao exercício do direito de voto com relação a eleições locais, pois enquanto condenados eles deixam de ser considerados membros de certas comunidades e, assim, não podem votar (*In* WHITE, Isobel; HORNE, Alexander. Prisoner's voting rights: developments since May 2015. House of Commons Library. Section Parliament and Constitution Centre. Disponível em <<http://researchbriefings.parliament.uk/ResearchBriefing/Summary/SN01764>> Acesso em 27 abr. 2017)

⁹⁴ Na Macedônia, os condenados criminais votam juntamente com os que não podem votar por restrições médicas um dia antes do dia das eleições. (*In* WHITE, Isobel; HORNE, Alexander. Prisoner's voting rights: developments since May 2015. House of Commons Library. Section Parliament and Constitution Centre. Disponível em <<http://researchbriefings.parliament.uk/ResearchBriefing/Summary/SN01764>> Acesso em 27 abr. 2017)

⁹⁵ O quadro original de Laleh Ispahani (2009) previa a Moldova como um dos países que restringiam o direito de voto aos condenados criminais. Nesse trabalho, alterou-se a posição do país porque, no ano de 2010, modificou-se a legislação da Letônia para possibilitar todos os condenados criminais a exercer o direito de voto, salvo se o Tribunal entender inapropriado o exercício do direito de voto. (*In* WHITE, Isobel; HORNE, Alexander. Prisoner's voting rights: developments since May 2015. House of Commons Library. Section Parliament and Constitution Centre. Disponível em <<http://researchbriefings.parliament.uk/ResearchBriefing/Summary/SN01764>> Acesso em 27 abr. 2017)

⁹⁶ Esse país não estava contemplado originalmente na tabela de Laleh Ispahani. Todos os condenados criminais detêm direito a voto, embora tal direito possa ser revogado a depender das particularidades do caso. (*In* WHITE, Isobel; HORNE, Alexander. Prisoner's voting rights: developments since May 2015. House of Commons Library. Section Parliament and Constitution Centre. Disponível em <<http://researchbriefings.parliament.uk/ResearchBriefing/Summary/SN01764>> Acesso em 27 abr. 2017)

⁹⁷ Na Suécia, todos os condenados criminais têm direito a voto desde que cumpram os requisitos e requeiram que tais direitos lhe sejam franqueados (*In* WHITE, Isobel; HORNE, Alexander. Prisoner's voting rights: developments since May 2015. House of Commons Library. Section Parliament and Constitution Centre. Disponível em <<http://researchbriefings.parliament.uk/ResearchBriefing/Summary/SN01764>> Acesso em 27 abr. 2017)

Dos países que suspendem o direito de voto a todos os condenados criminais, quase que na sua totalidade, eles estão localizados na Europa Oriental.

Laleh Ispahani afirma que tais países - que suspendem integralmente o direito de voto dos presos de forma absoluta e indiscriminada – provavelmente não resistirão aos movimentos em prol dos Direitos Humanos, especialmente desde a decisão proferida pela Corte Europeia de Direitos Humanos no julgamento *Hirst v. Reino Unido* (2005), por meio do qual se concluiu que é inaceitável a suspensão automática e total do direito de voto aos condenados criminais, à luz das teorias modernas de direito penal e aos atuais padrões de normas de direitos humanos.

Além desses países europeus, Isobel White e Alexander Horne⁹⁸ explicam que o Japão também exclui todos os condenados criminais do exercício do direito de voto.

Com relação aos países na América que privam o direito a voto, confira-se abaixo a tabela extraída de trabalho publicado no ano de 2007⁹⁹:

País	Durante cumprimento da pena	Em liberdade condicional + suspensão condicional do processo	Permanentemente
Antígua & Barbuda	Sim.	Dados não obtidos.	Dados não obtidos.
Argentina	Sim.	Dados não obtidos.	Dados não obtidos.
Bahamas	Sim.	Não.	Não.
Barbados	Sim.	Dados não obtidos.	Dados não obtidos.
Belize	Sim (penas + 1 ano)	Sim (ofensas eleitorais)	Não.
Bolívia	Sim (certos crimes)	Dados não obtidos.	Dados não obtidos.
Brasil	Sim.	Dados não obtidos.	Não.
Canada	Não.	Não.	Não.
Chile	Sim (crimes contra Estado)	Sim (certos crimes + 10 anos)	Sim (certos crimes)
Colômbia	Sim.	Dados não obtidos.	Dados não obtidos.
Costa Rica	Sim.	Sim (critério judiciário)	Sim (critério judiciário)
Cuba	Sim.	Sim.	Sim (critério judiciário)
Dominica	Sim (certos crimes)	Dados não obtidos.	Dados não obtidos.
República Dominicana	Sim.	Sim (certos crimes)	Sim (certos crimes)
Equador	Sim.	Dados não obtidos.	Dados não obtidos.
El Salvador	Sim.	Sim (fraude eleitoral)	Sim (fraude eleitoral)
Granada	Dados não obtidos.	Dados não obtidos.	Dados não obtidos.
Guatemala	Sim.	Dados não obtidos.	Dados não obtidos.
Guiana	Sim (crimes eleitorais)	Sim (crimes eleitorais)	Não.
Haiti	Sim (certos crimes)	Não.	Não.

⁹⁸ WHITE, Isobel; HORNE, Alexander. Prisoner's voting rights: developments since May 2015. House of Commons Library. Section Parliament and Constitution Centre. Disponível em <<http://researchbriefings.parliament.uk/ResearchBriefing/Summary/SN01764>> Acesso em 27 abr. 2017)

⁹⁹ GUEVARA, Marisa; O'CONNOR, Dan. Barriers to Democracy: A petition to the Inter-American Commission on Human Rights for a Thematic Hearing on Felony Disenfranchisement Practices in the United States and the Americas. The Sentencing Project. Washington DC: 2007. Disponível em <<http://www.issuelab.org/resources/697/697.pdf>> Acesso em 14 mai 2017

Honduras	Sim (certos crimes)	Sim (critério judiciário)	Não.
Jamaica	Sim (penas + 6 meses)	Não.	Não.
México	Sim.	Sim (certos crimes)	Sim (certos crimes)
Nicarágua	Sim.	Dados não obtidos.	Dados não obtidos.
Panamá	Sim.	Não.	Não.
Paraguai	Sim.	Não.	Não.
Peru	Sim.	Não.	Não.
São Cristóvão e Nevis	Sim (a critério parlamentar)	Sim (a critério parlamentar)	Sim (a critério parlamentar)
Santa Lúcia	Sim (certos crimes)	Não.	Não.
São Vicente e Granadinas	Sim.	Não.	Não.
Suriname	Sim (critério judiciário)	Sim (critério judiciário)	Sim (critério judiciário)
Trinidad & Tobago	Sim (penas + 1 ano)	Não.	Não.
Uruguai	Sim.	Sim (certos crimes)	Sim (certos crimes)
USA	Sim.	Sim.	Sim.
Venezuela	Sim.	Não.	Não.

Humberto Fernando Cantú Rivera explica que, no México, o artigo 38 da Constituição do México de 1918 (*Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*), prevê a privação do direito de voto ao cidadão quando há uma condenação criminal ou tão só um processo criminal ajuizado contra ele, a partir da data da sua instauração. A Suprema Corte de Justiça Mexicana, dentro de uma análise constitucional, estabelecia que tal última disposição – privação do direito de voto quando da instauração do processo criminal – ia de encontro ao princípio de presunção de inocência¹⁰⁰.

Rivera, ainda, elucida que a jurisprudência mexicana desenvolveu-se bastante no que tange à preservação do direito de voto, tanto ao sujeito que é tão somente parte de um processo criminal, sem condenação criminal, em prestígio ao princípio da presunção de inocência; mas também àqueles que estavam cumprindo penas em regimes alternativos, em liberdade, a que seus direitos políticos fossem restaurados¹⁰¹.

Feitos esses esclarecimentos com relação a países da Europa e da América, em pesquisa identificou-se que as discussões a respeito da legalidade e/ou constitucionalidade da privação do direito de voto se desenvolveram mais na Europa, quer seja para defendê-la, quer seja para repudiá-la.

Nesse sentido, percebe-se que a Corte Europeia de Direitos Humanos, especialmente no julgamento *Hirst v. Reino Unido* (2005), teve um papel emblemático na evolução do ordenamento jurídico do Reino Unido, bem assim diversos outros países, europeus ou não,

¹⁰⁰ RIVERA, Humberto Fernando Cantú. *The right to vote of prisoners in Mexico*. Mexican Law Review. Vol. IV, Nº 2 (24/6/2011). Disponível em <<https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/mexican-law-review/article/download/7766/9741>> Acesso em 3 mai 2017

¹⁰¹ Id. Ibid.

a modificar seu ordenamento jurídico de modo a possibilitar ao mesmo parte dos condenados criminais a exercer o direito de voto.

No próximo item, pretende-se discorrer sobre tal referido julgamento, bem assim outros que surgiram na sequência, reconhecendo como contra os direitos humanos a privação do direito de voto de forma indistinta e automática tanto ao condenado criminal, como, em alguns casos, tão somente ao sujeito parte de um processo criminal, ainda que não condenado.

2.1.1. A judicialização do tema por Cortes Supranacionais de Direitos Humanos e Tribunais Constitucionais

Em trabalho publicado em 2009, Laleh Ispahani¹⁰² esclareceu que, na última década, decisões proferidas pelos Tribunais no Canadá¹⁰³, África do Sul¹⁰⁴ e a Corte Europeia de Direitos Humanos (em virtude de um caso proveniente do Reino Unido¹⁰⁵) têm invalidado certas nuances acerca da privação do direito de voto por conta de uma condenação criminal.

Referida autora, ainda, esclarece que há quatro características comuns a tais decisões que foram proferidas contra a privação do direito de voto em caso de condenação criminal: (i) em todos os julgamentos, havia argumento eloquentes contrários à tal privação; (ii) nenhum Estado que foi parte em tais julgamentos conseguiu apresentar argumentos consistentes acerca dos efeitos práticos de tal privação; (iii) os Tribunais e Cortes que proferiram tais decisões, via de regra, apoiaram-se nos argumentos utilizados umas nas outras; (iv) 3 (três) dos 4 (quatro) Tribunais entenderam que a privação do direito de voto a todos os condenados criminais constitui uma pena desproporcional ao condenado criminal.

¹⁰² ISPAHANI, Laleh. *Voting Rights and Human Rights: A Comparative Analysis of Criminal Disenfranchisement Laws* In EDWALD, Alec. C.; ROTTINGHAUS, Brandon (coordenadore). *Criminal Disenfranchisement in an International Perspective*. Nova Iorque: Cambridge University Press, 2009. Posição ebook 881

¹⁰³ CANADA FEDERAL COURT OF APPEAL. *Sauvé v. Canada (Dir. Gén. des Elections)* [2002]. Disponível em <<https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/2010/1/document.do>> Acesso em 13 mai 2017

¹⁰⁴ São 2 (dois) os julgados emblemáticos: *August e Outro v. Comissão Eleitoral (CONSTITUTIONAL COURT OF SOUTH AFRICA. Case CCT 8/99. August and Another v. The Electoral Commission and Others*. Disponível em < <http://www.saflii.org/za/cases/ZACC/1999/3.pdf> > Acesso em 13 mai 2017); e *National Institute for Crime Prevention and the Re-Integration of Offenders – NICRO, Erasmus e Schwagerl v. Minister of Home Affairs (CONSTITUTIONAL COURT OF SOUTH AFRICA. Case CCT 03/04. Minister of Home Affairs v. National Institute for Crime Prevention and the Re-Integration of Offenders – NICRO, Erasmus e Schwagerl*. Disponível em < <http://www.saflii.org/za/cases/ZACC/2004/10.pdf> > Acesso em 13 mai 2017)

¹⁰⁵ EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Hirst v. The United Kingdom (nº2)*. Grand Chamber. 6.10.2006. Disponível em <[http://hudoc.echr.coe.int/eng-press#{"itemid":\["003-1463854-1529848"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng-press#{)> Acesso em 13 mai 2017

Outra característica comum a todos esses julgados, segundo a autora: o Estado cuja sentença o condenou a adotar medidas para sustar a privação ao direito de voto aos condenados criminais demonstrou-se bastante cooperativo, não apresentando resistência a implementar a decisão. Há, apenas, algumas particularidades acerca do Reino Unido, que serão tratadas no item 2.1.1.1., dada a apresentação de resistência não a implementação da decisão, mas mediante a respectiva procrastinação em alteração de seu ordenamento jurídico.

Em meio às pesquisas efetuadas para o presente trabalho, outros julgados além dos citados por Ispahani foram encontrados, inclusive perante a Corte Europeia de Direitos Humanos, e serão todos objeto de detalhamento nessa dissertação (cf. item 2.1.1.2. infra).

Contudo, o caso *Hirst v. Reino Unido* (2005) julgado pela Corte Europeia de Direitos Humanos é considerado atualmente como o julgado com maior repercussão que, especialmente na Europa, foi capaz de influenciar outros países, além do Reino Unido, na modificação de seu ordenamento jurídico de modo a alterar sua política de privação do direito de voto aos condenados criminais.

Em virtude de sua relevância, passar-se-á a discorrer mais detidamente acerca desse julgado no item seguinte.

2.1.1.1. O caso *Hirst v. Reino Unido* julgado pela Corte Europeia de Direitos Humanos

John Hirst, nascido no ano de 1950, foi condenado a prisão perpétua por homicídio culposo perante o Tribunal de Justiça do Reino Unido.

As informações seguintes são extraídas do acórdão proferido pela Grand Chamber (Grande Câmara) da Corte Europeia de Direitos Humanos (“CEDH”), quando julgou o caso *Hirst v. Reino Unido*¹⁰⁶.

Segundo descrito no referido acórdão¹⁰⁷, de acordo com a legislação do Reino Unido, Hirst não detinha direito a voto enquanto estivesse cumprindo pena. *In verbis*:

(1) A convicted person during this time that he is detained in a penal institution in pursuance of his sentence ... is legally incapable of voting at

¹⁰⁶ EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Hirst v. The United Kingdom (nº2)*. Grand Chamber. 6.10.2006. Disponível em <[http://hudoc.echr.coe.int/eng-press#{"itemid":\["003-1463854-1529848"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng-press#{)> Acesso em 13 mai 2017

¹⁰⁷ Id. Ibid.

any parliamentary or local election. (Section 3 of the Representation of the People Act 1983 (“1983 Act”)¹⁰⁸)

Essa disposição contida no 1983 Act repete o disposto na Section 4 do Representation of the People Act 1969, que repete, por sua vez, substancialmente o Forfeiture Act 1870 relativamente a privação de direitos do condenado criminal (remetendo-se à morte civil dos tempos do Rei Edward III).

Tal legislação foi atualizada pelo Representation of the People Act 2000 (“Act 2000”), por meio do qual se retirou a privação do direito de voto, dentre outro, aos presos provisórios.

Mesmo com a alteração advinda da Act 2000, no entanto, Hirst manteve-se privado do direito de voto.

Depois de recorrer ao Tribunal do Reino Unido, sob a alegação de que sua privação ao direito de voto violaria o artigo 3º do Protocolo 1º da Convenção Europeia de Direitos Humanos¹⁰⁹, socorreu-se da CEDH.

O caso ingressou na referida Corte Supranacional no dia 5/7/2001 e foi inicialmente distribuído à 4ª Seção da CEDH.

No dia 8/7/2001, foi proferida decisão pela admissibilidade de julgamento do caso perante a CEDH. Depois de instruído, o caso foi inicialmente julgado pela Chamber (Câmara) no dia 30/3/2004, o qual reconheceu que teria havido violação ao artigo 3º do Protocolo 1º da Convenção Europeia de Direitos Humanos¹¹⁰.

No dia 23/6/2004, o Reino Unido interpôs recurso à Grand Chamber (Grande Câmara), tendo sido aceita a admissibilidade do recurso.

O Reino Unido, em defesa da privação ao direito de voto, afirmou em seu recurso que:

¹⁰⁸ Tradução livre: “O condenado criminal enquanto ele está preso numa instituição penal para cumprimento de sua sentença ... está legalmente incapaz de votar em qualquer parlamentar ou em eleições locais”

¹⁰⁹ EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *European Convention of Human Rights (1950)*. Disponível em <http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_ENG.pdf> Acesso em 1º mai 2017

¹¹⁰ Id. Ibid.

- (i) De acordo com o artigo 3º do Protocolo 1º da Convenção Europeia de Direitos Humanos¹¹¹, o direito de voto não é absoluto e cada Estado-membro deteria autonomia para decidir quem detém tal direito;
- (ii) Se a Corte Europeia de Direitos Humanos entendesse que a privação ao direito de voto cabe apenas aos condenados por crimes graves, Hirst ainda assim seria privado do direito de voto, pois condenado à prisão perpétua em virtude de ter cometido homicídio;
- (iii) A privação do direito de voto é justificada para banir àqueles que cometeram crimes de votarem a favor ou contra a manutenção das próprias penas que lhe foram aplicadas. Os condenados criminais, assim, corresponderiam a pessoas que violaram o “contrato social” e assim poderiam ser privados (ainda que temporariamente) ao direito de tomar parte no governo de seu país;
- (iv) A medida de privação ao direito de voto afetaria somente os condenados a crimes suficientemente graves a serem condenados a reclusão. Estariam excluídos da medida aqueles que cometeram crimes sujeitos a multa, estiverem sujeitos a “*suspended sentence*” (figura similar a suspensão condicional do processo no direito brasileiro), condenados à prestação de serviços comunitários ou detenção por “*contempt of court*” assim como por não pagamento de multas ou prisão preventiva. Além do mais, a privação do direito de voto perdurava enquanto o condenado criminal cumpria a sua pena;
- (v) No caso em particular – Hirst – ele foi sentenciado a prisão perpétua e, por mais que houvesse uma linha que separasse a privação do direito de voto a crimes mais graves, ele estaria sujeito de qualquer forma a tal privação.

O julgamento foi conduzido pela Grand Chamber (Grande Câmara) do CEDH por um total de 17 (dezessete) juízes, tendo havido 12 (doze) votos a favor da declaração de violação artigo 3º do Protocolo 1º da Convenção Europeia de Direitos Humanos, contra 5 (cinco) votos contrários.

Basicamente, o argumento prevalecente foi que a privação do direito de voto, consoante prevista na Act 1983 fere o princípio da proporcionalidade, considerando que ela é aplicada de forma automática e indiscriminada a todos os condenados criminais,

¹¹¹ EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *European Convention of Human Rights (1950)*. Disponível em <http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_ENG.pdf> Acesso em 1º mai 2017

a despeito da gravidade do crime, tempo de cumprimento da pena ou qualquer outra circunstância individual. O juiz que sentencia o condenado criminal nem ao menos faz referência a tal privação de direito (de voto).

Ou seja, a medida de restrição ao direito de voto é aplicada por um ato do Poder Legislativo, sem que tal privação de direito seja apreciada pelo Poder Judiciário, o qual seria responsável por analisar circunstâncias individuais, aplicando, inclusive, princípio da proporcionalidade.

Também se reconheceu no julgado que o sufrágio é um direito e não um privilégio.

Em meio ao julgado, a CEDH citou os julgados perante os Tribunais Constitucionais do Canadá e da África do Sul, que será abordado nesse trabalho no ítem 2.1.1.2. infra.

Isobel White e Alexander Horne¹¹² esclarecem que, depois do julgado Hirst, outros ocorreram, inclusive, perante a CEDH, sobre o assunto, a exemplo do caso Greens e M. T. v. Reino Unido e Scoppola v. Itália.

Ainda, o Reino Unido novamente foi parte em demanda acerca da privação ao direito de voto do condenado criminal, tendo sido condenado outras vezes ainda, como será explanado no item 1.1.1.1.1 abaixo.

2.1.1.1.1. Desdobramentos do caso Hirst perante países da Europa e o próprio Reino Unido

Com o julgamento do caso Hirst v. Reino Unido, no ano de 2005, a Corte Europeia de Direitos Humanos pronunciou-se acerca da violação da legislação britânica ao artigo 3º do Protocolo 1º da Convenção Europeia de Direitos Humanos¹¹³.

A Irlanda, logo a seguir ao julgamento, adaptou-se para possibilitar aos condenados criminais meios efetivos para voto. Isso porque não havia, nesse país, privação ao direito de voto dos condenados, mas não havia, também, meios de efetivar tal direito.

A Letônia também modificou seu ordenamento jurídico para possibilitar a parte dos condenados criminais a votarem.

¹¹² WHITE, Isobel; HORNE, Alexander. *Prisoner's voting rights: developments since May 2015*. House of Commons Library. Section Parliament and Constitution Centre. Disponível em <<http://researchbriefings.parliament.uk/ResearchBriefing/Summary/SN01764>> Acesso em 27 abr 2017.

¹¹³ EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *European Convention of Human Rights (1950)*. Disponível em <http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_ENG.pdf> Acesso em 1º mai 2017

Todavia, o Reino Unido manteve-se silente, sem implementar as medidas, com algumas exceções que serão demonstradas ao longo desse item.

Exatamente quanto a efetividade das decisões dos Tribunais Supranacionais, especialmente a Corte Europeia de Direitos Humanos que se pretende abordar, ainda que *en passant*, nesse momento.

O caso *Hirst v. Reino Unido*, a despeito de sua importância acadêmica e jurisprudencial perante a comunidade internacional, não teve a mesma sorte do ponto de vista da implementação de alterações com relação ao país cujo caso sob julgamento teve origem.

De outro lado, Carlos Weis lembra que a supervisão à implementação de direitos humanos via mecanismos baseados em tratados internacionais sempre foi bastante dificultada pelo excessivo apego à doutrina da competência nacional exclusiva, fundada na noção absoluta da soberania dos Estados¹¹⁴.

Nesse sentido, as denúncias de caráter pessoal – tal qual o caso *Hirst* – são consideradas uma grande evolução na proteção dos direitos humanos (a despeito das dificuldades que abordaremos de implementação das medidas no Reino Unido no caso *Hirst*). Isso porque, se os comitês internacionais não têm poder de determinar adoção de medidas (preventivas ou restauradoras), passaram a analisar casos concretos e a constranger internacionalmente os membros (países) violadores.

Ainda, no que tange às denúncias de caráter pessoal, Weis complementa que:

... o reconhecimento da capacidade internacional dos indivíduos, entendida como o direito de recorrer a um órgão de supervisão internacional independentemente da intermediação de seus próprios Estados, é fundamental para a efetividade de um sistema de proteção, sem a qual as reclamações ou litígios se transformam em aríetes das relações interestatais, como ocorrera no passado recente. De outro lado, o acesso direto das vítimas enfatiza a violação – e não a relação de nacionalidade – e reconhece que os direitos humanos são inerentes ao ser humano e não provêm do Estado.

De outro lado, a consolidação do acesso direto dos indivíduos ao sistema internacional de proteção pós término ao debate acerca do domínio reservado dos Estados sobre a situação de seus nacionais, reconhecendo-se que as questões relacionadas aos direitos humanos são de interesse da comunidade internacional, representada pelos organismos internacionais e, cada vez mais, por ONGs mundialmente reconhecidas¹¹⁵.

¹¹⁴ WEIS, Carlos. *Direitos humanos Contemporâneos*. 2ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2011. Pág. 121.

¹¹⁵ Id. *Ibid.*, pág. 128

Dentro dessa perspectiva de análise de denúncias de caráter pessoal, a Corte Europeia de Direitos Humanos introduziu, ainda, mediante uma reforma no ano de 2004, um instrumento de julgamento de demandas que se repetiam com o mesmo objeto, denominando-o como julgamento piloto (*pilot judgment*)¹¹⁶. Ele tem por objetivo identificar qual o problema estrutural por trás de tais demandas repetitivas contra muitos países e lhes indicar medidas a serem adotadas como formas de resolvê-lo, inclusive determinando prazo para tanto. A Corte pinça uma das demandas repetitivas para julgamento, torna-a um julgamento piloto (*pilot judgment*) e suspende as demais até resolução desta.

Tal instrumento, outrossim, foi aplicado pela Corte Europeia de Direitos Humanos com relação ao tema privação o direito de voto. Pois bem.

De 2005 – ano do julgamento do caso *Hirst* - até 2010, o Reino Unido realizou duas consultas acerca do assunto ao povo britânico, sem que tenha modificado sua legislação com relação a privação do direito de voto aos condenados criminais.

No ano de 2010, o Reino Unido anunciou que, em resposta ao julgamento *Hirst*, alteraria a legislação para permitir que condenados criminais a penas de menos de 4 (quatro) anos a exercerem o direito de voto, a menos que o juiz, discricionariamente, entendesse diferentemente em sua sentença.

A despeito disso, o Reino Unido não implementou tal modificação. Outro julgamento chegou à Corte Europeia de Direitos Humanos, denominado *Greens e M. T. v. Reino Unido*, tendo sido julgado no dia 1º/3/2011.

Novamente, a privação automática ao direito de voto prevista na legislação britânica foi considerada ilegal. Em virtude de o Reino Unido não ter adotado nenhuma alteração em sua legislação por conta do julgado *Hirst* e aumentando-se a quantidade de reclamações sobre o tema perante a Corte Europeia de Direitos Humanos, esta adotou o procedimento denominado “*pilot judgment*”, que visa a julgar demandas repetitivas e fixou prazo ao Reino Unido de 6 (seis) meses a adotar providências para modificar a sua legislação.

Depois disso, no dia 6/9/2011, o Reino Unido anunciou que solicitou prorrogação de seu prazo fixado no julgamento *Greens e M. T. v. Reino Unido*, tendo em vista a remessa do caso *Scoppola v. Itália* para julgamento perante a Grand Chamber (Grande Câmara) da Corte

¹¹⁶ EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Pilot Judgments*. Abril 2007. Disponível em <http://www.echr.coe.int/Documents/FS_Pilot_judgments_ENG.pdf> Acesso em 14 mai 2017.

Europeia de Direitos Humanos, tendo sido deferida a prorrogação, de sorte a que os 6 (seis) meses fossem contados a partir do julgamento deste último caso.

Passados 6 (seis) meses do julgamento do caso *Scoppola v. Itália*, no dia 22.11.2012, o Reino Unido publicou uma minuta de um projeto de lei, denominado *Voting Eligibility (Prisoners) Bill*, por meio do qual propunha 3 (três) opções de alteração legislativa para possibilitar o voto de condenados criminais, mediante a redução da privação do direito de voto para: (i) condenados criminais a mais de 4 (quatro) anos; (ii) condenados criminais a mais de 6 (seis) meses; ou, manutenção a (iii) todos os condenados criminais.

A partir de então, ambas as casas legislativas britânicas – Casa dos Lords e Casa dos Comuns – propuseram que fosse criada uma Comissão Especial para análise do projeto de lei com membros de ambas as casas legislativas.

O contexto da época da criação dessa Comissão Especial é bem retratado nas palavras de Christopher Chope, membro indicado a tal comissão, que, no ano de 2013, especificou que a Casa dos Comuns não desejava alterar a legislação:

[...] this particular subject is unique... because at present we find ourselves before an international court being told we have to change our law when this elected House of Commons has made it clear that we do not wish to change the law. [...]¹¹⁷

Depois de alguns empasses sobre quais membros comporiam a Comissão Especial, em meio aos seus trabalhos, concluiu-se que a Corte Europeia de Direitos Humanos, em seus julgamentos, não havia provido o Reino Unido de orientações sobre quais medidas deveriam ser consideradas para cumprir o artigo 3º do Protocolo 1º da Convenção Europeia de Direitos Humanos.

Finalmente, a Comissão Especial elaborou seu relatório e encontrou argumentos mais contundentes para sugerir uma alteração alternativa às contidas na *Voting Eligibility (Prisoners) Bill*, de sorte a privar o direito de voto apenas quanto aos condenados criminais a cumprir penas acima de 12 (doze) meses. Da mesma forma, tais condenados criminais

¹¹⁷ Tradução livre: “Esse assunto em particular é único... porque no momento nós nos encontramos perante um Tribunal internacional que dispõe que nós temos que alterar nossa lei quando essa House of Commons (Casa dos Comuns) já deixou claro que nós não desejamos alterar a lei...” (In WHITE, Isobel; HORNE, Alexander. *Prisoner’s voting rights: developments since May 2015*. House of Commons Library. Section Parliament and Constitution Centre. Disponível em <<http://researchbriefings.parliament.uk/ResearchBriefing/Summary/SN01764>> Acesso em 27 abr 2017.

deveriam ser possibilitados a pleitear seu registro ao direito de voto dentro de 6 (seis) meses antes da data programada para sua liberação.

Com o relatório em mãos, o Governo Britânico reiteradamente alegava que estava analisando cuidadosamente o relatório, antes de implementar tais mudanças. No mês de dezembro de 2014, o Governo Britânico publicou uma resposta de que, a despeito do relatório elaborado pela Comissão Especial, estava ainda analisando e que não seria hábil a promover nenhuma modificação até setembro de 2015, inclusive depois das eleições gerais de 2015.

Em julgamentos ocorridos em agosto de 2014 (*Firth e Outros v Reino Unido*) e fevereiro de 2015 (*McHugh e outros v. Reino Unido*) a Corte Europeia de Direitos Humanos novamente abordou o tema e, julgando-os procedente, voltou a declarar que a legislação britânica violava o artigo 3º do Protocolo 1º da Convenção Europeia de Direitos Humanos.

Não se tem notícia se o Reino Unido fez alguma modificação em seu ordenamento jurídico de modo a se adequar a solicitação da Corte Europeia de Direitos Humanos.

Com tal exemplo vivenciado pelo Reino Unido, que foi detalhado nesse trabalho, pretende-se demonstrar, outrossim, as dificuldades enfrentadas pelas Cortes Internacionais a efetivar suas respectivas decisões.

Nesse sentido, uma vez apresentado os impactos relacionados ao julgamento mais emblemático da Corte Europeia de Direitos Humanos sobre o assunto (caso *Hirst v. Reino Unido*) e o breve esclarecimento a respeito da atuação do sistema internacional de proteção aos direitos humanos, pretende-se demonstrar, no próximo item, o conteúdo de outros julgados sobre o assunto – privação do direito de voto aos condenados criminais -, quer seja por Tribunais Constitucionais (nacionais, tal qual os dos países do Canadá e África do Sul, como será exposto), quer seja pela Corte Europeia de Direitos Humanos.

2.1.1.2. Comparativo de casos julgados perante os Tribunais Constitucionais e Cortes Supranacionais de Direitos Humanos

Antes da análise do caso *Hirst v. Reino Unido* (2005) perante a Corte Europeia de Direitos Humanos, alguns outros Estados já haviam analisado a questão perante seus Tribunais Constitucionais, acerca da privação do direito de voto aos condenados criminais, especialmente Estados Unidos da América, Canadá e África do Sul.

Perante os Estados Unidos da América, no ano de 1974, a Suprema Corte dos Estados Unidos da América julgou o caso *Richardson v. Ramirez*, quando reconheceu a constitucionalidade da privação do direito de voto aos condenados criminais¹¹⁸. Segundo Laleh Ispahani, a Suprema Corte dos Estados Unidos da América alegou que a privação do direito de voto teria um fundamento explícito na Constituição Federal, mas em hipótese alguma esclareceu quais seriam os benefícios a se adotar diante de uma política de restrição ao direito de voto perante os condenados criminais¹¹⁹.

Como será ainda detalhado no próximo item, os Estados Unidos da América detêm uma peculiaridade especial quanto a tal privação do direito de voto, pois muito mais rigorosa. Há quem diga que a privação do direito de voto aos condenados criminais, inclusive, tem sido adotada como uma política de restrição de voto a etnias - latinos e negros - estatisticamente em maior quantidade objeto de condenação criminal nos Estados Unidos da América.

No Canadá, um condenado criminal chamado Richard Sauvé desafiou a legalidade da privação do seu direito de voto, tendo por fundamento o artigo 3º da Carta Canadense de Direitos e Liberdade de 1982¹²⁰, pelo qual descreve que todo cidadão canadense tem o direito de votar e ser eleito em eleições para a Casa dos Comuns ou Assembleias Legislativas.

Isso porque a legislação eleitoral do Canadá privou ao direito de voto toda pessoa condenada criminalmente cumprindo pena pela ofensa em estabelecimento prisional.

No julgamento do caso *Sauvé v. Canadá*, no ano de 1993, a Suprema Corte Canadense entendeu que a legislação, a qual previa a privação do direito de voto, era muito ampla e não satisfazia o critério de proporcionalidade.

¹¹⁸ ISPAHANI, Laleh. *Voting Rights and Human Rights: A Comparative Analysis of Criminal Disenfranchisement Laws* In EDWALD, Alec. C.; ROTTINGHAUS, Brandon (coordenador). *Criminal Disenfranchisement in an International Perspective*. Nova Iorque: Cambridge University Press, 2009. Posição ebook 864.

¹¹⁹ ISPAHANI, Laleh. *Voting Rights and Human Rights: A Comparative Analysis of Criminal Disenfranchisement Laws* In EDWALD, Alec. C.; ROTTINGHAUS, Brandon (coordenador). *Criminal Disenfranchisement in an International Perspective*. Nova Iorque: Cambridge University Press, 2009. Posição ebook 864.

¹²⁰ No original, "Canadian Charter of Rights and Freedomns in 1982" In ISPAHANI, Laleh. *Voting Rights and Human Rights: A Comparative Analysis of Criminal Disenfranchisement Laws* In EDWALD, Alec. C.; ROTTINGHAUS, Brandon (coordenador). *Criminal Disenfranchisement in an International Perspective*. Nova Iorque: Cambridge University Press, 2009. Posição ebook 892.

Em resposta, o parlamento canadense alterou a “Canada Elections Act” para o fim de que houvesse a privação do direito de voto apenas aos condenados criminalmente a cumprir penas de mais de 2 (dois) anos.

A despeito da (pseudo) vitória na ação judicial, Sauvé e muitos outros permaneceram sem direito de voto. Richard Sauvé iniciou nova ação judicial alegando que a nova lei ainda infringia a garantia de voto como prevista no artigo 3º da Carta Canadense de Direitos e Liberdade de 1982. Alegou também que possibilitar o direito de voto a condenados criminais a até 2 (dois) anos e privar os demais constituiria ofensa ao princípio da isonomia.

Novamente, a Suprema Corte Canadense julgou procedente o caso Sauvé v. Canada, dessa vez, no ano de 2002. Basicamente, dentre os fundamentos adotados na decisão, destacam-se os seguintes¹²¹:

- (i) a privação do direito de voto não detém uma correlação com os objetivos buscados pela medida, segundo defendidos pelo governo canadense com relação a aumentar a responsabilidade cívica e respeito pelas leis e prover pena adicional para se evitar a prática de outros crimes;
- (ii) a legitimidade da lei e o seu dever de obediência advêm diretamente do direito do cidadão de votar. Nesse sentido, privar o condenado de votar é perder uma importante oportunidade de ensiná-lo deveres democráticos e responsabilidade social;
- (iii) a privação do direito de voto a determinado segmento da população não encontra lugar em uma democracia construída sob princípio da inclusão social, igualdade e participação do cidadão;
- (iv) privar o direito de voto a um determinado grupo de condenados criminais de forma indiscriminada, sem considerar qual crime foi praticado, atenta contra o princípio da proporcionalidade e demais princípios do direito penal, tal qual o da retribuição da pena;
- (v) há mais efeitos negativos do que vantagens da privação do direito de voto aos condenados criminais. Ela contribui negativamente ao desenvolvimento social e prejudica medidas correcionais dirigidas a reabilitação e reinserção social do condenado criminal. Além disso, diante da grande quantidade de

¹²¹ CANADA FEDERAL COURT OF APPEAL. Sauvé v. Canada (Dir. Gén. des Elections) [2002]. Disponível em <<https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/2010/1/document.do>> Acesso em 13 mai 2017

aborígenes nas penitenciárias, os efeitos negativos da privação do voto recaem bastante sobre essa população, já bastante desfavorecida no Canadá.

Na África do Sul, logo após o fim do apartheid, a Corte Constitucional da África do Sul tratou da privação do direito de voto em 2 (dois) casos distintos¹²².

O primeiro foi *August e Outro v. Comissão Eleitoral e Outro* (1999). Os requerentes desse processo judicial fundamentaram o pleito a conferirem-lhe o direito de voto o simples fato de que inexistia qualquer provisão legal que os desqualificassem a exercer tal direito, especialmente no *Electoral Act of 1998*. De outro lado, também não havia qualquer provisão legal que especificasse a forma com que tais condenados criminais exerceriam seu direito de voto¹²³.

Nesse sentido, dentre outros, a Comissão Eleitoral arguiu que, como não havia nenhum normativo legal a respeito, também não era obrigação dela prover meios para que os condenados criminais exercessem seu direito de voto. Também haviam óbices logísticos e de custos afeitos a esse intento¹²⁴.

Citando-se um julgado havido na Suprema Corte dos Estados Unidos da América (*O'Brien v. Skinner*), a Corte Constitucional da África do Sul, ao fim, condenou a Comissão Eleitoral a providenciar meios a que os condenados criminais exercessem seu direito de voto¹²⁵, sob o fundamento de que a recusa de providenciar urnas para pessoas na prisão, bem assim recusar a permissão a outros indivíduos a registrar-se para exercício do voto constitui violação ao dever de possibilitar quem detém direito a voto a votar¹²⁶

Em resposta a tal julgamento, o parlamento da África do Sul emendou o 1998 *Electoral Act*, publicando uma nova lei – *Electoral Laws Amendment Act 34 of 2003* - a qual privou do exercício do direito de voto aos condenados criminais cumprindo pena em

¹²² ISPAHANI, Laleh. *Voting Rights and Human Rights: A Comparative Analysis of Criminal Disenfranchisement Laws* In EDWALD, Alec. C.; ROTTINGHAUS, Brandon (coordenador). *Criminal Disenfranchisement in an International Perspective*. Nova Iorque: Cambridge University Press, 2009. Posição ebook 953.

¹²³ ISPAHANI, Laleh. *Voting Rights and Human Rights: A Comparative Analysis of Criminal Disenfranchisement Laws* In EDWALD, Alec. C.; ROTTINGHAUS, Brandon (coordenador). *Criminal Disenfranchisement in an International Perspective*. Nova Iorque: Cambridge University Press, 2009. Posição ebook 964

¹²⁴ Id. *Ibid.*, posição ebook 964-985.

¹²⁵ Id. *Ibid.*, posição ebook 985-997.

¹²⁶ *Discriminatory Effects of Felony Disenfranchisement Law*. Pag. 30

estabelecimento prisional, exceto aqueles que lá estivessem porque não detinham meios de pagar multa estabelecida em sentença¹²⁷.

No dia 23.12.2003, 6 (seis) dias após a alteração da lei eleitoral na África do Sul, a associação NICRO - National Institute for Crime Prevention and the Reintegration of Offenders juntamente a outros 2 (dois) condenados criminais, que estavam cumprindo pena, ajuizaram uma medida de urgência perante o Tribunal de Justiça de Cape, a fim de obter uma decisão declarando que tais provisões sobre privação do exercício do direito de voto não se aplicariam às próximas eleições.

Assim como no caso *Sauvé v. Canadá* (2002), a Corte Constitucional da África do Sul analisou o caso NICRO, Erasmus e Schwagerl v. Minister of Home Affairs¹²⁸, avaliando todos os argumentos de parte a parte, julgando-se procedente a demanda ao fim, de modo a declarar ilegal a restrição.

Em linhas gerais, o governo sul-africano pautou a medida de restrição em questões de custos e logística envolvidas no exercício do direito de voto pelos condenados criminais e também na necessidade de transmitir uma imagem de que a África do Sul é rigorosa com quem comete crimes¹²⁹.

No julgamento do caso, ocorrido no dia 3.3.2004¹³⁰, a Corte Constitucional da África do Sul declarou que o governo sul-africano não havia analisado suficientemente tal medida de restrição de direito de voto antes de implementá-la e quais benefícios seriam dela decorrentes. Nesse sentido, citando-se o julgado *Sauvé v. Canadá*, toda restrição de direitos fundamentais deve estar profundamente fundamentada tendo-se claro quais as vantagens e desvantagens dela decorrentes.

No acórdão, a Corte Constitucional da África do Sul, ainda, expressou que questões mais complexas sobre a medida de restrição ao direito de voto que foram discutidas no julgado *Sauvé v. Canadá* não haviam sido levantadas nesse julgamento.

¹²⁷ ISPAHANI, Laleh. Voting Rights and Human Rights: A Comparative Analysis of Criminal Disenfranchisement Laws *In* EDWALD, Alec. C.; ROTTINGHAUS, Brandon (coordenador). Criminal Disenfranchisement in an International Perspective. Nova Iorque: Cambridge University Press, 2009. Posição ebook 997.

¹²⁸ Tradução livre: Ministro da Administração Interna

¹²⁹ CONSTITUTIONAL COURT OF SOUTH AFRICA. Case CCT 03/04. Minister of Home Affairs v. National Institute for Crime Prevention and the Re-integration of Offenders (Nicro), Erasmus, Schwagerl, The Electoral Commission, Minister of Correctional Services. Constitutional Court of South African. Disponível em <<http://www.saflii.org/za/cases/ZACC/2004/10.pdf>> Acesso em 13.5.2017

¹³⁰ Id. Ibid.

Como resultado do julgamento, a Corte Constitucional da África do Sul declarou inconstitucionais as previsões contidas no 1998 Electoral Act, segundo emendado pelo Electoral Laws Amendment Act 34 of 2003, que impossibilitavam o registro eleitoral do condenado criminal, bem como o impedia a votar.

Posteriormente, a África do Sul promulgou o Electoral Amendment Act, 2013¹³¹, o qual revogou tais disposições já declaradas inconstitucionais, para adaptar a legislação ao julgamento constitucional.

Feitos tais esclarecimentos quanto a esses 2 (dois) julgados emblemáticos sobre o assunto – que são inclusive citados no julgamento *Hirst v. Reino Unido* – passa-se a colacionar, de forma exemplificativa na tabela abaixo, outros julgados havidos pela Corte Europeia de Direitos Humanos¹³² sobre o assunto.

Como será visto, alguns desses julgados já foram abordados anteriormente, relativamente à questão sobre efetividade e implementação das decisões da Corte Europeia de Direitos Humanos, especialmente em virtude da omissão do Reino Unido em adotar providências no sentido de modificar seu ordenamento jurídico no que tange a privação ao direito de voto aos condenados criminais.

Além desses, há um julgado que é de suma importância, relativamente ao julgamento da Corte quanto a privação do direito de voto tendo por fundamento o ordenamento jurídico russo, uma vez que, assim como lá, no Brasil a privação ao direito de voto aos condenados criminais também foi alçado a previsão constitucional.

Partes	Tribunal	Data do julgamento	Objeto e resultado
Hirst v. Reino Unido (n. 2)	Corte Europeia de Direitos Humanos	6.10.2005	<p><u>Objeto:</u> Condenado a prisão perpétua, o demandante foi privado do direito de voto. No ano de 2004, ele recebeu liberdade condicional. Alegou que, como condenado criminal, ele foi objeto de uma restrição indiscriminada ao direito de voto.</p> <p><u>Resultado:</u> A Corte Europeia de Direitos Humanos entendeu haver violação ao artigo 3º do</p>

¹³¹ REPUBLIC OF SOUTH AFRICA. *Act. n° 18 of 2013: Electoral Amendment Act, 2013*. Disponível em <http://www.gov.za/sites/www.gov.za/files/37069_Act18of2013ElectoralAmendment_0.pdf> Acesso em 13 mai 2017.

¹³² Tais julgados foram obtidos em documento (factsheet) obtido diretamente do sítio eletrônico da Corte Europeia de Direitos Humanos. (*In EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. Prisoner's right to vote: factsheet*. Disponível em <http://www.echr.coe.int/Documents/FS_Prisoners_vote_ENG.pdf> Acesso em 14 mai 2017)

Protocolo nº 1 da Convenção Europeia de Direitos Humanos.

Frold. Austria	v.	Corte Europeia de Direitos Humanos	8.4.2010	<p><u>Objeto:</u> o reclamante foi condenado a prisão perpétua em virtude da prática de homicídio, havendo a privação do seu direito de voto (que, na Áustria, é aplicado a quem é condenado a pena de mais de 1 (um) ano de prisão).</p> <p><u>Resultado:</u> A Corte Europeia de Direitos Humanos entendeu haver violação ao artigo 3º do Protocolo nº 1 da Convenção Europeia de Direitos Humanos. Ressalte-se que, na Áustria, a restrição ao direito de voto já é apenas a condenados criminais a penas de mais de 1 (um) ano. Contudo, ainda assim, a Corte pacificou entendimento de que a privação do direito de voto teria que ser determinada por um juiz de direito, levar em consideração as circunstâncias específicas do caso e haver uma correlação direta entre a ofensa cometida e potenciais reflexos sobre as eleições e instituições democráticas.</p>
Greens M.T. Reino Unido	e v.	Corte Europeia de Direitos Humanos	23.11.2010	<p><u>Objeto:</u> Ambos os demandantes estavam cumprindo pena. O caso referia-se a contínua violação pelo Reino Unido a alterar seu ordenamento jurídico a alterar/retirar a privação ao direito de voto, como era regulada.</p> <p><u>Resposta:</u> Tendo em vista a omissão do Reino Unido em alterar seu ordenamento jurídico, a Corte Europeia de Direitos Humanos novamente declarou a violação do artigo 3º do Protocolo nº 1 da Convenção Europeia de Direitos Humanos. Nesse caso, a Corte adotou o procedimento de julgamento piloto (pilot judgment) para conferir tratamento a demandas repetitivas. No julgamento, ainda, a Corte concedeu prazo de 6 (seis) meses do julgamento definitivo do caso para o Reino Unido apresentar proposta de alteração para alteração do ordenamento jurídico. Posteriormente, a Corte deferiu pedido do Reino Unido para que o prazo para apresentação da proposta viesse a partir do julgamento Scoppola v. Itália.</p>
Scoppola 3) v. Itália	(nº v.)	Corte Europeia de Direitos Humanos	22.5.2012	<p><u>Objeto:</u> O reclamante alega que, no ano de 2002, foi condenado a pena de prisão perpétua por conta de um homicídio, tentativa de homicídio, maus-tratos a membros de sua família e posse irregular de arma de fogo. Segundo a lei italiana, a pena de prisão perpétua implicava uma proibição vitalícia de exercer funções públicas, o que, por sua vez, significava a perda permanente do seu direito de voto.</p>

Resultado: A Corte Europeia de Direitos Humanos entendeu que não houve violação ao artigo 3º do Protocolo nº 1 da Convenção Europeia de Direitos Humanos. Isso porque, segundo legislação italiana, não há aplicação indiscriminada da privação do direito de voto. Ela se aplica tão somente quanto a ofensas cometidas contra o Estado ou o sistema judiciário, ou se condenados a cumprimento de penas restritiva de liberdade de mais de 3 (três) anos.

Mclean e Cole v. Reino Unido	Corte Europeia de Direitos Humanos	11.6.2013	<u>Objeto:</u> 2 (dois) condenados criminais submeteram a reclamação à Corte Europeia de Direitos Humanos, alegando que não puderam participar de eleições e nem poderão no futuro em decorrência da privação ao direito de voto.
			<u>Resultado:</u> esta <u>não conheceu</u> da reclamação, uma vez que se referia a eleições não cobertas pela Convenção Europeia de Direitos Humanos.

Anchugov e Gladkov v. Russia	Corte Europeia de Direitos Humanos	4.7.2013	<u>Objeto:</u> Ambos reclamantes foram condenados à pena de morte por homicídio e outras ofensas, posteriormente convertido para 15 (quinze) anos de reclusão. Eles foram privados do direito de voto, especialmente para as eleições do Estado de Duma e eleições presidenciais, segundo artigo 32, §3º, Constituição Russa. Ambos os reclamantes impugnaram a provisão constitucional a Corte Constitucional Russa, o qual, entretanto, declinou em aceitar a impugnação sob o argumento de que não tinha jurisdição para verificar se certas disposições constitucionais eram compatíveis com outras.
------------------------------	------------------------------------	----------	--

Resultado: A Corte Europeia de Direitos Humanos entendeu que há violação ao artigo 3º do Protocolo nº 1 da Convenção Europeia de Direitos Humanos. Isso porque os reclamantes foram privados do direito de voto independentemente da condenação criminal, natureza da gravidade, circunstâncias individuais, tempo de cumprimento da pena etc. A Corte rejeitou o argumento da Rússia de que o caso era essencialmente diferente dos demais analisados de outros países, especialmente Itália e Reino Unido, que tal previsão era infraconstitucional, uma vez que a privação ao direito de voto, na Rússia, está previsto na Constituição Federal. Segundo a Corte, todos os atos praticados por seus membros estão sujeitos à sua análise do ponto de vista dos direitos humanos, independentemente da forma com que se apresentam (se são normas constitucionais,

infraconstitucionais etc.). Havendo julgamento pelo qual se declarou a violação à disposição prevista na Convenção Europeia de Direitos Humanos, a Corte considerou que a Rússia poderia explorar diversos caminhos para cumprir tanto o julgamento quanto a própria Convenção Europeia de Direitos Humanos, quer seja por alguma forma de processo político, quer seja interpretando de forma distinta a Constituição em harmonia com a Convenção Europeia de Direitos Humanos.

Söyler Turquia	v.	Corte Europeia de Direitos Humanos	17.9.2013	<p><u>Objeto:</u> O reclamante é empresário e foi condenado criminalmente pelo não pagamento de cheques. Ele não pôde votar nas eleições de 2007 bem como nas eleições de 2011, depois da sua liberdade condicional. A alegação central é de que o não pagamento de cheques é uma conduta que não deveria atrair a privação do direito de voto, bem como que tal privação não poderia ocorrer depois que ele recebeu a liberdade condicional.</p> <p><u>Resultado:</u> A Corte Europeia de Direitos Humanos entendeu que há violação ao artigo 3º do Protocolo nº 1 da Convenção Europeia de Direitos Humanos. Segundo a Corte, a privação do direito de voto é indiscriminada e automática na legislação da Turquia e não leva em conta a conduta individual ou circunstâncias do crime. A medida é mais severa que com relação a demais países da Europa, pois se aplica tanto a condenados criminais em cumprimento da pena, quanto a em liberdade condicional e suspensão do processo.</p>
Dunn Outros Reino Unido	e v.	Corte Europeia de Direitos Humanos	13.5.2014	<p><u>Objeto:</u> São 131 (cento e trinta e um) reclamantes, todos condenados criminais (presos) e pleitearam fossem franqueados seu direito de voto, considerando a proximidade das eleições seguintes.</p> <p><u>Resultado:</u> A Corte declarou inadmissível a reclamação. Os reclamantes deduziram reclamação contra futuras eleições e não conseguiram provar que estariam ainda sob tal restrição até as referidas eleições.</p>
Firth Outros Reino Unido	e v.	Corte Europeia de Direitos Humanos	12.8.2014	<p><u>Objeto:</u> Esse caso refere-se a 10 (dez) condenados criminais que não puderam votar nas eleições do parlamento europeu em 4.6.2009.</p> <p><u>Resultado:</u> A Corte reconheceu avanços do Reino Unido em vista da publicação de uma minuta de</p>

um projeto de lei para alteração do ordenamento jurídico, no que tange a privação do direito de voto, e a elaboração de relatório a respeito por uma Comissão Especial.

Contudo, como a alteração no ordenamento jurídico britânico ainda não ocorreu e o caso se assemelha ao *Greens e M. T.*, a Corte declarou haver violação artigo 3º do Protocolo nº 1 da Convenção Europeia de Direitos Humanos.

Murat Vural v Turquia	Corte Europeia de Direitos Humanos	21.10.2014	<p><u>Objeto:</u> No mês de outubro de 2005, o reclamante foi condenado por violação da lei relativa às infrações cometidas contra Atatürk, depois de ter depositado tinta sobre várias estátuas de Mustafa Kemal Atatürk, o fundador da República da Turquia. Ele foi inicialmente condenado a 22 (vinte e dois) anos e 6 (seis) meses de prisão, mas em recurso a sentença foi reduzida para cerca de 13 (treze) anos de prisão. Ao mesmo tempo, o Tribunal impôs uma série de restrições à recorrente. Em particular, ao cumprir a sua pena, foi proibido de votar, participar em eleições e organizar associações. Em junho de 2013, foi libertado condicionalmente da prisão.</p> <p><u>Resultado:</u> A Corte Europeia de Direitos Humanos entendeu que há violação ao artigo 3º do Protocolo nº 1 da Convenção Europeia de Direitos Humanos. A privação do direito de voto do condenado criminal não cessou quando ele foi beneficiado por liberdade condicional no mês de junho de 2013. Ele seria privado do direito de voto por mais 11 (onze) anos. A Corte entendeu que uma privação geral, automática, e indiscriminada ao direito de voto, aplicada a todos os condenados criminais, era incompatível com o artigo 3º do Protocolo nº 1 da Convenção Europeia de Direitos Humanos.</p>
McHugh e Outros v. Reino Unido	Corte Europeia de Direitos Humanos	10.2.2015	<p><u>Objeto:</u> o caso se refere a reclamação feita por 1.015 condenados criminais que, como consequência de suas condenações, não puderam exercer direito de voto.</p> <p><u>Resultado:</u> A Corte Europeia de Direitos Humanos entendeu haver violação ao artigo 3º do Protocolo nº 1 da Convenção Europeia de Direitos Humanos.</p>
Kulinski e Sabev v. Bulgária	Corte Europeia de Direitos Humanos	21.7.2016	<p><u>Objeto:</u> Ambos reclamantes alegaram que foram privados do direito de voto, em violação ao artigo 3º do Protocolo nº 1 da Convenção Europeia de Direitos Humanos. Também alegaram que não tinham remédios jurídicos previstos na legislação nacional contra tal privação de direitos.</p>

Resultado: A Corte Europeia de Direitos Humanos entendeu que há violação ao artigo 3º do Protocolo nº 1 da Convenção Europeia de Direitos Humanos. Isso porque a privação prevista no ordenamento jurídico Búlgaro era geral, automática, e indiscriminada ao direito de voto, aplicada a todos os condenados criminais. Por outro lado, a Corte entendeu não haver violação ao artigo 13 da Convenção Europeia de Direitos Humanos pois ela não prevê obrigatoriedade do Estado-membro de disponibilizar remédios jurídicos a impugnar previsões legais sob o fundamento de serem contrárias à Convenção Europeia de Direitos Humanos.

Nesse sentido, dos julgados acima, além dos já citados ao longo desse trabalho, é de especial relevo o relativo ao julgado quanto à privação do direito de voto no caso *Anchugov e Gladkov v. Russia*¹³³.

Isso porque, tanto Rússia quanto Brasil preveem a privação ao direito de voto como uma norma constitucional.

A Rússia, em suas alegações de defesa¹³⁴, apresentou, dentre outros, o argumento de que o caso seria distinto aos demais julgados pela Corte Europeia de Direitos Humanos pois a privação ao direito de voto está prevista na Lei Maior da Rússia. Esse foi o mesmo entendimento adotado pela Corte Constitucional Russa para negar o recurso das partes, em vista de que ela não deteria jurisdição para declarar inconstitucional dispositivo contido na Constituição Federal.

A resposta da Corte Europeia de Direitos Humanos¹³⁵ é que nenhum dispositivo constitucional ou legal do país-membro pode se opor as disposições da Convenção Europeia de Direitos Humanos, devendo a Rússia se adaptar a tais disposições.

Nesse sentido, caberia à Rússia optar pela alteração de sua constituição federal via emenda ou interpretar sua Carta Maior segundo disposições da Convenção Europeia de Direitos Humanos.

¹³³ EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Anchugov and Gladkov v. Russia*. (4.7.2013). Disponível em <<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-122260>> Acesso em 13 mai 2017

¹³⁴ Id. Ibid.

¹³⁵ Id. Ibid.

2.1.1.3. A privação do direito de voto nos Estados Unidos da América

2.1.1.3.1. Panorama geral sobre a privação do direito de voto nos EUA

Em linhas atrás, abordamos de forma tangente o sistema de privação ao direito de voto ao condenado criminal no sistema norte americano com o esclarecimento de que, em primeiro lugar, os Estados Unidos da América, em diversos Estados, são mais rigorosos na aplicação da privação ao direito de voto, estendendo-o não apenas ao condenado criminal, de forma indiscriminada, mas também ao sujeito que já cumpriu a pena, exclusivamente porque uma vez violou a legislação penal.

Da mesma forma, tal privação ao direito de voto, excluindo condenados criminais e, também, condenados que já cumpriram sua pena (que serão designados doravante como “ex-condenados”).

Uggen e Manza afirmam que, na história dos Estados Unidos da América, a prática de privar os condenados ao direito de voto foi raramente questionada¹³⁶.

Recentemente, continuam os autores, tal questão passou a ser debatida, especialmente no que tange aos ex-condenados. O New York Times chegou a publicar como um dos ideais para o ano de 2003 a restauração do direito de voto aos ex-condenados.

A associação norte americana Sentencing Project, no ano de 2016, publicou um relatório¹³⁷ em que demonstrava o seguinte:

- (i) No ano de 2016, cerca de 6.1 milhões de pessoas nos Estados Unidos da América são privados do direito de voto em virtude de condenação criminal. Tal quantidade refere-se a um aumento exponencial de pessoas privadas ao direito de voto, posto que, tal quantidade: (a) no ano de 1976, era de 1,17 milhões; (b) no ano de 1996, era de 3,34 milhões; (c) no ano de 2010, era de 5,85 milhões;

¹³⁶ UGGEN; Christopper; MANZA; Jeff. *Locked Out: Felon Disenfranchisement and American Democracy*. Nova York: Oxford University Press, Inc., 2006. Posição ebook 332

¹³⁷ THE SENTENCING PROJECT. *6 million lost voters: State-level Estimates of Felony Disenfranchisement, 2016*. Disponível em <<http://www.sentencingproject.org/wp-content/uploads/2016/10/6-Million-Lost-Voters.pdf>> Acesso em 14 mai 2017.

- (ii) Aproximadamente 2,5% do total da população votante dos Estados Unidos da América está privada do direito de voto em virtude de uma corrente ou anterior condenação criminal;
- (iii) Indivíduos que cumpriram suas penas em 12 (doze) Estados norte-americanos que privam o direito de voto tanto a condenados quanto a ex-condenados representam cerca de 50% (cinquenta por cento) do total da população privada ao direito de voto, totalizando uma quantidade de 3,1 milhões de pessoas;
- (iv) Taxas de privação de direito voto tem uma alteração expressiva de um Estado norte-americano a outro em vista da variação em cada um quanto às privações ao direito de voto. Em 6 (seis) Estados – Alabama, Flórida, Kentucky, Mississippi, Tenessi e Virginia – mais de 7% (sete por cento) da população adulta está privada ao direito de voto;
- (v) O Estado da Flórida sozinho representa 27% (vinte e sete por cento) da população privadas ao direito de voto nos Estados Unidos da América e detém aproximadamente 1,5 milhões de ex-condenados, que representam 48% (quarenta e oito por cento) da população norte-americana privada ao direito de voto por uma condenação criminal já cumprida;
- (vi) 1 (um) em cada 13 (treze) afro americanos – 7,4% - está privado ao direito de voto. Essa proporção é 4 (quatro) vezes maior do que se considerado os norte-americanos que não são afrodescendentes, cuja proporção é de 1,8%;
- (vii) A proporção de afro americanos privados ao direito de voto é bastante variada quando se é considerado Estado por Estado. Em 4 (quatro) Estados, a quantidade de afrodescendentes privados ao direito de voto é tão alta que a proporção varia entre 21% a 26% (Florida, 21%; Kentucky, 26%, Tenessi, 21% e Virginia, 22%).

Nesse mesmo relatório¹³⁸, extrai-se a informação abaixo de tabela relativa a política de privação ao direito de voto de acordo com o Estado norte-americano:

¹³⁸ THE SENTENCING PROJECT. *6 million lost voters: State-level Estimates of Felony Disenfranchisement, 2016*. Disponível em <<http://www.sentencingproject.org/wp-content/uploads/2016/10/6-Million-Lost-Voters.pdf>> Acesso em 14 mai 2017..

A ¹³⁹	B ¹⁴⁰	B+C ¹⁴¹	B+C+D ¹⁴²	B+C+D+E ¹⁴³
Maine	Indiana	Califórnia ¹⁴⁴	Alasca	Alabama ¹⁴⁵
Vermont	Maryland ¹⁴⁶	Colorado	Arkansas	Arizona ¹⁴⁷
	Massachusetts	Conecticute	Cansas	Delaware ¹⁴⁸
	Michigan	Nova Iorque	Carolina do Norte	Florida
	Montana		Carolina do Sul	Iowa ¹⁴⁹
	Nova Hampshire		Dacota do Sul ¹⁵⁰	Kentucky
	Dacota do Norte		Geórgia	Mississippi
	Ohio		Idaho	Nebraska ¹⁵¹
	Oregon		Luisiana	Nevada ¹⁵²
	Pensilvânia		Minesota	Tenessi ¹⁵³
	Ilha Rodes ¹⁵⁴		Missúri	Virginia ¹⁵⁵

¹³⁹ A = sem privação ao direito de voto;

¹⁴⁰ B = privação aos condenados criminais enquanto reclusos;

¹⁴¹ C = privação aos condenados em liberdade condicional;

¹⁴² D = privação aos condenados cumprindo suspensão condicional do processo;

¹⁴³ E = privação aos ex-condenados

¹⁴⁴ No ano de 2016, o Estado da Califórnia restaurou os direitos de voto aos condenados em prisão domiciliar;

¹⁴⁵ No ano de 2016, o Estado de Alabama facilitou o processo de restauração dos direitos de voto dos condenados criminais que cumpriram sua pena, desde que não tenham sido condenados a crime moralmente vergonhoso. Atualmente, tal lei está em discussão por meio de uma ação judicial ajuizada por requerentes que alegam que não há critério para considerar o que seria um crime moralmente vergonhoso e que tal restrição está sendo utilizada com objetivos discriminatórios raciais (ROBERTSON, Campbell. *Suit Accuses Alabamas of Bias in Law that Bars some Felons from Voting*. The New York Times. 26.9.2017. Disponível em <<https://www.nytimes.com/2016/09/27/us/suit-alabama-bias-felons-voting.html?rref=collection%2Ftimestopic%2FFelony%20Disenfranchisement>> Acesso em 14 mai 2017.

¹⁴⁶ No ano de 2016, o Estado de Maryland reformou sua legislação para excluir a privação ao direito de voto a quem estava em liberdade condicional ou suspensão condicional do processo;

¹⁴⁷ O Estado do Arizona priva o direito de voto a todo condenado reincidente (2 ou mais condenações criminais).

¹⁴⁸ Desde 2013, o Estado de Delaware divide entre ex-condenados que têm direito a voto e que não têm de acordo com o crime cometido. Crimes como homicídio, corrupção e ofensas sexuais acarretam a privação ao direito de voto permanentemente.

¹⁴⁹ No ano de 2005, houve uma reforma com restauração de direitos políticos aos indivíduos que tinham cumprido a sua pena até 4.7.2005. No ano de 2011, contudo, houve o retorno ao status quo ante privando o direito de voto a todos os condenados a partir de 14.1.2011.

¹⁵⁰ O Estado de Dacota do Sul começou, no ano de 2012, a privar do direito de voto os condenados em suspensão condicional do processo.

¹⁵¹ O Estado de Nebraska reduziu para 2 (dois) anos o período em que ex-condenados ficarão privados ao direito de voto, a contar de sua soltura.

¹⁵² O Estado de Nevada priva permanentemente ao direito de voto as pessoas condenadas de 1 (um) ou mais crimes graves. Para os demais crimes, a reincidência de 2 (duas) ou mais violações pode ensejar a privação permanente ao direito de voto.

¹⁵³ O Estado de Tenessi priva o direito de voto permanentemente a certos condenados criminais desde 1991, além dos que cometeram outros crimes antes de 1973. Fora esses condenados criminais, os demais podem pedir a restauração de seus direitos políticos para Board of Probation and Parole.

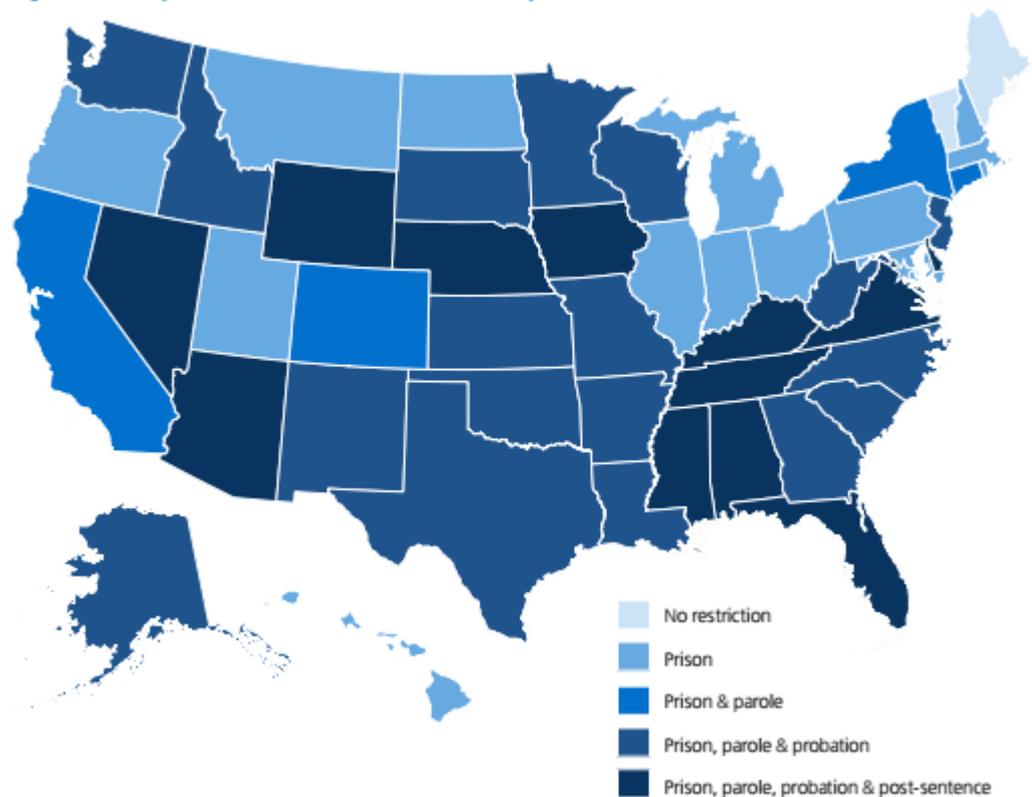
¹⁵⁴ O Estado Ilha Rodes, no ano de 2006, realizou referendo no qual eliminou a privação ao direito de voto para pessoas em liberdade condicional e suspensão condicional do processo.

¹⁵⁵ O governador de Virginia, Sr. Terry McAuliffe, tentou restaurar o direito de voto a mais de 200.000 pessoas que cumpriram sua respectiva pena. Contudo, os republicanos ajuizaram uma medida perante o Tribunal de Justiça de Virginia, que foi acolhida, para cancelar o ato, sob a alegação de que o governador não teria essa prerrogativa, mas, sim, de restaurar um a um. Em resposta, o governador publicou um ato para cada um dos 13.000 moradores de Virginia que haviam se inscrito para as eleições por conta da medida do governador (que abrangia originariamente 200.000 pessoas) (*In EDITORIAL BOARD. Virginia's Republicans Turn Back the Clock*. The New York Times. 9.9.2016. Disponível em

	Utá		Nova Jersey	Wyoming ¹⁵⁶
	Havaí		Novo México	
	Illinóis		Oclaoma	
			Texas	
			Virginia Ocidental	
			Washington	
			Wisconsin	

Na figura abaixo, extraída de outro trabalho da associação Sentencing Project¹⁵⁷, publicado no ano de 2016, confere uma visão geral a respeito do tema segundo cada Estado:

Figure A. Felony Disenfranchisement Restrictions by State, 2016



A questão nos Estados Unidos da América tem ganhado contornos mais relevantes. O jornal The New York Times publicou, no dia 30.10.2016, pesquisa feita pela PRRI¹⁵⁸

<<https://www.nytimes.com/2016/09/10/opinion/virginias-republicans-turn-back-the-clock.html?rref=collection%2Ftimestopic%2FFelony%20Disenfranchisement>> Acesso em 14 mai 2017)

¹⁵⁶ O Estado de Wyoming restaura o direito de voto a determinados condenados criminais (crimes não violentos e primeira violação – não reincidência) depois de 5 (cinco) anos de cumprimento de sua pena.

¹⁵⁷ THE SENTENCING PROJECT. *Policy Brief: Felony Disenfranchisement*. Disponível em <<http://www.sentencingproject.org/publications/felony-disenfranchisement-a-primer/>> Acesso em 14 mai 2017

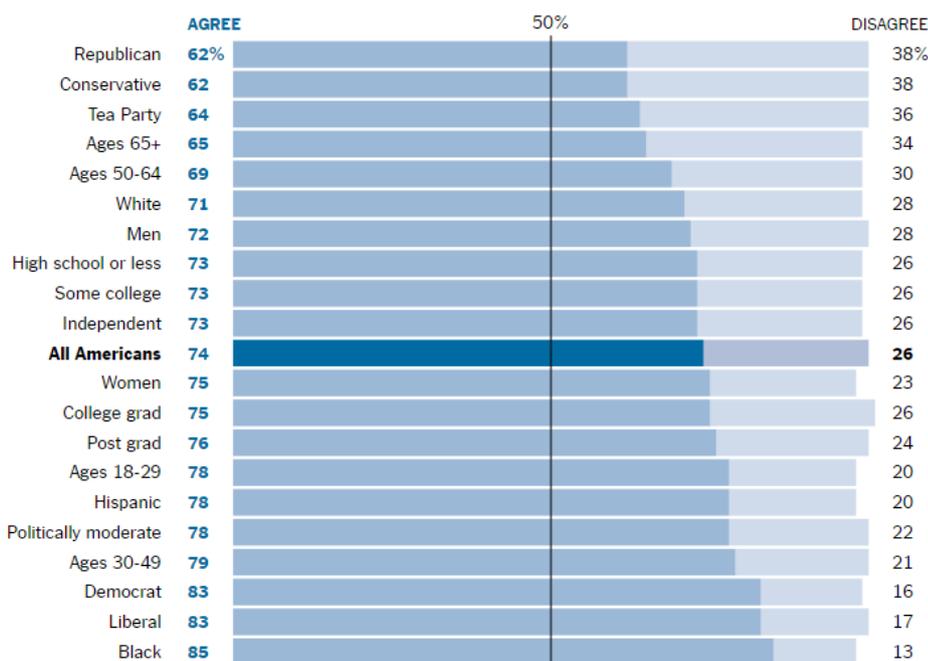
¹⁵⁸ THE EDITORIAL BOARD. *Agreed: Serve your time, cast your ballot*. The New York Times. Publicado em 29.10.2016. Disponível em <<https://www.nytimes.com/2016/10/30/opinion/agreed-serve-your-time-cast>

segundo a qual a maioria dos norte-americanos é contra a privação do direito de voto aos ex-condenados.

A pesquisa dividiu os percentuais entre republicanos e democratas, bem como, dentre outros, gênero (homens e mulheres) e etnias.

Common Ground

Percent who agree that a person who has been convicted of a felony should be allowed to vote after serving his or her sentence.



Com os dados acima, observa-se que a privação do direito de voto aos ex-condenados já não conta com representatividade junto à população norte-americana.

2.1.1.3.2. A análise da privação do direito voto perante a Suprema Corte dos EUA

Como explicam Uggen e Manza¹⁵⁹, a Suprema Corte dos Estados Unidos da América, na década de 1960, proferiu uma série de julgamentos por meio dos quais se tratou do direito de voto. O julgado mais emblemático, da época, foi o Reynolds v. Sims, de 1964, por meio do qual se alçou o direito de voto a um direito fundamental, que jamais poderia ser restringido, salvo algum motivo devidamente justificado.

[your-ballot.html?ref=collection%2Ftimestopic%2FFelony%20Disenfranchisement& r=0>](#) Acesso em 14 mai 2017

¹⁵⁹ UGGEN; Christopper; MANZA; Jeff. Locked Out: Felon Disenfranchisement and American Democracy. Nova Iork: Oxford University Press, Inc., 2006. Posição ebook 527

Também nessa década que foi aprovado o Voting Rights Act¹⁶⁰, no ano de 1965, o qual foi responsável por possibilitar aos americanos afrodescendentes que votassem no sul do país.

Nesse contexto, contam ainda os referidos autores, esperava-se que a Suprema Corte dos Estados Unidos da América fosse também afastar a aplicação da privação do direito de voto aos condenados criminais. Contudo, muito pelo contrário, a Suprema Corte dos Estados Unidos da América foi responsável por rever tal legislação e ratificar sua legalidade e continuidade.

Antes de 1960, o primeiro julgado que se tem notícia nos Estados Unidos da América pelo qual se confirmou a privação do direito de voto pela condenação criminal ocorreu pela confirmação do “Edmunds Act”¹⁶¹, editado no ano de 1882, que criminalizou a bigamia e poligamia e privava do direito de voto quem fosse condenado por tais práticas¹⁶².

Tal Edmunds Act foi editado como uma forma de diminuir a influência da Igreja Mórmon na parte ocidental dos Estados Unidos da América, cujos seguidores, à época, segundo os autores, praticavam a bigamia e poligamia.

No ano de 1885, a Suprema Corte dos Estados Unidos analisou a questão e confirmou a legalidade do Edmunds Act (também conhecido como Edmunds Anti-Polygamy Act), no julgado *Murphy v. Ramsey*, 114 US. 15 (1885)¹⁶³.

Posteriormente, em outro julgado acerca do tema, a Suprema Corte voltou a confirmar a possibilidade de privar do direito de voto de quem cometesse o crime de bigamia e poligamia¹⁶⁴ (*Davis v. Beason*, 133 US. 333 (1890)¹⁶⁵).

Até o ano de 1974 quando julgado o caso *Richardson v. Ramirez*¹⁶⁶, os julgados citados acima foram os únicos do que se tem notícia a ocorrerem perante a Suprema Corte

¹⁶⁰ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Voting Rights Act (1965)*. Disponível em <<https://www.ourdocuments.gov/doc.php?doc=100&page=pdf>> Acesso em 14 mai 2017

¹⁶¹ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Edmunds Act (1882)*. Utah Commission. Disponível em <<https://archive.org/details/edmundsactreport00unitrich>> Acesso em 15 mai 2017

¹⁶² UGGEN; Christopper; MANZA; Jeff. *Locked Out: Felon Disenfranchisement and American Democracy*. Nova Iork: Oxford University Press, Inc., 2006. Posição ebook 640

¹⁶³ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. U. S. SUPREME COURT. *Murphy v. Ramsey 114 U.S. 15 (1885)*. Disponível em <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/114/15/case.html>> Acesso em 15 mai 2017.

¹⁶⁴ UGGEN; Christopper; MANZA; Jeff. *Locked Out: Felon Disenfranchisement and American Democracy*. Nova Iork: Oxford University Press, Inc., 2006. Posição ebook 640.

¹⁶⁵ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. U. S. SUPREME COURT. *Davis v. Beason 133 U.S. 333 (1890)*. Disponível em <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/133/333/case.html>> Acesso em 15 mai 2017.

¹⁶⁶ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. U. S. SUPREME COURT. *Richardson v. Ramirez 418 U.S. 24 (1974)*. Disponível em <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/418/24/>> Acesso em 15 mai 2017.

dos Estados Unidos da América¹⁶⁷, que trataram da privação do direito de voto aos condenados criminais¹⁶⁸.

O caso *Richardson v. Ramirez* referia-se a 3 (três) homens do Estado da Califórnia que haviam cumprido suas penas estabelecidas em sentenças criminais, aos quais lhes foram negados o direito de voto. Os argumentos adotados pelos requerentes foram¹⁶⁹ que: (i) a legislação que previa a privação do direito de voto aos condenados criminais deveria também ser revista, assim como foram outras restrições ao voto, as quais deveriam contar com uma importante justificativa quanto ao benefício em prol do Estado para se privar o direito de voto – que é um direito fundamental - dos requerentes; (ii) possibilitar aos requerentes e demais ex-condenados (que cumpriram sua pena) a exercer o direito de voto teria uma finalidade, também, de reabilitação do condenado, ajudando-o a se reintegrar à sociedade.

O Tribunal de Justiça do Estado da Califórnia votou favoravelmente ao pleito de restauração do direito de voto¹⁷⁰.

Todavia, a Suprema Corte dos Estados Unidos da América reformou a decisão do Tribunal de Justiça do Estado da Califórnia, declarando que é possível ao Estado privar o ex-condenado criminal ao direito de voto, com fundamento expressamente contido na 14ª Emenda¹⁷¹ à Constituição Federal dos Estados Unidos da América¹⁷².

Tal julgamento surpreendeu bastante porque se esperava que pautar o fundamento na 14ª Emenda levaria ao acolhimento do pleito, posto que tal emenda é conhecida pela cláusula de proteção à isonomia, que veda qualquer tratamento não isonômico entre cidadãos dos Estados Unidos da América¹⁷³.

¹⁶⁷ Como lembra Uggens e Manza, houveram alguns outros julgados em instâncias inferiores à Suprema Corte dos Estados Unidos da América (posição 640)

¹⁶⁸ UGGEN; Christopper; MANZA; Jeff. *Locked Out: Felon Disenfranchisement and American Democracy*. Nova Iork: Oxford University Press, Inc., 2006. Posição ebook 640

¹⁶⁹ Id. *Ibid.*, posição ebook 665

¹⁷⁰ d. *Ibid.*, posição ebook 655

¹⁷¹ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. 14ª (Fourteenth) Amendment to the Constitution. Disponível em <<https://constitutioncenter.org/interactive-constitution/amendments/amendment-xiv/the-equal-protection-clause/20>> Acesso em 14 mai 2017

¹⁷² ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. U. S. SUPREME COURT. *Richardson v. Ramirez* 418 U.S. 24 (1974). Disponível em < <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/418/24/>> Acesso em 15 mai 2017.

¹⁷³ UGGEN; Christopper; MANZA; Jeff. *Locked Out: Felon Disenfranchisement and American Democracy*. Nova Iork: Oxford University Press, Inc., 2006. Posição ebook 679

Depois desse julgado, nenhum outro julgado havido pela Suprema Corte dos Estados Unidos da América contrariou o direito dos Estados-membros a privar o direito de voto dos condenados criminais¹⁷⁴.

Houve, no entanto, um julgado denominado *Hunter v. Underwood*¹⁷⁵, ocorrido no ano de 1985, por meio do qual se invalidou uma lei do Estado do Alabama, que tratava da privação ao direito de voto, tendo por pano de fundo discussões sobre discriminação racial.

Isso porque, tal lei do Estado do Alabama, privava do direito de voto quem praticasse crimes considerados como de menos moralmente vergonhoso. Á época, os norte-americanos afro descendentes tinham uma proporção de 1.7 vezes mais chance de ser preso do que norte-americanos de etnia branca.

A Suprema Corte dos Estados Unidos da América invalidou a Lei do Estado do Alabama, pois foram apresentadas evidências de que a legislação em si foi adotada com claro intuito de discriminação racial.

A partir desse julgado, intensificaram-se as alegações de que a privação ao direito de voto, nos Estados Unidos da América, continham um caráter muito mais afeito a discriminação racial, do que uma finalidade efetivamente além de tal.

¹⁷⁴ Id. Ibid. Posição ebook 734.

¹⁷⁵ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. U. S. SUPREME COURT. *Hunter v. Underwood*. 471 U.S. 222 (1985) Disponível em < <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/471/222/case.html> > Acesso em 15 mai 2017.

3. O instituto da suspensão dos direitos políticos no Brasil

3.1. O tratamento da suspensão dos direitos políticos por condenação criminal ao longo das diversas Constituições Federais

A fim de aprofundar as incursões sobre o tema, buscou-se a origem da privação dos direitos políticos por condenação criminal no ordenamento brasileiro.

Por base a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, no capítulo que trata “Dos Direitos Políticos” (Capítulo IV) – o qual integra o Título II, intitulado “Dos Direitos e Garantias Fundamentais” – há a determinação das hipóteses de perda ou suspensão de direitos, nos seguintes termos:

“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, § 4º”.

No entanto, vale dizer, desde logo, que a hipótese prevista no inciso III, que trata da suspensão de direitos políticos do condenado criminalmente com sentença transitada em julgado, enquanto durarem seus efeitos, definitivamente não traduz uma novidade inserida pelo Constituinte da redemocratização; bem ao contrário: dispositivos equivalentes encontram-se reproduzidos em todos os textos constitucionais brasileiros, desde a Constituição do Império de 1824. É igualmente verdade, por outro lado, que os contornos dados à referida suspensão de direitos foram diferentes ao longo da história, como veremos a seguir.

Já na primeira Constituição Brasileira, a Constituição do Império, elaborada por um Conselho de Estado e *outorgada* pelo Imperador D. Pedro I, em 25/03/1824, “em nome da Santíssima Trindade”, havia previsão similar acerca da suspensão dos direitos políticos:

Art. 7. Perde os Direitos de Cidadão Brasileiro

I. O que se naturalisar em paiz estrangeiro.

II. O que sem licença do Imperador aceitar Emprego, Pensão, ou Condecoração de qualquer Governo Estrangeiro.

III. O que for banido por Sentença.

Art. 8. Suspende-se o exercicio dos Direitos Politicos

I. Por incapacidade physica, ou moral.

II. Por **Sentença condenatoria a prisão, ou degredo**, enquanto durarem os seus efeitos.

O Conselho de Estado foi criado por D. Pedro I em substituição à Assembleia Geral Constituinte e Legislativa – que ele mesmo dissolvera em razão dos ideais liberais que a caracterizavam. O Conselho objetivava tratar dos negócios de maior monta e elaborar um projeto condizente com suas pretensões autoritárias.

Note-se que o cenário era bastante conservador: um país recentemente independente – após três séculos de colonização exploratória –, escravocrata, e cuja ordem constitucional apresentava viés absolutista (vide Poder Moderador), na qual os cidadãos aptos a votar – em votação indireta, aliás – eram apenas os homens que detivessem um mínimo de renda estabelecido na Constituição.

Ressalta-se, ademais, que com a Carta Constitucional *outorgada*, presume-se uma Constituição imposta, “de maneira unilateral, pelo agente revolucionário (grupo ou governante), que não recebeu do povo a legitimidade para em nome dele atuar”¹⁷⁶.

Ainda assim, observe que o Constituinte, ou melhor, o Conselho de Estado, preocupou-se em distinguir as hipótese de perda das de suspensão e, sobretudo, delimitar quais sanções penais acarretariam a suspensão do exercício dos direitos políticos. Ou seja, de acordo com o ordenamento de então nem toda e qualquer sentença condenatória implicava em suspensão dos direitos políticos, mas tão somente aquelas sentenças que condenassem o criminoso à prisão e ao degredo.

Há quem sustente que essas eram as únicas penas de fato aplicadas nesta época e, assim, minimiza-se o caráter “progressista” em relação a Constituição ora em vigor¹⁷⁷, que determina a suspensão dos direitos políticos no caso de condenação criminal transitada em julgado, independentemente da pena cominada.

Entretanto, embora não seja esse o foco principal do presente trabalho, ressalva-se que, à época, a regulamentação das questões criminais no Brasil era dada pelas Ordenações Filipinas. Apenas posteriormente à proclamação da Independência, com a outorga da

¹⁷⁶ LENZA, Pedro. Op. citada, p. 84.

¹⁷⁷ Nesse sentido, RIBEIRO, Rafael Lima. Suspensão dos Direitos Políticos do Condenado no Brasil e sua Sucessão nas Constituições Brasileiras. Revista da Faculdade Mineira de Direito. v. 16, n. 32 (2013). Disponível em < <http://periodicos.pucminas.br/index.php/Direito/article/view/P.2318-7999.2013v16n32p452>>. Acesso em 06/05/2017.

Constituição de 1824, foi elaborado o primeiro código penal “genuinamente” brasileiro, intitulado Código Criminal do Império do Brasil de 1830¹⁷⁸.

Neste último, ousamos discordar, havia outras formas de punição diversas da prisão e do degredo: pena de galés (arts. 44 e 45); pena de prisão com trabalho (art. 46); pena de prisão simples (art. 47); pena de banimento (art. 50); pena de degredo (art. 51); pena de desterro (art. 52); pena de multa (art. 55); pena de suspensão de emprego (art. 58); pena de perda de emprego (art. 59). O que nos leva a crer que a Constituição do Império era menos restritiva que a Democrática de 1988, uma vez que delimitava as hipótese de suspensão dos direitos político, em vez de prever sua aplicação indistintamente, independente da pena cominada.

A Constituição da República, por sua vez, promulgada em 1891, em nome dos “representantes do povo brasileiro, reunidos em Congresso Constituinte”, de forte inspiração norte-americana, estabelecia que:

Art 71 - Os direitos de cidadão brasileiro só se suspendem ou perdem nos casos aqui particularizados.

§ 1º - Suspendem-se:

- a) por incapacidade física ou moral;
- b) por condenação criminal, enquanto durarem os seus efeitos.

§ 2º - Perdem-se:

- a) por naturalização em país estrangeiro;
- b) por aceitação de emprego ou pensão de Governo estrangeiro, sem licença do Poder Executivo federal.

§ 3º - Uma lei federal determinará as condições de re aquisição dos direitos de cidadão brasileiro.

Em relação a este diploma constitucional, destacam-se, a priori, dois pontos: um positivo, acerca da manutenção da divisão entre as hipóteses suspensão e perda dos direitos políticos; e um negativo, uma vez que a hipótese de suspensão por condenação criminal perdeu seu caráter restritivo, deixando de vincular o seu cabimento a determinados tipos de pena e, portanto, tornando-se consequência de qualquer forma de condenação.

Soma-se a este fato, agravando-o, a ausência de limitação quanto ao momento da aplicação da suspensão, tal qual já fazia a Constituição do Império. Diferentemente da

¹⁷⁸ “(...) foi elaborado em decorrência da recomendação contida no art. 179, parágrafo 18, da Constituição Política de 1824, que previa o quanto antes, a organização de ‘um Código criminal, fundado nas sólidas bases da justiça e da equidade’. (...) sancionado por Decreto de 16-12-1830 e mandado executar por carta de lei de 8-1-1831”. In Enciclopédia Saraiva de Direito. São Paulo: Saraiva, 1977-1982. v. 15, p. 396-397. Disponível em < <http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/221763>>. Acesso em 06/05/2017.

Constituição vigente, a do Império e da República não traziam a previsão do trânsito em julgado, em afronta ao princípio da presunção de inocência.

Não é demais destacar, no entanto, o §3º do artigo 71, que delega ao legislador ordinário a tarefa de determinar as condições de requalificação dos direitos de cidadão brasileiro, abrindo margem a uma possível regulamentação infraconstitucional do dispositivo.

No ínterim até a promulgação da Constituição de 1934, vale realçar a aprovação do que seria o primeiro Código Eleitoral, por meio do Decreto nº 21.076/1932, que instituiu a Justiça Eleitoral – visando sanear, sobretudo, as práticas fraudulentas que vigoravam no direito eleitoral da República Velha –, adotou o voto feminino – confirmado posteriormente pelo Constituinte de 1934, em que pese facultativo, sendo obrigatório apenas às que exercessem função pública remunerada¹⁷⁹ – e, ainda, o sufrágio universal, direto e secreto.

Sob forte influência da Constituição de Weimar, a Constituição *promulgada* aos 16/07/1934, em nome dos representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte, instaura o denominado “Estado Social”, consagrando os direitos humanos de 2ª geração em detrimento das ideias liberais da Primeira República.

Já no tocante à suspensão dos direitos políticos por condenação criminal, pouco mudou:

Art 110 - Suspendem-se os direitos políticos:

- a) por incapacidade civil absoluta;
- b) pela condenação criminal, enquanto durarem os seus efeitos.

Art 111 - Perdem-se os direitos políticos:

- a) nos casos do art. 107;
- b) pela isenção do ônus ou serviço que a lei imponha aos brasileiros, quando obtida por motivo de convicção religiosa, filosófica ou política;
- c) pela aceitação de título nobiliárquico, ou condecoração estrangeira, quando esta importe restrição de direitos, ou deveres para com a República.

§ 1º - A perda dos direitos políticos acarreta simultaneamente, para o indivíduo, a do cargo público por ele ocupado.

§ 2º - A lei estabelecerá as condições de requalificação dos direitos políticos.

Uma das únicas mudanças, todavia, foi extremamente substantiva e cumpre ser destacada: trata-se do §1º do artigo 111, que embora refira-se à perda (e não à suspensão)

¹⁷⁹ Art 109 - O alistamento e o voto são obrigatórios para os homens e para as mulheres, quando estas exerçam função pública remunerada, sob as sanções e salvas as exceções que a lei determinar. In Brasil.

dos direitos políticos, altera a tônica da questão. Conforme explica, de forma lúcida, Thiago Conceição:

“No que tange à melhor visualização do conteúdo dos direitos políticos, nota-se que, ao vedar o alistamento da pessoa, temporária ou definitivamente, privada dos seus direitos políticos, bem como ao prever a perda do cargo público por aquele que perdeu os direitos políticos, a Constituição de 1934 deu pistas de que não concebia os direitos políticos como limitados aos direitos eleitorais. Afinal, diferenciou-os e atribuiu outros efeitos ao perdimento dos direitos políticos, tais como a perda da função pública”.¹⁸⁰

Poucos anos depois, sob o contexto mundial de acirramento entre os movimentos de extrema direita e extrema esquerda e, sobretudo, do suposto avanço da ameaça comunista, Getúlio Vargas, outrora eleito legitimamente para o mandato de 1934 a 1938, decide fechar o Congresso Nacional, *outorgando-se* a Constituição de 1937.

A Carta de 1937, apelidada de “Polaca”, influenciada por ideais autoritários e fascistas, instituiu o Estado Novo, que seria caracterizado por importantes retrocessos no tocante aos direitos fundamentais. Em relação aos direitos políticos e sua suspensão, contudo, pouco inovou em relação a Constituição anterior. Vejamos:

Art 117 - São eleitores os brasileiros de um e de outro sexo, maiores de dezoito anos, que se alistarem na forma da lei.

Parágrafo único - Não podem alistar-se eleitores:

- a) os analfabetos;
- b) os militares em serviço ativo;
- c) os mendigos;
- d) os que estiverem privados, temporária ou definitivamente, dos direitos políticos.**

Art 118 - Suspendem-se os direitos políticos:

- a) por incapacidade civil;
- b) por condenação criminal, enquanto durarem os seus efeitos.**

Art 119 - Perdem-se os direitos políticos:

- a) nos casos do art. 116;
- b) pela recusa, motivada por convicção religiosa, filosófica ou política, de encargo, serviço ou obrigação imposta por lei aos brasileiros;
- c) pela aceitação de título nobiliárquico ou condecoração estrangeira, quando esta importe restrição de direitos assegurados nesta Constituição ou incompatibilidade com deveres impostos por lei.

Art 120 - A lei estabelecerá as condições de requalificação dos direitos políticos.

¹⁸⁰ CONCEIÇÃO, Thiago de Menezes. Direitos Políticos Fundamentais – A sua Suspensão por Condenação Criminal e por Improbidade Administrativa. Curitiba : Juruá Editora, 2014, p. 66.

É interessante observar que, com a nova redação, estar no gozo dos direitos políticos passa a figurar como condição de alistamento eleitoral, instaurando complexidade semelhante a que vige atualmente – por força da coexistência entre o Código Eleitoral e a Constituição Federal: afinal, a ausência de condenação criminal é condição para o alistamento ou para o exercício dos direitos políticos?

Comentando a suspensão dos direitos políticos à luz da Constituição de 1937, Castro é bastante conciso, limitando-se a esclarecer que:

“A prisão preventiva e a que se verifica em virtude de flagrante delito, assim como a pronúncia, não suspendem os direitos políticos, continuando o preso o gozo desses direitos, embora impossibilitado de exercê-los durante o tempo em que estiver privado da liberdade”¹⁸¹.

Não obstante a concisão, o comentário tecido por Castro tem visceral importância quando nos damos conta que o dispositivo constitucional do Estado Novo não fazia, ainda, qualquer restrição às condenações criminais *transitadas em julgado* como as únicas aptas a ensejar a suspensão dos direitos políticos. A construção proposta pelo doutrinador, portanto, é vanguardista no que toca o princípio da presunção de inocência, deixando claro que a pronúncia, a prisão preventiva e a prisão em flagrante não acarretam referida suspensão.

Na sequência, a Constituição dos Estados Unidos do Brasil, promulgada pelos representantes do povo brasileiro, por intermédio da Mesa da Assembleia Constituinte, visava a (re)instauração do regime democrático. Sendo assim, pretendeu-se mesclar os ideais liberais da Constituição da República de 1891 com as inspirações sociais da Constituição Social de 1934, reestabelecendo e/ ou reconhecendo, pela primeira vez, importantes direitos e liberdades, bem como afastando do ordenamento penalidades cruéis, de cunho desumano.

Em relação à suspensão dos direitos políticos por condenação criminal, praticamente restaura o regramento dado pela Constituição de 1934, anterior à totalitária “Polaca”. Vejamos:

Art 135 - Só se suspendem ou perdem es direitos políticos nos casos deste artigo.

§ 1º - Suspendem-se:

I - por incapacidade civil absoluta;

II - por condenação criminal, enquanto durarem os seus efeitos.

§ 2º - Perdem-se:

I - nos casos estabelecidos no art. 130;

II - pela recusa prevista no art. 141, § 8º;

¹⁸¹ CASTRO, Araújo. Op. citada, p. 312.

III - pela aceitação de título nobiliário ou condecoração estrangeira que importe restrição de direito ou dever perante o Estado.

Art 136 - A perda dos direitos políticos acarreta simultaneamente a do cargo ou função pública.

Art 137 - A lei estabelecerá as condições de requisição dos direitos políticos e da nacionalidade.

Apesar do texto não inovar, merece destaque a lição de Cláudio Pacheco, transcrita por Conceição, que “fazendo coro a Pontes de Miranda” propõe uma distinção entre direitos eleitorais e direitos políticos:

“Depois de tratar, nos arts. 131 a 134, dos direitos eleitorais, que abrangem apenas parte dos direitos políticos, passa a Constituição a tratar, no art. 135, da suspensão e da perda desses direitos políticos, voltando assim a um assunto que nos parece mais amplo”¹⁸².

Sob égide desta Constituição democrática, cabe recordar, o então vice-presidente João Goulart assumiu a Presidência após a renúncia de Jânio Quadros, não obstante a expansão crescente das Forças Militares e os óbices por elas opostos a continuidade do mandato por Jango. Tanto que, em 31/03/1964, ele foi derrubado por um golpe militar, sob a justificativa – uma vez mais – da ameaça do comunismo internacional¹⁸³.

Inaugurava-se, assim, um período sombrio de nossa história política, durante o qual experimentou-se o amargo de retrocessos substantivos do ponto de vista dos direitos e garantias fundamentais. Por meio do Ato Institucional n. 1, de 09/04/1964¹⁸⁴, por exemplo, previa-se a possibilidade de suspender direitos políticos, cassar mandatos legislativos, federais, estaduais e municipais, excluída a apreciação desses atos¹⁸⁵.

¹⁸² CONCEIÇÃO, Tiago Menezes. Op. citada, p. 69.

¹⁸³ Para um panorama completo e detalhado da transição ao regime totalitário, a partir da perspectiva de João Goulart, recomenda-se FERREIRA, Jorge. João Goulart: uma biografia. 4ª ed. Rio de Janeiro : Civilização Brasileira, 2011.

¹⁸⁴ “Dispõe sobre a manutenção da Constituição Federal de 1946 e as Constituições Estaduais e respectivas Emendas, com as modificações introduzidas pelo Poder Constituinte originário da revolução Vitoriosa”. In Brasil. Ato Institucional nº 1, de 9 de abril de 1964. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ait/ait-01-64.htm>. Acesso em 06/05/2017.

¹⁸⁵ Art. 10 - No interesse da paz e da honra nacional, e sem as limitações previstas na Constituição, os Comandantes-em-Chefe, que editam o presente Ato, poderão suspender os direitos políticos pelo prazo de dez (10) anos e cassar mandatos legislativos federais, estaduais e municipais, excluída a apreciação judicial desses atos. Parágrafo único - Empossado o Presidente da República, este, por indicação do Conselho de Segurança Nacional, dentro de 60 (sessenta) dias, poderá praticar os atos previstos neste artigo. In Brasil. Ato Institucional nº 1, de 9 de abril de 1964. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ait/ait-01-64.htm>. Acesso em 06/05/2017.

Curioso notar que, nesse contexto, o Presidente sancionou a Lei n. 4.737, de 15/07/1965, o denominado Código Eleitoral, aprovada pelo Congresso Nacional, nos termos do art. 4º, caput, do Ato Institucional de 9 de abril de 1964, o qual permanece em vigor.

Poucos anos depois, sobreveio a Constituição da República Federativa do Brasil de 1967, supostamente promulgada pelo Congresso Nacional. Observa-se que algumas inovações importantes, não necessariamente conservadoras, foram implementadas com a nova ordem constitucional no que se refere aos direitos políticos. Vejamos:

Art 141 - Perde a nacionalidade o brasileiro:

I - que, por naturalização voluntária, adquirir outra nacionalidade;

II - que, sem licença do Presidente da República, aceitar comissão, emprego ou pensão de Governo estrangeiro;

III - que, em virtude de sentença judicial, tiver cancelada a naturalização por exercer atividade contrária ao interesse nacional.

CAPÍTULO II

Dos Direitos Políticos

(...)

Art 144 - Além dos casos previstos nesta Constituição, os direitos políticos:

I - suspendem-se:

a) por incapacidade civil absoluta;

b) por motivo de condenação criminal, enquanto durarem seus efeitos;

II - perdem-se:

a) nos casos do art. 141;

b) pela recusa, baseada em convicção religiosa, filosófica ou política, à prestação de encargo ou serviço impostos aos brasileiros, em geral;

c) pela aceitação de TÍTULO nobiliário ou condecoração estrangeira que importe restrição de direito de cidadania ou dever para com o Estado brasileiro.

§ 1º - No caso do nº II deste artigo, a perda de direitos políticos determina a perda de mandato eletivo, cargo ou função pública; e **a suspensão dos mesmos direitos, nos casos previstos neste artigo, acarreta a suspensão de mandato eletivo, cargo ou função pública**, enquanto perdurarem as causas que a determinaram.

§ 2º - **A suspensão ou perda dos direitos políticos será decretada pelo Presidente da República, nos casos do art. 141, I e II, e do nº II, b e c, deste artigo e, nos demais, por decisão judicial, assegurando-se sempre ao paciente ampla defesa.**

Pela leitura dos dispositivos, destaca-se (i) a inserção da suspensão de mandato eletivo, cargo ou função pública como decorrência necessária da suspensão dos direitos políticos. Até então, semelhante desdobramento ocorria tão somente nas hipóteses de *perda* dos direitos políticos – ao menos as previsões constitucionais limitavam-se a tal hipótese –, que acarretavam a perda simultânea do cargo ou função pública.

Em certa medida, reforçando a proposição de Conceição, trata-se da consagração de uma noção mais ampla de direitos políticos, na qual “toda a forma de participação ativa ou manifestação voltada para os atos públicos era considerada exercício de direito político”¹⁸⁶, trazendo uma imbricação expressiva entre os direitos políticos e demais direitos fundamentais. De fato, à luz da possibilidade prevista na própria Constituição de suspensão dos direitos políticos de forma arbitrária, esse alargamento da ideia de direitos políticos pode significar, na prática, mais chances de cerceamento de seu exercício.

Por outro lado, entretanto, no tocante especificamente à suspensão dos direitos políticos por condenação criminal, salienta-se (ii) a regulamentação proposta pelo constituinte no §2º do artigo 144, segundo a qual a suspensão na hipótese de condenação criminal (art. 144, I, b) será decretada por decisão judicial, assegurando-se sempre ao paciente ampla defesa. Paradoxalmente advindo de um governo autoritário, é a primeira vez que se regula a forma pela qual a suspensão se dará – via decisão judicial – em detrimento da noção corrente e, diga-se, vigente atualmente, de que referida norma constitucional seria autoaplicável; e mais: decisão judicial precedido por procedimento com garantia expressa do direito à ampla defesa. Como este dispositivo foi aplicado na prática foge ao escopo do presente trabalho, contudo, a redação em si exsurge, convenhamos, mais garantista.

Com a Emenda Constitucional nº 1, de 17/10/1969, dada por grande parte da doutrina como “a manifestação de um novo Poder Constituinte Originário”, houve uma atualização interessante em relação à suspensão dos direitos políticos dos condenados criminalmente. Vejamos:

Art. 149. Assegurada ao paciente ampla defesa, poderá ser declarada a perda ou a suspensão dos seus direitos políticos.

§ 1º O Presidente da República decretará a perda dos direitos políticos:

- a) nos casos dos itens I, II e parágrafo único do artigo 146;
- b) pela recusa, baseada em convicção religiosa, filosófica ou política, à prestação de encargo ou serviço impostos aos brasileiros em geral; ou
- c) pela aceitação de condecoração ou título nobiliário estrangeiros que importem restrição de direito de cidadania ou dever para com o Estado brasileiro.

§ 2º A perda ou a suspensão dos direitos políticos dar-se-á por decisão judicial:

- a) no caso do item III do artigo 146;
- b) por incapacidade civil absoluta, ou
- c) **por motivo de condenação criminal, enquanto durarem seus efeitos.**

¹⁸⁶ CONCEIÇÃO, Tiago Menezes. Op. citada, p. 70-71.

§ 3º Lei complementar disporá sôbre a especificação dos direitos políticos, o gozo, o exercício a perda ou suspensão de todos ou de qualquer dêles e os casos e as condições de sua reaquisição.

Além de manter importantes previsões da Constituição de 1967, quais sejam a forma de imputação da “punição”, por meio de decisão judicial precedida, infere-se, do respectivo procedimento, com a garantia de ampla defesa ao paciente da suspensão ou perda dos direitos políticos, o Constituinte ainda tornou a norma constitucional como de eficácia contida: por força do 3º do artigo 149, delegou à lei complementar a especificação dos direitos políticos, seu gozo, exercício e perda, bem como os casos e as condições de sua reaquisição.

É sabido, com força nos ensinamentos de José Afonso da Silva, que “normas de eficácia contida, portanto, são aquelas em que o legislador constituinte regulou suficientemente os interesses relativos a determinada matéria, mas deixou margem à atuação restritiva por parte da competência discricionária do Poder Público, nos termos que a lei estabelecer ou nos termos dos conceitos gerais nelas enunciados”¹⁸⁷.

Assim sendo, por mais que a matéria esteja suficientemente regulada e tenha aplicabilidade plena, há inegável margem para restrição de sua eficácia por meio de lei complementar – ou para reduzir a amplitude e alcance do direito. Tão somente a possibilidade de redução/ restrição da eficácia da norma constitucional que determina a suspensão dos direitos políticos por motivo de condenação criminal já configura, por si, um avanço, uma vez que, “restringindo-se a restrição”, expande-se o direito.

Curioso observar que tal possibilidade de regulação por norma infraconstitucional não foi mantida pelo Constituinte originário de 1988, que tornou ainda mais compacta a previsão acerca da possibilidade de supressão dos direitos políticos:

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, § 4º.

¹⁸⁷ SILVA, José Afonso da. Aplicabilidade das Normas Constitucionais. 3ª ed. rev. e ampl. São Paulo : Malheiros, 2008, p. 116.

Analisando o dispositivo constitucional em vigor, temos que a preocupação concentrou-se em vedar a *cassação* dos direitos políticos, muito provavelmente em resposta ao regime autoritário e arbitrário anterior que, como vimos, facultara aos Comandantes-em-Chefe suspenderem os direitos políticos pelo prazo de dez (10) anos e cassar mandatos legislativos federais, estaduais e municipais, excluída a apreciação judicial desses atos, “no interesse da paz e da honra nacional, e sem as limitações previstas na Constituição”¹⁸⁸.

Assim, a cassação dos direitos políticos que antes se daria por ato de autoridade, agora não é mais possível¹⁸⁹. Permanecem, todavia, as hipóteses de perda e suspensão, porém sem a discriminação das Constituições anteriores; ou seja, apenas o artigo 15 trata, conjuntamente, tanto das hipóteses de perda como das de suspensão, sem especificar a qual cada uma se refere; relegou-se tal classificação à doutrina, que o faz com base na prática e nas proposições constitucionais prévias.

Ademais da vedação expressa à cassação arbitrária dos direitos políticos, é ponto positivo do Constituinte de 1988 a desvinculação necessária da suspensão e /ou perda dos direitos políticos à suspensão e/ou perda de mandato eletivo, cargo ou função pública, bem como a inclusão literal, no caso da suspensão por condenação criminal, do marco temporal inicial, qual seja, o trânsito em julgado – assegurando (ao menos teoricamente, diga-se), pois, aos presos provisórios, a possibilidade de exercerem seus direitos políticos.

De outro giro, suprimiu-se o condão dado à decisão judicial para definir a perda ou suspensão dos direitos políticos; a garantia de ampla defesa ao paciente, antes de ser declarada a restrição de seus direitos políticos; a previsão de que a lei estabelecerá as condições de re aquisição dos direitos políticos e especificará os direitos políticos, seu gozo, exercício e perda/ suspensão.

Ante o sobrevoio histórico sobre as Constituições brasileiras, exsurge uma primeira *inconsistência*, na medida em que, não obstante seja característico da própria história dos países e, por conseguinte, de sua expressão legislativa, ser marcado por “avanços e retrocessos”, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 – responsável pela implementação e/ou consolidação das bases do Estado Democrático de Direito (por excelência, o Estado orientado pela soberania popular), largamente identificada como a

¹⁸⁸ In Brasil. Ato Institucional nº 1, de 9 de abril de 1964. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ait/ait-01-64.htm>. Acesso em 06/05/2017.

¹⁸⁹ “Existem casos de cassação de mandato legislativo ou executivo em hipóteses estritamente previstas (arts. 52, parágrafo único, 55, 85 e 86). Mas isso não importa a perda dos direitos políticos, apenas sua suspensão”. In SILVA, José Afonso da. Comentário Contextual à Constituição. Op. citada, p. 231.

Constituição Cidadã (mediante o protagonismo conferido aos direitos e garantias fundamentais) – apresentar retrocessos emblemáticos quando comparada às Constituições de 1967 e 1969, fruto de um regime político-jurídico totalitário.

Essa suspeita ficará ainda mais clara no tópico a seguir, no qual aprofundaremos a análise específica da suspensão dos direitos políticos por condenação criminal (art. 15, inciso III) conforme o ordenamento constitucional em vigor.

3.2. O tratamento na ordem constitucional instaurada pela Constituição de 1988

Como visto, de acordo com a Constituição de 1988, suspendem-se os direitos políticos no caso de condenação criminal transitada em julgado, enquanto durarem seus efeitos. Fundamental aos objetivos deste trabalho, pois, a dissecação do referido dispositivo, seus efeitos e desdobramentos na nova ordem constitucional.

Por primeiro, seguindo-se a literalidade da redação do inciso III do artigo 15 saliente-se que o Constituinte não estabeleceu nenhuma especificação quanto ao tipo de condenação criminal a ensejar a suspensão dos direitos políticos: se crimes ou contravenções; doloso ou culposos; apenados com privativa de liberdade (reclusão ou detenção), restritiva de direitos (art. 44 do Código Penal) ou multa; se aplicável durante o livramento condicional, *sursi* e suspensão condicional do processo etc.

Além disso, como vimos, diversamente do quanto perpetrado pela Constituição de 1969, o Constituinte originário de 1988 *não* previu a possibilidade de regulamentação da temática por leis infraconstitucionais, o que mitigaria a amplitude e eficácia da norma, ou condicionaria sua aplicação.

Pontua-se que, em sentido oposto, em 1994, o Tribunal Superior Eleitoral chegou a entender que o preceito constitucional do art. 15, III *não* seria auto aplicável, sendo imprescindível lei específica a indicar as hipóteses de suspensão dos direitos políticos em razão da condenação criminal transitada em julgado¹⁹⁰. Esta posição, contudo, restou

¹⁹⁰ DIREITOS POLITICOS. SUSPENSAO. CONDENACAO CRIMINAL. CONSTITUICAO FEDERAL. AUTO-APLICACAO. NAO E AUTO-APLICAVEL O PRECEITO CONSTITUCIONAL DO ART. 15, III, QUE DEPENDE DE LEI ESPECIFICA A INDICAR AS HIPOTHESES EM QUE OCORRE A SUSPENSAO DOS DIREITOS POLITICOS EM RAZAO DE CONDENACAO CRIMINAL TRANSITADA EM JULGADO. RECURSO NAO CONHECIDO. (RO - Recurso Ordinário nº 12043 – MG; Acórdão nº 12043 de 04/08/1994; Relator(a) Min. Cid Flaquer Scartezini; PSESS - Publicado em Sessão, Data 04/08/1994; RJTSE - Revista de jurisprudência do TSE, Volume 6, Tomo 4, Página 133.

largamente superada, ante a consolidação de entendimento perante o Superior Tribunal Federal.

Assim, doutrina e jurisprudência têm se firmado cada vez mais, ao longo das últimas duas décadas, no sentido de que a normativa constitucional insculpida no artigo 15, inciso III da CF é norma de eficácia plena e, portanto, de aplicabilidade imediata. Observa-se a principal conclusão do STF, evidenciada na seguinte ementa do que podemos identificar como acórdão paradigmático, publicado em 1996:

(...) Suspensão de Direitos Políticos – Condenação Penal Irrecorrível – Subsistência de seus Efeitos – Auto aplicabilidade do art. 15, III, da Constituição – **A norma inscrita no art. 15, III, da Constituição reveste-se de auto aplicabilidade, independentemente, para efeito de sua imediata incidência, de qualquer ato de intermediação legislativa.** Essa circunstância legitima as decisões da Justiça Eleitoral que declaram aplicável, nos casos de condenação penal irrecorrível – e enquanto durarem os efeitos, como ocorre na vigência de provas do sursis – por meio da sanção constitucional concernente à privação de direitos políticos do sentenciado. Precedente: RE n 179.502 – SP (Pleno), Rel. Min. MOREIRA ALVES. Doutrina (STF – AgRRMS. 22.470/SP – 1ª T. – Rel. Min. Celso de Melo – DJ 27/09/1996, p. 36.158).

Além da consolidação da jurisprudência (ou, quiçá, em função dela) pelo julgado supra, proferido pela Corte Constitucional, a doutrina – de forma unânime, pelo que se consultou – entoa semelhante entendimento. De modo bastante ilustrativo: “a norma constitucional é auto aplicável, não podendo o legislador ordinário diminuir o âmbito de sua incidência, especificando crimes ao qual seja aplicada”¹⁹¹.

Sendo assim, do texto e da interpretação constitucional infere-se o alto rigor de que em qualquer hipótese de condenação haverá a suspensão dos direitos políticos. A esse respeito, já em 1997 escrevia Zavascki:

“Trata-se de preceito extremamente rigoroso, porque não distingue crimes dolosos dos culposos, nem condenações a penas privativas de liberdade de condenações a simples penas pecuniárias. Também não distingue crimes de maior ou menor potencial ofensivo ou danoso. A condenação por contravenção, que também é crime, acarreta, assim, o efeito constitucional”¹⁹².

No mesmo sentido, o jurista Costa:

¹⁹¹ COSTA, Adriano Soares da. Op. citada, p. 119-120.

¹⁹² ZAVASCKI, Teori Albino. Direitos Políticos – Perda, Suspensão e Controle Jurisdicional. Revista de Processo. Ano 22. n. 85. Jan-mar de 1997. Pp. 181-189; p. 185.

“Em sendo assim, pouco importa se a sentença penal procedente irroga a pena ao nacional pela prática de homicídio, ou de latrocínio, ou de algum crime contra a administração pública, ou mesmo em virtude de prática de contravenção penal. Outrossim, desimportante se o crime apenado é doloso ou culposo”¹⁹³.

Na contramão de tais entendimentos, porém, vale mencionar as lições de Antônio Carlos Mendes, responsável por sustentar, não obstante a ausência de previsão na Constituição, a incidência do art. 15, inciso III tão somente aos *crimes dolosos* – sob a justificativa, frise-se, de buscar a preservação da moralidade e legalidade no exercício da função, sem qualquer menção, contudo, à preservação dos direitos fundamentais dos condenados em geral (que não exercessem função pública). Em suas palavras:

“Todavia, considerando-se a *ratio* do preceito constitucional e buscando a preservação da moralidade e legalidade no exercício da função pública, é possível distinguir entre os crimes dolosos e os crimes culposos, sustentando-se que: (a) estes não autorizam e (b) aqueles determinam a suspensão dos direitos políticos”¹⁹⁴.

Ademais da interpretação doutrinária do dispositivo constitucional, que parece apontar, de forma majoritária, para a mesma direção – suspensão indiscriminada dos direitos políticos, independente do crime e da pena –, o sentido dado pela jurisprudência também tem seguido o mesmo caminho:

INELEGIBILIDADE. CONDENACAO CRIMINAL TRANSITADA EM JULGADO (CONSTITUICAO, ARTS. 14, PARAGRAFO 3, INCISO II E 15, INCISO III). CRIME CULPOSO. **É IRRELEVANTE A ESPECIE DE CRIME, BEM ASSIM A NATUREZA DA PENA.** RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E PROVIDO. CONHECIDO E PROVIDO. UNANIME. (RESPE - Recurso Especial Eleitoral nº 13027 - IPIRA – SC. Acórdão nº 13027 de 18/09/1996. Relator(a) Min. Nilson Vital Naves. PSESS - Publicado em Sessão, Data 18/09/1996)

Desponta aqui, desde logo, algumas nuances deveras relevantes acerca da natureza da suspensão dos direitos políticos por condenação criminal, porquanto a suspensão em comento ser compreendida pelos estudiosos do tema como efeito automático, porém lateral da sentença. Lançando mão das considerações de COSTA:

“Ora, a Constituição é expressa em fixar a suspensão dos direitos políticos como efeito anexo à sentença penal de procedência, independentemente do seu conteúdo, vale dizer, do crime apenado e do regime da pena. Basta a procedência e o trânsito em julgado da sentença penal para que, *ope legis*, dimane tal efeito jurídico”¹⁹⁵.

¹⁹³ COSTA, Adriano Soares de. Op. citada, p. 118.

¹⁹⁴ MENDES, Antônio Carlos. Introdução a Teoria das Inexigibilidades. Malheiros, p. 85-86. *Apud* COSTA, Adriano Soares da. Op. citada, p. 118, nota de rodapé n. 38.

¹⁹⁵ COSTA, Adriano Soares da. Op. citada, p. 119.

De fundamental importância ao entendimento sobre a natureza da suspensão sob análise, aliás, a confrontação entre o artigo 15, inciso III da Constituição Federal e o artigo 92 do Código Penal Brasileiro¹⁹⁶, realizada por Costa. Segundo o jurista, ao passo que o primeiro trata-se de efeito anexo e automático da sentença penal procedente, prescindível qualquer manifestação judicial a respeito, o segundo configura efeito natural da decisão (e não anexo), devendo ser motivadamente declarado na sentença: seria, pois, efeito incluso não automático, dependendo de pronúncia judicial expressa.

Em sentido semelhante, Fialho analisa:

“De acordo com os balizamentos deste prisma interpretativo, a supressão dos direitos políticos, por força de sentença criminal condenatória, apresenta-se como mero efeito automático da sentença, inclusive dispensando a existência de expressa deliberação a respeito na parte dispositiva do veredicto”¹⁹⁷.

Não bastasse, julgado recente do Tribunal Superior Eleitoral demonstra corroborar o entendimento:

AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. CONDENAÇÃO CRIMINAL. TRÂNSITO EM JULGADO. DIREITOS POLÍTICOS. SUSPENSÃO. **EFEITO AUTOMÁTICO**. INELEGIBILIDADE. DIPLOMAÇÃO NEGADA. DESPROVIMENTO.

1. Há de se negar a diplomação ao eleito que não possui, na data da diplomação, a plenitude de seus direitos políticos.

2. A condenação criminal transitada em julgado ocasiona a suspensão dos direitos políticos, enquanto durarem seus efeitos, independentemente da natureza do crime.

3. A suspensão dos direitos políticos prevista no art. 15, III, da Constituição Federal é efeito automático da condenação criminal transitada em julgado e não exige qualquer outro procedimento à sua aplicação.

4. Agravo regimental desprovido.

(RESPE - Agravo Regimental em Recurso Especial Eleitoral nº 35803 - MIRADOR – PR; Acórdão de 15/10/2009; Relator(a) Min. Marcelo Henriques Ribeiro De Oliveira; DJE - Diário de justiça eletrônico, Tomo 235, Data 14/12/2009, Página 15/16)

¹⁹⁶ Art. 92 - São também efeitos da condenação:

I - a perda de cargo, função pública ou mandato eletivo: a) quando aplicada pena privativa de liberdade por tempo igual ou superior a um ano, nos crimes praticados com abuso de poder ou violação de dever para com a Administração Pública; b) quando for aplicada pena privativa de liberdade por tempo superior a 4 (quatro) anos nos demais casos

II - a incapacidade para o exercício do pátrio poder, tutela ou curatela, nos crimes dolosos, sujeitos à pena de reclusão, cometidos contra filho, tutelado ou curatelado;

III - a inabilitação para dirigir veículo, quando utilizado como meio para a prática de crime doloso.

Parágrafo único - Os efeitos de que trata este artigo não são automáticos, devendo ser motivadamente declarados na sentença. *In* Brasil. Código Penal. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em 08mai17.

¹⁹⁷ FIALHO, Cristiano dos Santos. A Sentença Penal Condenatória como Fator Determinante para a Suspensão dos Direitos Políticos. Revista do Tribunais, ano 100, vol. 912, out/2011, pp. 374-390, p. 381.

Ainda sobre o espectro de incidência da suspensão dos direitos políticos quando da condenação criminal, a parte final do artigo 15, inciso III da CF/88 – que estabelece que referida suspensão dura enquanto durarem os efeitos da sentença penal condenatória/ de procedência – robustece ainda mais os casos de arbítrios e desproporcionalidade perpetrados na prática.

Em relação a pena de multa, por exemplo, imputada em sentença penal condenatória, esta institui o dever de pagar, que apenas se extingue com o integral adimplemento do valor arbitrado, seja de uma só vez, seja de forma parcelada. Note-se que, não havendo a quitação voluntária, o Ministério Público é legitimado a promover a execução forçada e, por consequência, “enquanto não for satisfeita a condenação, perduram os seus efeitos, com todas as consequências do art. 15, III da CF/88”¹⁹⁸.

Na prática, um exemplo muito comum e elucidativo, conforme depoimentos livres colhidos de alguns Defensores Públicos do Estado de São Paulo, se dá nas condenações por tráfico de drogas em âmbito doméstico, porquanto não raro a pena privativa de liberdade imputada ao condenado é cumprida e, portanto, extinta, porém o outrora recluso não readquire os direitos políticos em virtude do inadimplemento da multa – cujo quantum foi fixada de forma bastante elevada pelo legislador. Nesses casos, não resta alternativo ao condenado senão aguardar a prescrição da pena de multa para somente então voltar a desfrutar dos direitos políticos.

O TSE inclusive já se manifesto no sentido de que a pendência de pagamento de pena de multa mantém a suspensão dos direitos políticos:

PROCESSO ADMINISTRATIVO. CONSULTA. ART. 15, III, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. CONDENAÇÃO CRIMINAL. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. MULTA NÃO SATISFEITA. SUSPENSÃO. DIREITOS POLÍTICOS. PERMANÊNCIA. INELEGIBILIDADE. ART. 1º, I, e, DA LC Nº 64/90. ANOTAÇÃO.

1. A pendência de pagamento da pena de multa, ou sua cominação isolada nas sentenças criminais transitadas em julgado, tem o condão de manter/ensejar a suspensão dos direitos políticos prevista pelo art. 15, III, da Constituição Federal.

2. O registro inserido na Base de Perda e Suspensão de Direitos Políticos somente será desativado quando cessados os motivos da suspensão, o que deverá ser comprovado pelo interessado ou comunicado pelo órgão competente.

3. Nos termos do art. 1º, I, e, da LC nº 64/90, o prazo de inelegibilidade, hipótese que abrange somente os condenados pelos crimes previstos no mencionado dispositivo, projeta-se por oito anos após o cumprimento da pena imposta, seja ela privativa de liberdade, restritiva de direito ou multa.

¹⁹⁸ COSTA, Adriano Soares da. Op. citada, p. 123.

4. Necessidade de reiteração às corregedorias regionais eleitorais da orientação adotada por esta Corte Superior em relação ao tema.
(PA - Processo Administrativo nº 93631 - CAMPO GRANDE – MS; Acórdão de 23/04/2015; Relator(a) Min. Laurita Hilário Vaz; Relator(a) designado(a) Min. José Antônio Dias Toffoli; DJE - Tomo 94, Data 20/05/2015, Página 149)

A esteira do que determina a súmula nº 09 do TSE¹⁹⁹, no que toca às penas privativas de liberdade e restritivas de direito temos que o fim dos efeitos da sentença condenatória se dá com a consumação temporal, isto é, os efeitos perduram apenas até o último dia do cômputo fixado no *decisum*, prescindindo-se do cumprimento de qualquer critério adicional – seja reabilitação, seja prova de reparação dos danos.

Em que pese o teor da súmula mencionada, esta não faz frente à suspensão condicional da pena (*sursis*) e ao livramento condicional, uma vez que essas figuras não elidem os efeitos da sentença penal, mas somente suspende alguns deles. Nas palavras de Costa, “nestas duas hipóteses o apenado continua sofrendo os efeitos da sentença, (...) sem embargo de suspensão da mandamentalidade (os efeitos fáticos do *decisum*). De modo que, enquanto subsistirem estas duas hipóteses, há pena e há suspensão dos direitos políticos”²⁰⁰.

Ademais, vale destacar, pra efeitos de reabilitação também não detém validade o indulto presidencial, de modo que, apesar dele, todos os efeitos secundários da condenação são mantidos. Eis o que vem decidindo o Tribunal Superior Eleitoral:

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. INDULTO PRESIDENCIAL. CONDENAÇÃO CRIMINAL. ANOTAÇÃO. CADASTRO ELEITORAL. ILEGALIDADE. AUSÊNCIA. RECURSO DESPROVIDO.

1. O indulto presidencial não equivale à reabilitação para afastar a inelegibilidade decorrente de condenação criminal, o qual atinge apenas os efeitos primários da condenação a pena, sendo mantidos os efeitos secundários.
2. Havendo condenação criminal hábil, em tese, a atrair a inelegibilidade da alínea e do inciso I do art. 1º da LC nº 64/90, não há ilegalidade no lançamento da informação nos assentamentos eleitorais do cidadão (art. 51 da Res.-TSE nº 21.538/2003).
3. A teor da jurisprudência do TSE, as condições de elegibilidade e as causas de inelegibilidade são aferíveis no momento do registro de candidatura, sendo inoportuno antecipar juízo de valor sobre a matéria fora daquela sede.

¹⁹⁹ Ver Súmula TSE nº 09: “A suspensão de direitos políticos decorrente de condenação criminal transitada em julgado cessa com o cumprimento ou a extinção da pena, independentemente de reabilitação ou de prova de reparação dos danos”. In Brasil. Tribunal Superior Eleitoral. Código eleitoral anotado e legislação complementar. 12. ed. Brasília : Tribunal Superior Eleitoral, Secretaria de Gestão da Informação, 2016, p. 29. Disponível em < http://www.tse.jus.br/hotsites/catalogo-publicacoes/pdf/codigo_eleitoral/codigo-eleitoral-anotado-e-legislacao-complementar-12-edicao-atualizado.pdf >. Acesso em 06/05/2017.

²⁰⁰ COSTA, Adriano Soares da. Op. citada, p. 123-124

4. Recurso ordinário a que se nega provimento.

(RMS - Recurso em Mandado de Segurança nº 15090 – RJ; Acórdão de 04/11/2014; Relator(a) Min. Luciana Christina Guimarães Lóssio; Publicação: DJE Tomo 225, Data 28/11/2014, Página 59-60)

Outra ocorrência da jurisprudência que merece destaque à luz da temática por sua desproporção é a suspensão dos direitos políticos inclusive nos casos em que há sentença absolutória imprópria, ou seja, em que há aplicação de medida de segurança, em vez de pena privativa de liberdade e/ou restritiva de direitos, sob o argumento de que, apesar de absolutória, mantém natureza condenatória.

MEDIDA DE SEGURANÇA. SUSPENSÃO DE DIREITOS POLÍTICOS. NATUREZA CONDENATÓRIA. POSSIBILIDADE.

Não obstante tratar-se de sentença absolutória imprópria, a decisão que impõe medida de segurança ostenta natureza condenatória, atribuindo sanção penal, razão por que enseja suspensão de direitos políticos nos termos do art. 15, III, da Constituição Federal.

(PA nº 19297 - CURITIBA – PR; Resolução normativa nº 22193 de 11/04/2006; Relator(a) Min. Francisco Peçanha Martins; DJ 09/06/2006)

No que se refere aos Juizados Especiais Criminais, “havendo conciliação das partes, com a renúncia do direito de queixa ou representação, não há sentença penal, porque ação não houve”²⁰¹. De igual modo, no caso de aplicação do artigo 89 da Lei 9.099/95, ocorre a suspensão condicional do processo; por meio deste instituto, opera-se a paralisação do tramite processual, submetendo-se o réu ao que denominamos “período de prova”. Em nenhum deles efetiva-se a sentença penal de procedência, não ensejando, portanto, a incidência do art. 15, inciso III da CF/88.

Por outro lado, no caso de transação, prevista no artigo 76 da mesma Lei 9.099/95, haverá a inflicção de pena restritiva de direitos ou multa e, por conseguinte, a aplicação da suspensão dos direitos políticos daquele que transacionar.

Pelo mero dissecar da redação do artigo 15, inciso III da Constituição Federal já é possível notar que demasiado amplo seu espectro de incidência e, portanto, bastante rigoroso também no campo dos direitos políticos o tratamento conferido àqueles que sofrem condenação criminal.

A problemática, no entanto, agrava-se ainda mais quando passamos a analisar os desdobramentos da suspensão dos direitos políticos em si. Que a suspensão se opera quase que indiscriminadamente à qualquer condenado criminal, é verdade, como já vimos. Mas

²⁰¹ COSTA, Adriano Soares da. Op. cit., p. 124

afinal, o que se suspende (ou se perde) quando os direitos políticos são suspensos: apenas o direito de votar (direito de sufrágio) e, em consequência, o direito de ser votado (elegibilidade)?

Eis uma das questões mais tensas que o presente trabalho pretende iluminar. Uma vez mais lançamos mão das lições de Costa, pois muito elucidativas nesse ponto:

“A soberania popular é gênero, do qual são espécies o direito de sufrágio e a elegibilidade. Mas não só. **A perda de direitos políticos é perda de acesso a cargos e funções públicas; perda da legitimidade ativa para o exercício de determinadas ações cívicas (ação popular, v.g.); perda do direito de votar e do direito de participar da administração da coisa pública, de maneira direta, pelo referendo e plebiscito. Quem perde ou tem suspenso os direitos políticos, perde ou tem suspensa a própria cidadania, o próprio *status civitatis*”²⁰².**

Ou ainda, em consonância com as lições de Zavascki^{203 204}:

Estar no gozo dos direitos políticos significa, pois, estar habilitado a alistar-se eleitoralmente, habilitar-se a candidaturas para cargos eletivos ou a nomeação para certos cargos públicos não eletivos (CF, arts. 87; 89, VII; 101 ; 131, § 1º), participar de sufrágios, votar em eleições, plebiscitos e referendos, apresentar projetos de lei pela via da iniciativa popular (CF, art. 61, § 2º, art. 29, XI), propor ação popular (CF, art. 52, inc. LXXIII). Quem não está no gozo dos direitos políticos não poderá filiar-se a partido político (Lei n. 5.682, de 21.7.1971, art. 62), e nem investir-se em qualquer cargo público, mesmo não eletivo (Lei n. 8.112, de 11.12.1990, art. 52, II). Não pode, também, ser diretor ou redator-chefe de jornal ou periódico (Lei n. 5.250, de 9.2.1967, art. 72, § 1º) e nem exercer cargo em entidade sindical (CLT, art. 530, V).

A gravidade da questão, bem pontuada por Costa como a suspensão da própria cidadania, do próprio *status civitatis*, por sua vez, resta caracterizada, conforme mencionado no próprio projeto de pesquisa, pela *extensão* dos efeitos da suspensão dos direitos políticos, que não se restringe à suspensão da capacidade eleitoral ativa e passiva.

Ante o quadro brasileiro ora retratado, é interessante retomar e contrapor alguns ensinamentos elementares acerca da hermenêutica constitucional. José Afonso da Silva,

²⁰² COSTA, Adriano Soares da. Op. citada, p. 103.

²⁰³ ZAVASCKI, Teori Albino. Direitos Políticos – Perda, Suspensão e Controle Jurisdicional. Revista de Processo. Ano 22. n. 85. Jan-mar de 1997. Pp. 181-189; p. 181-182.

²⁰⁴ Ver ainda Res.-TSE nº 23241/2010: **impossibilidade de expedição de certidão de quitação eleitoral para que os sentenciados cumprindo penas nos regimes semiaberto e aberto obtenham emprego**; possibilidade de fornecimento, pela Justiça Eleitoral, de certidões que reflitam a suspensão de direitos políticos, das quais constem a natureza da restrição e o impedimento, durante a sua vigência, do exercício do voto e da regularização da situação eleitoral.

comentando a interpretação que deve ser dada ao que ele (e parte significativa da doutrina) denomina direitos políticos negativo, os quais consistem àquelas determinações constitucionais que, de uma forma ou de outra, importem privar o cidadão do direito de participação no processo político e nos órgãos governamentais, reforça que:

“O princípio que prevalece é o da plenitude do gozo dos direitos políticos positivos, de votar e ser votado. A pertinência desses direitos ao indivíduo é o que o erige em cidadão. Sua privação ou a restrição de seu exercício configuram exceção àquele princípio. Por conseguinte, a interpretação das normas constitucionais ou complementares relativas aos direitos políticos deve tender à maior compreensão do princípio, deve dirigir-se ao favorecimento do direito de votar e de ser votado; **enquanto as regras de privação e restrição não de entender-se nos limites mais estreitos de sua expressão verbal, segundo as boas regras de hermenêutica**”²⁰⁵.

Não nos parece, sob nenhuma perspectiva, que as lições do Professor José Afonso estão sendo levadas em conta quando o assunto é a suspensão dos direitos políticos por condenação criminal transitada em julgado.

²⁰⁵ SILVA, José Afonso da. Comentário Contextual à Constituição. Op. citada, p. 212.

4. Contribuições para elucidação do problema: elementos de Teoria dos Sistemas

4.1. O sistema jurídico

O contexto de investigação da “sociologia do direito” é o contexto de uma teoria da sociedade e, portanto, “não é o de uma determinada seção de uma sociologia especial que obtém seu nome graças às seções das sociedades que são feitas na sociologia ou em cursos oferecidos”. Ora, por conseguinte uma “teoria da sociedade deve orientar suas preocupações no sentido do direito da sociedade”. É assim que Luhmann inicia o prefácio de seu livro “O direito da sociedade”.²⁰⁶ Já fomos apresentados no Capítulo 2 – mesmo que de forma muito superficial – a alguns dos elementos mais básicos da teoria da sociedade de Luhmann, motivo pelo qual fica fácil entender porque (e como) Luhmann compreende o direito como uma “especificidade da sociedade moderna” que, como “comunicação jurídica, realizam a sociedade”.

Todavia, antes de descrever o sistema jurídico na teoria luhmanniana, sua função, seu código, seus programas, seus acoplamentos estruturais e a justiça como fórmula de contingência, resta fazer uma distinção entre expectativas (estruturas) e sistemas, para diferenciar entre expectativas cognitivas e expectativas normativas. Dessa forma, poderemos adentrar a descrição sociológica do direito de Luhmann que enfoca o caráter de *positividade do direito*. Esta necessidade de se “esclarecer alguns conceitos pré-sociológicos” antes de adentrar a análise propriamente dita, é uma recomendação do próprio Luhmann”.²⁰⁷

Em livro mais antigo - *Sociologia do Direito*, 2 Volumes, publicado originalmente em 1972 – Luhmann afirma que a dificuldade da(s) sociologia(s) do direito ocorria principalmente em não conseguir identificar “o ‘fato básico’ da vida jurídica”. Isso leva nosso autor à analisar à fundo “o fato do dever ser”. Contudo, afirma, “não é suficiente apenas aceitar o dever de todas as normas como um dado básico do direito, ou supô-lo como uma qualidade, não mais definida, da experiência fática. Pode-se, ainda, indagar quanto ao sentido do dever ser, ou mais precisamente: quanto à sua função. O que afirma esse símbolo

²⁰⁶ LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*. [trad. Javier Torres Nafarrate et all.] Ciudad de México: Editorial Herder; Universidad Iberoamericana, 2005., p. 57. (Tradução minha. Daqui em diante fica entendido que todas as citações desta obra são de minha livre tradução)

²⁰⁷ LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito I*. Vol. I. Trad. Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro – Coleção Biblioteca Tempo Universitário N. 75, 1983. p.44

do dever ser? Qual o significado de experiências e principalmente expectativas sejam experimentadas com essa qualidade do dever ser? Sob quais circunstâncias que essa qualificação é escolhida, e para que? Quais temas são assim reforçados? E quais os comportamentos daí recorrentes?”²⁰⁸ Esta maneira de introduzir a análise Luhmanniana do direito— ou seja, a partir da definição de *expectativas normativas* – parece coadunar com a tentativa de ressaltar alguns conceitos luhmannianos mais elementares, ligando-os sempre pelos “elementos gerais” de sua teoria da sociedade.

O pressuposto, aqui, é que o homem vive em um mundo que “tem sentido”; ou seja, não é determinado biologicamente (pelo menos não de forma unívoca). Isso implica que “o mundo apresenta ao homem uma multiplicidade de possíveis experiências e ações, em contraposição ao seu limitado potencial em termos de percepção, assimilação de informação, e ação atual e consciente. Cada experiência concreta apresenta um conteúdo evidente que remete a outras possibilidades que são ao mesmo tempo complexas e contingentes. Com *complexidade* queremos dizer que sempre existem mais possibilidades do que se pode realizar. Por *contingência* entendemos o fato de que as possibilidades apontadas para as demais experiências poderiam ser diferentes das esperadas”²⁰⁹

Em sentido prático, Luhmann afirma que *complexidade* pode ser compreendida como seleção forçada e contingência como um perigo de desapontamento. Dessa forma, a estabilização de estruturas que se dá frente à desapontamentos pode chegar a formar sistemas. Isso fica claro no aporte de sentido e de orientação que temos em possibilidades estruturalmente imobilizadas em formas de seleção relativamente imunes a desapontamentos. Luhmann cita os exemplos de “coisas, homens, eventos, símbolos, palavras, conceitos, normas, Nelas se ancoram as expectativas”. Mas neste mundo contingente existem *outros* homens, que têm, cada qual, suas expectativas. Isso, para Luhmann gera “dupla contingência”. Para “o outro”(vamos chamar “o outro” de *alter*, para não pensarmos em termos ontológicos, mas relacionais. Se o outro é *alter*, “eu” serei *ego*. Mas, lembre-se, como diz Luhmann: *Ego*, para *alter*, é *alter*.) o mundo também é complexo e contingente e significa decepção. “Ele pode errar, enganar-se, me enganar.”²¹⁰ Isso para Luhmann gera um emaranhado de “expectativa sobre expectativa, sobre expectativa”.

²⁰⁸ LUHMANN, Niklas *Sociologia do Direito I*. Vol. (op. cit.). 42-44

²⁰⁹ Id. Ibid. p. 42-44

²¹⁰ Id. Ibid. p. 47

É muito interessante reconhecer que nesta complexidade imensa de “emaranhado de expectativas”, certas estruturas sociais – como as normas do “trato social” do cotidiano (ou de “etiqueta social”) nos ajudam a reduzir esta complexidade, nos orientar por normas sociais e a conseguir conviver com outros de maneira relativamente pacífica e operativa. Importante notar que *os sistemas sociais* estabilizam as expectativas *objetivas*. (e não de um sistema de consciência específico). As regras, por sua vez, dão maior capacidade de se estabilizar as expectativas (“a orientação pela regra dispensa a orientação a partir das expectativas. Ela absorve, além disso, o risco. De erros da expectativa, ou pelo menos o reduz...”, como diz Luhmann).²¹¹

Lembremo-nos, Luhmann entende que em “geral a estrutura é definida constância relativa. Isso não está errado, mas é impreciso e improdutivo, pois obstrui o acesso à mais interessante indagação neste contexto: porque essas constâncias relativas são necessárias? Como pretendemos manter o acesso a esta questão, definimos a estrutura através da sua função de fortalecimento da seletividade, na medida em que ela possibilita a dupla seletividade.”²¹²

Na modernidade, afirma Luhmann, ocorre uma diferenciação neste plano da estrutura. Diferenciaram-se expectativas cognitivas de expectativas normativas. O que isso quer dizer? Ora, sendo normas “*expectativas de comportamento estabilizadas em termos contrafáticos*” Luhmann afirma que “a questão” do direito está ligada com o “dever ser”: “O símbolo do dever ser expressa principalmente a expectativa desta vigência. (...) com a crescente complexidade da sociedade crescem também os riscos estruturais , que têm que ser prevenidos através de uma maior diferenciação entre as expectativas cognitivas e normativas. A separação entre ser e dever ser, ou entre verdade e direito não é estrutura do mundo dada *a priori*, mas uma aquisição da evolução”.²¹³

Em suma, como define Luhmann: “especialmente em um mundo com crescente complexidade e contingência isso poderia conduzir a um nível insustentável de tensões e problemas de priorização , caso o sistema social da sociedade como um todo não apresentasse duas possibilidades contrárias de reação a desapontamento de expectativas. (...) Ao nível cognitivo são experimentadas e tratadas as expectativas que, no caso de desapontamentos, são adaptadas à realidade. Nas expectativas normativas ocorre o contrário:

²¹¹ LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito I*. Vol. (op. cit.) p.48-52

²¹² Id. Ibid. p.54

²¹³ Id. Ibid. p.54

elas não são abandonadas se alguém as transgride”. Dessa forma, existe uma pretensão de aprendizado na expectativa cognitiva, enquanto que a expectativa normativa se caracteriza pela determinação em não assimilar os desapontamentos.²¹⁴

Neste sentido, o direito caminha pela institucionalização e segurança jurídica²¹⁵, cumprindo sua função de generalização de expectativas normativas de forma congruente. Este conceito difícil não deve causar mais tanta estranheza. Já sabemos o que são expectativas normativas e que o direito, sendo um sistema social as estabiliza do ponto de vista *objetivo*. Portanto, a função primordial do direito em uma sociedade moderna complexa é a de generalizar e estabilizar as expectativas normativas em conflito na sociedade. Mas o que quer dizer *de forma congruente*? De maneira introdutória podemos afirmar que isso se dá pois as expectativas se dão em diversas dimensões: temporal, social e prática. O direito tem que estabilizar as expectativas de *forma congruente* nestas três dimensões.²¹⁶ A função do direito para Luhmann, portanto, é a estabilizar (ou generalizar) expectativas normativas de forma congruente.

Não será realmente abordada a questão da evolução do direito para Luhmann, aqui. O interessante para nós é apenas introduzir seu conceito de positividade do direito (em contraposição com as formas de direitos pré-modernos). Luhmann é um teórico consistente. O ponto de partida é sua teoria da sociedade. Lembre-se que o ponto de partida é a complexidade social: “A complexidade da sociedade, rapidamente crescente na era atual, apresenta novos problemas a todas as esferas do sentido, e portanto, também ao direito”. Luhmann parte para entender o direito, seu funcionamento e sua função a partir de sua teoria da sociedade: “a diferenciação funcional cria sistemas sociais parciais para a resolução de problemas específicos”. (...) a consequência essencial disso é uma superprodução de possibilidades.²¹⁷ Com a crescente complexificação da sociedade cresce a “necessidade de

²¹⁴ LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito I*. Vol. (op. cit.) p.57 ess

²¹⁵ Id. Ibid., p.77 e ss

²¹⁶ Ib. Ibid., p.109 e ss. Para ver a explicação Luhmanniana do que é “generalização congruente” de expectativas nas três dimensões referidas, ver especialmente p. 109.

²¹⁷ “As verdades científicas alcançáveis, por exemplo, podem colidir com necessidades econômicas e políticas, enquanto quem inversamente, não se dispõe de verdades suficientes para as necessidades de decisão no âmbito econômico e político. O amor, enquanto princípio sistêmico da família, implica em exigências que, principalmente no caso da mulher, são pouco realizáveis profissionalmente. A economia gera temas de decisão politicamente incômoda, A ciência da psicologia impõe tarefas irrealizáveis no processo de educação na família e na escola. O aparelhamento tecnicamente ideal do exército ou dos hospitais não pode ser sustentado nem econômica nem politicamente, etcv. As possibilidades e a realidade distanciam-se cada vez mais devido a este princípio da formação dos sistemas e aqui parece residir o motivo em si para as tendências ‘anômicas’ que a sociedade moderna apresenta.”. Id. Ibid., p.226

expectativas comportamentais congruentemente generalizadas. Neste sentido o direito passa por um processo de positivação: “Apesar de toda a valorização da atividade decisória dos juízes pode-se perceber que esses problemas não podem mais ser resolvidos no plano e na forma do direito dos juristas até então praticado. Na medida em que possam ser resolvidos pelo direito, eles exigem cada vez mais o recurso à legislação”.²¹⁸ A legislação não é algo novo, mas seu uso sem referência a algo externo (como reis, Deuses, direito natural ou sagrado) é algo da modernidade. Com o aumento da complexidade social (e da necessidade crescente de generalização de expectativas normativas), surge uma “pressão seletiva”²¹⁹ para o direito que passa a se institucionalizar em processos decisórios. É importantíssimo notar, contudo, como veremos, que para Luhmann a positivação do direito só se completa com o processo de decisão jurídica dos tribunais; que ficam no centro do sistema jurídico: “em termos mais estritos somente pode se falar em positividade quando o próprio estabelecimento do direito, ou seja a decisão, tornou-se a base do direito. E isso só pode ocorrer na medida em que a própria seletividade desse estabelecimento é aproveitada para a estabilização do direito. *O direito positivo vige não porque normas superiores permitem, mas porque sua seletividade preenche a função do estabelecimento de congruência*”.²²⁰

Desta forma, “a instauração de processos legislativos como componente institucional da vida político-estatal é uma condição imprescindível para a reorientação global do direito em termos de positivação, no sentido de uma premissa para decisões. Por isso, a preparação da positivação do direito no plano conceitual em geral e no plano do conceito jurídico-científico concentrou-se inicialmente no processo legislativo.”²²¹ Em última análise, Luhmann considera a positividade do direito como “a *seletividade intensificada do direito*”.²²²

Mas sendo o direito moderno um sistema social autopoietico baseado na diferença sistema/ambiente; qual é o código com o qual ele opera? O que opera o direito? Sabemos – por ser ele um sistema social – que ele opera comunicação, obviamente. Mas que tipo de comunicação é a comunicação jurídica? O código do direito é o código lícito/ilícito²²³. O

²¹⁸ LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito I*. Vol. (op. cit.) p.227-8

²¹⁹ Ver nota no item acima sobre a tradução deste termo

²²⁰ LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito I*. Vol. (op. cit.) p.237

²²¹ Id. Ibid. p.235

²²² Id. Ibid. p. 237 e 238.

²²³ Como afirmam Celso Fernandes Campilongo; Guilherme Leite Gonçalves e Marcelo Neves, a tradução do código jurídico por “direito/não-direito”, como na versão mexicana do livro “Direito da Sociedade” pode levar ao mal-entendido de que o valor negativo – “não-direito” – estaria fora do sistema. Ora, tanto o valor

código jurídico formado de maneira autopoietica que explica sua operacionalidade tem portanto um valor negativo e um valor positivo.²²⁴

Mas somente reconhecer o código do direito “lícito/ilícito” não é suficiente para descrever o sistema. Principalmente a partir de seu artigo “A posição dos Tribunais no Sistema Jurídico”, sabemos que Luhmann não tem uma visão hierárquica do direito (como direito pré-moderno), mas antes uma noção sistêmica (ou, se quisermos, circular) do direito na qual os *Tribunais estão no centro do sistema* (onde se decide o que é lícito e o que é ilícito) e todas as outras comunicações jurídicas – como legislação e contrato, por exemplo, estão na periferia do sistema (*toda comunicação jurídica faz parte do sistema*)-.²²⁵ Contudo, apenas os códigos (que são “estruturas bi-estáveis”: 0/1; aceso/apagado; desligado/ligado; etc.²²⁶) não garantem ao sistema possibilidade de “orientar suas decisões”. Ora, se o lícito refere-se ao ilícito e vice-versa; a simples distinção entre valor positivo e negativo não é suficiente. Luhmann afirma que este problema é resolvido com a inserção da diferença *código/programas*.

São os programas que podem *condicionar* o sistema, orientando-lhe e oferecendo *critérios para a atribuição de valor negativo ou positivo para comunicações jurídicas*. Programas são necessários, pois códigos apresentam uma dupla insuficiência: temporal e objetiva. Em primeiro lugar, os códigos são invariáveis. Se ele varia de alguma forma por códigos exteriores não se pode construir um sistema autopoietico: “dito de outra maneira”, com Luhmann, “o código não oferece nenhuma possibilidade de adaptação do sistema ao seu ambiente. Do ponto de vista objetivo, o código bi-estável é uma tautologia: “afirma apenas que o lícito não deve ser o ilícito e que o ilícito não deve ser o lícito”.²²⁷

Os programas, portanto, servem de “suplemento da codificação”, principalmente por poderem se adequar ao ambiente sem perder a identidade sistêmica (insuficiência temporal dos códigos), além de poderem oferecer um critério (sistêmico) específico para a escolha entre valor positivo e negativo. (insuficiência objetiva do código). Os códigos devem manter

positivo “lícito” quanto o valor negativo “ilícito” estão dentro do sistema jurídico. (ver CAMPILONGO, Celso. *Política, sistema jurídico e decisão judicial*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

²²⁴ LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*. (op. cit), p. 229

²²⁵ LUHMANN, Niklas. “A Posição dos Tribunais no Sistema Jurídico”. *REVISTA AJURES*, Porto Alegre, n.49 ano XVII, p.160 CAMPILONGO, Celso. *Política, Sistema Jurídico e Decisão Judicial*. (op. cit)

²²⁶ LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*. (op.cit) p. 235

²²⁷ Id. Ibid. p. 246

a unidade do sistema; por isso estão no centro; onde deve-se dar a identidade do sistema, pela obrigação de decidir, ou seja, pelo princípio do *non liquet*.²²⁸

Luhmann afirma que “a posição dos tribunais no sistema jurídico é determinada preponderantemente pela distinção entre legislação e jurisdição. Os Tribunais são um lado dessa distinção; do outro lado encontramos a legislação”.²²⁹ Luhmann reforça aqui como a obrigação de decidir (ou melhor, a *não*-decisão não é permitida) que dá o caráter de fechamento operacional do sistema. Ora, isso quer dizer que o direito moderno, com sua positividade, não pode ser caracterizado por uma concepção de ordenamento coativo como conceito, e muito menos por uma concepção hierárquica em sua organização. A oposição jurisdição e legislação, além de indicar a posição (central) dos tribunais em um sistema jurídico circular (não-hierárquico), também ajuda a entender o fechamento operativo (jurisdição) e a abertura cognitiva do direito (Legislação, *entre outras*).

Vejamos isso com as palavras de Luhmann: “o direito funciona como sistema operativo fechado, à medida em que ele somente precisa reproduzir suas próprias operações, mas ele é exatamente nessa base, um sistema aberto ao mundo circundante, à medida em que ele deve estar disposto a reagir a proposições de qualquer espécie, contanto que elas assumam uma forma jurídica. Assim, a proibição da recusa da Justiça garante a abertura por intermédio do ‘fechamento’. (...) Com isso sistema jurídico orienta-se com vistas a um mundo circundante que, em princípio, é contingente. Tudo pode ser diferente. (...) Mas essa contingência adquire relevância para o sistema, apenas segundo o próprio Código, isto é, apenas com vistas à possibilidade de classificar os fatos (...) como Direito ou não-Direito [lícito/ilícito]. No seu próprio Código, o sistema dispõe de uma contingência reformulada, que lhe faculta selecionar seus próprios estados e desenvolver e modificar seus próprios programas (leis, decisões de casos precedentes, etc.), que regulamentam o que deve ser considerado Direito ou não-Direito [lícito/ilícito] em cada caso específico”.²³⁰

Importante notar que os programas (dentre eles a lei) “*não* podem determinar completamente as decisões dos tribunais”. Segundo Luhmann, “podemos dispor através de leis ou de contratos, através de decretos jurídicos ou ainda através de estatutos de organizações do símbolo ‘vigência jurídica’. Podemos em todas essas formas modificar o estado histórico do sistema, modificando o que deve ser considerado como Direito vigente,

²²⁸ LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*. (op.cit) p. 253

²²⁹ LUHMANN, Niklas. “A Posição dos Tribunais no Sistema jurídico”. (op. cit) p. 149

²³⁰ Id. Ibid. p. 161

e isso é feito diariamente num conjunto de inúmeras atividades, que já não mais podemos abarcar. Mas tudo isso acontece em adequação a dados previamente fornecidos por outros sistemas e, por essa razão, sem uma coerção à decisão fundamentada no próprio sistema jurídico. Isso tudo acontece na periferia do sistema”. Mas devemos entender que *não há hierarquia entre centro e periferia*: “a diferença de periferia e centro não implica nenhuma diferença de ordem hierárquica (...). Muito pelo contrário, a diferença é uma forma de dois lados, que demarca a separação desses dois lados e que pode estruturar o próprio sistema como unidade da diferença”.²³¹

Nesta tensão entre “legislação” e “jurisdição” Luhmann coloca o problema de juízes motivados por considerações de caráter *político* jurídico²³² e por questões teleológicas. Para entendermos esta questão, temos que entender a diferença que Luhmann faz entre programas condicionais e programas finalísticos. Luhmann sustenta que os programas do direito (e aqui se incluem, dentre outros, a legislação) são programas condicionais: “o programa condicional estabelece as condições em que se depende algo como lícito ou ilícito”; em oposição a normas finalísticas.

Nesta perspectiva, “a forma do programa condicional é uma das grandes conquistas evolutivas da evolução social”. O programa condicional – principalmente pela forma “*se isto/ então aquilo*” – “estabelece as condições das quais dependem a determinação de algo como lícito (ou como ilícito)”.²³³ Os programas condicionais, portanto, “se relacionam com a função social do direito, ou seja, com a estabilização das expectativas contrafactuais [expectativas normativas]. Precisamente no caso em que não as cumparam, as expectativas se plasman na forma de normas”.²³⁴ Contudo, por outro lado, as tendências *políticas* implicam formulações orientadas por *fins*. Mas se “a orientação por fins pode ser uma perspectiva politicamente sensata”, “na sua aplicação ao sistema jurídico, sem embargo, encontramos muitos elementos contrários: por um lado, a sensibilidade dos programas finalísticos não pode ser aproveitada nas circunstâncias da obtenção dos fins, por outra, os programas finalísticos são demasiadamente imprecisos tanto do ponto de vista técnico-jurídico, como para excluir eficientemente um mal uso ou até resistência contra a obtenção dos fins

²³¹ LUHMANN, Niklas. “A Posição dos Tribunais no Sistema jurídico”. (op. cit) p 163-164

²³² Id. Ibid. p. 163

²³³ LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad* (op.cit) p. 256

²³⁴ Id. Ibid. p. 258

pressupostos. Isso vale também, e sobre tudo, para as leis que se limitam à designação de fins”.²³⁵

Celso Fernandes Campilongo faz uma análise do fenômeno da politização do judiciário, da politização da justiça e do ativismo judicial a partir destes elementos luhmannianos.²³⁶ Campilongo analisa a relação entre direito e política²³⁷ para enfrentar esta questão, com principal enfoque na decisão dos tribunais (jurisdição) e no diagnóstico da literatura sobre “judicialização da política”.

“Essas referências aclaram por que a produção legislativa parlamentar é um contínuo problema para o sistema jurídico. A hipertrofia legislativa ilustra bem um processo de mudança quantitativa na produção da lei. Caracteriza-se pela plethora de leis, decretos e regulamentos e pela expansão da atividade legiferante tanto do legislativo quanto da administração. Tudo isso num contexto de tridimensionalidade do circuito político onde principalmente o público atua como elemento de “feedback” e constante aumento da complexidade do sistema. De outra parte, a regulação legislativa avança sobre os mais variados aspectos da vida social, passando a “juridificar” esferas de convivência que antes não entravam no rol dos temas de relevância jurídica. E tudo isso num ritmo de variação e de instabilidade que provoca modificações também qualitativas na legislação. Fácil imaginar que essa multiplicação da quantidade e da qualidade das normas passe a introduzir no sistema jurídico, para além de uma inevitável incoerência, inconsistência e sobreposição normativa, uma série de questões que não se prestem facilmente à decisão jurídica. (...) O sistema político sobrecarrega o sistema jurídico e, com isso, aumentam a liberdade e a discricionariedade do juiz diante da lei”.²³⁸

Enfim, em resumo o código jurídico e sua jurisdição procuram, no centro do sistema jurídica por meio dos tribunais, dar “consistência ao direito”. Mas é muito importante notar que o direito não é “estático”. Ao mesmo tempo em que ele tem que ser consistente em termos jurídicos ele sofre diversas pressões para se adequar socialmente. Luhmann chama

²³⁵ LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*. (op.cit) p. 261

²³⁶ CAMPILONGO, Celso. *Política, Sistema Jurídico e Decisão Judicial*. (op. cit.) [São Paulo: Max Limonad, 2002].

²³⁷ Dada a unidade do sistema jurídico pela operação da comunicação, Campilongo analisa este problema a partir da teoria dos sistemas de Luhmann. Isso, “observadas as prestações e interferências recíprocas entre os sistemas político e jurídico, as sobrecargas que um sistema impõe ao outro e as formas de acoplamento estrutural entre os dois sistemas”. CAMPILONGO, Celso. *Política, Sistema Jurídico e Decisão Judicial*. (op. cit.) p. 83

²³⁸ Id. Ibid. p.92. Ver também pp. 103 e ss.

isso no capítulo seguinte de “fórmula de contingência da justiça”²³⁹: justiça processual e segurança jurídica, por um lado, e justiça que se adéqua às condições do ambiente, por outro. Esta tensão paradoxal permanente é constitutiva do direito para Luhmann. O que não podemos esquecer é que o direito é um sistema social em uma sociedade complexa funcionalmente diferenciada: em seu ambiente encontramos outros sistemas e outras comunicações que exercem pressão para que o direito se adéque à elas. Para Luhmann, “justiça” se resume a esta fórmula de contingência paradoxal (não atingível, pois se for atingida não há mais que se falar em sistema jurídico): entre consistência e adequação social.

4.2. O sistema político

A descrição de Luhmann do sistema político é muito interessante e aborda diversas questões inovadoras. Em primeiro lugar, Luhmann afasta a idéia da existência de uma “sociedade civil”, ou seja, de uma sociedade politicamente organizada.²⁴⁰ Para Luhmann, o sistema político moderno se caracteriza por ser um sistema autopoietico e não “organiza nem se subsume à sociedade”. Em resumo, o sistema político tem a função de encontrar *decisões coletivas vinculantes*.²⁴¹ Isso ele o faz por meio de seu código *poder/não-poder* que, nas democracias modernas sofreu uma bifurcação e passa a ser determinado pelo código *governo/oposição*.

No capítulo sobre a “eleição política”²⁴², Luhmann afirma que este é o mecanismo pelo qual o sistema político funciona, pela alteração governo/oposição (e não mais amigo/inimigo; sendo o pólo negativo não mais encarado como algo a ser destruído). Para Luhmann, o Estado que decide está no centro do sistema político. Mas este sistema teve uma diferenciação interna (como veremos também nos meios de comunicação em massa, no item abaixo). Ele se divide em *Política* (na luta política e na disputa para ser governo/oposição); *Administração* (que executa os programas finalísticos) e *Público* (que serve como um foco de irritação ao sistema). Luhmann afirma que todas estas dimensões se observam reciprocamente, o que gera um complexo mecanismo de *circulação do poder* precisamente por meio do código “governo/oposição”.²⁴³

²³⁹ LUHMANN, Niklas. *EL derecho de la sociedad*. (op. cit) Cap Justicia.

²⁴⁰ Ver Capítulo um de LUHMANN, Niklas. *Teoria Política y Estado de bien Estar* (op.cit)

²⁴¹ LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo Procedimento*, Trad. de Maria da Conceição Côrte-Real. Brasília, Editora Universidade de Brasília, 1980. (Coleção Pensamento Político,15).

²⁴² Id. Ibid.

²⁴³ Id. Ibid.

A periferia do sistema, onde se encontram *programas*, Luhmann afirma que encontramos reuniões pessoais, *partidos políticos*, grupos de interesse ou pressão, etc., ou seja, várias estruturas que auxiliam o centro do sistema à realizar sua função de produção de decisões coletivamente vinculantes. Estes programas de negociações, partidarização e deliberações dão critérios políticos para o sistema.²⁴⁴

Luhmann tratará, ainda, do difícil tema da legitimidade do sistema político moderno. Contudo, sua tese da “Legitimação pelo procedimento” ficará mais bem explicada no próximo item. Por ora, é apenas importante notar que o *procedimento legislativo* funciona como um “filtro” para o sistema jurídico. *Ele programa a decisão política não-programável* e, por isso, dá a ela um critério.

4.3. A Constituição como acoplamento estrutural

Por fim, Luhmann reserva um espaço para trabalhar como a positivação do direito influenciou o sistema político moderno. Para Luhmann, o direito moderno em sua positividade possibilitou que a política utilizasse *do processo* jurídico como forma de obter sua legitimação.²⁴⁵ Dessa forma, o *processo legislativo* se mostrou uma interessante ferramenta para que esta legitimação procedimental. A política retira sua legitimidade do direito; enquanto o direito consegue sua legitimidade pela política. A positividade do direito moderno, portanto, está estritamente conectada com a legitimação pelo procedimento do sistema político moderno.

Ora, isso nos lembra um conceito de teoria dos sistemas: acoplamento estrutural. Realmente, Luhmann sustenta que existe um acoplamento entre política e direito na sociedade moderna, pela qual ambos os sistemas estão estruturalmente ligados (mesmo que sejam sistemas autopoieticos); de forma horizontal (ou ortogonal; ou seja, sem hierarquia).²⁴⁶ Para Luhmann, a Constituição é uma “conquista evolutiva da sociedade”, que gerou a possibilidade do Estado de Direito moderno.

Dizer que existe acoplamento estrutural entre direito e política não significa desconhecer tensões entre estes sistemas. Sabemos que para Luhmann, a *legislação* com programas finalísticos (que do ponto de vista do sistema jurídico está em sua periferia); é

²⁴⁴ LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo Procedimento*, (op.cit)

²⁴⁵ Id. Ibid., Capítulo: “Legislação”

²⁴⁶ LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*, (op.cit) Capítulo: Política e Derecho

um *problema* para o sistema jurídico. Realmente, a *legislação* entra diretamente em conflito com a *jurisdição*. A primeira tenta “adequar socialmente” o sistema jurídico, enquanto a segunda busca sempre dar consistência e unidade ao sistema.²⁴⁷

O ponto que é importante perceber é que “no Estado de Direito, o sistema jurídico fornece respostas legais aos problemas da política. Isso não significa ignorância ou insensibilidade para a política. Ocorre que os problemas da política são traduzidos, deslocados e selecionados pelo sistema jurídico com critérios particulares e internos a esse sistema”.²⁴⁸

Isto fica claro nas palavras de Celso Fernandes Campilongo, que afirma: “sendo o mecanismo de acoplamento estrutural entre o direito e a política, a constituição tem significado diverso para um sistema e para o outro. A justificação institucional da Constituição não pode ser só política ou só jurídica. Os paradoxos e tautologias do sistema jurídico (por exemplo: é legal aquilo fixado pela lei) podem ser explicados por referências ao sistema político (por exemplo: a vontade do povo). Os paradoxos e tautologias do sistema político (por exemplo: o poder legislativo está limitado e vinculado às leis que cria) pode ser explicado por referências ao direito positivo (por exemplo: princípio da legalidade). A Constituição cumpre o papel de incluir e excluir perturbações recíprocas nas operações políticas e jurídicas. Entretanto, cada um dos sistemas opera de modo não transcendente no plano das operações internas (direito produz direito; política produz política) e como um sistema auto-transcendente no plano de suas observações”.²⁴⁹

²⁴⁷ LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*, (op.cit) Cap. Código e Programação. Para uma aplicação deste caso ao problema da “Judicialização da política”, ativismo judicial e análise dos tribunais “periféricos”, ver: CAMPILONGO, Celso. *Política, Sistema Jurídico e Decisão Judicial*. (op. cit)

²⁴⁸ CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Política, Sistema jurídico e Decisão*. (op.cit). 24.

²⁴⁹ CAMPILONGO, Celso. *Política, Sistema Jurídico e Decisão Judicial*. (op. cit.) p. 93

CONCLUSÃO

I

Vimos com Niklas Luhmann que *do ponto de vista do sistema jurídico* (e para Luhmann determinar qual o ponto de vista do observador é uma questão importante e incontornável) a legislação é um mecanismo mais afeito à “adequação social” do direito. Para o *sistema jurídico* a legislação se encontra em sua periferia. Ela é um *programa* para o direito; ou seja, junto com outras comunicações jurídicas (como, por exemplo, casuística ou jurisprudência; contratos e até a dogmática compreendida como conhecimento orientado para orientar a decisão²⁵⁰) a legislação oferece *critérios* para o centro do sistema jurídico (Tribunais) atribuir o valor do código lícito/ilícito em suas decisões. (o código e os tribunais, por sua vez, estão ligados à *consistência do direito*).

Ora, sabemos que na democracia moderna direito e política estão acoplados estruturalmente. A Constituição faz com que a política produza suas leis respeitando os procedimentos e as regras do jogo estabilizadas pelo direito (“legitimação pelo procedimento”) ao mesmo tempo em que o direito recebe sua legitimidade da “autoridade” do poder democrático do poder político – e da legislação – o que permite que o direito possa se fundamentar apenas em si mesmo (positividade do direito). Deste modo, o sistema jurídico, quando vai decidir, encontra-se “preso à legislação”. Paradoxalmente, o sistema jurídico consegue sua autonomia ao se prender à legislação; como sustenta Luhmann. Ao decidir obrigatoriamente (non liquet) entre lícito/ilícito, o juiz não pode se desvincular da legalidade. Neste ponto, a legislação é um critério que o embasa a saber se decidirá pela *licitude* ou pela *ilicitude*. É por isso que Luhmann diz que a legislação fornece *um* critério para a decisão do sistema jurídico. Ela é um programa condicional (“*se isto, então aquilo*”).

Contudo, neste acoplamento estrutural, *do ponto de vista da consistência do direito* a legislação, ao mesmo tempo, está preocupada com a “adequação social” do ordenamento. Para o direito, mudanças de *expectativas* na estrutura da sociedade (ambiente do direito), pressões de outros sistemas sociais, etc. exigem “adequação social” do direito, o que entra

²⁵⁰ Cf. LUHMANN, Niklas. *Sistema Jurídico y dogmática jurídica*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionalesm 1983

em tensão frontal com a pretensão de consistência do direito. Deste ponto de vista, a legislação *em si* pode ser uma fonte de inconsistência para o direito.

Bom, como pensar a legislação reativa neste contexto? Lembremo-nos que a produção legislativa se caracteriza por uma resposta imediata e “não maturada” do sistema político ao seu ambiente. Com efeito, vimos com Luhmann que *o procedimento legislativo* (resultante da positivação do direito) funciona para a política como uma forma de “ajudá-la” a chegar a decisões. *Do ponto de vista do sistema político*, Além de legitimidade, o *procedimento legislativo* (ou processo legislativo, são sinônimos) *programa a decisão política (não-programada)*. Veremos no item II abaixo que o *procedimento legislativo* é muito importante para a formação da consistência e decisão política.

Pode-se pensar, então, que mesmo a legislação tendo um caráter de possível inconsistência do direito; uma “lei reativa” (ou resultado de uma produção legislativa reativa) terá uma probabilidade muito mais elevada de gerar inconsistências graves no sistema jurídico. E isso não é tão pouco como parece. Mesmo havendo a possibilidade do sistema jurídico de gerar consistência interna, a lei é um critério importante da decisão. Em casos como os de direito penal (ou criminal) isso fica mais evidente: o critério da estrita legalidade diminui a discricionariedade do juiz. Como vimos, isso não é completamente trágico, pois, como vimos em nosso caso e nos julgados, ainda há o recurso da *declaração incidental de inconstitucionalidade*. Além disso, em outras áreas do direito penal, um possível excesso de produção legislativa reativa (*e não se está afirmando, aqui, que isto esteja ocorrendo em nenhum lugar*) pode levar – como decorrência de perda de “qualidade” da legislação, a uma maior discricionariedade dos juízes.²⁵¹

O que é interessante notar é que para o sistema jurídico existe a possibilidade do controle pela via judicial. No caso que analisamos, isso ficou claro pela possibilidade de se declarar a legislação inconstitucional incidentalmente. Contudo, talvez a peculiaridade a legislação reativa seja mais bem vislumbrada a partir do ponto de vista do sistema político.

²⁵¹ Isso poderia ir ao encontro do problema criado pela “hipertrofia legislativa” que implicaria um problema de quantidade da legislação, podendo levar, secundariamente a um problema de “qualidade” (cf. já vimos em CAMPILONGO, Celso. *Política, Sistema Jurídico e Decisão Judicial*. (op. cit.). p.92. Ver também pp. 103: “Fácil imaginar que essa multiplicação da quantidade e da qualidade das normas passe a introduzir no sistema jurídico, para além de uma inevitável incoerência, inconsistência e sobreposição normativa, uma série de questões que não se prestem facilmente à decisão jurídica. (...) O sistema político sobrecarrega o sistema jurídico e, com isso, aumentam a liberdade e a discricionariedade do juiz diante da lei”

II

Vimos com Luhmann que o funcionamento do sistema político passa pela circulação do poder (entre política, administração e público). Também vimos a importância das eleições políticas para o estabelecimento do código governo/oposição. Além disso, sabemos que a legitimação pelo *procedimento* legislativo implica maior “programação” das decisões políticas; além de dar legitimidade a estas decisões (e ao sistema como um todo).

Ora, se na produção legislativa reativa o caráter de resposta imediata implica que não se passa pelo procedimento legislativo; não se fazem debates parlamentares²⁵²; não se discute nas comissões; não se enfrenta a questão com *partidos* e com *grupos de interesse*; etc., o que significa isso para o sistema político? Se estas premissas forem aceitas, pode-se falar que não houve um *processamento político* consistente por parte do sistema político. Sua resposta é imediata e inconsistente. Poder-se-ia até pensar em uma “falta de legitimidade política” de uma decisão política (em um Estado de direito moderno) que não passe por uma maturação política adequada, mas talvez isso já seja ir longe demais.

Mais importante, ainda, parece outra adequação. Do *ponto de vista do público*; ou seja, de quem fez exigências às quais a produção reativa de leis tentou responder; esta “resposta reativa” é adequada socialmente? Em outras palavras: a produção legislativa, do ponto de vista de sua *adequação* ao ambiente político; por ter sido feita muito “rapidamente”, talvez não consiga adquirir a sua *efetividade* social. Este debate, porém, é outro e já se desloca para a efetividade das leis e seu “caráter simbólico”. Sobre este tema, por fim, só resta apontar que, no nosso caso estudado, diversas outras medidas de políticas públicas aparentemente mais eficientes (como fiscalização, por exemplo) foram preteridas. Isso nos leva a perguntar: o que fez com que essa decisão fosse tomada? Nossos olhos se voltam, portanto, à mídia.

Luhmann nos dá uma interessante descrição dos meios de comunicação em massa e sua forma “flexível” de se acoplar com todos os sistemas sociais. Por meio de seus temas. Os meios de comunicação em massa tem sua maneira específica de selecionar suas notícias. Devido à sua extrema facilidade de generalização, existe a possibilidade que “o modo de

²⁵² É importante notar que, não obstante Luhmann reconhecer a importância dos debates parlamentares, isso não implica – de forma alguma – que ele seja um adepto da democracia deliberativa. Pelo contrário, Luhmann afirma em seu peculiar estilo que não cai na falácia do ideal do debate infinito. (LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo procedimento*. Op.cit.)

ver” (seleções) da mídia se coloque como um substituto do ponto de vista de outros sistemas sociais. Dessa forma, uma construção midiática pautada pelos programas da mídia pode “substituir” pontos de vistas de outros sistemas. E isso vale para sistemas de consciência (que passam a se orientar cada vez mais por seleções – e seletores – midiáticos; para educação, moral). Talvez, uma hipótese que podemos levantar é que a mídia teria até efeitos mais perversos em pessoas não integradas em outros sistemas, como por exemplo o da educação. Talvez isso tenha acontecido com o sistema político em nosso caso de análise. O mais interessante notar é que não se trata de uma questão de se “culpar a mídia”, mas em se buscar melhores formas de entender o funcionamento dos sistemas político e jurídico.

Por fim, reconhecer que os meios de comunicação em massa estão se mostrando como “porta-vozes” do público nos leva a pensar qual o papel da mídia na teoria da representação democrática. Mas este é outro tema que ficará para outros estudos.

III

Resta apenas enfrentarmos a questão de pensar onde se enquadra a “ciência da legislação” neste contexto; ou seja, em uma sociedade complexa funcionalmente diferenciada. Luhmann já disse: “Depois de repetidas experiências deste tipo existe a dúvida se a ciência é capaz de propor relações suficientemente firmes entre passado e futuro de forma que o juiz possa apoiar-se nelas – em qualidade de normas! -, com a intenção de não tomar erradas (quer dizer, apeláveis)”²⁵³

Ora, este diagnóstico de Luhmann indica que a obtenção de consistência jurídica vem antes dos Tribunais e não pode ser dada pela ciência. Isso contudo, não obsta o desenvolvimento de uma ciência da legislação, muito pelo contrário. Aqui, temos a pretensão científica de estabelecer o critério verdade/não verdade. O que Luhmann critica é a tentativa da ciência da legislação “de legislar” ou encontrar a “melhor norma”. Essa faceta da ciência da legislação que Luhmann critica, é claramente a de uma ciência com “programas finalísticos” que pretende controlar a qualidade da produção legislativa de uma forma ativa.

Essa constatação luhmanniana, com efeito, não se opõe ao reconhecimento desse trabalho da importância de uma ciência da produção legislativa de caráter material. Como

²⁵³ LUHMANN, Niklas. *El derecho de la, sociedad*. Op.cit., p. 260

vimos na Parte I, proponho que um estudo de produção legislativa de enfoque material nos ajudará a entender melhor fenômenos que passam despercebidos. (portanto, trabalha-se com critérios de verdade/inverdade construídos cientificamente, ou melhor, pelo sistema científico). Nesse sentido, e isso é digno de nota, uma “sociologia da legislação” com enfoque luhmanniano é, naturalmente, possível. E, parece-me, frutífera.

O que Luhmann critica aqui é a capacidade da ciência em dar consistência ao direito, o que, até o momento, não foi afirmado. Com esse estudo parece-me que podemos concluir (de forma *teoricamente* consistente) que: (i) uma abordagem de ciência da legislação com enfoque material (sociologia da produção legislativa) pode evidenciar um fenômeno até então despercebido ou não problematizado; (ii) ainda, ciente de seus limites e de sua posição de observador de segunda ordem, a ciência da legislação não coloca em si o papel de ditar a “melhor lei”, a “lei mais desejável”, ou, enfim, não se arroga o papel de dar consistência jurídica ao direito; (iii) contudo, ela nos permite apontar para outro “locus” no qual isso poderia ser feito: no centro do sistema jurídico (tribunais ou jurisdição, onde se busca a racionalidade jurídica).

Não se pretende com essas conclusões, frise-se, chegar a uma explicação totalizante do funcionamento da produção legislativa brasileira, periférica ou até mundial. O que pretendo com esse estudo é, antes, promover uma reflexão teórica a partir de um estudo de caso. Não se desconhece que estudos de caso não são generalizáveis sem cuidado ou uma mediação teórica mais rigorosa. Suas conclusões, a rigor, costumam funcionar antes, para ciência, como um indicador de problemas não (ou mal) resolvidos ou de programas de pesquisa a serem aprofundados.

Meu maior objetivo foi contribuir, ainda que timidamente, com o debate acerca da suspensão dos direitos políticos por condenação criminal, mesmo que tal contribuição seja reconhecer que se trata de um debate a se constituir, consolidada e criticamente.

REFERÊNCIAS

ALVES, *José Carlos Moreira*. Direito Romano. Vol. 1. 13ª edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004.

ARISTÓTELES. *Política*. Tradução de Mário da Gama Kury. 3ª ed. Brasília : Editora Universidade de Brasília, 1997. Livro III, Capítulos I a III.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Celso Bastos Editora, 2002, p. 454

BECCARIA, Cesare. *Dos Delitos e das Penas*. Tradução de Torrieri Guimarães. São Paulo: Editora Martin Claret, 2006.

Brasil, *Constituição Federal de 1988*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 06/05/2017.

BRASIL, *Decreto no 592, de 6 de julho de 1992. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Promulgação*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm> Acesso em 3 mai 2017

BUENO, José Antônio Pimenta. *Direito Público Brasileiro e Análise da Constituição do Império*. Brasília, Ministério da Justiça e Senado Federal/UnB, Brasília, 1958 e 1978. *Apud* SILVA, José Afonso da. *Comentário Contextual à Constituição*. 6ª. Edição. São Paulo : Malheiros Editores, 2009

CAMBRIDGE DICTIONARY. Disponível em <<http://dictionary.cambridge.org/pt/dicionario/ingles/disenfranchise>>. Último acesso em 04/05/2017.

CAMPILONGO, Celso. *Política, sistema jurídico e decisão judicial*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

CANADA FEDERAL COURT OF APPEAL. *Sauvé v. Canada (Dir. Gén. des Elections)* [2002]. Disponível em <<https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/2010/1/document.do>> Acesso em 13 mai 2017

CARVALHO, José Murilo de. *Cidadania no Brasil: o longo caminho*. 14ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2011

CASTRO, Araújo. *A Constituição de 1937*. 2ª edição. Rio de Janeiro: Editora Freitas Bastos, 1941

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Convenção Americana sobre Direitos Humanos*. Disponível em

<https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm> Acesso em 3 mai 2017

CONCEIÇÃO, Tiago de Menezes. *Direitos Políticos Fundamentais e sua Suspensão por Condenação Criminal e por Improbidade Administrativa*. Curitiba : Juruá, 2010

CONSTITUTIONAL COURT OF SOUTH AFRICA. *Case CCT 03/04. Minister of Home Affairs v. National Institute for Crime Prevention and the Re-Integration of Offenders – NICRO, Erasmus e Schwagerl*. Disponível em <<http://www.saflii.org/za/cases/ZACC/2004/10.pdf>>

COSTA, Adriano Soares da. *Instituições de Direito Eleitoral*. 6ª ed rev. ampl. e atual. Belo Horizonte : Del Rey, 2006.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. 23 ed. São Paulo : Saraiva, 2002

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Hirst v. The United Kingdom (nº2)* . Grand Chamber. 6.10.2006. Disponível em <[http://hudoc.echr.coe.int/eng-press#{"itemid":\["003-1463854-1529848"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng-press#{)> Acesso em 13 mai 2017

_____. *Pilot Judgments*. April 2007. Disponível em <http://www.echr.coe.int/Documents/FS_Pilot_judgments_ENG.pdf> Acesso em 14 mai 2017.

_____. *Prisoner's right to vote: factsheet*. Disponível em <http://www.echr.coe.int/Documents/FS_Prisoners_vote_ENG.pdf> Acesso em 14 mai 2017)

GUEVARA, Marisa; O'CONNOR, Dan. *Barriers to Democracy: A petition to the Inter-American Commission on Human Rights for a Thematic Hearing on Felony Disenfranchisement Practices in the United States and the Americas*. The Sentencing Project. Washington DC: 2007. Disponível em <<http://www.issuelab.org/resources/697/697.pdf>> Acesso em 14 mai 2017

HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. *O Federalista*. Tradução, introdução e notas de Viriato Soromenho-Marques e João C. S. Duarte. 2ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2011,

HERMANN-CAGGIANO, Monica. *O cidadão-eleitor: o voto e o papel que desempenha no quadro brasileiro*. In MARTINS, Ives Gandra da Silva (coord.). *As vertentes do direito constitucional contemporâneo: estudos em homenagem a Manoel Gonçalves Ferreira Filho*. Rio de Janeiro : América Jurídica, 2002.

HERMANN-CAGGIANO, Monica. *Sufrágio. Alistamento Eleitoral. A Força do Voto*. In: GUILHERME, Walter de Almeida; KIM, Richard Pae; SILVEIRA, Vladimir Oliveira da (Coord). *Direito Eleitoral e Processual Eleitoral: temas fundamentais*. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2012

IRLANDA, *Electoral (Amendment) Act 2006*. Disponível em <<http://www.oireachtas.ie/documents/bills28/acts/2006/a3306.pdf>> Acesso em 28 abr 2017

ISPAHANI, Laleh. *Voting Rights and Human Rights: A Comparative Analysis of Criminal Disenfranchisement Laws In* EDWALD, Alec. C.; ROTTINGHAUS, Brandon (coordenador). *Criminal Disenfranchisement in an International Perspective*. Nova Iorque: Cambridge University Press, 2009.

JOURNOIS, Arnaud. *Vote em prison: une association somme l'Etat d'installer des urnes*. Le Parisien. 15.5.2017. Disponível em <http://www.leparisien.fr/societe/vote-en-prison-une-association-somme-l-etat-d-installer-des-urnes-15-03-2017-6764838.php> Acesso em 6 mai 2017

KEYSSAR, Alexander. *O direito de voto. A controversa história da democracia nos Estados Unidos*. Tradução Márcia Epstein. Edição revisada. São Paulo: Editora Unesp, 2014.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 16 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 1121.

LONGMAN DICTIONARY OF CONTEMPORARY. *English*. Pearson Longman. Pearson Education Limited – Fifth edition, 2009

LUHMANN, Niklas. *A Posição dos Tribunais no Sistema jurídico*. REVISTA AJURES, Porto Alegre, n.49 ano XVII

_____. *El derecho de la sociedad*. [trad. Javier Torres Nafarrate *et all.*] Ciudad de México: Editorial Herder; Universidad Iberoamericana, 2005.

_____. *Legitimação pelo Procedimento*, Trad. de Maria da Conceição Côrte-Real. Brasília, Editora Universidade de Brasília, 1980. (Coleção Pensamento Político, 15).

_____. *Sistema Jurídico y dogmatica jurídica*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionalesm 1983

_____. *Sociologia do Direito I*. Vol. I. Trad. Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro – Coleção Biblioteca Tempo Universitário N. 75, 1983.

_____. *Teoria Política y Estado de bien Estar*

MARSHALL, T. H. *Cidadania, Classe Social e Status*. Tradução de Merton Porto Gadelha. Rio de Janeiro : Zahar Editores, 1967

REPUBLIC OF SOUTH AFRICA. *Act. n° 18 of 2013: Electoral Amendment Act, 2013*. Disponível em <http://www.gov.za/sites/www.gov.za/files/37069_Act18of2013ElectoralAmendment_0.pdf> Acesso em 13 mai 2017.

_____. Case CCT 08/99. August and Another v. The Electoral Commission and Others. Disponível em <<http://www.saflii.org/za/cases/ZACC/1999/3.pdf>> Acesso em 13 mai 2017

RIVERA, Humberto Fernando Cantú. *The right to vote of prisoners in Mexico*. Mexican Law Review. Vol. IV, Nº 2 (24/6/2011). Disponível em <<https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/mexican-law-review/article/download/7766/9741>> Acesso em 3 mai 2017

ROBERTSON, Campbell. *Suit Accuses Alabamas of Bias in Law that Bars some Felons from Voting*. The New York Times. 26.9.2017. Disponível em <<https://www.nytimes.com/2016/09/27/us/suit-alabama-bias-felons-voting.html?rref=collection%2Ftimestopic%2FFelony%20Disenfranchisement>> Acesso em 14 mai 2017

SILVA, José Afonso da. *Comentário Contextual à Constituição*. 6ª edição, atualizada até a Emenda Constitucional 57, de 18.12.2008. São São Paulo: Malheiros, 2008

_____. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 29 ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 344.

THE EDITORIAL BOARD. *Agreed: Serve your time, cast your ballot*. The New York Times. Publicado em 29.10.2016. Disponível em <<https://www.nytimes.com/2016/10/30/opinion/agreed-serve-your-time-cast-your-ballot.html?rref=collection%2Ftimestopic%2FFelony%20Disenfranchisement&r=0>> Acesso em 14 mai 2017

_____. *Virginia's Republicans Turn Back the Clock*. The New York Times. 9.9.2016. Disponível em <<https://www.nytimes.com/2016/09/10/opinion/virginias-republicans-turn-back-the-clock.html?rref=collection%2Ftimestopic%2FFelony%20Disenfranchisement>> Acesso em 14 mai 2017

THE SENTENCING PROJECT. *6 million lost voters: State-level Estimates of Felony Disenfranchisement, 2016*. Disponível em <<http://www.sentencingproject.org/wp-content/uploads/2016/10/6-Million-Lost-Voters.pdf>> Acesso em 14 mai 2017.

_____. *Policy Brief: Felony Disenfranchisement*. Disponível em <<http://www.sentencingproject.org/publications/felony-disenfranchisement-a-primer/>> Acesso em 14 mai 2017

UGGEN; Christopper; MANZA; Jeff. *Locked Out: Felon Disenfranchisement and American Democracy*. Nova Iork: Oxford University Press, Inc., 2006.

_____. *Punishment and Democracy: Disenfranchisement of Nonincarcerated Felons in the United States*. Disponível em <http://users.soc.umn.edu/~uggen/Manza_Uggen_POP_04.pdf> Acesso em 13 mai 2017

V. Res.-TSE nº 23274/2010: este dispositivo não foi recepcionado pela CF/88. In Brasil. Tribunal Superior Eleitoral. Disponível em <http://www.tse.jus.br/hotsites/catalogo-publicacoes/pdf/codigo_eleitoral/codigo_eleitoral-anotado-e-legislacao-complementar-12-edicao-atualizado.pdf>. Acesso em 06/05/2017

WEIS, Carlos. *Direitos humanos Contemporâneos*. 2ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2011. Pág. 121.

WHITE, Isobel; HORNE, Alexander. *Prisoner's voting rights: developments since May 2015*. House of Commons Library. Section Parliament and Constitution Centre. Disponível em <<http://researchbriefings.parliament.uk/ResearchBriefing/Summary/SN01764>> Acesso em 27 abr. 2017

WILSON JR. Charles H.. *The Supreme Court's Bill of Attainder Doctrine: A Need for Clarification*. 54 Cal. L. Rev. 212 (1966). Disponível em <http://scholarship.law.berkeley.edu/californialawreview/vol54/iss1/11> Acesso em 06/05/2017)