

**INSTITUTO BRASILEIRO DE ENSINO, DESENVOLVIMENTO E PESQUISA
ESCOLA DE DIREITO E ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO STRICTO SENSU EM DIREITO
MESTRADO ACADÊMICO EM DIREITO CONSTITUCIONAL**

**A INCAPACIDADE ELEITORAL ATIVA NAS HIPÓTESES DE SUSPENSÃO DOS
DIREITOS POLÍTICOS PREVISTOS NA CONSTITUIÇÃO DE 1988 E SUA
COMPATIBILIDADE COM O ESTADO DE DIREITO DEMOCRÁTICO**

Isaltino José Barbosa Neto

Orientador: Prof. Dr. Gilmar Ferreira Mendes

Brasília-DF

2022

ISALTINO JOSÉ BARBOSA NETO

**A INCAPACIDADE ELEITORAL ATIVA NAS HIPÓTESES DE SUSPENSÃO DOS
DIREITOS POLÍTICOS PREVISTOS NA CONSTITUIÇÃO DE 1988 E SUA
COMPATIBILIDADE COM O ESTADO DE DIREITO DEMOCRÁTICO**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito do Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa – IDP, como parte dos requisitos para obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Gilmar Ferreira Mendes

Brasília-DF

2022

ISALTINO JOSÉ BARBOSA NETO

A INCAPACIDADE ELEITORAL ATIVA NAS HIPÓTESES DE SUSPENSÃO DOS DIREITOS POLÍTICOS PREVISTOS NA CONSTITUIÇÃO DE 1988 E SUA COMPATIBILIDADE COM O ESTADO DE DIREITO DEMOCRÁTICO

Defesa de Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito do Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa – IDP, como parte dos requisitos para obtenção do título de Mestre em Direito.

14 de junho de 2022.

BANCA EXAMINADORA

**Prof. Orientador GILMAR FERREIRA MENDES
PPGD - IDP**

**Prof. Avaliador 1 – ADEMAR BORGES
PPGD - IDP**

**Prof. Avaliador 2 – FLÁVIO HUMBERTO PASCARELLI LOPES
Doutor - UNIFOR**

À minha família. Tudo por eles.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	8
CAPÍTULO 1 – A DEMOCRACIA E O VOTO.....	11
1 Introdução	11
2 A história da democracia até o Século XX	12
3 Um resumo das principais teorias democráticas contemporâneas.....	14
4 A democracia em Joseph Schumpeter – o precursor do minimalismo democrático	18
5 A democracia em Robert Dahl	24
5.1. <i>A vida e a obra de Robert Dahl</i>	24
5.2. <i>Poliarquia</i>	26
6 Síntese conclusiva dos referenciais teóricos	30
CAPÍTULO 2 – O VOTO, OS DIREITOS POLÍTICOS E O ESTADO DE DIREITO .	32
1 Introdução	32
2 A política e os direitos políticos.....	33
3 O Estado de Direito.....	37
3.1. <i>Concepções formalistas e substancialistas sobre o Estado de Direito</i> ...	37
3.2. <i>A História do Estado de Direito e sua essência</i>	41
3.3. <i>A soberania (popular) e a igualdade política: elemento formal e material essencial ao Estado de Direito</i>	45
4 A ausência da capacidade eleitoral ativa no estado de direito	49
CAPÍTULO 3 – O SUFRÁGIO: DA RESTRIÇÃO À UNIVERSALIDADE	53
1 Introdução	53
2 Da participação popular nas antigas organizações políticas até o Estado de Direito.....	54
3 Do sufrágio restrito ao sufrágio universal: fatos históricos relevantes	58
4 O sufrágio nas Constituições brasileiras	63
5 Análise do sufrágio universal e de seu movimento ampliativo – o princípio do sufrágio universal.....	66

CAPÍTULO 4 – ANÁLISE DA COMPATIBILIDADE ENTRE A RESTRIÇÃO AO EXERCÍCIO DO VOTO E O ESTADO DE DIREITO DEMOCRÁTICO	70
1 Introdução	70
2 As hipóteses de restrição do voto objeto do presente trabalho: condenação criminal transitada em julgado e atos de improbidade administrativa.....	71
3 Análise de compatibilidade entre a restrição ao voto e o Estado de Direito Democrático	75
3.1 As premissas para a análise	75
3.2 Análise da compatibilidade entre a restrição ao voto e o Estado de Direito Democrático	78
4 Os caminhos possíveis	86
CAPÍTULO 5 – o entendimento do supremo tribunal federal e de cortes estrangeiras/internacionais.....	90
1 Introdução	90
2 O entendimento da Suprema Corte brasileira sobre o assunto	90
2.1. Recurso Extraordinário 179.502 – São Paulo.....	90
2.2. Recurso Extraordinário 601.182 – Minas Gerais	92
2.3. ADI 6678.....	97
2.4. A síntese do entendimento do Supremo Tribunal Federal.....	100
3 O tema no Direito Comparado	101
3.1. Casos nos Estados Unidos da América	101
3.2. Caso <i>Sauvé v. Canadá</i>.....	104
3.3. Caso <i>Hirst v. Reino Unido</i>	108
3.4. Caso <i>August and Another v. Electoral Commission and Another</i> – Corte Constitucional da África do Sul.....	110
CONCLUSÃO	112
REFERÊNCIAS	115

RESUMO:

A presente dissertação de mestrado tem como tema e objetivo a análise da incapacidade eleitoral ativa nas hipóteses de suspensão dos direitos políticos por condenação criminal e atos de improbidade administrativa, no Brasil, e sua compatibilidade com o Estado de Direito Democrático. A partir de revisão bibliográfica, buscam-se as premissas fundamentais sobre o Estado de Direito e a participação do povo no Poder, sobre a importância do voto popular em um regime democrático e sobre o próprio processo de ampliação do sufrágio em favor das pessoas (*do restrito ao universal*). A partir dessas premissas, busca-se verificar se é incompatível com o Estado de Direito democrático a interpretação que limita o voto (*capacidade eleitoral ativa*) dos adultos capazes cujos direitos políticos são temporariamente suspensos nas hipóteses previstas na Constituição de 1988.

Palavras-chave: Voto. Estado de Direito Democrático. Direitos Políticos. Sufrágio Universal.

ABSTRACT:

This master's thesis has as its theme and objective the analysis of active electoral incapacity in the hypothesis of suspension of political rights due to criminal conviction and acts of administrative improbity in Brazil, and its compatibility with the Democratic Rule of Law. Based on a bibliographical review, the fundamental assumptions about the rule of law and the participation of the people in power are sought, on the importance of popular vote in a democratic regime and on the process of expanding suffrage in favor of the people (from restricted to the universal). From these premises we seek to verify whether the interpretation that limits the vote (active electoral capacity) of capable adults whose political rights are temporarily suspended in the cases provided for in the 1988 Constitution is incompatible with the democratic rule of law.

Key-words: Vote. Democratic rule of law. Political Rights. Universal suffrage.

INTRODUÇÃO

Em um Estado de Direito Democrático, como o Brasil, é muito comum se ouvir, desde tenra idade, da importância da participação das pessoas no processo eleitoral para que os rumos do país sejam definidos. Esse entendimento comum é extraído de conversas familiares, das rodadas sociais, ouvido no âmbito escolar e universitário, sem contar com as frequentes publicidades oficiais no sentido de que a “*arma*” do cidadão para mudança é o voto. É também entendimento mais ou menos corrente, ao menos na atualidade do país, de que todas as pessoas adultas têm o direito de participar do processo eleitoral, notadamente por meio da capacidade eleitoral ativa (*possibilidade de votar*), concretizando o ideal de sufrágio universal difundido nas modernas democracias.

Nada obstante a difusão da importância do voto e da ampla participação no processo eleitoral, há uma quantidade expressiva de brasileiros que não podem exercer a capacidade eleitoral ativa (*direito de voto*) em razão da suspensão temporária dos direitos políticos, cujas hipóteses são previstas no Texto Constitucional.

Para se ter uma quantidade expressiva destes números, o Tribunal Superior Eleitoral, no ano de 2013¹, divulgou dados no sentido de que 883.222 brasileiros estavam com seus direitos políticos suspensos em decorrência das variadas hipóteses previstas na Constituição de 1988, sendo a ampla maioria em decorrência de condenação criminal. Completam a lista, em número menor, os acometidos de incapacidade civil absoluta, os brasileiros alistados no serviço militar obrigatório, condenados por ato de improbidade administrativa, residentes em Portugal que optaram pelo exercício de votar e ser votado naquele país e os que se recusam a cumprir obrigação a todos imposta.

Muito embora o número do eleitorado tenha crescido entre 2013 e 2018 algo em torno de 3,7%², a quantidade de pessoas com os direitos políticos suspensos cresceu,

¹ <https://www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/boletim/mais-de-800-mil-brasileiros-estao-com-os-direitos-politicos-suspensos> - Acesso em maio de 2021.

² De acordo com as estatísticas extraídas do endereço eletrônico do Tribunal Superior Eleitoral (<https://www.tse.jus.br/eleitor/estatisticas-de-eleitorado/consulta-quantitativo>), em dezembro de 2013 o Brasil tinha 141.699.132 de eleitores; em dezembro de 2018 passou a ter 147.160.965.

no mesmo período 59%, atingindo a expressiva quantidade de 1,4 milhão de brasileiros³ pelas variadas hipóteses previstas na Constituição da República de 1988.

Deste total de pessoas com seus direitos políticos suspensos, existem pessoas condenadas criminalmente a penas centenárias por crimes hediondos em regime fechado, mas também há pessoas que cometeram infrações tipificadas pelo direito penal como crimes que o próprio sistema penal incentiva o não encarceramento pela aplicação de medidas alternativas à prisão. Há, ainda, pessoas que cometeram atos graves de improbidade e outros que praticaram um ato que sequer resultou em enriquecimento ilícito ou dano ao erário. Há, portanto, aplicação da suspensão dos direitos políticos indistintamente nas hipóteses previstas no Texto Constitucional.

Nesse contexto de aplicação irrestrita da suspensão dos direitos políticos e, por corolário, do exercício do voto popular (*capacidade eleitoral ativa*), o objetivo da presente dissertação é analisar em que medida a restrição da capacidade eleitoral ativa nas diversas hipóteses de suspensão dos direitos políticos é compatível com o Estado de Direito Democrático.

Para tanto, será apresentado no primeiro capítulo o referencial teórico que conduzirá a presente dissertação, valendo-se dos métodos descritivo e analítico, e analisará o regime democrático e a função do exercício do voto popular (*capacidade eleitoral ativa*) dentro do sistema, dando enfoque ao período estatal considerado como moderno, mais precisamente em tempos contemporâneos. Assim, este capítulo apresentará, como base teórica, os ensinamentos de Schumpeter e seu minimalismo em relação à democracia, bem como as sistematizações sobre democratização propostas por Robert Dahl.

O segundo capítulo será dedicado à análise da participação do povo no Estado de Direito, estabelecendo-se algumas premissas fundamentais sobre a própria noção de política e Estado, porquanto os direitos políticos estão indissociavelmente ligados à noção de ente estatal. Assim, será descrita a participação do povo no poder das variadas organizações políticas de que se tem notícia ao longo da história até se chegar ao atual Estado de Direito. Além disso, serão verificadas as premissas fundamentais do Estado de Direito a partir das lições de Canotilho e Joseph Raz, a fim de que sejam estabelecidos, ao fim do capítulo, os efeitos da não-participação de adultos capazes no processo eleitoral.

³ <https://www.metropoles.com/brasil/no-brasil-14-milhao-de-pessoas-possuem-direitos-politicos-suspensos> - acesso em maio de 2021.

O terceiro capítulo será dedicado à análise da evolução histórica do próprio sufrágio, desde a participação mais restrita dos cidadãos até a ampliação verificada nas democracias atuais. O objetivo deste terceiro capítulo é, a partir da análise dos fatos históricos, verificar se o processo de ampliação do sufrágio se deu em razão de uma conquista do povo para participar no poder ou mera concessão daqueles que detinham o controle do Estado para com os governados.

O capítulo quarto será dedicado à análise de alguns precedentes do Supremo Tribunal Federal sobre o assunto em sede de controle concentrado de constitucionalidade e em Recursos Extraordinários, fazendo um cotejo entre os argumentos e votos exarados pelos Ministros da Suprema Corte. Além disso, o quarto capítulo ainda se dedicará à análise de julgamentos de casos similares em Cortes Constitucionais de outros países e também em Cortes Internacionais de Justiça, com o fito de traçar um paralelo com o Direito Comparado.

O capítulo quinto, por fim, será dedicado à análise específica de cada uma das hipóteses de suspensão dos direitos políticos previstas na Constituição de 1988, classificando as situações de acordo com especificidades em comum. A partir da classificação das hipóteses, e considerando todo o desenvolvimento teórico sobre o tema nos capítulos anteriores, será analisada a compatibilidade das situações com o Estado de Direito democrático, propondo-se, ainda, os caminhos possíveis de serem trilhados a partir das conclusões apresentadas.

CAPÍTULO 1 – A DEMOCRACIA E O VOTO

1 Introdução

“*A democracia é o governo do povo, pelo povo, para o povo.*” A frase, atribuída a Abraham Lincoln, é repetida ao redor do mundo há muitas gerações nas democracias. O sentimento de pertencimento ao governo está arraigado no imaginário das pessoas, o povo. Os políticos frequentemente falam em nome do povo, para a defesa do povo, em benefício do povo. Até que ponto, no entanto, a democracia é realmente o governo do povo, para o povo e pelo povo?

Classicamente se tem no imaginário aquela democracia grega difundida ao longo dos anos, na qual os cidadãos diretamente atuavam nos assuntos políticos que afetariam a coletividade. Em modernos países surgidos nos últimos séculos, no entanto, verifica-se uma grande quantidade de pessoas concentradas em um determinado espaço territorial. São dezenas ou centenas de milhões de pessoas que tornam impossível a reprodução daquele modelo de democracia direta grega difundida.

Diante desse cenário de explosão demográfica nos países, ganha relevo a noção de democracia representativa, no sentido de que se tenham pessoas especialmente designadas para falar em nome do povo e em defesa do povo. E, nesta linha de inteligência, surge a importância das eleições para a escolha dos representantes e, por via de consequência, do voto a ser exercido nessas eleições. O objetivo do presente capítulo é exatamente extrair a importância do processo eleitoral e, mais precisamente, do voto, nas modernas democracias, diante da quase impossibilidade de que o poder seja exercido diretamente pelo povo, sem a presença de representantes para isto eleitos.

Para tanto, será feita uma sucinta narrativa histórica da democracia desde seus mais remotos registros até o Século XX, a fim de contextualizar o momento em que muitas teorias democráticas surgiram. Após, será feito um resumo das principais teorias democráticas contemporâneas, chegando-se posteriormente a uma análise mais detalhada sobre dois expoentes teóricos cujas lições nortearão as análises ao longo do presente trabalho: Joseph Schumpeter e Robert Dahl.

2 A história da democracia até o Século XX

Os referenciais teóricos adotados na presente obra foram escritos a partir de meados do Século XX, em um contexto posterior à Revolução Industrial e às Guerras Mundiais. A história da humanidade já era escrita há muitos séculos, de modo que não se pode ignorar tudo o que se passou até se chegar aos teóricos Joseph Schumpeter e Robert Dahl. Com o presente tópico, vale desde logo o alerta, não se pretende esgotar o tema *história da democracia*, até mesmo em razão dos variadíssimos conceitos sobre o que se entende por democracia. Pretende-se, com efeito, trazer recortes históricos sobre a democracia a fim de contextualizar as obras dos referenciais teóricos adotados.

Nessa linha de intelecção, quando se fala em Democracia, há uma tendência a se fazer remissão à Grécia antiga, popularmente difundida como o nascedouro do regime democrático, regime em que os cidadãos participavam diretamente nas decisões públicas em assembleia. Quando se faz uma análise mais acurada sobre os detalhes da democracia ateniense, notadamente quando são feitas análises comparativas com regimes mais contemporâneos, observa-se uma ausência de efetiva participação popular que poderia, até mesmo, enquadrar o modelo grego como não democrático (TILLY, 2013, p. 40).

Nada obstante, são inegáveis a influência e efetiva ancestralidade entre o modelo grego de democracia e os modernos regimes democráticos. Como aponta Charles Tilly (2013), duas características marcantes do regime contribuem em definitivo para que seja considerado como ancestral dos modelos modernos, quais sejam, a criação de um modelo de cidadania sem precedentes e uma ampla rotatividade no exercício das responsabilidades cívicas.

Como enfatizado antes, no entanto, a quantidade de pessoas que eram excluídas do rol de cidadãos era desproporcional à quantidade de pessoas existentes, não fazendo parte mulheres, escravos, estrangeiros, dentre outros que não detinham os qualificativos necessários para serem chamados de cidadãos. Um modelo, portanto, que a despeito de conter elementos das modernas democracias, acabava fazendo com que uma minoria detentora do poder se sobrepujasse à maioria das pessoas.

Entre o período da Grécia antiga, por volta de 300 a.C, até o Século XIX d.C, muitos regimes adotaram variações daquele regime grego, com minorias detentoras

do poder às custas da exclusão da maioria, nunca tendo havido sua implementação em larga escala. A implementação de regimes democráticos em larga escala se dá exatamente a partir da Europa Ocidental e da América do Norte. (TILLY, 2013)

Em *A História da Democracia* (DUNN, 2013), John Dunn faz uma descrição sobre a evolução da palavra *demokratia*, ressaltando que sua utilização foi certamente surgida em Atenas, muito embora a democracia tal qual se conhece hoje não necessariamente tenha nascido naquela ocasião. Péricles, narrado por Tucídides, era um ferrenho defensor do modelo democrático ateniense que trazia igualdade política aos cidadãos.

Ao lado da difusão da utilização da palavra *democracia* também surgiram as críticas. Com efeito, analisa Dunn que Aristóteles expressava uma certa resistência à democracia em razão de ser uma forma desvirtuada de administração da cidade, dado que consistiria no atendimento do interesse apenas dos mais pobres, e não da comunidade como um todo. Analisa ainda que, a partir da obra de Platão (*A Política*), é possível extrair deste filósofo grego dois valores fundamentais do modelo ateniense de governar: liberdade e igualdade.

Dunn aponta que o termo democracia apenas foi latinizado em 1260, quando Guilherme de Moerbeke traduziu a obra Aristotélica *A Política*, ocasião em que a palavra ainda encontrava forte resistência em razão de ecoar as duras críticas feitas por Aristóteles ao governo de Atenas. Mesmo em *Os Federalistas*, obra fundamental para o surgimento do sistema constitucional Norte-Americano, é possível extrair críticas ao modelo democrático delineadas por John Dunn, notadamente a partir da análise do artigo 10, escrito por Madison, em que a democracia é apontada como dissenso e desordem.

Para o autor, a utilização da expressão democracia em um sentido positivo, tal como se tem nos dias atuais, se deu sobretudo a partir da Revolução Francesa, quando Robespierre conseguiu unir República, Representação e Democracia em um mesmo sistema, de modo que se abandonava a ideia clássica de democracia da *Arena Pública*, tal qual se via em Atenas. Assim, a ideia de democracia mediante representação ganhava cada vez mais adeptos, havendo um abandono da original ideia de participação no poder de forma direta, estabelecendo-se a existência de representantes e representados. Esse sistema foi consolidado com as Grandes Guerras mundiais, tendo sido imposto pelos vencedores aos perdedores.

Em uma análise dos escritos de John Dunn sobre a história da democracia, percebe-se que a utilização dessa expressão, tal como se conhece nos dias atuais, não é algo de tempos tão distantes. Na verdade, em sua gênese, as críticas eram muitas, tendo se avolumado ao longo dos séculos especialmente em razão da impossibilidade de se conferir igualdade política efetiva entre todas as pessoas. A partir do surgimento da democracia representativa, no entanto, o termo passou a ser utilizado simbolizando um eficiente e justo sistema de administração pública.

É nesse contexto de fortalecimento da democracia representativa, portanto, que a teoria minimalista ganha terreno fértil para fincar raízes, trazendo o foco da questão não para o governo pelo povo e para o povo em si, mas sobretudo para o processo de escolha dos representantes que irão tomar as decisões públicas que devem ser em favor de toda a coletividade. Esse período inaugurado mais recentemente, notadamente a partir do Século XVIII, é aquilo que doravante será chamada de *democracia contemporânea*.

Antes de adentrar nas nuances do minimalismo democrático, no entanto, que surge exatamente neste contexto de democracia contemporânea e em contraposição ao modelo clássico de democracia, é importante fazer um resumo sobre as principais teorias da democracia contemporâneas, a fim de que se possa ter uma visão mais ampla do local onde se encaixam os referenciais teóricos da presente dissertação.

3 Um resumo das principais teorias democráticas contemporâneas

Muitos foram e são os teóricos que, em uma perspectiva contemporânea da democracia, se debruçaram sobre o tema, elaborando teorias a partir de outras teorias e experiências anteriores, bem como a partir de fenômenos empíricos vividos na realidade. Bem por isso, delimitar precisamente quais são as teorias democráticas é tarefa que não tem um consenso da comunidade acadêmica, visto a existência de muitas vertentes e pensadores sobre cada assunto da democracia.

Para fins de trazer didática à presente dissertação, parte-se da proposta apresentada por Nayara Albrecht (2019), Doutora em Ciência Política pela UnB, que propõe um mapeamento acerca das teorias democráticas contemporâneas. Para tanto, apresenta a referida cientista três eixos fundamentais da teoria democrática, quais sejam, representação, participação e deliberação. Para se chegar a esses três eixos mais à frente detalhados, são apresentadas algumas vertentes sobre o

pensamento democrático contemporâneo: liberal-pluralismo, deliberacionismo, republicanismo, participacionismo, multiculturalismo, feminismo e (neo) marxismo.

O *liberal-pluralismo* é a vertente apontada em que se encaixam os referenciais teóricos da presente dissertação (Schumpeter e Dahl). Trata-se de uma vertente que corresponde à junção dos pensamentos mais liberais, propugnados por Joseph Schumpeter, com aqueles pensamentos mais pluralistas, defendidos por Robert Dahl. Esse regime se baseia no projeto democrático que tem por fundamento um conjunto de garantias legais, a competição e a livre organização mediante grupos de pressão. Sobre esta vertente e a igualdade política, arremata a autora (2019, p. 5):

“Dessa forma, na teoria liberal-pluralista, a igualdade política se manifesta não nas chances efetivas de exercer o poder político, mas na igualdade do voto (‘cada indivíduo equivale a um voto’, portanto, tem o mesmo peso que os demais)

(...)

A igualdade política também se relaciona à distribuição do poder. Dahl (2005, 2006) argumenta que uma poliarquia – regime real mais próximo de uma democracia – é caracterizada pela fragmentação do poder político, o qual não está concentrado em apenas um grupo devido à dispersão de variados recursos na sociedade. (...)”

O *deliberacionismo*, por sua vez, tem por característica o foco na deliberação de indivíduos racionais em fóruns de debate. Um de seus principais expoentes é Jürgen Habermas, que contribuiu decisivamente para a vertente com seu conceito de *esfera pública*, consistente em “*uma categoria que se diferencia do Estado e do mercado e representa um espaço de livre debate entre sujeitos privados, de modo a evitar a arbitrariedade das decisões impostas pelo poder público.*” (ALBRECHT, 2019, p.6).

Para os deliberacionistas, a igualdade seria alcançada em razão de os argumentos racionais elaborados nos fóruns de discussão se sobrepujarem a diferenças de classe, gênero e renda. No entanto, não haveria uma efetiva participação no Estado, se limitando os argumentos produzidos a causar uma espécie de pressão nos poderes constituídos para que se faça prevalecer aquilo que foi deliberado nos espaços de deliberação.

Há ainda a vertente do *republicanismo*, que parte das premissas estabelecidas na teoria clássica sobre o conceito de república. Na teoria clássica, a expressão república representava uma forma de governo misto, com a presença da monarquia, aristocracia e democracia, e baseando-se na liberdade do indivíduo. O conteúdo da

liberdade, no entanto, diferia do conteúdo de liberdade visto na vertente liberal. Nas palavras de Albrecht:

A liberdade dos republicanos se diferenciaria daquela dos liberais por permitir a interferência de natureza não arbitrária, considerando que a concepção liberal se opõe a qualquer tipo de interferência intencional (SILVA, 2011). Tal formulação se insere no que seria uma terceira vertente do republicanismo, chamada de 'neorromana' (SILVA, 2011; ABREU, 2013). Tal concepção tenta reconciliar os conceitos de 'república' e 'democracia' na formulação de uma teoria democrática que deriva do conceito de liberdade compreendida como 'não dominação'. A proposta reside na denominada 'democracia contestatória', a qual consiste na conjugação entre o constitucionalismo e a forma democrática. (ALBRECHT, 2019, p. 8)

A vertente *participacionista*, por sua vez, tem por fundamento a ideia de que os indivíduos e as instituições não podem ser pensados de forma separada. Assim, a participação dos indivíduos em instituições não políticas influenciará em sua atuação no âmbito político, de modo que as desigualdades variadas (*econômicas, sociais*) irão gerar uma desigualdade política. Para se chegar à igualdade política, fundamental que sejam democratizadas "*outras esferas não propriamente políticas, como a economia e outros espaços relacionados à vida pessoal.*" (ALBRECHT, 2019, p. 10)

Os *multiculturalistas* contribuíram para a teoria democrática com a valorização do grupo como agente político, consideração da necessidade de incluir políticas direcionadas a minorias e crítica ao ideal de imparcialidade (ALBRECHT, 2019). Nessa vertente, os grupos são entendidos não como uma série de indivíduos agregados, mas como um conjunto de pessoas que compartilham de uma mesma identidade, gerando unidade e coesão ao grupo.

A vertente *feminista*, conforme esclarece Albrecht, dialoga com variadas vertentes da teoria democrática, também tendo apresentado valorosas contribuições quanto à formação das teorias. O mesmo se diga em relação ao *neomarxismo*, mais direcionado ao viés do comunismo, que trata a classe proletária não apenas como uma classe, mas como um ser genérico que encarna o que é ser humano e a capacidade de produzir.

A partir de todas essas vertentes apresentadas, a cientista política ora sob estudo demonstra os três eixos em que se fundam as teorias democráticas, quais sejam, o eixo representativo, o participativo e o deliberativo. A despeito de mapear as

teorias democráticas desta forma, é importante deixar claro que não há uma divisão clara e com limites bem definidos entre um ou outro eixo, como bem aponta Albrecht:

Os regimes contemporâneos são, na verdade, mesclas de elementos pertencentes aos três eixos. Isso não é surpreendente, tendo em vista que os conceitos se mesclam na própria teoria: por exemplo, John Stuart Mill, que influenciou a teoria participativa, defende um governo representativo em larga escala (PATEMAN, 1992). De forma semelhante, muitas correntes que defendem a representação também se pautam no conceito de deliberação democrática. (ALBRECHT, 2019, p. 14-15)

O eixo representativo, em apertada síntese, tem como enfoque a atribuição de mandato para que representantes possam, em grandes corpos sociais (*como os modernos países*), adotar as decisões políticas que irão influenciar na vida de toda a sociedade. Em razão disso, o principal ponto de participação do povo na política é por meio da escolha dos representantes, através do voto.

O eixo deliberacionista, por seu turno, quer levar os cidadãos a discutirem os temas políticos relevantes na esfera pública, prevalecendo (*em tese*) os argumentos mais racionais e independentemente de outros fatores externos. O eixo de democracia participativa, por fim, pretende a democratização de variados setores da sociedade, inclusive aqueles fora do Estado e da Política. Sobre os eixos, especificamente quanto às vertentes liberal-pluralista, deliberativa e participativa, arremata Albrecht:

Apesar das diferenças, o princípio da igualdade política – ainda que mais ou menos limitado conforme a abordagem – fornece uma orientação. A vertente liberal-pluralista associa a igualdade política à regra de equivalência entre indivíduo e voto e à competição eleitoral. A teoria deliberativa enxerga a igualdade como resultado das trocas discursivas racionais, nas quais o argumento superaria as eventuais desigualdades sociais. Por outro lado, a vertente participativa argumenta que é preciso combater as desigualdades em outras esferas não diretamente políticas, pois elas impactam as oportunidades das pessoas de exercer uma participação política ativa. (...) (ALBRECHT, 2019, p. 19)

A partir desse mapeamento proposto por Albrecht, verifica-se que todas as teorias democráticas contemporâneas estão interligadas entre si, notadamente em se passando para a análise empírica dos modernos Estados. No caso do Brasil, há uma importância inegável ao voto, mas também são prestigiados os fóruns de deliberação (*tais como audiências públicas e outros mecanismos de discussão, como redes sociais*) e de participação (*tais como Conselhos que decidem sobre questões específicas*).

Nada obstante esta intercambialidade entre os eixos e vertentes existentes na prática, considerando que o presente trabalho aborda a capacidade eleitoral ativa (*direito de votar*) daqueles que estão com os direitos políticos temporariamente suspensos, o referencial teórico abordado será exatamente aquele que prestigia o âmbito representativo, representado pela vertente *liberal-pluralista*, que dá um enfoque diferenciado à importância das eleições e do voto para a democratização.

É nesse contexto de representação e liberalismo-pluralista, portanto, que se inserem Joseph Schumpeter e Robert Dahl, referenciais teóricos adotados na presente dissertação, cujos detalhes de suas obras e contribuições para a teoria democrática serão abordados nos tópicos seguintes.

4 A democracia em Joseph Schumpeter – o precursor do minimalismo democrático

Joseph Schumpeter foi um economista e cientista político austríaco que viveu entre os anos de 1883 e 1950, tendo publicado obras relevantes para a economia e para a ciência política. Apesar de ter vivido boa parte de sua vida na Europa, a ascensão do Nazismo fez com que Schumpeter se mudasse para os Estados Unidos, onde passou a lecionar na Universidade de Harvard até sua morte.

Entre suas principais obras, destaca-se *A natureza e a essência da economia política* (1908), *Teoria do Desenvolvimento Econômico* (1911), *Ciclos Econômicos* (1939) e *História da Análise Econômica*, publicada em 1954, após sua morte. Mas é na obra *Capitalismo, Socialismo e Democracia*, publicada em 1942, que Joseph Schumpeter promove uma verdadeira revolução em relação ao conceito clássico que se tinha de democracia, trazendo mais realidade ao tema, notadamente em três capítulos de seu livro (*Capítulos 21, 22 e 23*).

Schumpeter inicia salientando que a filosofia democrática do século XVIII poderia ser resumida no sentido de que “*o método democrático é o arranjo institucional para se chegar a decisões políticas que realiza o bem comum fazendo com que o próprio povo decida questões mediante a eleição de indivíduos que se reúnem para lhe satisfazer a vontade*”. (2017, p. 339)

A partir desse resumo, Schumpeter passa a criticar o que se entendia por democracia (*que ele reputa como sendo clássica*). Aponta, em primeiro lugar, a ausência de um *bem comum* univocamente determinado a respeito do qual todas as pessoas concordem, porquanto o que é *bem comum* para uma determinada pessoa

ou grupo de indivíduos pode não ser para outros. Salieta ainda que, mesmo se superada a questão atinente à ausência de unicidade no que concerne ao bem comum, ainda assim haveria problemas para a unicidade em relação a respostas individuais sobre um mesmo *bem comum*.

O autor ainda invoca que a natureza humana não permite que se tenha uma racionalidade lógica entre os eleitores quando se adentra nas nuances das decisões políticas de uma comunidade. Isso porque as pessoas individualmente consideradas são extremamente preocupadas e interessadas naqueles assuntos em que estão diretamente inseridas, tais como em questões concernentes ao seu trabalho ou grupo familiar, despertando-lhes um senso de realidade e responsabilidade. Quando se passa, no entanto, para o âmbito da coletividade, ainda que se tenha muitas informações disponíveis, o eleitor passaria a deixar de ter o raciocínio lógico que teria em questões de seu interesse direto.⁴

Essa ausência de raciocínio lógico do eleitor implicaria no fato de que, no tocante a questões políticas, tenderia ele a ter decisões mais irracionais e ceder a preconceitos, de modo que permitiria que grupos com interesses escusos aplicassem suas ideias e difundisse no grupo de eleitores de modo mais fácil. Essa lógica seria, com efeito, muito parecida com a lógica das propagandas comerciais, gerando um pensamento coletivo não a partir de um raciocínio individual dos eleitores, mas sim a partir das “*propagandas comerciais*” propaladas pelos grupos com interesses escusos.

Apesar de todas as críticas e argumentos que lança em relação à doutrina clássica da democracia, Schumpeter reconhece que ela ainda sobrevivia e reputava a quatro fatores primordiais: a) associação com a fé religiosa, que retiraria a necessidade de *escrúpulos lógicos* para o *bem comum* e *vontade suprema*; b) as formas e frases da democracia clássica são ligadas ao desenvolvimento da nação, aprovados pela maioria de forma entusiasmada; c) existência de alguns modelos sociais em que a democracia clássica corresponde aos fatos com alto grau de aproximação, tal como ocorre na Suíça, local sem grandes decisões políticas a serem

⁴ Nesse ponto, afirma o autor: “Assim, o cidadão típico desce a um nível inferior de desempenho mental tão logo adentra o campo político. Argumenta e analisa de um modo que ele mesmo qualificaria prontamente de infantil dentro da esfera dos seus interesses reais. Volta a ser primitivo. O seu pensamento se torna associativo e afetivo. (...) (2017, p. 355)

tomadas; d) apreço dos políticos pela fraseologia da democracia clássica, fazendo tudo “*em nome do povo*”.

Apresentada a crítica àquilo que Schumpeter denomina como teoria clássica, o autor propõe uma outra teoria da democracia. Para isso, relembra que, no método clássico, a escolha dos representantes que irão realizar a vontade do povo é secundária, porquanto o foco principal são as decisões políticas que serão tomadas pelo povo. Schumpeter propõe, então, uma inversão: o foco principal do método democrático por ele proposto é criar um governo ou qualquer outro órgão intermediário. Assim, define o método democrático proposto como sendo o sistema institucional para chegar a decisões políticas, no qual os indivíduos adquirem o poder de decidir por meio de uma luta competitiva pelo voto do povo. Nas palavras do autor (2017, p. 365-366):

Recordemos que as nossas principais dificuldades com a teoria clássica se centravam na proposição segundo a qual o ‘povo’ tem uma opinião definida e racional sobre toda questão individual e a manifesta – em uma democracia – elegendo ‘representantes’ encarregados de fazer com que essa opinião seja posta em prática. Assim, a escolha dos representantes é secundária em relação à meta principal do sistema democrático, que é conferir ao eleitorado o poder de decidir as questões políticas. Supondo que invertamos os papéis desses dois elementos, tornando secundária a decisão das questões por parte do eleitorado em relação à escolha dos homens incumbidos de decidir. Para exprimi-lo de outro modo, passamos a adotar o critério segundo o qual o papel do povo é criar um governo ou qualquer outro organismo intermediário, que, por sua vez, criará um executivo nacional ou governo. E assim chegamos à nossa definição: o método democrático é o sistema institucional para chegar a decisões políticas, no qual os indivíduos adquirem o poder de decidir por meio de uma luta competitiva pelo voto do povo.

Para a defesa do método proposto, o autor cita inúmeros argumentos e hipóteses que lhe dariam sustentáculo. Cita que o método proposto permite distinguir, de forma mais clara, as hipóteses em que se tem um governo democrático de outras situações em que não se tem uma democracia, pois foca-se no *modus procedendi*, cuja ausência ou presença é muito mais fácil de ser constatada. Além disso, menciona que o método proposto permite reconhecer as lideranças que existem em qualquer processo democrático, abandonando a ideia irrealista de iniciativa do eleitorado para determinados temas.

Consigna ainda que as volições de grupo confirmam a sua tese, uma vez que elas, por mais consistentes que sejam, necessitam de um líder político que as traga à

vida e permita sua inclusão no debate. Afirma, ainda, que sua proposta restringe a competição pela liderança que define a democracia apenas à competição pela busca de votos do eleitorado.

Sobre a relação entre democracia e liberdade individual, Schumpeter entende que sua proposta é a mais adequada para conceituar o método democrático, na medida em que o próprio conceito de liberdades individuais é muito variável de tempos em tempos e de sociedade para sociedade. Além disso, o autor afirma, ao tornar a criação de um governo a principal função do eleitorado, nesta ideia está inserido o pensamento de também ser possível afastar o governo.

Schumpeter provocou uma verdadeira revolução no tocante àquilo que se entendia por Democracia, valendo ressaltar que sua obra foi publicada, pela primeira vez, no ano de 1942. A revolução que ecoa até os dias atuais diz respeito, sobretudo, ao abandono da fantasiosa ideia segundo a qual os representantes do povo iriam necessariamente exprimir uma vontade geral, motivo pelo qual o enfoque dado ao processo de escolha dos representantes (*eleições*) passaria a ser até mesmo mais importante que os atos subsequentes para fins de conceituação de democracia.

Como afirma o cientista político Ricardo Borges Gama Neto (2011, p. 27-42), a definição de Schumpeter acerca da democracia é eminentemente procedimental, tratando-se de método para escolha dos governantes, cabendo aos eleitores, por meio do voto, a referida escolha. Trata-se, ainda, de um modelo fundamentalmente empírico com preocupação precípua em garantir a estabilidade do regime. Vale a transcrição de trecho da análise feita pelo referido cientista político sobre a importância do legado de Schumpeter:

A definição schumpeteriana de democracia é estritamente procedimental: a democracia é somente um método para a escolha de governantes, um conjunto de regras que estabelecem como devem ser escolhidos aqueles que devem realizar as decisões políticas. Aos eleitores cabe apenas escolher quais políticos desejam eleger.

A concepção minimalista de democracia de Schumpeter é um modelo fundamentalmente empírico, cuja preocupação central é a *estabilidade do sistema político*. O problema central da teoria da democracia deixa de ser a participação popular e passa a ser a *eficácia* do regime democrático em eleger governos. Na visão do elitismo democrático schumpeteriano, o papel do povo não é o de interferir diretamente na política; ele não tem competência para isso. A democracia é um método de escolha de governantes, um sistema político concebido analogamente como uma forma de mercado, em que as decisões dos eleitores são resultado de um cálculo de utilidade, a política é resumida ao *grau de soberania do consumidor no mercado*. Assim, a política democrática é um sistema que institucionaliza a competição entre

partidos e/ou coalizões partidárias, disputando no mercado eleitoral os votos que lhe darão a oportunidade de apoderar-se do governo. Schumpeter estabelece uma divisão do trabalho político, os eleitores escolhem e os políticos decidem. (2011, p. 31)

Cumprir enfatizar que a mera existência de eleição não pode ser confundida com a democracia. É que, para que haja efetivamente sucesso no método democrático, Schumpeter estabelece a necessidade de observância de cinco condições essenciais: a) o material humano da política devem ser de qualidade suficientemente alta; b) o domínio efetivo da decisão política não seja desmedidamente dilatado; c) serviços de uma burocracia bem treinada que goze de boa reputação e se apoie numa tradição sólida, dotada de um forte senso de dever e de um espírito de corpo não menos forte; d) o autocontrole democrático, no sentido de os líderes políticos aceitarem as medidas legalmente instituídas pelas autoridades competentes e) alto grau de tolerância para com as diferenças de opinião.

O cientista político argentino Guillermo O'Donnell (1999) afirma que a obra de Joseph Schumpeter, apesar de sua revolução no tocante ao modelo denominado clássico de democracia, não é muito clara nas suas conclusões e em algumas passagens. O motivo possível para essa ausência de clareza nos escritos de Joseph Schumpeter seria, para O'Donnell, em razão de ter o autor ciência da verdadeira revolução que seu pensamento causaria. Nas palavras do cientista argentino:

Depois de afirmar que a "democracia é um método político [...] um certo tipo de arranjo institucional para chegar a decisões políticas, legislativas e administrativas," Joseph Schumpeter (1975[1942]:242) enuncia sua famosa definição do "método democrático": "o arranjo institucional para chegar a decisões políticas pelas quais os indivíduos adquirem o poder de decidir mediante uma competição pelo voto popular." Esta é a definição "minimalista" (ou "processualista") paradigmática de democracia. No entanto, normalmente se esquece¹⁴ que Schumpeter não para aí. Em primeiro lugar, ele esclarece que "o tipo de competição pela liderança que define a democracia [implica] a livre competição por votos livres." (idem:217)¹⁵ Nessa mesma linha, faz uma advertência ao comentar que "o método eleitoral é praticamente o único disponível para comunidades de qualquer tamanho", acrescentando ainda que isso não exclui outros modos menos competitivos "de garantir a liderança [...] e não se pode excluí-los porque, se o fizéssemos, nos restaria um ideal totalmente irrealista." (idem:271) É significativo que essa frase termine com uma nota de rodapé onde se lê: "Como no campo da economia, os princípios morais e legais da comunidade têm algumas restrições implícitas." (ibidem, nota 5) O significado dessas afirmações, contrastando com a definição que Schumpeter acabara de enunciar, é bastante nebuloso. A razão, acredito, é que o autor compreendeu que estava prestes a abrir uma Caixa de Pandora: se a "competição pela

liderança" tem uma relação com "os princípios legais e morais da comunidade", então sua definição do "método democrático", ou de como ele funciona, acaba não sendo tão minimalista quanto poderia sugerir uma leitura isolada da célebre definição.

Há quem defenda, e de forma bastante fundamentada, que o minimalismo inaugurado por Schumpeter era uma tendência natural da evolução da própria democracia, quando se abandona a democracia direta típica de pequenas comunidades para as democracias representativas inerentes a grandes Estados, como os modernos países hodiernos. Nesse sentido, Nayara de Medeiros (2015) explora os objetivos da democracia desde a antiguidade grega até o minimalismo democrático, a fim de comprovar que se tratava de um movimento natural em favor da estabilidade do regime.

Com efeito, Medeiros destaca que o elemento inerente ao modelo grego de democracia habitava na igualdade política, no sentido de que todos os cidadãos⁵ detinham as mesmas oportunidades de ocuparem cargos públicos, mediante sorteio, para além da participação na assembleia para decisões relevantes. Muitos séculos depois, já com as obras dos Contratualistas (*Hobbes, Rousseau e Locke*), o foco da democracia deixou de ser efetivamente a igualdade e passou-se a utilizá-la para justificar a atuação estatal, de modo que concentrava esforços na legitimidade e estabilidade do sistema.

Este movimento, em sua visão, teria permanecido com a independência Norte-Americana, com John Stuart Mills e os Federalistas que, assim como os contratualistas, buscavam legitimidade e estabilidade para o sistema. No entanto, em vez de se ter um Estado nacional forte, melhor seria a partição do poder na maior quantidade possível, a fim de evitar a criação de grupos de poder oligárquico. Os minimalistas, que tem como precursor Joseph Schumpeter, teria apenas feito uma descrição daqueles regimes existentes em seu tempo, sem desenhar algo novo a partir de uma folha em branco, e seguindo a tendência de focar a democracia para a estabilidade e legitimidade do sistema.

Uma das grandes críticas ao minimalismo proposto na obra de Schumpeter é o fato de se tratar de uma visão estritamente elitista do Poder, em que o povo tem uma participação reduzida a um mero consumidor, que vota ou não em um determinado

⁵ Poucos eram cidadãos, é bem verdade. Mas todos que eram considerados cidadãos tinham uma igualdade política.

membro do Poder e ali encerra sua participação. Mais uma vez vale a transcrição das lições do cientista argentino O'Donnell sobre este elitismo visto na obra de Schumpeter:

Esses esclarecimentos, ressalvas, postulados de condições necessárias e alusões ao regime aparecem nas páginas imediatamente posteriores à da célebre definição. Não resta a menor dúvida de que Schumpeter tem uma visão elitista da democracia: "Os eleitores que não fazem parte do Parlamento devem respeitar a divisão de trabalho entre eles próprios e os políticos que elegeram [...] devem compreender que, uma vez eleito um indivíduo, a ação política é problema deste e não deles." (1975:296) Mas uma definição elitista de democracia não é necessariamente minimalista. A essa altura, já deve ter ficado claro que as várias qualificações introduzidas por Schumpeter dão a entender que sua definição de democracia não é minimalista, nem se concentra estreitamente no "método" ou processo eleitoral, como supunham o próprio autor e a maioria dos seus comentadores.

A mudança de paradigma a partir da obra de Schumpeter é bastante relevante e serviu de ponto de partida para diversos estudos posteriores sobre o assunto, dentre os quais se destaca o pluralismo político de Robert Dahl, cujas lições também servem de referencial teórico para a presente dissertação e serão a seguir estudadas.

5 A democracia em Robert Dahl

5.1. A vida e a obra de Robert Dahl

Robert Dahl foi um importante cientista político Norte-Americano que viveu entre os anos de 1915 e 2014. Sua graduação foi concluída na Universidade de Washington e seu doutoramento se deu na Universidade de Yale em 1940, tendo recebido diversas honrarias e ocupado a presidência da Associação Americana de Ciência Política. Para além das honrarias recebidas, e como sintetiza Jawdat Abu-El-Haj (2014), Robert Dahl é autor de substanciosas obras para o tema democracia, produzindo 23 clássicos sobre a teoria democrática.

Em uma análise sistematizada da obra de Robert Dahl, o cientista político Jawdat Abu-El-Haj (2014, p.8) aponta que havia uma busca pela investigação empírica, clareza conceitual e constante autocrítica em seus escritos. Bem por isso, é possível vislumbrar que a primazia da política na obra de Robert Dahl percorreu cinco fases: "1) a fase utópica, da tese de doutoramento; 2) o conservadorismo a favor da estabilidade; 3) a virada crítica durante os protestos civis; 4) a maturidade

metodológica da poliarquia; 5) crítica radical à ordem constitucional.” (ABU-EL-HAJ, 2014, p.8)

A primeira fase da obra de Robert Dahl é aquela verificada na Década de 1940, ocasião em que analisa as duas principais narrativas e programas socialistas, quais sejam, o trabalhismo inglês e o socialismo soviético. Na visão de Abu-El-Haj, Dahl entendia que os dois programas compreendiam que a raiz da desigualdade residia na propriedade privada dos meios de produção. A forma de solucionar, no entanto, se deu de forma diferente nos dois programas: na União Soviética, houve uma abrupta tomada dos meios de produção; na Inglaterra, houve a tomada por meio de eleições legítimas e expandindo de forma paulatina.

O que os dois modelos queriam era a concentração de poder econômico, político e social em mãos únicas. Essa concentração teria causado a ruína dos dois modelos de socialismo, motivo pelo qual Dahl defendia que somente com a dispersão de recursos econômicos, sociais e políticos haveria alguma sustentação ao socialismo.

A segunda fase da obra de Dahl, denominada por Abu-El-Haj de *conservadorismo em favor da estabilidade*, foi uma reação do cientista político Norte-Americano àquilo visto na União Soviética. Nesse período, em sua obra *Um prefácio à teoria democrática*, Dahl analisa as concepções madisoniana e populista de democracia, estabelecendo os três grandes princípios da poliarquia: igualdade política, competitividade eleitoral e responsabilidade pública. Nesse mesmo período, Dahl ainda publica *Who Governs?*, obra em que faz um estudo empírico sobre a formação do poder político na região de *New Heaven*, confirmando “*a validade da sua teoria pluralista contra os pessimistas: a dispersão do poder (liberalização) promove a inclusão, e quem governa influencia os fluxos sociais, a legitimidade e os valores políticos.*” (ABU-EL-HAJ, 2014, p. 13)

Em uma terceira fase, durante os protestos civis da década de 1960 nos Estados Unidos, Dahl manifesta preocupação com a resistência da *Poliarquia* americana em expandir a inclusão. Como analisa Abu-El-Haj, o “*déficit democrático do sistema político, na sua opinião, era fruto do abandono dos temas centrais da vida política: poder, oligarquia, hegemonia, contestação, participação, igualdade, inclusão etc.*” (ABU-EL-HAJ, 2014, p. 14)

Em uma quarta fase é a defesa da Poliarquia em sua maturidade metodológica, após todo o conhecimento adquirido ao longo de décadas de estudos. Por isso, será analisado especificamente a obra *Poliarquia*, de Robert Dahl, em tópico apartado, em razão de representar esta obra o estágio final de sua vida e obra.

A quinta fase apontada por Abu-El-Haj é uma crítica que Robert Dahl fez à Constituição Norte-Americana após as eleições de 2000, já com 88 anos de idade. Nesta quinta fase, por meio do polêmico livro *How democratic is the American Constitution?*, Dahl “atribuía a divergência entre a igualdade política e os mecanismos institucionais na eleição presidencial de 2000 à natureza anti-igualitária predominante numa Constituição escrita para preservar os privilégios de uma minoria de proprietários contra a maioria dos cidadãos comuns.” (ABU-EL-HAJ, 2014, p. 16)

Nesta sua última obra, Dahl afirma que há sete princípios elencados na Constituição Norte-Americana que favorecia o esvaziamento os direitos iguais: a) legitimidade do escravismo; b) preservação de barreiras ao voto, apoiadas pela Suprema Corte, e apenas abolidas na década de 60; c) previsão de colégios eleitorais; d) sistema legislativo bicameral, que beneficiaria oligarquias; e) eleições indiretas até 1913 de senadores; f) direito dos Estados de adotarem leis próprias inquestionáveis pelo Congresso; g) Suprema Corte empossada pela Elite com poderes de decretar a inconstitucionalidade de qualquer lei.

Para os fins da presente dissertação, apesar da vasta e relevante obra elaborada pelo cientista político Robert Dahl, importa a sistematização e metodologia por ele adotadas em sua obra escrita após todo o conhecimento adquirido nas fases anteriores, traduzidas em sua obra denominada *Poliarquia*.

5.2. Poliarquia

A obra de Robert Dahl sob análise tem por finalidade sistematizar o caminho rumo à máxima democracia possível, tratada pelo autor como *poliarquia*, exatamente em razão de entender que nenhum sistema no mundo era plenamente democratizado e que poderia haver mais variantes para a plena democratização em comparação àquelas trazidas em sua obra. Ou seja, aquilo que para muitos seria a chamada democracia, Robert Dahl prefere denominar como poliarquia. (DAHL, 2005, p. 31)

Feita essa consideração sobre a relação entre a democracia e a poliarquia, deve-se frisar que Dahl trabalha em sua obra o caminho necessário para que países que estão longe da desejada poliarquia possam até ela chegar, em um processo de democratização. Isso é esclarecido pelo autor logo no início, ao dizer:

Dado um regime em que os opositores do governo não possam se organizar aberta e legalmente em partidos políticos para fazer-lhe oposição em eleições livres e idôneas, que condições favorecem ou impedem sua transformação num regime no qual isto seja possível? Este é o assunto do presente trabalho. (DAHL, 2005, p. 25)

Dahl parte de três premissas fundamentais para a construção de sua poliarquia. Como uma primeira premissa, menciona que “(...) *uma característica chave da democracia é a contínua responsividade do governo às preferências de seus cidadãos, considerados como politicamente iguais.*”⁶ A segunda premissa estabelecida por Dahl é que, para que um governo possa continuar sendo responsivo durante certo tempo às preferências de seus cidadãos, considerados politicamente iguais, devem eles ter oportunidades plenas de formular preferências, exprimir preferências e ter preferências igualmente consideradas na conduta do governo. Estas oportunidades são asseguradas por 8 garantias. Por fim, a terceira premissa é a de que se presume que as conexões entre as oito garantias por ele mencionadas e as oportunidades que devem ser estabelecidas aos cidadãos, considerados como politicamente iguais, são suficientemente evidentes que dispensem qualquer elaboração adicional. (DAHL, 2005, p. 25-26)

São as seguintes garantias institucionais propostas por Robert Dahl para assegurar cada uma das três oportunidades plenas que devem ter os cidadãos (*segunda premissa estabelecida*):

a) Para a oportunidade de formular preferências:

- 1. Liberdade de formar e aderir a organizações;
- 2. Liberdade de Expressão;
- 3. Direito de Voto;
- 4. Direito de líderes políticos disputarem apoio;
- 5. Fontes alternativas de informação;

b) Para a oportunidade de expressar suas preferências a seus concidadãos e ao governo através de ação individual ou coletiva:

- 1. Liberdade de formar e aderir a organizações;
- 2. Liberdade de Expressão;

⁶ DAHL, 2005, p. 25-26

- 3. Direito de Voto;
- 4. Elegibilidade para cargos políticos;
- 5. Direito de líderes políticos disputarem apoio
- 6. Fontes alternativas de informação;
- 7. Eleições livres e idôneas

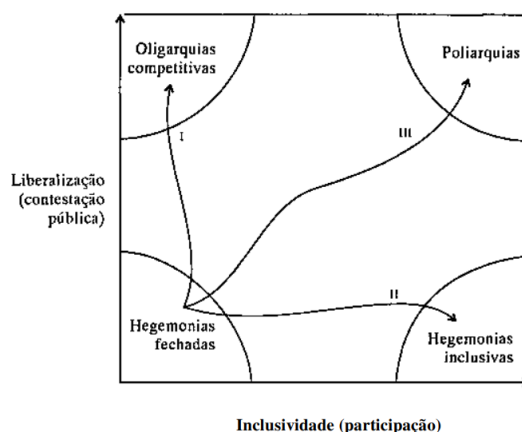
c) Para a oportunidade de ter suas preferências igualmente consideradas na conduta do governo, ou seja, consideradas sem discriminação decorrente do conteúdo ou da fonte de preferência:

- 1. Liberdade de formar e aderir a organizações;
- 2. Liberdade de Expressão;
- 3. Direito de Voto;
- 4. Elegibilidade para cargos políticos;
- 5. Direito de líderes políticos disputarem apoio
- 5.a. Direito de líderes políticos disputarem votos
- 6. Fontes alternativas de informação;
- 7. Eleições livres e idôneas;
- 8. Instituições para fazer com que as políticas governamentais dependam de eleições e de outras manifestações de preferência.

Ocorre que, na visão de Dahl, a mera análise destas oito garantias não permitiria uma adequada constatação do grau de democratização de dado país, tendo em vista que seria possível sua concessão a uma quantidade reduzida de pessoas. Bem por isso, propõe o autor que, para chegar à poliarquia, o caminho rumo à democratização passa por duas dimensões: a) existência de contestação pública; b) inclusão. A inclusão seria, pois, a medida de quantidade de pessoas que efetivamente participaria da contestação pública.

A partir destas duas dimensões gráficas propostas para que se chegue à poliarquia, o gráfico conta com quatro cantos que são assim denominados por Dahl: a) hegemonia fechada, caso o grau de contestação pública e de inclusão sejam diminutos; b) hegemonia inclusiva, caso o grau de contestação pública seja diminuto e o grau de inclusão seja elevado; c) oligarquias competitivas, caso haja um elevado grau de contestação pública e um diminuto grau de inclusão; d) poliarquia, nos casos em que tanto a contestação pública quanto a inclusão são elevadas. Segue uma imagem extraída do Livro *Poliarquia*, que exemplifica as dimensões:

Figura 1 - Liberalização, inclusividade e democratização



Fonte: *Poliarquia* (2005, p.30)

Ressalte-se que apenas os cantos da dimensão gráfica proposta por Dahl recebem nome, havendo um grande vazio no meio deles sem qualquer nome. De acordo com o autor, grande parte dos países estão exatamente nesta situação, aproximando-se de algum dos cantos extremos. Por esta razão, ele acrescenta a palavra *quase*, que antecede o nome dos regimes extremos, a depender de onde o país se localizar: a) *quase hegemonia fechada*; b) *quase hegemonia inclusiva*; c) *quase oligarquia competitiva*; d) *quase poliarquia*.

Considerando o escopo da presente dissertação, é digno de nota mencionar que o direito de voto é uma garantia imprescindível para as oportunidades plenas que devem ser garantidas a todos os cidadãos (*formular preferências, expressar preferências e ter suas preferências consideradas pelo governo*). Além disso, o direito de voto faz parte das duas dimensões propostas para o caminho rumo à poliarquia (*contestação pública e inclusão*). Nas palavras de Robert Dahl (2005, p. 28):

O direito de voto em eleições livres e idôneas, por exemplo, participa das duas dimensões. Quando um regime garante este direito a alguns de seus cidadãos, ele caminha para uma maior contestação pública. Mas quanto maior a proporção de cidadãos que desfruta do direito, mais inclusivo o sistema.

Depreende-se, portanto, que o direito de voto é alçado por Robert Dahl como um elemento basilar rumo à poliarquia em suas duas dimensões. A qualidade do direito de voto (*garantida por variáveis como direito de informação, partidos políticos etc.*) influencia diretamente no aumento ou diminuição do grau de contestação pública; a quantidade do direito de voto (*quantidade de pessoas que podem exercer este direito*)

influencia no grau maior ou menor de inclusão do regime. A otimização destes dois fatores (*qualidade e quantidade*) aumenta a aproximação do regime com a poliarquia.

6 Síntese conclusiva dos referenciais teóricos

A partir das lições expostas nos tópicos precedentes sobre Joseph Schumpeter e Robert Dahl, observa-se que a linha em comum apresentada pelos autores diz respeito ao prestígio dado ao processo eleitoral e, por via de consequência, ao voto das pessoas. Não que sejam inexistentes outras nuances e detalhamentos sobre os autores, mas para os fins da presente dissertação, que tem por enfoque a capacidade eleitoral ativa (*direito de voto*), estas lições são as necessárias para o balizamento do presente trabalho.

Esse enfoque dado ao processo eleitoral é o que se denomina também de *teoria competitiva da democracia*. Há um certo consenso, com efeito, que enquanto Joseph Schumpeter rompia com a clássica teoria democrática, instituindo o minimalismo democrático e o enfoque no processo eleitoral, Robert Dahl deu sequência à obra do austríaco, incrementando elementos de ampliação da participação popular.

A visão de Schumpeter, no entanto, era deveras elitista, porquanto entendia que a competição eleitoral (*disputa de voto*) apenas podia se dar entre pessoas ou grupos que já detinham o poder, restando ao povo aprovar ou desaprovar, por meio do voto, aquele determinado grupo. Dahl, por sua vez, propõe premissas para que se chegue ao modelo mais próximo da democracia (*poliarquia*), mas entendendo que o poder poderia ser partilhado por todos (*pluralista*). Antônio Kevan Brandão Pereira (2019, p. 66) bem sintetiza as semelhanças e diferenças:

Propondo uma ruptura com o pensamento tradicional, a concepção schumpeteriana da democracia pode ser colocada concisamente da seguinte forma: o “bem comum” não existe, pois para indivíduos, grupos e classes distintas, o bem comum significa coisas diferentes. O primado do “governo pelo povo” é uma mera ficção, visto que só é possível ter na realidade um “governo para o povo”. Esse governo é exercido por elites que competem no “mercado político” pela preferência dos eleitores. Nesse mercado, o voto é a moeda de troca por meio da qual o eleitor “compra” os bens ofertados pelos partidos. O imperativo de conquistar o maior número de votos impede que os partidos sirvam exclusivamente a seus interesses. A soberania popular é reduzida, porém não é totalmente nula, pois os eleitores detêm a possibilidade de alternar o comando do governo em eleições periódicas.

Após a exposição do pensamento de Robert Dahl, o que trouxe para a discussão os aspectos da vertente pluralista, ficou claro que existem

diferenças marcantes entre os modelos elitistas e pluralistas que compõem a teoria competitiva da democracia. É fato que ambos consideram a premissa de que os sistemas democráticos reais são caracterizados por possuir uma constante disputa de diferentes grupos políticos pelo poder. Porém, é preciso atentar para a forma como os pluralistas consideram a extensão e as possibilidades de atuação desses grupos na arena da política, sobretudo quando observamos o ponto de vista de Robert Dahl.

Em capítulos futuros, notadamente no Capítulo 4, o norte estabelecido pelos referenciais teóricos será mais uma vez revisitado, para que se faça uma análise da incapacidade eleitoral ativa no sistema brasileiro nas hipóteses de suspensão dos direitos políticos. O enfoque que deve ser extraído do presente capítulo deve ser mais uma vez lembrado, qual seja, a importância basilar do voto e das eleições para o correto funcionamento de um sistema democrático.

CAPÍTULO 2 – O VOTO, OS DIREITOS POLÍTICOS E O ESTADO DE DIREITO

1 Introdução

No capítulo anterior foram apresentados os referenciais teóricos da presente dissertação, quais sejam, Joseph Schumpeter e Robert Dahl, cujas lições concernentes ao enfoque dado ao processo eleitoral competitivo dentro das democracias irão balizar as pesquisas feitas ao longo do presente trabalho científico, especialmente tendo em foco sempre a importância atribuída ao voto (*capacidade eleitoral ativa*) nas democracias contemporâneas.

Dito isso, quando se fala em direitos políticos, voto, capacidade eleitoral ativa, dentre outras expressões correlatas, a associação com o Estado de Direito democrático é indispensável. Afinal, os direitos políticos e suas expressões derivadas têm sentido apenas dentro de um Estado de Direito que se proclama democrático, como no caso do Brasil, em que a Constituição de 1988 deixa clara sua essência logo no *caput* do seu primeiro artigo⁷.

A outorga (*ou conquista*) de direitos políticos por parte do povo e a própria participação das pessoas nos assuntos de Estado, no entanto, nem sempre foi uma realidade latente nas organizações políticas. O nível de participação popular que se vê atualmente, a despeito dos percalços vividos por democracias, é algo mais recente em se considerando a história em uma perspectiva de milênios.

Nesse diapasão, o presente capítulo tem por finalidade fazer uma análise sobre os direitos políticos e o voto popular que neles está inserido em cotejo com o moderno Estado de Direito, extraíndo princípios estruturantes relacionados à participação do povo no poder por meio do voto. Esta análise objetiva verificar ainda os efeitos negativos sobre o Estado de Direito que são gerados a partir da exclusão do gozo de direitos políticos por certas pessoas e sua manutenção em relação a outros.

Para este intento, será feito um breve histórico entre a política e a previsão dos direitos políticos nos modernos estados que alçou, inclusive, o *status* de direito humano. Para além disso, será feita uma detalhada análise do Estado de Direito, desde concepções mais formalistas até aquelas mais substancialistas. A partir destas análises, serão extraídos alguns valores/princípios fundantes do Estado de Direito cuja ausência poderá causar sua erosão. Ao fim, estabelecidas algumas premissas

⁷ 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: (...)

indispensáveis ao Estado de Direito, serão feitas digressões sobre possíveis impactos negativos diante da ausência da capacidade eleitoral ativa que se vislumbra em algumas situações.

2 A política e os direitos políticos

Um dos grandes dilemas das ciências humanas é obter conceituações prontas e acabadas sobre determinados fenômenos, notadamente daqueles cuja construção se protraí durante os séculos e que é comum a variados grupos sociais. Não se trata, na verdade, de um dilema, mas sim de fenômenos que não comportam uma conceituação pronta e acabada, exigindo fórmulas abertas e enxutas que permitam, ao máximo possível, que o conceito seja atualizado a cada contexto social e de tempo que se encontre o intérprete.

Para utilizar de uma analogia para demonstrar o que se quer dizer, e de forma muito sintética em razão de não ser o objeto do trabalho, Robert Alexy (2017) afirma que as normas jurídicas são compostas por regras e princípios. No campo das regras vigeria a ideia do tudo ou nada, ao passo que os princípios seriam mandados de otimização, no sentido de se extrair o núcleo do princípio o máximo de conteúdo normativo. A ideia central de princípios no tocante à teoria da norma jurídica se aplica à conceituação de fenômenos que, por sua multidisciplinariedade, evolução ao longo do tempo e presença em variados grupos sociais, não podem ser reduzidos a um conceito que siga o lema “tudo ou nada”. É preciso que se tenha, invariavelmente, a necessidade de conceitos mais abertos que seja adaptável no tempo e em variados contextos sociais.

Feita essa consideração, parte-se, para a conceituação do que é política, da própria etimologia do termo. Com efeito, é inegável sua origem a partir da *pólis* descrita por Aristóteles em sua obra intitulada *Política*. É derivado do adjetivo de *pólis* (*politikós*), transmitida ao longo das gerações por meio da obra anteriormente mencionada do filósofo grego, como afirma Noberto Bobbio (2000, p. 159). A cidade grega (*pólis*), portanto, é que foi o ponto de partida do termo “política”, sendo indissociavelmente ligada às questões que envolvem o governo das denominadas cidades⁸. Em apertadíssima síntese, o governo de determinados grupos sociais maiores, formados para o bem comum, exigem uma direção por governantes.

⁸ Aristóteles, em sua obra intitulada *Política*, inicia fazendo uma síntese da *pólis*: “Quando observamos que toda cidade é um tipo de comunidade, e que toda comunidade é estabelecida por causa de um

Como enfatiza BOBBIO (2000, p. 159) ao se referir a obra de Aristóteles sobre a Grécia, “foi o primeiro tratado sobre a natureza, funções, divisões do Estado, e sobre várias formas de governo, predominantemente no significado de arte ou ciência de governo”. Em razão das ideias preconizadas pelo pensador grego, o termo política passou a ser utilizado, por muitos séculos, para denominar as obras que estudavam as questões que envolvessem aquilo que denominamos hoje como Estado.

Mais modernamente, no entanto, Bobbio afirma que aquilo que anteriormente era denominado política passou a ser ciência (*ciência política, do Estado etc.*). A política deixou de ser o estudo sobre determinados fenômenos para se tornar o próprio objeto de estudo de várias ciências. Em resumo, mais modernamente a política é empregada para fazer referência ao conjunto de atividades que tem relação com a *pólis*, modernamente atualizada para Estado.

Não se nega, com efeito, a existência de cientistas políticos que entendem ser a política um fenômeno que não está necessariamente ligada à figura do Estado na cúpula. Nesse sentido são as reflexões de Philippe Schmitter sobre o conceito de política, remetendo-a a um conflito entre atores para a determinação de linhas de conduta em um quadro de cooperação-integração reciprocamente reconhecido.⁹

O fato é que, em que pese se possa pensar em reflexos políticos fora do Estado, a existência de política completamente apartada do fenômeno estatal é medida que não se adota como premissa no presente trabalho científico. A própria estrutura do Estado moderno, aliás, mais à frente detalhada, exige/permite o acesso à coerção estatal em caso de não resolução dos conflitos fora do ambiente estatal. Nesse sentido é, aliás, a inafastabilidade da jurisdição, princípio que faz parte de muitos ordenamentos jurídicos, inclusive do Brasil. Neste ponto, bem sintetiza José Jairo Gomes:

bem (pois todos realizam muitas coisas em vista daquilo que lhes parece ser um bem), e é evidente que todos buscam um bem, e, sobretudo, porque este é o fim mais importante de todos; a comunidade mais poderosa dentre todas abraça os interesses de todas as outras. Essa [é a chamada cidade, também comunidade política.] (ARISTÓTELES, 2019, p. 29).

⁹ Sobre o tema, leciona o referido cientista político: “Recapitulando brevemente, a Política é o conflito entre atores para a determinação de linhas de conduta (*policies*) coletivas dentro de um quadro de cooperação-integração reciprocamente reconhecido (...), Tradicionalmente, os politistas focalizaram a determinação de linhas de conduta pública – quer dizer, comuns a toda a sociedade – formuladas dentro do quadro social essencialmente autoritário que é o Estado. A nossa definição não limitaria o estudo da política à atividade desta instituição de cúpula. Procuraria o desempenho de uma função – a de resolver conflitos sem distinguir um dos partidos – a qualquer nível de sociedade.” (SCHMITTER, 1984, p. 38)

Em geral, a política relaciona-se a tudo que diz respeito à vida coletiva. Trata-se de esfera constituída socialmente, na qual se agregam múltiplos e, por vezes, contraditórios interesses.

O poder político é o poder supremo numa sociedade organizada, a ele subordinando-se todos os demais, inclusive os poderes econômico e ideológico. É que, consoante ressalta Bobbio (2000:221-222), o poder político se caracteriza pelo uso da força. Nas relações interindividuais, apesar do estado de subordinação criado pelo poder econômico e da adesão passiva aos valores ideológicos transmitidos pela classe dominante, “apenas o emprego da força física consegue impedir a insubordinação e domar toda forma de desobediência. Do mesmo modo, nas relações entre grupos políticos independentes, o instrumento decisivo que um grupo dispõe para impor a própria vontade a um outro grupo é o uso da força, isto é, a guerra”.

Consolidou-se a ligação de “política” com “governo”. Assim, o termo é sempre associado ao que concerne à polis, ao Estado, ao governo, à arte ou ciência de governar, de administrar a res pública, de influenciar o governo ou o processo de tomada de decisões. Nesse sentido, o sociólogo inglês Giddens (2005:342, 573) assevera que política é o meio pelo qual o poder é utilizado e contestado para influenciar a natureza e o conteúdo das atividades governamentais. Assinala que a “esfera ‘política’ inclui as atividades daqueles que estão no governo, mas também as ações e interesses concorrentes de muitos outros grupos e indivíduos”.

O universo político abrange a direção do Estado nos planos externo e interno, a gestão de recursos públicos, a implantação de projetos sociais e econômicos, a execução de políticas públicas, a regulação do setor econômico-financeiro, o acesso a cargos e funções públicos, a realização de atividades legislativas e jurisdicionais, entre outras coisas. (GOMES, 2010, p. 105-106)

Em regimes que permitem a participação do povo no poder, como no caso do Brasil, a política não é uma exclusividade apenas dos governantes, mas também é extensível aos governados. E essa extensão da política aos governados, a fim de que possam fazer parte da constituição do Estado, por meio da política, são os denominados direitos políticos. Ou seja, os direitos políticos são conferidos às pessoas habilitadas que vivem em um determinado estado democrático para que também façam parte da formação do Estado, por meio da política.

As conceituações sobre a abrangência dos direitos políticos são variadas. Na literatura nacional, é possível citar a conceituação de Teori Zavascki (2014, p.1) que, a partir da redação da Constituição de 1988, denominava-os como sendo “*o conjunto dos direitos atribuídos ao cidadão que lhe permite, através do voto, do exercício de cargos públicos ou da utilização de outros instrumentos constitucionais e legais, ter efetiva participação e influência nas atividades de governo.*” É ainda possível citar a conceituação atribuída por José Jairo Gomes (2010, p. 106), no sentido de que seriam

“as prerrogativas e os deveres inerentes à cidadania. Englobam o direito de participar direta ou indiretamente do governo, da organização e do funcionamento do Estado.”

A importância atribuída aos direitos políticos não se restringe ao plano interno dos países soberanos, tendo sido em períodos históricos mais modernos reconhecidos em variados documentos internacionais sobre direitos humanos. Reconhecer os direitos políticos como inatos aos seres humanos, não estando sujeitos à possibilidade de supressão pelos diversos estados soberanos, é reconhecer que a participação do povo na formação do poder político é um caminho sem volta.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), primeiro grande documento editado após o fim da Segunda Guerra Mundial com esse propósito de estabelecer direitos aplicáveis a todos os seres humanos, é subscrita por todos os 193 países que compunham a Organização das Nações Unidas à época e já foi traduzida para mais de 500 idiomas, sendo o documento mais traduzido do planeta. Sobre a participação do povo no poder, a Declaração Universal é expressa, em seu artigo XXI.1., ao estabelecer que *“todo ser humano tem o direito de fazer parte no governo de seu país diretamente ou por intermédio de representantes livremente escolhidos.”*

Nesta mesma linha, em dezembro de 1966 foi aprovado, de forma unânime (106 votos) pela Assembleia Geral das Nações Unidas, o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (PIDCP) que, ao lado da Declaração Universal dos Direitos Humanos e do Pacto Internacional de Direitos Sociais, Culturais e Econômicos, formam a Carta Internacional de Direitos Humanos (*International Bill of Rights*). O referido documento também apontava expressamente o direito de participação do povo no Poder em seu art. 25:

Art. 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.

Assim também prevê a Convenção Americana de Direitos Humanos (*O Pacto de San José da Costa Rica*)¹⁰, a Carta Europeia de Direitos Humanos (*Protocolo*

¹⁰ 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 garanta a livre expressão da vontade

Adicional à Convenção)¹¹, a Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos¹² e a Declaração de Direitos Humanos da Associação dos Países do Sudeste Asiático.¹³

O que se verifica, em síntese, é que os direitos políticos consistem neste conjunto de prerrogativas e faculdades detidas pelas pessoas que possuem os requisitos para o seu gozo, com o fito de que participem da formação do governo e, de uma forma geral, da organização do próprio Estado. A importância destes direitos para o desenvolvimento das pessoas é tão grande que houve sua positivação como *direitos humanos* em inúmeros documentos internacionais.

3 O Estado de Direito

3.1. *Concepções formalistas e substancialistas sobre o Estado de Direito*

Como já mencionado alhures, a conceituação de determinados institutos é tarefa que, para além de ser de extrema complexidade, por vezes acaba não refletindo precisamente sua evolução histórica. E, com o Estado de Direito, isto não seria diferente, sendo possível encontrar, para a mesma expressão, algumas conceituações mais reducionistas e outras mais ampliativas. A própria origem da expressão *Estado de Direito* é posterior à sua esquematização, como aponta José Luiz Borges Horta (2011, p.34), calcado nas lições de Manoel Gonçalves Ferreira Filho:

É no mínimo controversa a origem da expressão *Estado de Direito*. Manoel Gonçalves Ferreira Filho acompanha Friedrich von Hayeck: 'A expressão Estado de Direito é posterior a sua esquematização. É devida a Welcker, publicado em 1813'. Em passagem mais detalhada, registra: 'A locução *Estado de Direito* foi cunhada na Alemanha: é o *Rechtstaat*. Aparece num livro de Welcker, publicado em 1813, no qual se distinguem três tipos de governo: despotismo, teocracia e

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.

¹¹ ARTIGO 3º Direito a eleições livres - As Altas Partes Contratantes obrigam - se a organizar, com intervalos razoáveis, eleições livres, por escrutínio secreto, em condições que assegurem a livre expressão da opinião do povo na eleição do órgão legislativo.

¹² Artigo 13º 1. Todos os cidadãos têm direito de participar livremente na direção dos assuntos públicos do seu país, quer diretamente, quer por intermédio de representantes livremente escolhidos, isso em conformidade com as regras prescritas na lei. 2. Todos os cidadãos têm, igualmente, direito de acesso às funções públicas do seu país. 3. Toda pessoa tem o direito de usar os bens e serviços públicos em estrita igualdade de todos perante a lei.

¹³ No texto original em inglês: 25. (1) Every person who is a citizen of his or her country has the right to participate in the government of his or her country, either directly or indirectly through democratically elected representatives, in accordance with national law. (2) Every citizen has the right to vote in periodic and genuine elections, which should be by universal and equal suffrage and by secret ballot, guaranteeing the free expression of the will of the electors, in accordance with national law.

Rechtstaat. Igualmente foi na Alemanha que se desenvolveu, no plano filosófico e teórico, a doutrina do Estado de Direito. Nas pegadas de Kant, Von Mohl e mais tarde de Stahl lhe deram a feição definitiva'.

Diante desta variedade de bases filosóficas sobre o alcance da expressão Estado de Direito, e com o fito de trazer o máximo de coerência e clareza ao presente trabalho científico, cumpre enfatizar que há uma premissa comum aos variados conceitos, no sentido de se tratar de um Estado que é limitado pelo Direito. Há, portanto, no âmago do Estado de Direito, a premissa fundamental de limitação ao poder estatal por meio do império do Direito, de modo que os exercentes do poder não podem atuar a seu bel-prazer, estando submetidos ao império da lei. Jeremy Waldron (2008) é bastante preciso quanto à variedade de conceitos e à premissa em comum de todos eles:

O Estado de Direito é um ideal multifacetado, mas a maioria das concepções tem como centro uma exigência de que as pessoas em posições de autoridade devem exercer seu poder dentro de uma estrutura restritiva de normas públicas, e não na base de suas próprias preferências, sua própria ideologia, ou seu próprio senso individual de certo e errado. (WALDRON, 2008, p. 5)

Conquanto se tenha este ponto de partida, o preenchimento do real alcance e conteúdo da expressão *Estado de Direito* é tema que encontra divergência doutrinária. Nesse contexto, é possível identificar autores que possuem um entendimento mais formalista e reducionista em relação ao conteúdo do *Estado de Direito*; outros autores, por seu turno, defendem uma concepção mais substancialista, no sentido de incluir questões axiológicas e normativas dentro da expressão *Estado de Direito*. Doravante serão denominados formalistas aqueles que defendem um conceito mais enxuto de Estado de Direito e substancialistas aqueles que entendem ser inerente à expressão outras questões normativas e axiológicas.

Um expoente da concepção formalista de Estado de Direito é Joseph Raz (1979), que entende que a conformação de um determinado sistema jurídico ao Estado de Direito é uma de suas virtudes, porém não a única, não podendo ser confundida com outros valores, tais como direitos humanos, democracia e igualdade. Enfatiza Raz que um sistema que promove a segregação racial ou rechaça a

democracia será um sistema jurídico pior, porém não é possível que se diga que não está conformado à lei¹⁴.

Joseph Raz ainda elenca alguns princípios indispensáveis ao Estado de Direito, ainda que não esgotem tudo o que ele representa: a) Leis prospectivas, claras e abertas; b) Leis relativamente estáveis; c) Elaboração de leis específicas (*ordens jurídicas particulares*) deve ser guiada por regras abertas, estáveis, claras e gerais; d) Garantia de independência do Poder Judiciário; e) Observância dos Princípios de Justiça Natural; f) Poder de Revisão das Cortes sobre a implementação dos princípios; g) Acesso fácil às Cortes; h) A discricionariedade dos órgãos de prevenção ao crime não podem distorcer o sentido das leis.

Por outro lado, um expoente da concepção substancialista de Estado de Direito, incluindo valores intrínsecos ao ordenamento jurídico, é José Joaquim Gomes Canotilho (1999). O autor português faz um interessante contraponto entre Estado de Direito e Estado de Não Direito, sendo que este último estaria caracterizado quando (i) são decretadas leis arbitrárias, cruéis e desumanas, (ii) quando o direito coincide com a razão do Estado imposta e iluminadas pelos chefes e (iii) quando é pautado por radical injustiça e desigualdade na aplicação do direito.

Nesta concepção, portanto, não basta que se tenha a existência de um ordenamento jurídico ao qual o Estado está subordinado para que esteja caracterizado o Estado de Direito. Se o ordenamento jurídico existente for cruel com certas pessoas em nome dos supostos fins do Estado, em flagrante situação de injustiça, fica claro que se estará diante de um mero simulacro de Estado de Direito. O exemplo mais latente da história é o regime nazista que, calcado em fortes premissas positivadas, e supostamente limitado ao direito, produziu cenas dantescas e inesquecíveis para a humanidade.

Canotilho propõe, assim, que o Estado de Direito transporta para dentro de si valores e princípios para que se tenha ordem humana de justiça e de paz. Os

¹⁴ Em passagem do original: “*The rule of law is a political ideal which a legal system may lack or may possess to a greater or lesser degree. That much is common ground. It is also to be insisted that the rule of law is just one of the virtues which a legal system may possess and by which it is to be judged. It is not to be confused with democracy, justice, equality (before the law or otherwise), human rights of any kind or respect for persons or for the dignity of man. A non-democratic legal system, based on the denial of human rights, on extensive poverty, on racial segregation, sexual inequalities, and religious persecution may, in principle, conform to the requirements of the rule of law better than any of the legal systems of the more enlightened Western democracies. This does not mean that it will be better than those Western democracies. It will be an immeasurably worse legal system, but it will excel in one respect: in its conformity to the rule of law.*” (1979, p.2)

princípios e valores que seriam transportados para o âmago do Estado de Direito seriam a liberdade do indivíduo, a segurança individual e coletiva, a responsabilidade dos titulares do poder, igualdade dos cidadãos e a proibição de discriminação de indivíduos e de grupos. A partir desses princípios e valores, sua obra faz uma pequena digressão sobre os Estados de Direito surgidos no ocidente: o *rule of law* inglês, o *Estado Constitucional* norte-americano, o *État Legal* francês e o *Rechtsstaat* alemão.

Para os britânicos, aponta que *rule of law* significa a obrigatoriedade de adoção de um processo justo, a prevalência das leis e costumes do país em detrimento da discricionariedade do poder real, a sujeição dos atos do executivo à soberania dos representantes do povo (*parlamento*) e igualdade de acesso perante os tribunais. Os Estados Unidos acrescentam a tudo isso o *poder constituinte do povo*. Nesta mesma linha, a França adota a ideia de que não há Estado de Direito onde não houver uma Constituição feita pela nação. O *Rechtsstaat* alemão também adota todas essas premissas anteriores.

A seguinte passagem da obra de Canotilho bem sintetiza a concepção substancialista adotada pelo autor:

Vamos sugerir uma aproximação à pergunta central deste pequeno livro: quais são as dimensões essenciais de um Estado de direito? Um Estado pode considerar-se Estado de direito quando: (1) está sujeito ao direito; (2) actua através do direito; (3) positiva normas jurídicas informadas pela ideia de direito.

(...)

O Estado de direito é informado e conformado por princípios radicados na consciência jurídica geral e dotados de valor ou bondade intrínsecos. Não basta, para estarmos sob o império do direito, que o Estado observe as normas que ele ditou e actue através de formas jurídicas legalmente positivadas. As leis podem ser más, as formas de actuação revelar-se arbitrárias, o conteúdo das medidas estatais surgir aos olhos do particular como «mau direito», como direito injusto. É aqui que muitos autores agitam a ideia de direito, devendo o Estado pautar-se pela ideia de direito. Esta ideia surge, muitas vezes, associada a representações ou imagens de direito abstractas e idealizadas, dificilmente captáveis pelo homem comum. Mas o homem comum intui perfeitamente o que é o «bom direito», o que é o «direito justo», o que são princípios materialmente valiosos. Assim, por exemplo, leis que consagrem a tortura ou a adopção de penas ou tratos cruéis, degradantes ou desumanos não são leis «boas» e muito menos «justas». Um Estado que adopte leis privativas da cidadania dos seus cidadãos relegando-os para o terreno dos «sem pátria» (apátridas) não é um Estado de direito, porque leis impositivas da morte cívica e política de cidadãos terão de considerar-se actos autoritários com conteúdo perverso. (CANOTILHO, 1999, p18)

Apresentadas estas duas concepções (*formalista e substancialista*), a presente dissertação se desenvolverá seguindo a linha substancialista, entendendo que o Estado de Direito carrega consigo alguns valores axiológicos cuja inobservância trazem um verdadeiro Estado de Não-Direito, para utilizar a expressão cunhada por Canotilho. Com efeito, como será melhor desenvolvido a seguir a partir da história do Estado de Direito, não há como dissociar a observância de alguns direitos fundamentais (*e os direitos políticos, objeto da dissertação, estão aqui inseridos*) à existência do próprio Estado de Direito.

3.2. A História do Estado de Direito e sua essência

A partir desta concepção substancialista adotada no presente trabalho científico, é preciso que se faça um breve histórico do Estado de Direito para que, a partir disso, seja possível extrair elementos que estão em sua essência. É preciso lembrar, no entanto, que antes da qualificação “*de direito*”, há o surgimento do próprio Estado que não pode ser deixada de ser mencionada.

Quando se fala a expressão “Estado” atualmente, por certo há um entendimento mais ou menos corrente no sentido de que consiste no ente que detém, dentro de si, uma quantidade de pessoas (*povo*) em um determinado território com um governo que confere as diretrizes para a vida em sociedade.

Nada obstante este entendimento extraído dos dias atuais, quando se aprofunda no estudo desta entidade, é possível que sejam vislumbrados os mais variados conceitos científicos sobre o mesmo fenômeno, não sendo possível afirmar qual é o certo e qual é o errado. Na verdade, os conceitos partem de premissas construídas e processos de raciocínio que, se coerentes com a premissa, não estarão errados.

A indefinição de conceitos sobre o instituto é bem delineada por DALLARI (2011, p. 101-102), que chega a afirmar que *David Easton*, um dos principais expoentes da ciência política, conseguiu catalogar nada menos do que 145 conceitos diferentes sobre a mesma palavra.

A própria utilização da palavra *Estado* para designar aquilo que hoje sabemos o que é também se constitui em algo mais recente. Com efeito, a expressão sempre foi utilizada como algo relacionado à situação de alguma coisa (*status*), de modo que, em algum momento da história, a chave foi virada para que se reputasse o fenômeno como Estado. No início do Século XVI, a obra *O Príncipe*, de Nicolau Maquiavel,

extremamente difundida ao longo dos séculos, se utiliza da expressão Estado para denominar aquilo que hoje já entendemos como algo comum. Logo no início de seu capítulo I, afirma o autor que “*Todos os Estados, todos os domínios que exerceram e exercem poder sobre os homens, foram e são repúblicas e principados.*” (MAQUAIVEL, 2015, p. 14)¹⁵

Essa obra, como bem lembra BOBBIO (2018, p. 85/87), foi o ponto difusor da expressão Estado para designar a máxima organização de um grupo de indivíduos sobre um território em virtude de um poder de comando. No entanto, obviamente que a expressão não nasceu desta obra, porquanto por certo já era um termo utilizado de forma corrente na época para designar aquilo que entendemos como Estado moderno.

Antes da difusão do termo Estado, era bastante comum extrair os termos *civitas*, que era a tradução romana da *polis* grega, e *res publica*, que designava o conjunto de instituições políticas que compunham a *civitas*. Ou seja, ter-se-ia como algo equivalente ao Estado moderno a *polis* grega ou a *civitas* romana, sendo que dentro desta última habitavam as instituições políticas denominadas *res publica*.

Muito embora haja essa enormidade de conceitos relativos ao termo Estado, há uma linha comum entre todos eles, ao menos em relação aos estudiosos mais contemporâneos, no sentido de que se tem *um povo governado em um determinado espaço territorial*. Como afirma Clovis Bevilacqua, em 1930, deixando clara a distinção entre Sociedade e Estado, definindo este último como “*um agrupamento humano, estabelecido em determinado território e submetido a um poder soberano, que lhe dá unidade orgânica.*” (BEVILAQUA, 1930, p. 7/8).

Feitas essas considerações, já é possível extrair que não se poderia falar no Estado na época em que os seres humanos eram nômades, porquanto não havia um espaço territorial definido e nem mesmo um grupo social bem delineado. Com efeito, ao longo da história da evolução humana, o homem passou por diversas fases, sendo

¹⁵ Ainda fazendo expressa referência ao termo Estado para designar o fenômeno, afirma mais à frente sobre o processo de conquista de um Estado sobre o outro: “Esses Estados conquistados e anexados a um Estado antigo, se são da mesma província e da mesma língua, são facilmente submetidos, sobretudo quando não estão acostumados a viver livres. Basta, para que se assegure a posse desses Estados, fazer desaparecer a linhagem do Príncipe que os dominava, pois mantendo-se nas outras coisas a condição antiga, e não havendo disparidade de costumes, os homens vivem calmamente. Assim se viu na França, no caso da Borgonha, Bretanha, Gasconha e Normandia, e ainda que haja alguma dessemelhança na língua, os costumes são idênticos, de sorte que esses Estados podem viver juntos muito facilmente. O conquistador, para mantê-los, deve ter duas regras: primeiro, fazer extinguir o sangue do antigo Príncipe; segundo, não alterar as leis nem os impostos. De tal modo, em um prazo muito breve, ter-se-á feito a união ao antigo Estado.” (MAQUAIVEL, 2015, p. 16/17)

que por quase 2,5 milhões de anos habitavam sobre o planeta apenas aqueles caçadores-coletores, sem maiores apegos a uma localidade em específico. No entanto, tudo começa a mudar a partir do período conhecido como Revolução Agrícola, em que os homens passaram a manipular animais e plantas para o seu sustento (HARARI, 2020, p. 87).

Sobre essa ideia de que o Estado começa a ser implementado a partir da fixação dos seres humanos em determinado espaço territorial, bem sintetiza José Luiz Borges Horta (2011, p.28):

Assim, as ideias de direito e de Estado existem desde sempre; manifestam-se, nos termos possíveis, desde a Antiguidade. Podemos então aceitar que, desde que o homem abandona o nomadismo e pretende fixar-se em um território, ali estabelecendo uma comunidade e um modo de produção que possibilite atender às suas necessidades, ele espontaneamente caminha para obter um mínimo de estabilidade. É, talvez, o Estado em germinação, que no mundo grego atinge a bela totalidade registrada por Hegel e no evoluir do Ocidente a permanente promessa do Estado Moderno.

A despeito de se poder falar de elementos estatais desde que o ser humano passou a se estabilizar em determinados territórios, o fato é que apenas com o Estado Moderno, surgido após a Idade Média, é que há uma maior aproximação com o Estado Ideal, cuja força é reconhecida universalmente. O Estado Moderno seria, com efeito, um estágio mais avançado da evolução estatal, e possui como elemento formal que é a essência de sua identificação a soberania, no sentido de que a ordem estatal não está submetida a nenhuma ordem superior e se impõe sobre as ordens sociais em seu interior, detendo o monopólio da força. (HORTA, 2011, p. 29-31).

A partir disso, Borges Horta (2011, p. 31) menciona que o “*ponto central da soberania parece ser a temática da construção da ordem normativa a que devem respeito o povo (soberania no plano interno) e os demais povos (soberania no plano internacional)*”. Ou seja, é inerente à soberania estatal (*elemento formal essencial ao Estado*) a construção de ordem normativa para que possa reger o povo e os demais povos. Bem por isso, relembra as lições de Jean Bodin no sentido de que a marca diferenciadora da soberania é dada pelo *poder de legislar*.

Ou seja, o elemento formal essencial ao Estado Moderno é a soberania, que tem em seu âmago, de forma inerente, a construção de ordem normativa pelo Estado, motivo pelo qual o poder de legislar é elemento também marcante e indispensável à soberania. O Estado Moderno, enfim, busca correlacionar a situação fática existente

(*povo, território e poder*) com o ordenamento jurídico legitimador e regulamentador. Há uma correlação, enfim, entre Estado e Direito.

Ocorre que a soberania estatal, com poder de criação da ordem jurídica, é apenas um elemento formal do Estado que se correlaciona com o Direito. Não é o suficiente para explicar o que efetivamente representa o Estado, sendo indispensável preencher com conteúdo o poder estatal. Esse preenchimento de conteúdo do poder estatal, não se atendo à questão formal, diz respeito à promoção dos direitos fundamentais, constituindo-se nos elementos materiais do Estado.

Mais uma vez recorrendo às lições de Borges Horta em sua obra *História do Estado de Direito*, o autor estabelece que os seres humanos, no caminhar em direção à liberdade, consagram valores complementares entre si e que se traduzem em diferentes momentos da história. E o Estado de Direito carrega consigo estes grandes momentos, com seus paradigmas, que são o Estado Liberal de Direito, o Estado Social de Direito e o Estado Democrático de Direito. A partir disso, estabelece o referido autor a correlação entre estes três momentos do Estado de Direito e as três gerações dos direitos fundamentais que não são antagônicas entre si, mas acabam por se complementar. (HORTA, 2011, p. 46-47)

A primeira geração de direitos fundamentais traduz um momento de limitação do poder estatal e consagração de liberdade individual por meio de direitos fundamentais de matriz individualista, tais como a proteção à liberdade e à propriedade privada. Do ponto de vista de estruturação jurídica, observa-se, como já enfatizado alhures, uma monopolização da produção do direito pelo Estado, fato que motivou o abandono da ideia de soberania nas mãos do monarca e passou para a soberania nas mãos da nação. Horta mais uma vez bem sintetiza este estágio (2011, p. 244):

O momento da liberdade é o momento do Estado liberal, que tecnicamente deve ser chamado Estado liberal de Direito. Qual é o compromisso do Estado liberal? O compromisso com a proclamação das liberdades. Que liberdades vão ser essas? As liberdades civis, também chamadas de direitos individuais, e as liberdades políticas, ou direitos políticos. O indivíduo é livre para conduzir sua vida privada e daí seus direitos individuais, sobretudo o direito de propriedade, mas também a liberdade propriamente dita, a integridade, o direito à vida. A Constituição Brasileira de 1988 proclama com clareza, no caput de seu art. 5º: liberdade, igualdade, propriedade, segurança e vida. São cinco direitos individuais proclamados no centro axiológico de nossa Constituição — e eram os mesmos ao tempo da Revolução Francesa. Mas se o indivíduo é livre, ele é livre também para opinar na construção dos destinos da coletividade; daí os direitos políticos ou

liberdades políticas, também proclamadas nesse primeiro momento, em que o Estado se autolimita e proclama direitos.

Já a segunda geração dos direitos fundamentais, complementando a primeira, surge a partir do insucesso da adoção desmedida do liberalismo sem a intervenção estatal, notadamente após a I Guerra Mundial. Os ideais dos direitos de segunda geração dizem respeito ao aspecto de promoção de maior igualdade entre as pessoas, com o fito de diminuir as inegáveis distorções sociais produzidas por um modelo com uma intervenção estatal praticamente nula. Do ponto de vista jurídico, o Estado acaba ganhando uma maior musculatura, expandindo a área de atuação do Poder Executivo.

A terceira geração dos direitos fundamentais, por fim, tem por finalidade tornar o Estado de Direito efetivamente universal, vez que os estágios anteriores não tiveram o condão de universalizar direitos outrora consagrados. Com efeito, enquanto países mais desenvolvidos experimentavam progresso efetivo, outros países ainda estavam no início do caminhar da história, de modo que era preciso um senso de *fraternidade* para com todos.

Em resumo, portanto, tem-se como essência do Estado de Direito duas questões fundamentais. A primeira (*formal*) diz respeito à soberania e sua vinculação com o Direito e, por via de consequência, com o Poder de Legislar detido pelo Estado; a segunda diz respeito ao conteúdo do poder estatal (*material*), e concerne à própria *ratio* do Estado de Direito, qual seja, a promoção dos direitos fundamentais.

Conquanto os direitos fundamentais sejam um campo em constante aperfeiçoamento para preenchimento de acordo com questões axiológicas variáveis, o que apresenta inúmeros direitos fundamentais a serem perseguidos pelo Estado de Direito, importa analisar, considerando o objeto da presente dissertação, o elemento formal do Estado de Direito (*soberania*) e o direito fundamental à igualdade, em sua vertente *igualdade política*, o que será abordado no tópico seguinte.

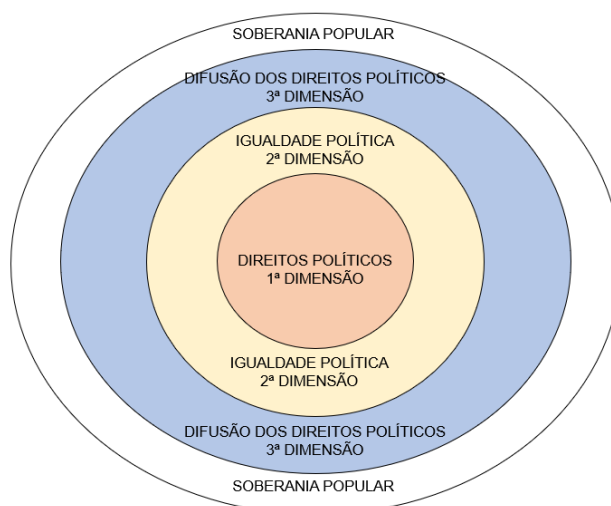
3.3. A soberania (popular) e a igualdade política: elemento formal e material essencial ao Estado de Direito

Na linha do que foi exposto nos tópicos precedentes, a concepção substancialista do Estado de Direito não se conforma apenas com o estabelecimento de um ordenamento jurídico ao qual o Estado estará subordinado. Bem por isso, exige que o Estado de Direito tenha seu conteúdo preenchido com direitos fundamentais

indispensáveis, sob pena de se ter um Estado de Não Direito. Para os fins do presente trabalho científico, importa analisar dois aspectos, a partir das lições expostas, uma vez que são essenciais em um Estado de Direito Democrático: a) o elemento formal da soberania popular; b) o elemento material da igualdade política.

A soberania popular em um Estado de Direito Democrático é uma espécie de invólucro, protegendo sua própria existência; a igualdade política, por sua vez, é uma evolução melhor concretizada na segunda dimensão dos direitos fundamentais, com a maior inclusão de grupos historicamente excluídos do Poder. A ideia pode ser sintetizada a partir da seguinte figura:

Figura 2 - Soberania Popular e Igualdade Política



Fonte: O autor.

Com efeito, acerca da *soberania popular*, cumpre mencionar que a soberania consiste na ausência de subordinação a qualquer outro poder. Exatamente por isso, é elemento intrínseco a qualquer Estado a soberania, no sentido de que não é ele limitado por qualquer outra ordem jurídica, a não ser aquela que é editada por si próprio. E, em Estados de Direito Democráticos, a fonte deste poder soberano reside exatamente no povo, constituindo a soberania popular.

Darcy Azambuja (2008, p. 58) relembra que a ideia de que o poder político reside no povo é relativamente antiga, havendo inúmeros escritores que se debruçaram sobre o tema, notadamente após o Século XVI, citando-se exemplificativamente Hobbes, Locke e Rousseau. Após tecer considerações históricas sobre a soberania estatal e sua fonte, Azambuja conclui que a titularidade

desta soberania é o povo, a nação, porquanto se trata exatamente do elemento humano do Estado. Em suas palavras:

O titular da soberania, ou melhor, do poder, é a nação, porque é o elemento humano do Estado. Quer dizer, intrinsecamente, socialmente, originariamente, o poder reside no povo, ou não; dele é que emana o impulso vital que faz o Estado agir. Não poderia ser do território, evidentemente, e nem com exatidão se poderia dizer que é do governo, ou da organização, do terceiro elemento enfim do Estado. Porque, em última análise governo e organização são denominações de fenômenos que se processam no seio da coletividade. Só o elemento humano é capaz de vontade e de ação. Substancialmente, pois, o poder reside no povo ou nação. Juridicamente, porém, é o Estado que exerce o poder, ou a soberania, como se costuma impropriamente dizer. Porque o Estado é a expressão jurídica, a fisionomia legal da nação.

Pouco importam os dogmas desta ou daquela doutrina; na realidade, o Estado é o órgão jurídico da nação. Quando esta se organiza juridicamente, surge o Estado como entidade de Direito, mas a vida, a vontade, a fonte de toda a energia estatal é a nação. (AZAMBUJA, 2008, P. 86)

Nesse contexto, a Constituição brasileira de 1988 adota, assim como na França, Alemanha e Estados Unidos, o poder constituinte que decorre da vontade popular (*soberania popular*). Assim, o Poder Constituinte originário foi concebido a partir de eleições diretas para a Assembleia Nacional Constituinte. Já o Poder Constituinte Derivado (*alterações da Constituição da República e elaboração e reforma das Constituições Estaduais*) é fruto do trabalho do legislador federal e estadual, eleitos para esta finalidade, dentre outras atribuições.

No Brasil, portanto, a construção do próprio Estado de Direito, por meio do Parlamento, depende em última *ratio* da escolha efetuada pelos eleitores nas eleições periódicas existentes. Afinal, o Estado de Direito pressupõe a existência de um ordenamento jurídico que é criado exatamente, como regra, pelo Poder Legislativo, cujos representantes são diretamente eleitos pelo povo. E, em se analisando a possibilidade de alterações constitucionais pelos parlamentares, a possibilidade de modificação da estrutura do Estado de Direito fica ainda mais evidente.

Para além da questão atinente à soberania popular, elemento formal do Estado de Direito, cumpre fazer referência à igualdade, um dos princípios carregados para dentro do Estado de Direito. No tocante à igualdade, para além de se tratar de um direito fundamental inerente e, apenas por isso, já ser considerado essencial ao Estado de Direito, o princípio da igualdade se constitui em verdadeiro pilar do *rule of law*. Como pontua o autor português Antônio Francisco de Souza (2014, p. 182), o

“Estado de Direito tem como um dos seus pilares fundamentais a ideia de igualdade entre os cidadãos”.

É conceito corrente que a igualdade possui duas dimensões bem delineadas. Em uma primeira dimensão, denominada formal, a igualdade consistiria em um tratamento isonômico dispensado a todos os cidadãos, independentemente do conteúdo do tratamento dispensado e das circunstâncias pessoais. Em uma segunda dimensão, denominada material, importa não apenas a igualdade *perante a lei*, mas uma igualdade *na lei*, no sentido de que tratamentos isonômicos não podem ter o condão de gerar situações de injustiças, agravando desigualdades já existentes. Por isso, a dimensão material impõe um dever de compensação das desigualdades. (SARLET, 2013, p. 539-541).

Nessa linha de intelecção, importante mencionar que a igualdade se irradia pelos mais variados campos de direitos atribuídos aos cidadãos. Com efeito, verifica-se a necessidade de observância da igualdade no acesso a cargos públicos, de distribuição de riquezas, na necessidade de redução de desigualdades regionais etc. Um dos campos para onde a igualdade se irradia, e que tem total pertinência com o presente trabalho, diz respeito a sua incidência no âmbito político: a igualdade política. A igualdade política, ou a igualdade na participação política, impõe a garantia de participação política em condições de igualdade, tais como previsão de sufrágio universal, participação na vida política, direito de acesso em condições de igualdade e liberdade em cargos públicos etc.

A igualdade política é indispensável, portanto, à plena consecução da soberania popular e, por conseguinte, para a existência do próprio Estado de Direito Democrático. Feitas essas considerações, questiona-se: a ausência de capacidade eleitoral ativa em Estados de Direito Democráticos compromete a participação popular na formação do próprio ordenamento jurídico (*o “Direito” do Estado de Direito*) e, desta forma, a própria soberania popular? A ausência de capacidade eleitoral ativa fere o princípio da igualdade política, tão essencial ao Estado de Direito nesta vertente substancial? No tópico seguinte serão feitas considerações e reflexões sobre estes dois questionamentos anteriormente formulados, consignando que análises mais conclusivas serão vistas no Capítulo 4 da presente dissertação.

4 A ausência da capacidade eleitoral ativa no estado de direito

Como visto no tópico precedente, o Estado de Direito tem como ponto de partida a contenção do arbítrio estatal, de modo que a estruturação do ordenamento jurídico é forjada a partir desta premissa. Ou seja, adotando-se tanto a concepção mais substancialista, defendida por Canotilho, quanto a mais formalista, defendida por Joseph Raz, ter-se-á a existência de um ordenamento jurídico com o fito de conter o arbítrio estatal. Para a formação deste ordenamento jurídico, haverá a necessidade de se ter os seus formadores que, dentre outros, se destacam os legisladores eleitos para os Poderes Legislativos das três esferas federativas. Nessa linha de inteligência, qual o impacto, para o Estado de Direito, da não participação de adultos capazes na eleição de parte dos formadores do ordenamento jurídico?

Oscar Vilhena Vieira (2008, p. 185-201) faz uma análise sobre como a profunda e persistente desigualdade socioeconômica afeta a integridade do Estado de Direito. As reflexões propostas pelo referido autor, em que pese tenham como premissa central a desigualdade na distribuição de renda no Brasil, também são aplicáveis à desigualdade existente entre adultos capazes que podem votar e adultos capazes que não podem votar.

Com efeito, o referido autor defende que os governantes, em um Estado de Direito, respeitam as leis em função de um alto grau de cooperação que é exigida dos governados. Em outras palavras, as leis em um Estado de Direito trazem estabilidade e segurança aos cidadãos sobre os seus direitos, fato que tem como consequência um alto grau de cooperação dos governados em relação aos governantes (*sem insurreições, revoltas etc.*).

Nesse contexto, nos Estados de Direito, os direitos outorgados aos cidadãos pela lei devem ser ao máximo expandidos, a fim de que se obtenha um alto grau de cooperação de uma grande quantidade de governados. Caso se tenha, por exemplo, leis outorgando direitos para uma minoria dos governados, haverá privilégios e, por consequência, ausência de cooperação de grande parte da população.

Ocorre que, ainda na linha do que preconiza Vilhena, nos Estados de Direito Democráticos não há a necessidade de que se obtenha a cooperação de absolutamente todos os governados, de modo que não há incentivos para o tratamento igualitário de todos perante a lei. Assim, embora os direitos sejam reconhecidos em tese nos livros, os governos não se sentem compelidos a cumprir os direitos reconhecidos em favor da totalidade dos membros da sociedade. Quem mais

sofre por este abandono é exatamente a classe sem privilégios, que sofre com alto grau de exclusão social.

Já os governados, de acordo com Vilhena, respeitam a lei em um Estado de Direito basicamente por três razões. A primeira delas é cognitiva, no sentido de que os governados entendem a existência das leis e a necessidade de cumpri-las. A segunda é instrumental, que consiste no respeito para que se obtenha uma recompensa pela observância (*não punição prevista na lei, por exemplo*). A terceira é de caráter moral, no sentido de que se respeita a lei em razão dos valores que ela carrega consigo em favor de outros seres humanos.

Após essas considerações, conclui o autor que a profunda e persistente desigualdade causa a invisibilidade daqueles submetidos à pobreza extrema, a demonização daqueles que desafiam o sistema e a imunidade dos privilegiados. Isso, com efeito, gera a erosão da autoridade da lei e, em última *ratio*, do Estado de Direito, na medida em que são criadas categorias de pessoas dentro da sociedade, algumas carregando consigo privilégios e outras ostentando pechas negativas.

Em análise das reflexões propostas por Oscar Vilhena, observa-se que são elas verificadas para além do contexto de desigualdade na distribuição de renda, sendo possível também de serem aplicadas nos casos de impossibilidade de o adulto capaz votar nas eleições periódicas em razão de alguma das situações de suspensão dos direitos políticos. Com efeito, o que parece que efetivamente gera a erosão da autoridade da lei e, por via de consequência, a do próprio Estado de Direito, não é especificamente a desigualdade social ou de distribuição de rendas, mas sim a própria desigualdade em qualquer uma de suas formas. Não por acaso, e como já enfatizado em momento precedente, Canotilho (1999) transplantou o princípio da igualdade a um elemento essencial do Estado de Direito.

Dito isso, parece exsurgir uma incongruência na incapacidade eleitoral ativa de adultos capazes em um Estado de Direito que se proclama democrático, como o Brasil, que formalmente garante a igualdade perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, e que propugna que todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente. Nesse momento, pode-se questionar sobre o fato de a igualdade não significar tratamento idêntico entre as pessoas, mas sim tratar igualmente aqueles que estão em situação igual e desigualmente aqueles que estão em situações desiguais, na medida de suas desigualdades. Surge, nesse ponto, a questão atinente às discriminações positivas e negativas.

Contudo, vale a menção mais uma vez, neste particular, à lição de Antônio Francisco de Souza (2014, 181-195) sobre o princípio da igualdade no Estado de Direito. Para o referido autor, a questão central tem relação com a constatação de uma situação de concreta desigualdade, desempenhando papel fundamental para sua descoberta o conceito de *desigualdade relevante*. Isso porque não há pessoas e situações idênticas em nenhum lugar, devendo ser verificado, no caso concreto, se se está diante de uma situação de pessoas *essencialmente iguais*. O referido autor conclui:

A igualdade constitucionalmente garantida não permite que se trate o que é essencialmente igual de forma desigual, sem uma suficiente justificação, tal como também não permite que o que é essencialmente desigual seja tratado de uma forma igual, sem uma suficiente justificação. Assim, tanto o tratamento desigual como o tratamento igual podem necessitar de fundamento jurídico-constitucional. (DE SOUZA, 2014, p.186)

Sobre os adultos capazes que não podem exercer o voto popular em razão de suspensão temporária dos direitos políticos, é possível verificar uma situação que, conquanto prevista no Texto Constitucional de 1988, parece gerar uma desigualdade entre pessoas essencialmente iguais. Isso porque o Estado de Direito democrático tem como premissa a contenção do arbítrio estatal com a participação do povo no Poder, diretamente ou por meio de seus representantes eleitos. Dentro deste Estado de Direito, portanto, essencialmente residem cidadãos que fazem parte desta organização política, estando a ela submetidos e que dela participam.

Se um adulto capaz não tem a faculdade de exercer o seu voto popular em um Estado de Direito Democrático, parece haver a violação a um de seus elementos essenciais, qual seja, da igualdade, causando, em última *ratio*, o abalo da própria estrutura fundante do Estado de Direito. O que deve ser avaliado é se essa desigualdade é tão intensa a ponto de causar a erosão do próprio Estado de Direito, que depende de uma análise de proporcionalidade entre as restrições e os objetivos dela.

Assim, em sendo a igualdade um dos elementos essenciais do Estado de Direito, e considerando ainda que em estados democráticos a participação popular é essencial, há fortes indícios de abalos na estrutura fundante do Estado de Direito diante da negativa ao exercício do voto popular por aqueles adultos capazes,

porquanto todos devem ser considerados, no contexto do Estado de Direito Democrático, como *essencialmente iguais*. Nada obstante estes fortes indícios, a efetiva violação da igualdade política, notadamente em seu aspecto substancial, será melhor analisada no capítulo 4 da presente dissertação, à luz da proporcionalidade.

CAPÍTULO 3 – O SUFRÁGIO: DA RESTRIÇÃO À UNIVERSALIDADE

1 Introdução

Como já enfatizado em capítulos precedentes, atribui-se à Grécia antiga o nascimento da democracia, conquanto em formato bastante diferente daquilo que se vê hodiernamente nos grandes países em que prevalece a democracia representativa. Com efeito, na Grécia antiga havia um modelo aplicável a pequenas comunidades, em uma democracia direta por meio da qual os cidadãos escolhiam os melhores rumos para a *polis*.

Mais modernamente, a democracia em grandes comunidades, como os países modernos com dezenas ou centenas de milhões de habitantes, fez com que o modelo de democracia direta não se sustentasse pela sua própria inviabilidade fática, ganhando força a ideia de democracia representativa. E é exatamente nesse contexto de democracia representativa, surgida embrionariamente como uma reação ao absolutismo na Europa (*Revolução Inglesa e Francesa*) e com a independência dos Estados Unidos, que ganha relevo a ideia de sufrágio.

Feitas essas considerações, o presente capítulo tem por propósito extrair uma análise deste movimento que vai desde a restrição ao sufrágio até sua universalidade, com o fito de que se verifique o espírito que norteou a referida ampliação. Para tanto, será feito, em primeiro lugar, um apanhado histórico da participação do povo nas instituições estatais ao longo dos séculos até que se chegasse às democracias representativas mais modernas.

Chegando às democracias representativas, passa a ganhar relevo a ideia do sufrágio, na medida em que, neste modelo de democracia, o povo não participa diretamente de todas as decisões políticas, mas possui representantes escolhidos para este mister. Assim, far-se-á o histórico sobre a evolução do sufrágio nas referidas democracias, desde sua restrição até o conceito mais universal que hoje se tem. Será ainda feito um histórico do processo de ampliação do sufrágio nas Constituições brasileiras em tópico posterior. Ao fim, serão feitas análises destes movimentos rumo à universalidade do sufrágio, a fim de estabelecer se o sufrágio universal é uma conquista do povo ou mera permissão por parte dos detentores do poder.

2 Da participação popular nas antigas organizações políticas até o Estado de Direito

Como se deu a participação do povo nas instituições políticas e, por via de consequência, nos processos de decisões políticas, ao longo dos séculos? Este é o intento do presente tópico, valendo lembrar que, quando se fala a expressão “Estado” atualmente, e como já enfatizado anteriormente, há um entendimento no sentido de que consiste no ente que detém, dentro de si, uma quantidade de pessoas (*povo*) em um determinado território com um governo que confere as diretrizes para a vida em sociedade.

A partir da Revolução Agrícola os seres humanos passaram a ter a necessidade de se estabelecer, com certa estabilidade, em determinados espaços geográficos e em quantidades sociais relativamente grandes, a fim de atender às demandas daquele corpo social. O historiador HARARI (2020) relata que a transição para a agricultura se iniciou por volta de 9.500 a.C a 8.500 a.C, no interior montanhoso do Sudeste da Turquia, no Oeste do Irã e no Levante.

Após a Revolução Agrícola, houve a constituição de muitos assentamentos que deram origem, posteriormente, a muitas cidades com influência sobre vilarejos próximos. Com o passar do tempo, houve a constituição de impérios, como o império Acadiano, construído por Sargão, o Grande, para além do famoso Império Babilônico. Os mega impérios, por sua vez, tais como o Assírio, o Babilônico e o Persa, surgiram por volta de 1.000 a.C.

A participação do povo nas *instituições políticas* destes impérios era praticamente nula. Na verdade, o historiador HARARI defende que as estruturas criadas a partir destas antigas organizações não era propriamente para haver cooperação em massa, mas verdadeiros instrumentos de opressão e exploração.¹⁶ Em razão desta contínua opressão e exploração, a participação das pessoas nas instituições políticas era reduzida a um pequeno grupo ligado à cúpula do Império. Ou

¹⁶ “A maior parte das redes de cooperação humana foi concebida para a opressão e a exploração. Os camponeses pagavam por tais redes de cooperação com seus preciosos excedentes de alimento, caindo em desespero quando o cobrador de impostos confiscava um ano inteiro de trabalho pesado com um único rabisco de sua pena. Os famosos anfiteatros romanos foram quase todos construídos por escravos para que os romanos ricos e ociosos pudessem assistir outros escravos se enfrentarem nos odiosos combates de gladiadores.” (HARARI, 2020, p. 113)

seja, enquanto algumas pessoas ligadas à cúpula viviam vidas nababescas, a maioria da população vivia totalmente à margem do império.

A participação das pessoas, direta ou indiretamente, na estrutura estatal, ainda que de forma discreta e incipiente, passou a ser uma realidade na Grécia e Roma antigas, como bem relata Sahid Maluf em descrição histórica sobre as organizações estatais antigas (2010).

Com efeito, na origem do Estado Grego, tinha-se uma monarquia patriarcal, fortemente apoiada pela aristocracia grega. Nessa época já havia o Conselho de Anciãos e a Assembleia dos Cidadãos que, de algum modo, demonstravam a participação do povo nas instituições políticas primitivas. De acordo com MALUF (2010), a evolução desde a monarquia grega até a consolidação como berço da democracia se deu com a constituição clássica da Cidade helênica. O Conselho de Anciãos tornou-se eletivo e subordinado à Assembleia dos Cidadãos; as magistraturas eram temporárias e escolhidas pela Assembleia Geral; cidadãos investidos de funções públicas tinham o dever de prestar contas.

Em que pese tenha havido uma maior participação do povo nas instituições políticas, especialmente se comparado com os antigos impérios criados a partir da Revolução Agrícola, a quantidade de pessoas que efetivamente eram consideradas cidadãs e detinham, de algum modo, participação, era bastante inferior em relação ao quantitativo total de pessoas que viviam no território.

Apenas poderiam ser considerados efetivamente como cidadãos aqueles homens livres e maiores de 18 anos, com raízes efetivamente fincadas na *polis*. Assim, eram excluídas as mulheres, crianças, escravos e estrangeiros da participação efetiva nos negócios políticos gregos, de modo que os cidadãos plenos representavam pouco mais de um décimo da população total. O professor de teoria política da Universidade de Cambridge, JOHN DUNN, relata sobre o diminuto quantitativo de pessoas que efetivamente eram consideradas como cidadãs (2016, p. 54-55):

A população cidadã de Atenas nunca foi muito grande; eram talvez cem mil no total, dos quais mais ou menos trinta mil eram cidadãos plenos, todos homens adultos e, em sua maioria, atenienses por ascendência de muitas gerações. Além desses, havia aproximadamente quarenta mil residentes estrangeiros (*metecos*), homens, mulheres e crianças, poucos dos quais com alguma esperança de se tornarem cidadãos, e um número muito mais amplo de escravos (talvez 150 mil ao todo). Os cidadãos plenos representavam, portanto, pouco mais de um décimo da população.

Similarmente com o acontecido na Grécia, o Estado Romano teve suas origens em monarquias do tipo patriarcal, sendo posteriormente sucedida pela república romana. As “*polis*” do Estado Romano eram chamadas de *civitas*, e houve a constituição de um engenhoso sistema de instituições públicas durante o período de existência.

Com efeito, a origem do Estado Romano remonta às famílias, sendo que a autoridade do chefe máximo daquele núcleo social (*pater família*) era absoluto. Nessas famílias se incluíam não apenas os membros familiares que hoje se conhece, mas também as pessoas que serviam àquele grupo social. Após, houve a divisão das antigas famílias: as famílias propriamente ditas seguiriam sob o poder supremo do *pater família*; aqueles que não compunham a família propriamente dita eram os denominados *gens*, submetidos ao poder público, sendo este o núcleo inicial do Estado Romano. Os primeiros eram os denominados *patrícios*; os segundos eram os chamados *clientes*.

Posteriormente houve uma nova divisão de classes, tendo sido constituída uma classe inferior à dos *clientes*, denominada *plebe*. Os plebeus eram majoritariamente aqueles viviam totalmente à margem da vida social, sem qualquer ligação com as famílias que compunham a nobreza. Foram exatamente estes plebeus, no entanto, que conquistaram posteriormente os primeiros direitos de cidadania, em um movimento conhecido como *revolução social da Roma Republicana*.

Relata ainda Sahid Maluf (2010) que o número de cidadãos romanos com a plenitude de direitos se estendia sobre a totalidade dos habitantes daquele império, em que pese as eleições apenas ocorressem em Roma, tendo que haver o comparecimento até ali para o efetivo exercício político.

Com a invasão bárbara iniciada na Europa no Século IV d.C, houve a queda e extinção dos antigos impérios até então existentes, tais como o Grego e o Romano, dando início ao longo período da Idade Média (*Período Medieval*). Com essa invasão, houve uma destruição de todo aquele incipiente modelo de Estado existente, notadamente no império romano, e que muito se assemelhava aos ideais dos Estados modernos. Esta destruição fez com que se tivesse, de algum modo, um hiato temporal de quase 10 séculos entre os estados grego e romano e os estados modernos.

O período medieval, por sua vez, foi fortemente marcado pela existência do poder divino, representado pela Igreja, e do poder temporal, de competência dos soberanos. Neste período medieval, no entanto, houve uma confusão entre o direito

público e privado, de modo que se passou a entender que os poderes dos proprietários de terras sobre os seus domínios eram absolutos, inclusive sobre os “*direitos individuais*” das pessoas que estavam naquelas terras. Esta é a ideia do sistema feudal. No sistema feudal, grandes latifundiários exerciam sobre suas terras e sobre as pessoas que nelas viviam poderes típicos de Estado, ditando as regras aplicáveis e outras coisas ínsitas ao poder de império.

Em que pese tenha havido sempre igualdade hierárquica entre Igreja e Estado, a partir do Século XI a Igreja passou a firmar uma supremacia sobre o poder temporal, sendo conhecido deste período o Papa Gregório VII. Como reação deste período de supremacia do poder divino, o poder temporal apresentou forte repressão sobre a Igreja, período que gerou o embrião das monarquias absolutistas, antecedente histórico dos Estados modernos.

Muito embora nos Estados Grego e Romano tenha havido algo mais próximo daquilo que se vê em modernos Estados, a participação das pessoas nas instituições políticas do período medieval era absolutamente ínfima, porquanto se tinha, de um lado, monarquias medievais não acessíveis às pessoas e, de outro, sistemas feudais restritos aos grandes latifundiários. Diante do limitadíssimo acesso às instituições políticas neste período medieval, é possível afirmar que, neste ponto, houve um retrocesso no que concerne à ampliação da participação política das pessoas no Estado.

Durante o período medieval, com efeito, são observados fenômenos históricos que buscavam limitar a atuação estatal a partir de documentos normativos conquistados pelo povo. Cite-se, neste ponto, porque amplamente difundida como um marco limitador do poder, a Magna Carta de 1215, assinada pelo Rei da Inglaterra, que limitava os poderes do Estado em favor dos particulares e da Igreja. Nada obstante esses lampejos de limitação estatal, a difusão e efetiva contenção do Poder Estatal pelo ordenamento jurídico é verificada com o moderno Estado de Direito, fortemente influenciado por reações às monarquias absolutistas existentes na Europa após o fim da Idade Média.

O que se verifica, em análise dos fatos históricos da evolução das organizações políticas primitivas até o Estado de Direito nos moldes atuais é que a participação do povo nas decisões estatais era bastante diminuta e, em muitas hipóteses, até mesmo inexistente. A vontade do povo de participar das decisões políticas estatais não era um fim em si mesma, mas decorria das consequências que estas decisões poderiam

gerar na vida das pessoas. Dito de outro modo, se as decisões estatais estivessem em consonância com alguns ideais básicos detidos pelo povo, tais como liberdade, proteção de propriedade e ausência de intervenções arbitrárias, não haveria desejo de as pessoas fazerem parte direta ou indiretamente dessas decisões.

Se o poder não fosse abusado por seu titular contrariamente aos interesses do povo, por exemplo, não haveria nada que instasse as pessoas a quererem participar das decisões políticas. Poder-se-ia ter, neste contexto hipotético de ausência de arbitrariedades intoleráveis, Estados sem qualquer participação popular nas decisões políticas e, ainda, assim, sem convulsões sociais para participação no poder.

No entanto, considerando a natural tendência ao abuso do poder por quem o detém, eclodiram variados levantes ao redor do mundo, podendo ser citadas a Revolução Francesa, Inglesa e Independência Norte-Americana, que possuem inegável importância histórica em razão de ter influenciado outros lugares do mundo, especialmente no ocidente, exploradas no tópico seguinte.

3 Do sufrágio restrito ao sufrágio universal: fatos históricos relevantes

Muito embora a história do termo “sufrágio universal” não tenha propriamente surgido imediatamente após as Revoluções Inglesa e Francesa e a Independência dos Estados Unidos da América, tais fatos históricos de rompimento com o *status quo* possuem relevância inegável para a pavimentação da estrada que conectaria as democracias modernas ao sufrágio universal. É que, em comum, todos estes movimentos históricos culminaram em documentos que, de algum modo, asseguravam a igualdade política entre os cidadãos, valor fundante do Estado de Direito e norteador do sufrágio universal.

No tocante às Revoluções Inglesas, como relata Andreza Maynard (2009, p. 85-90) sua eclosão decorreu de atritos existentes entre o Parlamento britânico e a Coroa Inglesa envolvendo, sobretudo, questões econômicas e religiosas, tendo como pano de fundo a Monarquia Absolutista. Com efeito, como todo movimento histórico, as revoluções inglesas que culminaram na Revolução Gloriosa se iniciaram em um momento e acabaram por se prostrar ao longo do tempo até a consolidação da nova situação.

Com a morte da Rainha Elizabeth I, no ano de 1603, o Reino ficou sem recursos e sem um herdeiro natural, dado que não tinha filhos, ascendendo ao trono Jaime I,

com propostas absolutistas radicais. Jaime I acabou por ter um reinado extremamente conflituoso com o Parlamento inglês, tendo aumentado impostos sem autorização do Legislativo e até mesmo chegando a dissolver o Parlamento por longos anos. Seu sucessor, Carlos I, também chegou a dissolver o Parlamento e o convocou para tentar aumentar impostos, ocasião em que lhe foi imposta a assinatura de um primeiro modelo de *Bill of Rights*. Após isso, Carlos I passou anos sem convocar o Parlamento britânico, tendo seu reinado sucumbido com a Batalha de Naseby e sido condenado à morte em 1649.

Instaurou-se na Inglaterra, então, uma República, tendo em Oliver Cromwell como seu líder. Apesar da denominação, as práticas autoritárias o deixavam em patamar similar às monarquias absolutistas, conquanto tenha expressamente recusado a Coroa. Com sua morte, Carlos II, filho do deposto e morto Rei Carlos I, retornou ao trono pelas mãos do próprio Parlamento. Após Carlos II, Jaime II, seu irmão, ascendeu ao trono, tendo fugido em 1688 após revoltas, o que foi considerado pelo Parlamento como abdicação do trono. Em 1688, ascende ao trono Guilherme III. Desta vez, no entanto, o Parlamento impôs a assinatura do *Bill of Rights*, exatamente com a finalidade de acabar e afastar de vez com a Monarquia Absolutista, consolidando a Revolução Gloriosa.

O *Bill of Rights* de 1689, apesar de sua redação enxuta, fazia menção ao fato de “*que devem ser livres as eleições dos membros do Parlamento*”¹⁷. O Parlamento inglês, por sua vez, passava a assumir protagonismo ainda maior diante da Monarquia Constitucional ali instaurada e até hoje vivida, com o efetivo exercício da função de governo.

Quase um século após a consolidação da Revolução Gloriosa e da edição do *Bill of Rights*, eclodiu na França a Revolução Burguesa e nos Estados Unidos a independência frente à Inglaterra, que ensejou, dentre outras coisas, a edição da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 (França) e Declaração da Independência dos Estados Unidos de 1776. A história da Independência dos Estados Unidos e da Revolução Francesa se misturam, sobretudo em razão das bases filosóficas da igualdade inata entre as pessoas.

Com efeito, a Declaração de Independência dos Estados Unidos em relação à Coroa Britânica, que teve como primeiro redator Thomas Jefferson, sofrendo

¹⁷ Redação extraída do item 8 da *Bill of Rights* de 1689 - <http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/decbill.htm> - acesso em abril de 2022.

acréscimos posteriores por John Adams, Benjamin Franklin, Roger Sherman e Robert Livingston, possui frases icônicas sobre a igualdade. Uma das mais reproduzidas do documento é a seguinte:

*Consideramos estas verdades como evidentes por si mesmas, que todos os homens são criados iguais, dotados pelo Criador de certos direitos inalienáveis, que entre estes estão a vida, a liberdade e a procura da felicidade.*¹⁸

Em relação à França, o movimento revolucionário surgido em reação à monarquia absolutista até então reinante teve seu estopim com a queda da Bastilha em 1789, prisão que significava a opressão do regime vivido, tendo se arrastado pelos 10 anos seguintes, até 1799, ano em que Napoleão Bonaparte ascendeu ao poder. No ano de 1789, a Assembleia Nacional francesa aprovou a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, também dispendo expressamente sobre igualdade: “*Art. 1º. Os homens nascem e são livres e iguais em direitos. As distinções sociais só podem fundamentar-se na utilidade comum.*”

Em que pese tenham em sua essência a igualdade, para além de outros valores, tais como liberdade e busca da felicidade, estes documentos históricos ainda não dispunham expressamente sobre sufrágio universal ou algo similar. Nada obstante, já demonstrava que a trilha para este fim já estava começando a ser pavimentada, uma vez que os documentos da França e dos Estados Unidos estabeleceram valores não dispostos no *Bill of Rights* de um século antes. Nessa perspectiva, bem analisa Lynn Hunt (2007, p. 11) que a igualdade, a universalidade e o caráter natural dos direitos estabelecidos nestes documentos ganharam expressão política direta com estas Declarações da França e Estados Unidos, uma vez que a *Bill of Rights* editada em 1689 nada dispunha sobre tais direitos como inatos, notadamente a igualdade.

Algumas décadas depois, e diante da instabilidade política vivida na França, uma nova revolução se irrompeu no ano de 1848, após a queda do Rei Luis Felipe I, instaurando-se a Segunda República Francesa. Após sua instituição, uma decisão prevista no Decreto de 5 de março de 1848 sobre as assembleias eleitorais dispõe, em seu art. 5º, que “*o sufrágio será direto e universal*”, podendo ser identificado como um dos primeiros textos codificados a positivar esta ideia.

¹⁸ Versão em Língua Portuguesa disponível em www.uel.br/pessoal/jneto/gradua/historia/recdida/declaraindepeEUAHISJNeto.pdf – acesso em abril de 2022

É interessante notar que o processo de codificação do sufrágio universal, na França, foi bastante tortuoso e, na origem, não significava propriamente a ausência geral de restrição, mas sim a supressão da exclusão pelo censo. Afinal, a despeito de sua previsão, inúmeras pessoas ainda continuavam sem poder exercer o voto, tais como as mulheres e as pessoas não residentes na comuna há pelo menos 6 meses.

Alain Garrigou, em seu texto intitulado *O rascunho do sufrágio universal*¹⁹ (2005, p. 37-63), faz uma análise exatamente da versão original da redação deste Decreto, elaborada em 2 de março de 1848 e que passou por inúmeras mudanças a lápis e caneta nos dias seguintes, até se chegar à versão final de 5 de março de 1848. As constantes idas e vindas do texto denotariam, na análise do autor, a pressão e o momento conturbado em que viviam na questão envolvendo a instituição do sufrágio universal e, sobretudo, os seus detalhamentos.

A sua conclusão é exatamente a de que o Decreto de 5 de março de 1848 não teve por objetivo propriamente instituir um sufrágio universal tal qual se pensa nos dias atuais (*sem restrição de sexo, cor, renda social, profissão etc.*), com ausência de qualquer restrição. Na verdade, a ideia era apenas suprimir a exclusão dos votantes pelo censo, permanecendo outras restrições.

O autor ainda chega a afirmar que o sufrágio universal era referido pelos revolucionários de 1848 exatamente para acalmar a multidão, como menciona em passagem sobre grupo de pessoas que havia invadido à força o *Hôtel de Ville*, em 25 de fevereiro daquele ano. De acordo com o autor, *Lamartine* se manifestava na sala Saint-Jean:

Temos somente um direito, o de declarar nosso pensamento, nossa vontade ao nosso povo de Paris, o de tomar a gloriosa iniciativa do governo de liberdade, tentada por séculos, e de dizer ao país e ao mundo que tomamos sob nossa responsabilidade proclamar a República provisória como governo do país; mas deixando-a ao país, as suas 36 milhões de almas que não estão aqui, que têm o mesmo direito que nós de consentir, de preferir ou repudiar tal ou tal forma de instituições, reservando-lhes, digo, o que lhes pertence, como nossa preferência nos pertence, isto é, a expressão de sua vontade soberana no sufrágio universal, primeira verdade e única base de qualquer república nacional.(2005, p.42)

Apesar de o povo ter lutado pela conquista deste sufrágio universal, já se mencionou que sua positivação não era propriamente o exercício do voto por todos

¹⁹ Texto com tradução de Tereza Lourenço Pereira, extraído da obra *O sufrágio universal e a invenção Democrática*, organizado por Leticia Bicalho Canêdo (2005, p. 37-63).

os homens e mulheres capazes, mas sim o fim do sufrágio censitário masculino até então existente. Um próximo passo nesta ampliação de participação seria dado e que mudaria em definitivo a amplitude do sufrágio: o voto feminino.

Durante o período da Revolução Francesa, mais precisamente ao tempo em que se redigia a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, uma mulher francesa se destacou por ter escrito a *Declaração dos Direitos da Mulher e da Cidadã*: Olympe de Gouges. Em tempos de forte dominação masculina, mesmo havendo a ampliação de direitos no tocante ao sufrágio em relação aos homens, a resposta dada à revolucionária foi sua morte pela guilhotina.

Como aponta Mônica Karawejczyk (2013, p.41), citando um escrito de um contemporâneo da época sobre o fato acontecido com Olympe de Gouges²⁰, a morte pela guilhotina ocorrida com a francesa revolucionária era um claro lembrete e um aviso às mulheres que ousassem cruzar as fronteiras políticas, de modo que a Revolução Francesa acabava por ratificar esse sentimento de exclusão feminista da participação política.

Nada obstante o aparente insucesso de Olympe de Gouges, a própria instituição do sufrágio universal masculino em 1848 tornou latente que sua instituição apenas em favor dos homens acabava por presumir, naturalmente, que eram eles inatamente superiores às mulheres. Afinal, se todos os homens puderam passar a votar, não havendo mais o voto meramente familiar (*o homem representava a família no voto*), o não exercício do voto pela mulher decorria não porque o homem representava a família, mas apenas e tão-somente porque a mulher era do sexo feminino. Anne Verjus resume muito bem este momento (2005, p. 428):

Em 1848, a despeito do aparente imobilismo que caracteriza a situação política das mulheres, ocorreu uma mudança: ao atingir pela primeira vez os limites da comunidade natural dos homens em 'idade viril', a cidadania oriunda da abolição do sufrágio censitário fez emergir com uma visibilidade *sem precedentes* a separação política entre homens e mulheres. Em última instância, a reivindicação em favor do sufrágio familiar é a demonstração cabal dessa visibilidade.

Ao longo do século XIX, variados movimentos em prol do voto feminino começaram a surgir ao redor do mundo, exatamente com o fito de que se obtivesse a

²⁰ Eis o escrito citado pela Autora: "*Lembre-se desta virago, desta mulher-homem, a imprudente Olympe de Gouges, que abandonou todos os cuidados de sua casa porque queria engajar-se na política e cometer crimes...Este esquecimento das virtudes de seu sexo levou-a ao cadafalso.* (SCOTT, 1996, p.191, tradução nossa.)" (2013, p.41)

igualdade política com os homens no que diz respeito ao ato de votar. Esse movimento, conhecido como movimento sufragista, eclodiu por diversos países e culminou na conquista, dentre outros direitos, do sufrágio feminino.

Ao longo das décadas, notadamente no fim do século XIX e primeira metade do século XX, inúmeros países passaram a contar com o voto feminino. O primeiro deles foi a Nova Zelândia, em 1893. Seguiu-se depois com a Austrália em 1902, Finlândia em 1907 e Noruega em 1913. No Brasil, a mulher conquistou o direito de exercer seu voto apenas em 1932. O movimento em prol da ampliação do sufrágio feminino perdurou por todo século XX e até mesmo no século XXI, com países como a Arábia Saudita reconhecendo, apenas em 2015, o direito que em outros países já era reconhecido há quase um século.

4 O sufrágio nas Constituições brasileiras

Se houve fatos históricos a nível mundial que impactaram diretamente na ampliação do sufrágio, em um caminho gradual e persistente de ampliação do rol de legitimados a votar, o Brasil também experimentou situações internas que, seguindo muitas vezes tendências estrangeiras, demonstram a pavimentação deste caminho até se chegar ao que se tem hoje. Esta análise se dará a partir dos Textos Constitucionais vigentes desde 1824.

Com efeito, na Constituição de 1824, o regime imperial então vigente não condizia com eleições para a atuação na função administrativa. Não por acaso, estava expresso no artigo 102 da Carta de 1824 que a chefia do Poder Executivo incumbia ao Imperador. Quanto ao Poder Legislativo, por sua vez, havia a divisão entre a Assembleia Geral, composta por duas câmaras (Câmara de Deputados e Câmara de Senadores²¹), e os Conselhos Gerais da Província que, *mutatis mutandi*, equivalia àquilo que hoje é denominada de Assembleia Legislativa.

Já na Constituição de 1824 havia a previsão de eleições periódicas para a composição de cargos no Poder Legislativo. O sufrágio, no entanto, era longe de ser acessível à universalidade dos brasileiros, porquanto muitas restrições para o seu exercício eram impostas pela Carta Maior então vigente. É que havia um sistema indireto, por meio do qual os eleitores da paróquia elegiam aqueles que seriam os

²¹ Art. 14. A Assembléa Geral compõe-se de duas Camaras: Camara de Deputados, e Camara de Senadores, ou Senado.

denominados eleitores da província. Os eleitores da província, por sua vez, tinham a possibilidade de eleger os deputados e senadores para a Assembleia Geral. Este sistema de votação era, portanto, em dois graus: no primeiro grau participavam os eleitores da paróquia; no segundo grau, os eleitores da província. A título de curiosidade, os eleitores de primeiro grau foram denominados apenas como *votantes* pelo Decreto 157, de 04 de maio de 1842, sendo que os eleitores da província eram os efetivamente denominados *eleitores*. (PORTO, 2002, p.44)

Tanto os *votantes* quanto os *eleitores* correspondiam a uma parcela extremamente diminuta da sociedade. Com efeito, vivia-se tempo de voto censitário, de modo que, para ser considerado um *votante*, o indivíduo precisava comprovar “*renda líquida annual cem mil réis por bens de raiz, industria, commercio, ou Empregos*”²². Os *votantes*, por sua vez, deveriam ter “*renda líquida annual duzentos mil réis por bens de raiz, industria, commercio, ou emprego*”, conforme redação do art. 94, I, da Constituição de 1824.²³

Para analisarmos a amplitude do sufrágio nesta época imperial, é importante salientar quem eram os eleitores aptos a votar em cada um dos graus mencionados. Segue um quadro didático sobre a questão, a partir da análise dos artigos 90 a 94 da Constituição de 1824:

OS ELEITORES DA PARÓQUIA	OS ELEITORES DA PROVÍNCIA
<p>Os cidadãos brasileiros no gozo dos direitos políticos e estrangeiros naturalizados;</p> <p>Não podem ser eleitores:</p> <p>a) Os menores de 25 anos, salvo se casados, ou se forem Oficiais Militares maiores de 21 anos, bacharéis formados ou clérigos de ordens sacra;</p> <p>b) Os filhos-famílias, entendido como aqueles sujeitos que vivem com os pais, salvo se servirem ofícios públicos;</p> <p>c) Os criados de servir;</p> <p>d) Religiosos ou membros da Comunidade Claustral;</p> <p>e) Renda líquida inferior a cem mil réis.</p>	<p>Todos os que podem votar na Assembleia Paroquial.</p> <p>Excetua-se:</p> <p>a) Renda líquida inferior a duzentos mil réis;</p> <p>b) Libertos;</p> <p>c) Criminosos pronunciados em querela ou devassa.</p>

²² Trecho extraído da redação original do art. 92, V, da Constituição Imperial de 1824.

²³ Walter Costa Porto aponta uma curiosidade histórica relativa ao conceito do que seria rendimento líquido anual, ao afirmar que “nos sessenta e cinco anos de vigência da Carta, ‘não se chegou a uma definição precisa do que seria renda líquida’ - ‘se o excedente da despesa de cada cidadão ou, simplesmente, a renda sabida, ‘sem delongas de apuração, sem combinações de pequenos proventos e despesas.’ (PORTO, 2002, p. 110)

São libertos aqueles que outrora eram escravos e que, por alguma razão, lhes foi concedida a liberdade. Em que pese pudessem participar das eleições primárias (*primeiro grau*), não poderiam participar como eleitores nas eleições de *segundo grau*.

Chama-se atenção, no entanto, especialmente diante do objeto do presente trabalho, para os criminosos pronunciados em querela ou devassa. Estes procedimentos do que hoje seria o processo penal eram previstos nas Ordenações Filipinas, em seu Livro V, e sua pronúncia impedia os querelados ou devassados de participar das eleições em segundo grau. Não havia empecilho à participação, portanto, das eleições em primeiro grau, desde que obedecidos os demais requisitos para tal.

A Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1891, por sua vez, inaugurando a era constitucional republicana, ampliou o rol de sujeitos que poderiam ser eleitores. Com efeito, o art. 70 da Carta Constitucional de 1891 dispunha que poderiam ser eleitores os maiores de 21 anos, nos termos da lei, excluindo deste rol os mendigos, analfabetos, praças (*excetuados os alunos das escolas militares de ensino superior*) e religiosos sujeitos a regras que importem em renúncia à liberdade individual.

Ainda de acordo com a Constituição de 1891, os direitos políticos seriam suspensos nos casos de incapacidade física ou moral ou então nos casos de condenação criminal, enquanto durarem seus efeitos. Ou seja, para além dos casos em que o sujeito não poderia ser eleitor, também não poderia exercer o seu direito de voto nos casos mencionados anteriormente de suspensão dos direitos políticos.

A Constituição de 1934 ampliou a idade mínima de votação, ao estabelecer, em seu art. 108, que poderiam ser eleitores os maiores de 18 anos. Este mesmo dispositivo ainda consignou, de forma expressa, que seriam eleitores “de um e de outro sexo”, de modo a prever, em sede constitucional, o fim do voto exclusivo para homens. Além disso, não poderiam votar os mendigos, analfabetos, praças (*excetuados os alunos das escolas militares de ensino superior, aspirantes a oficial e Sargentos do Exército e da Armada e das forças auxiliares do Exército*). Os direitos políticos, por sua vez, seriam suspensos nas hipóteses de condenação criminal, enquanto durarem seus efeitos, bem como por incapacidade civil absoluta.

A Constituição de 1937 repetiu, no art. 118, as hipóteses de suspensão dos direitos políticos. Em sua redação originária, o art. 117 continuava a permitir que os maiores de 18 anos, de ambos os sexos, fossem eleitores, ressalvando os mendigos, analfabetos e militares da ativa. Após alteração efetivada pela Lei Constitucional nº9

de 1945, a restrição deixou de existir para os mendigos e analfabetos, apenas prevalecendo em relação aos militares em serviço ativo (*com exceção dos oficiais*).

O Texto Constitucional de 1946, pela primeira vez, se vale da expressão “sufrágio universal” em seu art. 134, prevendo ainda que são eleitores os brasileiros maiores de 18 anos. Além disso, não poderiam ser eleitores os analfabetos e os que não saibam exprimir-se em língua nacional. A suspensão dos direitos políticos, por sua vez, se dava pela incapacidade civil absoluta e pela condenação criminal, enquanto durarem os seus efeitos. As mesmas proibições constantes da Carta de 1946 foram reproduzidas pela Constituição de 1967, em seu artigo 142.

O Texto Constitucional de 1988 foi o que permitiu uma maior participação de pessoas no sufrágio, ao permitir o voto aos maiores de 16 anos, proibindo-se apenas aos estrangeiros e aos conscritos, durante o serviço militar obrigatório. As hipóteses de suspensão dos direitos políticos também foram expressamente previstas no art. 15 da Constituição da República de 1988. Com efeito, conquanto não haja expressa distinção entre as hipóteses de perda e suspensão dos direitos políticos no texto, doutrina e jurisprudência consolidaram-se no sentido de que as hipóteses de suspensão dos direitos políticos se dariam por condenação criminal transitada em julgado, enquanto durarem os seus efeitos, por improbidade administrativa e por incapacidade civil absoluta. (SARLET, 2013, p.688)

5 Análise do sufrágio universal e de seu movimento ampliativo – o princípio do sufrágio universal

Em uma análise dos fatos históricos anteriormente delineados, é possível fazer uma sequência lógica em relação à ampliação do sufrágio universal, no seguinte sentido: a) ausência de relevância do sufrágio em democracias diretas; b) surgimento das democracias representativas após as revoluções francesa, inglesa e independência norte-americana; c) ampliação da importância do sufrágio nas democracias representativas; d) movimentos pela eliminação do voto censitário; e) movimentos pela inclusão do voto feminino.

Essa sequência lógica anteriormente apresentada demonstra que a relevância do próprio sufrágio decorre exatamente das democracias representativas, ocasião em que havia a necessidade, em expressão simplificada, de os representantes do povo serem eleitos para tomarem as decisões políticas necessárias.

A partir das revoluções ocorridas na Europa e América do Norte, o sufrágio ainda restrito fazia com que pequenos grupos se perpetuassem no poder, porquanto grande parte da população não detinha o direito de exercer diretamente o voto. E, para estas pessoas que não podiam exercer diretamente o voto, naturalmente que as decisões políticas tomadas por aqueles que detinham o poder não as albergavam, vivendo efetivamente à margem do poder. Havia, enfim, uma inegável desigualdade política entre os que estavam aptos ao sufrágio e os inaptos que aflorava, também, outras formas de desigualdade, notadamente do ponto de vista social e econômico.

Não por outro motivo que os grupos marginalizados do poder foram à luta pela conquista do direito ao sufrágio, a fim de obter a efetiva igualdade política que, em tese, também conferiria igualdade em todas as suas formas. Esta luta é refletida, por exemplo, nos movimentos sufragistas femininos pelo direito ao voto e nas lutas dos afrodescendentes norte-americanos. Há, portanto, um movimento de ampliação com características de conquista por parte dos povos excluídos.

Este movimento de ampliação na conquista dos direitos, com característica de constância, é verificado por Alexis de Tocqueville ao analisar, ainda na primeira metade do século XIX, o funcionamento da democracia na América:

Quando um povo começa a tocar no censo eleitoral, pode-se prever que chegará, num prazo mais ou menos longo, a fazê-lo desaparecer completamente. Eis uma das regras mais invariáveis que regem as sociedades. À medida que os limites dos direitos eleitorais começam a recuar, sente-se a necessidade de recuá-los ainda mais, pois, após cada nova concessão, as forças da democracia aumentam e suas exigências crescem com seu novo poder. A ambição daqueles deixados abaixo do censo inflama-se proporcionalmente ao grande número dos que se encontram acima. A exceção se torna, enfim, a regra: as concessões se sucedem sem parar, e só param quando chegam ao sufrágio universal. (DE TOCQUEVILLE, 2019, p. 76)

Diante de todo o exposto, é possível verificar que o sufrágio universal é um ponto de chegada ideal, não sendo possível afirmar peremptoriamente que ele está presente na democracia X ou Y. Ele está descrito em inúmeros Textos Constitucionais há décadas, até mesmo há mais de século e, mesmo assim, o processo de ampliação da participação das pessoas nas eleições permanece. Há, enfim, um movimento de ampliação constante rumo ao sufrágio universal, de modo que é possível se falar em um *princípio do sufrágio universal*.

Aqui é importante mencionar a já consolidada distinção entre regras e princípios, espécies do gênero norma. Há diversos critérios que buscam diferenciar

as regras dos princípios, sendo tradicionalmente conhecido o critério da generalidade. Enquanto os princípios possuem um alto grau de generalidade, as regras possuem uma generalidade baixa. Cita-se a distinção proposta por Robert Alexy, no sentido de que princípios são mandados de otimização e regras são normas que ou são satisfeitas ou não são satisfeitas:

O ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é que *princípios* são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, *mandamentos de otimização*, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito de possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes.

Já as regras são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então, deve-se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos. Regras contêm, *portanto*, determinações no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível. Isso significa que a distinção entre regras e princípios é uma distinção qualitativa, e não uma distinção de grau. Toda norma é ou uma regra ou um princípio. (ALEXY, 2013, p. 90-91)

O sufrágio universal possui a característica de mandamento de otimização, na medida em que se determina que a maior quantidade possível de pessoas aptas a participar da vida política de um Estado possam, dentre outras coisas, exercer o direito ao voto, excluindo-se deste mandamento de otimização aquelas situações impossíveis do ponto de vista fático, tais como pessoas com incapacidade civil absoluta, pessoas que não participem da vida política em razão de uma segregação física e virtual (*reclusos*) etc.

E este mandamento de otimização foi tendo seu espectro de possibilidades ampliado ao longo do tempo. A quantidade de pessoas que poderiam exercer o direito de voto era diminuto logo após as Revoluções Francesa, Inglesa e Independência dos Estados Unidos. Pouco a pouco grupos excluídos conquistaram o direito que antes lhes era tolhido por razões de sexo, étnica, renda, dentre tantos outros pretextos excludentes.

Feitas essas considerações, a suspensão dos direitos políticos por atos de improbidade administrativa e por condenação criminal transitada em julgado e a consequente impossibilidade de votar (*ainda que temporária*) atende ao ideal do princípio do sufrágio universal? Há medidas para se compatibilizar as restrições ao

voto impostas com este processo de ampliação rumo ao sufrágio universal? As respostas a estes questionamentos serão analisadas no Capítulo seguinte.

CAPÍTULO 4 – ANÁLISE DA COMPATIBILIDADE ENTRE A RESTRIÇÃO AO EXERCÍCIO DO VOTO E O ESTADO DE DIREITO DEMOCRÁTICO

1 Introdução

Nos três capítulos precedentes ao presente, buscou-se fazer uma análise de alguns pontos essenciais para a construção da resposta ao problema de pesquisa da presente dissertação: *em que medida a ausência de capacidade eleitoral ativa, nas hipóteses de suspensão dos direitos políticos por condenação criminal e atos de improbidade administrativa, é compatível com o Estado de Direito Democrático?*

Com efeito, no Capítulo 1 foram apresentadas questões relacionadas à democracia e o voto, tendo como referenciais teóricos Joseph Schumpeter e Robert Dahl. Os referenciais teóricos adotados na presente dissertação, cada um a seu modo e em seu contexto, atribuíram grande relevância ao processo de escolha dos representantes eleitos para a construção da democracia. Em outras palavras, atribuíram às eleições um papel fundamental para a existência de uma democracia nos estados modernos.

O Capítulo 2 teve por objeto fazer um cotejo entre a política, os direitos políticos e o Estado de Direito. Para tanto, fez-se uma análise inicial sobre a simbiose existente entre política e a noção de Estado. Após, foram feitas análises sobre o conteúdo do Estado de Direito e suas concepções formalistas e substancialistas. A partir disso foram extraídos elementos essenciais do Estado de Direito, notadamente a questão da soberania e da igualdade, fazendo-se, ao fim, uma breve análise sobre os impactos da ausência de capacidade eleitoral ativa em um Estado de Direito.

Já o Capítulo 3 teve por objeto fazer uma análise histórica do processo de ampliação do sufrágio, desde aquele modelo de participação mais restrita, até o modelo atual em modernas democracias, denominado de sufrágio universal. A partir dos fatos históricos apresentados ao longo daquele capítulo, fez-se uma análise no sentido de que o sufrágio universal é um ponto ideal de chegada, em constante processo de ampliação, de modo que não se pode ter, como uma verdade pronta e acabada, que já se está vivendo a plenitude da universalidade do sufrágio.

Estas análises prévias sobre os temas foram de fundamental importância para que se responda ao problema de pesquisa apresentado na dissertação, o que será feito doravante. Esclarece-se, com efeito, que o presente capítulo será dividido em

três partes: na primeira, serão delineadas as hipóteses de restrição do voto objeto do presente trabalho em cotejo com as demais situações previstas na Constituição da República; na segunda parte, serão feitas análises sobre a medida de compatibilidade entre a restrição existente e o Estado de Direito Democrático; na terceira parte serão apresentados, diante da resposta ao problema de pesquisa, os caminhos possíveis de serem trilhados.

2 As hipóteses de restrição do voto objeto do presente trabalho: condenação criminal transitada em julgado e atos de improbidade administrativa

A Constituição da República de 1988, construída a partir de um processo de redemocratização do país após período de 20 anos de regime de exceção, estabelece as premissas dos direitos políticos em seus artigos 14 e seguintes, dando enfoque à importância da soberania popular, “*exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos*”. Conquanto os direitos políticos sejam considerados como direitos fundamentais pela Constituição de 1988, o próprio Texto Constitucional admite algumas situações em que esses direitos serão perdidos ou temporariamente suspensos, nos termos do que se extrai da redação de seu art. 15:

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

A Constituição não especificou qual dessas situações se enquadraria em perda ou suspensão dos direitos, tendo a doutrina se encarregado de fazer as classificações necessárias. Nesse sentido, afirma Ingo Wolfgang Sarlet (2013, p. 688) sobre as classificações doutrinárias acerca das hipóteses de perda e suspensão dos direitos políticos previstos no art. 15 da Constituição de 1988:

Diante da ausência de uma distinção expressamente estabelecida pela Constituição Federal, doutrina e jurisprudência, levando em conta a natureza das hipóteses constitucionais, têm entendido que a perda dos direitos políticos se dá nos casos de cancelamento da naturalização por sentença transitada em julgado, de invocação da escusa de consciência para não cumprir obrigação alternativa, nos termos do disposto no art. 5º, VIII, da CF, assim como na hipótese de

perda de nacionalidade por aquisição voluntária de outra ou de anulação, mediante sentença transitada em julgado, do processo de naturalização. Já a suspensão dos direitos políticos poderá ocorrer em virtude de condenação criminal transitada em julgado, incapacidade civil absoluta e condenação por improbidade administrativa.

O presente trabalho científico tem por enfoque as hipóteses de suspensão dos direitos políticos decorrentes em razão de condenação criminal transitada em julgado e nos casos de atos por improbidade administrativa. Com efeito, para além de representarem, conjuntamente, o maior quantitativo de pessoas privadas do exercício do voto, são indivíduos que detém plena capacidade civil e que estão apenas temporariamente impossibilitados de votar em razão da previsão constitucional.

Em relação à condenação criminal transitada em julgado, depreende-se do Texto Constitucional que não há nenhum detalhamento sobre a espécie do crime praticado, do regime de cumprimento penal imposto, de eventuais questões processuais incidentes ou benefícios em execução penal. Enfim, o Texto Constitucional apenas consigna que os direitos políticos são suspensos *por condenação criminal transitada em julgado, enquanto durarem seus efeitos*.

Em razão desta ausência de detalhamentos por parte da Constituição, o posicionamento majoritário do Supremo Tribunal Federal é no sentido de que a suspensão dos direitos políticos se trata de um efeito automático de qualquer espécie de crime, adotando-se uma interpretação mais literal. Apesar dessa interpretação, há vozes dentro do próprio STF e na doutrina que conseguem extrair da redação da Constituição outra norma, fazendo uma interpretação sistemática e teleológica do instituto.²⁴

Nessa linha de inteligência, cumpre apresentar algumas classificações que se reputa pertinentes quanto aos crimes e quanto às penas que são aplicadas. É de bom tom reforçar que o enfoque da presente dissertação diz respeito aos direitos políticos e, mais precisamente, em relação ao direito de voto (*capacidade eleitoral ativa*), de modo que as classificações adiante apresentadas não esgotam todas as nuances envolvendo o direito penal. Apesar disso, foram pinçadas classificações que sejam pertinentes para a análise do impacto das condenações criminais sobre o exercício do voto pelos condenados. Assim, chega-se a duas grandes dimensões de

²⁴ Os maiores detalhes destes entendimentos serão vistos no Capítulo 5, quando da análise dos Recursos Extraordinários nº 179.502-SP e 601.182-MG

classificações: uma primeira dimensão diz respeito às próprias infrações penais em si previstas no ordenamento penal; a segunda dimensão envolve as penas aplicadas em razão das infrações penais.

Em relação à primeira dimensão, concernente às infrações penais em si, há uma subdivisão em duas classificações. Na primeira classificação, busca-se separar as infrações penais a partir do elemento subjetivo do agente, chegando-se aos crimes culposos e dolosos. Na segunda classificação, busca-se fazer uma classificação a partir da gravidade em abstrato do delito a partir de previsão legal de institutos para beneficiar e agravar a situação do agente, chegando-se às infrações penais de menor potencial ofensivo, de médio potencial ofensivo, de grave potencial ofensivo e crimes hediondos.

Quanto aos delitos dolosos, tem-se tal situação quando a consciência e vontade do agente são dirigidas à prática do tipo penal (GRECO, 2013, p. 185). Já o delito culposo consiste na “*conduta voluntária (ação ou omissão) que produz resultado antijurídico não querido, mas previsível, e excepcionalmente previsto, que podia, com a devida atenção, ser evitado.*” (MIRABETE, 2008, p. 136)

Em relação ao aqui chamado de classificação quanto à gravidade em abstrato da infração penal, e na linha do que defende Jorge Henrique Schaefer Martins (1998), é possível que se classifique as infrações penais em quatro espécies: a) as infrações de menor potencial ofensivo, que são aquelas que abrangem as contravenções penais e os crimes com pena máxima cominada pela lei não superior a um ano²⁵; b) infrações de médio potencial ofensivo, em que se admite a suspensão condicional do processo (*sursis processual* – art. 89 da Lei 9.099/95), com pena mínima igual ou inferior a um ano; c) infrações de grave potencial ofensivo, que são aqueles com pena mínima superior a um ano, sem tratamento diferenciado pela lei; d) crimes hediondos, previstos na Lei 8.072/90.

Por fim, a segunda dimensão, que envolve as penas aplicadas pelo ordenamento jurídico, pode ser subdividida em penas privativas de liberdade, penas restritivas de direito e penas de multa. As penas de multa são aquelas aplicadas com conversão de valores em favor da Fazenda Pública; as restritivas de direito são aquelas que não importam a restrição da liberdade, gerando sanções variadas

²⁵ Salvo nos casos em que a lei preveja procedimento especial, conforme dicção do art. 61 da Lei 9.099/95.

previstas no art. 43 do Código Penal brasileiro; as penas privativas de liberdade são aquelas que restringem o direito de locomoção do indivíduo.

Especificamente quanto às penas privativas de liberdade, é preciso ainda esclarecer que existem graus de perda da liberdade, a depender do regime em que está inserto o apenado. Nos regimes fechados, o apenado apenas pode trabalhar dentro do presídio ou em serviços ou obras públicas externas, ficando isolado nos demais períodos. Já no regime semiaberto, há uma maior inserção do apenado, com a possibilidade, inclusive, de trabalho e estudo externo; o regime aberto é aquele em que o apenado, sem vigilância, exerça atividades externas, permanecendo recolhido apenas no período noturno e dias de folga.

Para facilitar a visualização destas dimensões e classificações propostas, eis duas tabelas que sistematizam o que foi dito:

DIMENSÃO RELACIONADA ÀS INFRAÇÕES PENAIS	
Classificação quanto ao elemento subjetivo do agente	<ul style="list-style-type: none"> • Crimes Culposos • Crimes Dolosos
Classificação quanto à gravidade em abstrato da infração penal	<ul style="list-style-type: none"> • Infrações Penais de Menor Potencial Ofensivo • Infrações Penais de Médio Potencial Ofensivo • Infrações Penais de Grave Potencial Ofensivo • Crimes Hediondos

DIMENSÃO RELACIONADA ÀS PENAS	
Penas privativas de liberdade	<ul style="list-style-type: none"> • Em Regime Fechado; • Em Regime Semiaberto; • Em Regime Aberto.
Penas Restritivas de Direitos	<ul style="list-style-type: none"> • Prestação Pecuniária; • Perda de Bens e Valores; • Limitação de Bens e Valores • Prestação de Serviços à Comunidade ou Entidades Públicas; • Interdição Temporária de Direitos.
Penas de Multa	<ul style="list-style-type: none"> • Valores em pecúnia devidos à Fazenda Pública

Estas dimensões e classificações anteriormente apresentadas, a despeito de estar muito longe de esgotar todas as classificações doutrinárias existentes, já demonstram que nem todas as infrações penais são iguais. Há delitos que podem ser de caráter não intencional (*culposos*) e ter como consequência um regime inicial

fechado; há outros que podem ser dolosos e não gerar, de forma efetiva, uma pena privativa de liberdade; há outros que são de menor potencial ofensivo e admitem benefícios penais e processuais. Enfim, há uma variedade de situações possíveis que parece não se conformar com um tratamento único em relação a todo e qualquer tipo de infração penal.

Para além dessas dimensões e classificações do ponto de vista da infração penal, é possível também classificar os tipos de ato de improbidade administrativa. Neste caso, aliás, a própria legislação (*Lei 8.429/92*) já traz uma classificação legal em (a) *atos de improbidade administrativa que importam enriquecimento ilícito*, (b) *atos de improbidade administrativa que causam prejuízo ao erário* e (c) *atos de improbidade administrativa que atentam contra os princípios da Administração Pública*.

Do ponto de vista das consequências dos direitos políticos em cada um dos atos de improbidade administrativa acima, importante consignar que a Lei 14.230/2021 excluiu a possibilidade de sua ocorrência em relação aos atos de improbidade administrativa que atentem contra os princípios da administração pública. Prevaleceu, no entanto, em relação aos atos que causem enriquecimento ilícito e nos atos dolosos que causem prejuízo ao erário.

Estas alterações legislativas explicitam uma necessária gradação na aplicação da suspensão dos direitos políticos, a depender da gravidade do ato de improbidade administrativa. Essa necessidade, aliás, já tinha sido observada pela Decisão Monocrática proferida nos autos da ADI 6678, de lavra do Min. Gilmar Mendes, à época ainda *de lege ferenda*, como será melhor abordado no capítulo seguinte.

Estabelecidas as classificações necessárias para as reflexões a serem apresentadas na presente dissertação, passa-se doravante a fazer uma análise sobre a compatibilidade das hipóteses de ausência de capacidade eleitoral ativa nas situações de suspensão dos direitos políticos em decorrência de condenações criminais e atos de improbidade administrativa frente ao Estado de Direito Democrático.

3 Análise de compatibilidade entre a restrição ao voto e o Estado de Direito Democrático

3.1 As premissas para a análise

Para que seja analisada a compatibilidade entre o Estado de Direito Democrático e a restrição ao voto nas hipóteses de suspensão dos direitos políticos por condenação criminal transitada em julgado e improbidade administrativa, fundamental se faz estabelecer algumas premissas. Nessa linha, serão doravante apresentadas *seis premissas fundamentais* para a adequada análise a se fazer em momento seguinte.

A *primeira premissa fundamental* consiste no fato de a existência de um processo eleitoral periódico estar no centro da democracia. Com efeito, a despeito de se defender que a democracia não se limita às eleições periódicas, é inegável que as lições do minimalismo democrático proposto por Joseph Schumpeter ainda ressoam hodiernamente. Não se pode negar que as eleições periódicas em países democráticos dão vida e sentido à própria democracia, desempenhando um papel central nos populosos países modernos.

A *segunda premissa fundamental* que se tem é o fato de a democracia ser um ideal a ser atingido, havendo países mais próximos ou mais distantes deste ideal, a depender de uma conjuntura de situações vistas no Capítulo 1 da presente dissertação. Esta premissa atinente ao ideal democrático é defendida por Robert Dahl, que denomina aqueles países mais próximos deste ideal democrático como *poliarquias*. Em sendo a democracia um ideal a ser atingido, as fronteiras entre uma democracia e uma não democracia não são muito claras. Há, como defendido por Robert Dahl em sua *poliarquia*, uma maior ou menor aproximação do ideal. Não se trata de ser ou não ser, mas sim de grau de aproximação (*mais ou menos próximo*) do ideal.

A *terceira premissa fundamental* diz respeito ao papel do voto popular para uma maior aproximação ao ideal democrático, denominado por Robert Dahl de *poliarquia*. Com efeito, como visto no Capítulo 1, o direito de voto está previsto tanto na dimensão de contestação pública quanto na dimensão da inclusão. Ou seja, a existência do direito de voto a um grupo limitado de pessoas faz com que se esteja mais distante do ideal de democracia. Por outro lado, quanto maior a inclusão de pessoas aptas ao direito de voto, mais próximo se estará da Democracia, como afirma Robert Dahl em passagem que merece mais uma vez ser transcrita (2005, p. 28):

O direito de voto em eleições livres e idôneas, por exemplo, participa das duas dimensões. Quando um regime garante este direito a alguns de seus cidadãos, ele caminha para uma maior contestação pública.

Mas quanto maior a proporção de cidadãos que desfruta do direito, mais inclusivo o sistema.

A *quarta premissa fundamental* consiste no fato de que, apesar de o processo eleitoral periódico idôneo e livre estar no centro da democracia, atribuindo inegável importância ao voto, há outros fatores que também precisam ser compatibilizados para que se aproxime ao máximo do ideal democrático. Como visto no capítulo 1, Robert Dahl elenca algumas garantias institucionais que devem estar presentes: liberdade de formar e aderir a organizações, liberdade de expressão, elegibilidade para cargos políticos, direito de líderes políticos disputarem apoio e votos, fontes alternativas de informação, instituições para fazer com que as políticas governamentais dependam de eleições e de outras manifestações de preferência.

A *quinta premissa fundamental* diz respeito ao Estado de Direito também consistir em um ideal a ser alcançado. Com efeito, na mesma linha daquilo que foi visto em relação às democracias e a tese defendida por Robert Dahl, o Estado de Direito também não encontra fronteiras precisamente delimitadas. Quanto mais próximos dos objetivos do Estado de Direito vistos no Capítulo 2, com garantia de direitos ao povo frente ao Estado, maior será o grau de aproximação com o ponto ideal. Relembre-se que, primordialmente em relação ao presente trabalho científico, foram apresentados dois elementos (*um de caráter formal e um material*) indispensáveis ao Estado de Direito, consistente na soberania popular e na igualdade política.

A *sexta premissa fundamental* é a de que o sufrágio universal, igualdade política e soberania popular consistem em princípios que estão na base estruturante do Estado de Direito Democrático, de modo que são verdadeiros mandados de otimização a todos, exigindo-se que sejam eles atendidos na maior medida possível, ressalvadas apenas as situações em que não se faz fática ou juridicamente possível seu não atendimento. Ou seja, a restrição a estes princípios que compõem a base do Estado de Direito Democrático apenas será com ele compatível se atender à proporcionalidade.

Estabelecidas as premissas que foram trabalhadas ao longo dos capítulos da presente dissertação, questiona-se: a restrição ao exercício do voto em decorrência da suspensão dos direitos políticos, naqueles casos de condenações criminais transitadas em julgado e por atos de improbidade administrativa, é compatível com o Estado de Direito Democrático? É o que será analisado no tópico seguinte.

3.2 Análise da compatibilidade entre a restrição ao voto e o Estado de Direito Democrático

A resposta ao questionamento apresentado ao fim do tópico anterior, obviamente, não é simples. Aliás, a resposta sequer pode ser *sim* ou *não*, porquanto é possível que se vislumbrem situações em que a restrição é compatível e outras em que ela não produz incompatibilidades. Diante disso, a partir das premissas estabelecidas, é possível observar que o Estado de Direito Democrático não é detentor de fronteiras bem delineadas, o que permitiria saber, com facilidade, se a atitude X ou Y seria compatível com o modelo. Apesar dessa ausência de fronteiras, observou-se que o Estado de Direito Democrático é um ideal a ser constantemente perseguido, orientando as atitudes dos detentores do poder para que dele não se afastem.

A partir das premissas estabelecidas, observa-se que existem três princípios que precisam ser ao máximo otimizados para que se esteja mais próximo do ideal de Estado de Direito Democrático: a) *princípio do sufrágio universal*; b) *princípio da soberania popular*; e c) *princípio da igualdade política*. E, como afirma Alexy em passagem citada no Capítulo 3, princípios são mandados de otimização, de modo que reclamam sua aplicação *na maior medida possível*.

Em sendo necessário que haja mandados de otimização em relação aos três princípios acima mencionados para que se esteja o mais próximo possível do ideal de Estado de Direito Democrático, *as hipóteses que restringem o exercício do voto em razão de condenação criminal transitada em julgado, enquanto durarem seus efeitos (art. 15, III, CF) e em razão de improbidade administrativa estão de acordo com o Estado de Direito Democrático?*

Foi visto que o direito de voto está na base do regime democrático e do Estado de Direito, de modo que qualquer restrição ao seu exercício, naturalmente, adentra no âmbito de proteção do Estado de Direito Democrático e dos princípios do sufrágio universal, igualdade política e soberania popular. No entanto, não havendo direitos absolutos, o fato de adentrar no âmbito de proteção dos referidos direitos e sistemas não quer dizer, necessariamente, que com ele são incompatíveis.

A verificação da medida de compatibilidade entre as restrições e o Estado de Direito Democrático, que exige intrinsecamente a presença dos princípios da

soberania popular, da igualdade política e do sufrágio universal, reclamam a atuação do princípio da proporcionalidade como método hermenêutico, e os subprincípios da proporcionalidade (*adequação, necessidade, proporcionalidade em sentido estrito*).

Em relação à **adequação**, leciona Humberto Ávila que a “*adequação exige uma relação empírica entre o meio e o fim: o meio deve levar à realização do fim.*” (2014. p. 208) Ou seja, as restrições impostas aos princípios que compõem a base do Estado de Direito Democrático (*sufrágio universal, soberania popular e igualdade política*) apenas serão adequadas se atingirem os fins para os quais se propõe. Nessa esteira, *qual a finalidade das restrições aos direitos políticos imposta pela condenação criminal transitada em julgado e dos atos de improbidade administrativa?*

Na linha adotada pelo Supremo Tribunal Federal em julgados já citados e detidamente explorados em capítulo seguinte, entende-se que o fundamento para a restrição é de caráter ético-jurídico, no sentido de que se trata de uma privação temporária de caráter moral àquele que praticou crimes ou atos de improbidade administrativa. Não por acaso, aliás, o preso provisório não tem seus direitos políticos suspensos e nem o direito de votar restrito (*conquanto se saiba que, na prática, há certa dificuldade de operacionalização da votação*).²⁶

No entanto, deve ser observado que, durante a elaboração da Constituição na Assembleia Nacional Constituinte, houve propostas para que se permitisse o voto daqueles que estão reclusos. Nessa linha, a Deputada Constituinte Anna Rattes chegou a apresentar Emenda na Subcomissão pertinente aos Direitos Políticos, a fim de retirar a suspensão dos direitos políticos daquelas hipóteses de condenações criminais²⁷.

Ainda neste contexto, houve a apresentação de Emenda no Plenário da Assembleia Nacional Constituinte, a fim de deixar expresso no Texto Constitucional a possibilidade de o preso votar. Esta Emenda, defendida em Plenário pelo Constituinte Paulo Ramos, encontrou resistência do Relator da Constituição, Bernardo Cabral, motivada não por questões filosóficas, mas sim por questões de ordem prática (*como operacionalizar a votação*). Eis trecho da brevíssima discussão do assunto na Assembleia Nacional Constituinte²⁸:

²⁶ Destaca-se, neste ponto, a edição da Portaria Conjunta CNJ/TSE nº 01/2009, que objetivava exatamente viabilizar a instalação de seções eleitorais em estabelecimentos de internação.

²⁷ <https://www.camara.leg.br/internet/constituicao20anos/DocumentsAvulsos/vol-75.pdf>

²⁸ <https://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/constituente/sistema.pdf>

O SR. CONSTITUINTE PAULO RAMOS: – Sr. Presidente Sras. e Srs. Constituintes, o autor do Destaque Constituinte Vasco Alvas, pediu-me para fazer a defesa do mesmo junto aos companheiros da Assembléia Nacional Constituinte. O Código Penal estabelece a privação da liberdade e a multa isolada, cumulativa ou alternativamente. Hoje todos têm conhecimento da situação em que se encontra o sistema penitenciário a nível nacional. Certamente os administradores públicos voltarão sua atenção para a situação dos presos, caso eles não sejam privados do direito de voto. Portanto, em nome do Constituinte Vasco Alves, transmito aos Srs. e Sras. Constituintes, apelo no sentido de que pelo menos parcela da cidadania seja atribuída e recluso, a fim de que ele possa participar das decisões políticas do País e ter os seus direitos políticos respeitados, o que hoje não ocorre. Muito obrigado.

(...)

O SR. RELATOR (Bernardo Cabral): – Sr. Presidente, como os nobres Constituintes devem ter observado, além de incompleta, a emenda não discrimina que tipo de preso. Pena de detenção, pena de reclusão? Como faríamos no dia da eleição para conduzir esse preso e exercício do direito de voto? De que modo, Sr. Presidente, deslocar-se-ia uma junta eleitoral, uma urna par o presídio? Como a emenda está incompleta, a relatoria vota contra.

Ou seja, verifica-se que o voto das pessoas reclusas foi rejeitado pelo Relator da Constituinte, seguido pela maioria do Plenário, não por razões de ordem ético-jurídica, mas sim em razão de questões estritamente procedimentais, no sentido de *como seria operacionalizada a votação* dentro de ambientes de segregação. Esta lógica, no entanto, não se aplica àqueles que praticam atos de improbidade administrativa, dada a ausência de segregação física dos agentes ímprobos.

O fato é que, seja por razões de caráter ético-jurídico, seja em razão de ordem prática, o não exercício do voto nas hipóteses objeto do presente trabalho científico é adequado para os fins que objetiva promover. Afinal, tratando-se de restrição fundada em questões éticas, há uma punição adicional àquele condenado criminalmente ou por ato de improbidade administrativa, consistente na segregação da cidadania; em se tratando de questões procedimentais, a restrição ao voto também é adequada, na medida em que dispensa a organização de seções eleitorais no interior de presídios.

É importante consignar, neste ponto, que para que uma determinada restrição passe pelo teste da adequação, não basta a análise entre meios e fins, mas é fundamental que a própria finalidade que se pretenda atingir seja legítima. Neste passo, poder-se-ia questionar se a própria finalidade de aplicar uma punição adicional ao infrator penal e agente ímprobo seria adequada.

Desde já se adianta que é bastante coerente o entendimento de que a restrição ao exercício do voto é inadequada em qualquer situação, dada a sua ilegitimidade diante de todas as bases do Estado de Direito Democrático verificadas ao longo da presente dissertação. Nada obstante, considerando a altíssima multiplicidade de entendimentos e positivamente em variados ordenamentos jurídicos sobre a possibilidade de restrição, neste momento se opta por entender que a restrição é adequada, a fim de poder passar nos demais testes de proporcionalidade adiante detalhados.

No tocante à **necessidade**, superada a adequação entre o meio escolhido e o fim a ser atingido, passa-se a verificar se existem outros meios menos gravosos para atingir os fins almejados, que causem menos restrições a direitos fundamentais. Neste ponto, precisas e didáticas são as lições de Humberto Ávila (2014, p. 214):

O exame da necessidade envolve a verificação da existência de meios que sejam alternativos àquele inicialmente escolhido pelo Poder Legislativo ou Poder Executivo, e que possam promover igualmente o fim sem restringir, na mesma intensidade, os direitos fundamentais afetados. Nesse sentido, o exame da necessidade envolve duas etapas de investigação: em primeiro lugar, o *exame da igualdade de adequação dos meios*, para verificar se os meios alternativos promovem igualmente o fim; em segundo lugar, o *exame do meio menos restritivo*, para examinar se os meios alternativos restringem em menor medida os direitos fundamentais colateralmente afetados.

Para esta análise, mais uma vez é preciso lembrar que há duas linhas de interpretação sobre os objetivos a serem alcançados com a restrição aos direitos políticos e, por corolário, do exercício do voto. A primeira entende que o objetivo é de caráter ético-jurídico, no sentido de impor uma punição adicional ao infrator criminal ou agente ímprobo; a segunda, aplicável especificamente ao infrator criminal, é de caráter logístico, no sentido de ser difícil/impossível a operacionalização da votação aos reclusos.

Em sendo o objetivo da restrição de caráter logístico (*operacional*), a fim de evitar riscos à segurança pública e aos próprios presos, verifica-se que há medidas que permitam o exercício do voto e, ao mesmo tempo, garantam a segurança dos presos e da própria sociedade. Afinal, na terceira década do século XXI, com a tecnologia avançada utilizada nos processos eleitorais no Brasil (*com urnas eletrônicas, biometria para identificação etc.*), parece possível do ponto de vista fático a existência de seções eleitorais dentro de unidades prisionais.

É de se ressaltar que o recluso já possui algumas atividades permitidas dentro da própria Lei de Execução Penal, tais como o trabalho externo em obras e serviços públicos (*ainda que em regime fechado*), banhos de sol, visitas ao médico, dentre tantas outras atividades que demandam a circulação do preso (*dentro ou fora do presídio*). Assim, em tese, é possível que sejam permitidas ao preso a instalação de seção eleitoral dentro do próprio presídio, com regramento específico que não afete a segurança pública.

Isso já acontece, aliás, para parcela dos presos provisórios no Brasil que não tem os seus direitos políticos suspensos. Com efeito, de acordo com notícia extraída do endereço eletrônico do Tribunal Superior Eleitoral brasileiro²⁹, nas eleições gerais de 2018 houve a instalação de 220 seções eleitorais em 21 estados brasileiros e no DF, sem notícias de intercorrências negativas em razão destas seções.

Tudo isso demonstra que, se o objetivo com a ausência de voto do preso for de ordem operacional (*logística*), como sucintamente discutido na Assembleia Nacional Constituinte, esta restrição sucumbe diante da própria experiência de voto dos presos provisórios. Assim, é forçoso concluir que, do ponto de vista da necessidade, há outros meios menos gravosos de garantir a segurança pública e a segurança nos presídios em períodos eleitorais do que a simples negativa de voto ao condenado criminalmente. A restrição sucumbe, portanto, diante da análise da necessidade da restrição.

No entanto, se o objetivo da restrição é de caráter ético-jurídico, no sentido de imprimir uma punição (*adicional*) àquele que é condenado criminalmente ou ao agente condenado por ato de improbidade administrativa, a medida parece ser necessária. Afinal, a ideia é infligir punição adicional, de caráter cívico, àqueles que supostamente detêm desvios de caráter ético, de modo que a restrição de direitos políticos e, por consequência, o exercício do voto, é medida que parece necessária, especialmente diante da limitação temporal estabelecida para os dois casos.

Não se trata, com efeito, de perda definitiva dos direitos políticos e do direito de votar, mas de uma restrição meramente temporária, que retorna tão logo cumpridos os requisitos previstos na Constituição. Assim, parece que a medida é a necessária para atingir ao fim de punição adicional ao cidadão, fazendo-se necessário que se passe para a terceira etapa do exame de proporcionalidade. Ressalte-se que esta

²⁹ <https://www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/2018/Outubro/faltam-19-dias-presos-provisorios-poderao-votar-em-220-secoes-eleitorais-em-21-estados-e-no-df-1> - acesso em março de 2022.

análise se faz necessária apenas em relação à linha que entende ser a restrição de caráter ético-jurídico, na medida em que, pelo fundamento logístico (*operacional*), já houve sua derrocada diante da fase da necessidade.

Passa-se, então, especificamente em relação ao objetivo de caráter ético jurídico, à terceira fase de análise, consistente na **proporcionalidade em sentido estrito**. Nesta etapa se analisa a intensidade da restrição aos direitos fundamentais diante dos objetivos a serem alcançados. É uma análise, em palavras mais simplórias, de *custo-benefício* entre as restrições aos direitos fundamentais realizadas e os objetivos a serem alcançados com a referida restrição. Nas palavras de Humberto Ávila:

O exame da proporcionalidade em sentido estrito exige a comparação entre a importância da realização do fim e a intensidade da restrição aos direitos fundamentais. A pergunta que deve ser formulada é a seguinte: O grau e importância da promoção do fim justifica o grau de restrição aos direitos fundamentais? Ou, de outro modo: As vantagens causadas pela promoção do fim são proporcionais às desvantagens causadas pela adoção do meio? A valia da promoção do fim corresponde à desvalia da restrição causada? (ÁVILA, 2014, p. 216)

Com o fito de infligir uma penalidade adicional àquele agente ímprobo ou que pratica atos criminosos, já se viu que a medida é adequada (*vez que atinge o objetivo de punição adicional*) e necessária (*porquanto é a restrição que atinge a cidadania da pessoa*). A ideia de aplicar uma punição adicional, do ponto de vista cívico, às pessoas que cometem crimes ou atos de improbidade, se justifica diante da restrição aos direitos políticos, ainda que de forma temporária? Neste ponto, reputa-se importante rememorar as classificações apontadas no tópico precedente em relação aos crimes e aos atos de improbidade administrativa.

Em relação aos crimes, foi visto que é possível extrair inúmeras combinações relacionadas ao elemento subjetivo do agente, da gravidade em abstrato da infração penal e das penalidades efetivamente aplicadas a cada uma das espécies de delitos. Ou seja, é possível que se tenha um crime de menor potencial ofensivo, culposo e com aplicação de penas restritivas de direito em um extremo e, no extremo oposto, é possível que se tenha um crime hediondo doloso em regime fechado. As combinações são muitas a partir das classificações sugeridas no tópico anterior.

Ou seja, o direito penal, que naturalmente já é a última *ratio*, sendo aplicado apenas naquelas situações extremas, prevê *gradações de espécies de crime*, ao estipular que em alguns delitos, *verbi gratia*, sequer haverá a necessidade de

processamento criminal (*nos casos de sursis processual*) ou mesmo naqueles casos de condenação transitada em julgado sequer haverá necessidade de aplicação de pena corporal (*substituindo-se penas privativas de liberdade por restritivas de direitos*).

Para que se tenha uma ideia da relevância quantitativa destas situações em que o direito penal sequer aplica a penalidade corporal extrema (*pena privativa de liberdade*), de acordo com o Relatório da Justiça em números de 2021, publicado pelo CNJ³⁰, no final do ano de 2020 havia 1,7 milhão de Execuções Penais pendentes. Destas, 1,14 milhão se referiam a penas privativas de liberdade impostas e mais de 600 mil Execuções Penais que se referiam a penas não privativas de liberdade.

Especificamente quanto às penas privativas de liberdade, dados extraídos do endereço eletrônico do Departamento Nacional Penitenciário – DEPEN³¹ - mostram que há, em abril de 2022, 673.614 pessoas presas em celas físicas e 141.002 pessoas em prisão domiciliar. Das que estão em celas físicas, 332.480 correspondiam ao Regime Fechado, sendo as demais de outros regimes prisionais e presos provisórios. Do total daqueles encarcerados em prisão domiciliar, apenas 5.107 correspondiam ao regime fechado, sendo os demais pertencentes aos outros regimes e a presos provisórios.

Estes dados corroboram aquilo que o legislador quis para o próprio direito penal, no sentido de individualizar a pena e reinserir o indivíduo na sociedade: não é todo crime que gerará a pena privativa de liberdade; não é toda pena privativa de liberdade que gerará o encarceramento em regime fechado. Há uma gradação pensada pelo próprio legislador, a depender de uma série de circunstâncias próprias do direito penal e processual penal.

Feitas estas considerações, e voltando à análise da proporcionalidade em sentido estrito atinente à suspensão dos direitos políticos, é possível depreender que, em algumas situações, a aplicação da suspensão dos direitos políticos e, por corolário, da capacidade eleitoral ativa, não consegue ultrapassar a terceira etapa da técnica da ponderação. Com efeito, se até mesmo o direito que é a última *ratio* prevê medidas mais brandas para o condenado, a restrição aos direitos políticos de forma

³⁰ <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/11/relatorio-justica-em-numeros2021-221121.pdf> - acesso em abril de 2022

³¹ <https://www.gov.br/depen/pt-br/servicos/sisdepen> - acesso em abril de 2022

indiscriminada causa intensa restrição aos princípios do sufrágio universal, igualdade política e soberania popular.

Estando estes princípios na base do Estado de Direito Democrático, qualquer restrição a eles deve ser sempre analisada como uma medida extrema e indispensável para atingir aos fins da restrição. E, se até na seara criminal, há temperamentos em relação à pena aplicada em algumas situações, a aplicação das restrições nessas situações de abrandamento pelo ordenamento jurídico penal viola a proporcionalidade em sentido estrito e, por isso, não seria compatível com o Estado de Direito Democrático.

Em palavras mais claras, naquelas hipóteses em que o ordenamento jurídico-penal inflige as sanções mais severas ao indivíduo (*pena privativa de liberdade em regime fechado*), a punição adicional da suspensão dos direitos políticos é uma política do Constituinte que é compatível com o Estado de Direito Democrático. Esta restrição já é prevista, aliás, em variados documentos internacionais de Direitos Humanos³². No entanto, se o próprio ordenamento jurídico-penal prevê medidas mais brandas em relação ao extremo encarceramento (*sursis, regimes semiaberto e aberto, penas restritivas de direitos etc.*), a restrição deixa de ser proporcional em sentido estrito e, nesta medida, afetam princípios estruturantes do Estado de Direito Democrático e, com ele, é incompatível.

No tocante aos atos de improbidade administrativa, o objetivo da restrição imposta apenas poderia ser de carácter ético-jurídico, na medida em que a eventual condenação do agente ímprobo não o levará ao cárcere (*ao menos pela condenação em sede de improbidade administrativa*). A intenção do Constituinte foi, portanto, aplicar uma penalidade adicional ao agente considerado ímprobo.

Cumprе enfatizar que o Legislador ordinário, por meio da Lei 14.230/2021, que alterou sensivelmente a Lei de Improbidade Administrativa (*Lei 8.429/92*), realizou uma verdadeira interpretação autêntica dos dispositivos constitucionais e previu a suspensão dos direitos políticos não para todo e qualquer ato de improbidade administrativa, mas apenas para aqueles que causem enriquecimento ilícito ou para aqueles dolosos que causem prejuízo ao erário.

³² A título de exemplo, o art. 23, item 2, do Pacto de San José da Costa Rica prevê: “Art. 23. 2. A lei pode regular o exercício dos direitos e oportunidades, a que se refere o inciso anterior [que fala do direito de voto], exclusivamente por motivo de idade, nacionalidade, residência, idioma, instrução, capacidade civil ou mental, **ou condenação, por juiz competente, em processo penal.**”

Ou seja, o próprio legislador fez um exame de proporcionalidade da aplicação da penalidade cívica extrema a partir da gravidade da conduta ímproba, excluindo algumas situações que seriam de menor gravidade, tais como a condenação por violação a princípios da Administração Pública. Soma-se a isto o fato de o legislador ter deixado, em quaisquer hipóteses, a análise final ao encargo do magistrado, ao permitir, em seu art. 12, que as penalidades previstas em lei podem ser aplicadas de forma isolada ou cumulativa, a depender da gravidade do ato.

Nessa esteira de proporcionalidade realizada pelo próprio Legislador infraconstitucional, e considerando ainda a possibilidade atribuída ao próprio magistrado de fazer uma análise de proporcionalidade da restrição cívica extrema, revela-se que a aplicação da penalidade adicional se mostra proporcional com os princípios que estão na base do Estado de Direito Democrático e, com ele, portanto, é compatível.

4 Os caminhos possíveis

A partir das conclusões anteriormente apresentadas, verificou-se que é possível aos países restringirem os direitos políticos e, por via de consequência, do voto popular, desde que se trate de situação que atenda ao princípio da proporcionalidade. Esta restrição deve ser, entretanto, apenas de forma excepcional, para situações mais extremadas.

Especificamente quanto aos atos de improbidade administrativa, o próprio legislador realizou, em uma interpretação autêntica, o exame de proporcionalidade entre as restrições aos direitos políticos impostas e os atos ímprobos previstos. Neste exame de proporcionalidade, acabou por excluir algumas situações que outrora geravam a referida restrição, de modo que se entendeu pela compatibilidade desta interpretação com os princípios que estão na base do Estado de Direito Democrático e, por isso, seria com ele compatível.

Em relação à condenação criminal transitada em julgado, e em sendo o objetivo de caráter ético-jurídico, chegou-se à conclusão de que, nas situações em que o próprio ordenamento jurídico-penal já prevê medidas mais brandas ao condenado (*regimes menos severos, progressão de regime etc.*), há que se ter também uma necessária proporcionalidade em relação às penalidades cívicas aplicadas ao apenado. A restrição aos princípios que compõem a base do Estado de Direito Democrático seria, nesses casos, excessiva e desproporcional, reclamando soluções

diferentes à interpretação de que a suspensão dos direitos políticos é um efeito automático de toda e qualquer condenação criminal transitada em julgado.

Em relação a estes casos em que há incompatibilidade das restrições com o Estado de Direito Democrático, a orientação que se tem atualmente no âmbito da jurisprudência do STF, como será detalhado no Capítulo 5, é a de que se trata de um efeito automático de toda e qualquer condenação criminal. Porém, se se chegou à conclusão de que há incompatibilidade, quais os caminhos possíveis de serem trilhados para contornar esta situação? Vislumbram-se três caminhos.

O primeiro caminho diz respeito à possibilidade de o Supremo Tribunal Federal, quando instado a revisitar o tema, conferir interpretação conforme à Constituição da República, no sentido de, aplicando o princípio da proporcionalidade exposto no tópico anterior, interpretar a restrição como proporcional apenas naquelas situações em que o Direito Penal aplica a pena corporal mais grave (*regime fechado*), excluindo nas demais situações. Um dos defensores da interpretação conforme da restrição aos direitos políticos ora sob análise é o Constitucionalista Ingo Sarlet, cujas lições merecem transcrição:

Embora não se possa aqui ampliar a discussão, consideramos que as exigências da proporcionalidade não podem ser descuradas e que a referência genérica da Constituição no caso das condenações criminais não é incompatível com uma modulação, especialmente se esta for operada no sentido de não fazer incidir a suspensão em algumas hipóteses, como precisamente dá conta o exemplo de crimes culposos, ou mesmo delitos de menor potencial ofensivo e contravenções que não guardam relação com a atividade política, seja em sentido amplo, seja em sentido estrito. A exegese dominante – mas não necessariamente a melhor – de afirmar que a resposta constitucionalmente correta é a de suspender sempre em havendo condenação criminal está, no mínimo, a reclamar uma reavaliação, não sendo sequer, para o efeito de uma interpretação conforme, necessária uma regulamentação legal, que, de qualquer sorte, é desejável, de modo a evitar posições díspares e a respectiva insegurança, na dependência da posição pessoal de juízes e mesmo de um ou outro colegiado. (SARLET, 2013, p. 691)

O Supremo Tribunal Federal, com efeito, já se deparou com casos em que se discutia a suspensão dos direitos políticos em delitos que não levaram o apenado ao encarceramento em regime fechado. Nas ocasiões, manteve a posição de que se tratava de efeito da própria sentença condenatória, conquanto tenham sido julgamentos por maioria de votos, com votos divergentes exatamente no sentido de aplicar a proporcionalidade em algumas situações.

Esta interpretação conforme aconteceu, *mutatis mutandi*, em relação aos atos de improbidade administrativa em sede de Decisão Monocrática, de lavra do Min. Gilmar Mendes, nos autos da ADI 6678, que ainda não teve seu mérito julgado. Nada obstante, a própria Decisão Monocrática acabou por conferir uma interpretação conforme ao Texto Constitucional em relação às hipóteses de improbidade administrativa que veio a ser ratificada pelo Congresso Nacional (*quando da edição da Lei 14.230/2021*).

Um segundo caminho possível de ser trilhado é entender que as restrições constitucionais são normas que demandam a regulamentação do legislador infraconstitucional para que estabeleça as hipóteses em que haverá a suspensão dos direitos políticos. Esta posição foi defendida pelo Min. Sepúlveda Pertence, no RE 179.502, e pelo Min. Luiz Fux, no RE 601.189. Para o Min. Luiz Fux, aliás, o legislador já tinha cumprido seu papel de delimitar as hipóteses em que haveria a suspensão dos direitos políticos, por meio da edição da Lei Complementar 64/90 (*que trata dos casos de inelegibilidade*).

Nesse contexto, o legislador faria uma verdadeira interpretação autêntica do Texto Constitucional e deixaria claro quais as hipóteses em que incidiria a restrição aos direitos políticos e qual a abrangência desta suspensão. Medida similar foi feita, como já enfatizado, quando da edição da Lei 14.230/2021, conferindo uma verdadeira interpretação autêntica ao Texto Constitucional nos casos relacionados à improbidade administrativa.

Um terceiro caminho possível, enfim, e para evitar quaisquer dúvidas sobre compatibilidade de eventuais leis infraconstitucionais com o Texto Constitucional é a alteração da própria Constituição da República de 1988, não deixando dúvidas sobre as situações abrangidas pela suspensão dos direitos políticos e podendo prever, até mesmo, a ausência de suspensão dos direitos cívicos para os condenados criminalmente ou por atos de improbidade administrativa.

A tentativa de não suspender os direitos políticos foi tentada pela Deputada Constituinte Ana Maria Rattes, que chegou a apresentar Emenda à Proposta de Constituição que estava sendo discutida, e justificou nos seguintes fundamentos³³:

A suspensão dos direitos políticos constituía uma Pena Acessória, prevista no Art. 69, Inciso V, do Código Penal (Decreto-Lei nº. 2.848, de 07.12.1940) que era aplicada, como interdição de direitos, a todo

³³ <https://www.camara.leg.br/internet/constituicao20anos/DocumentosAvulsos/vol-75.pdf> - acesso em abril de 2022.

aquele que fosse condenado a pena privativa de liberdade, enquanto durasse a execução da pena, a aplicação de medida de segurança detentiva ou a incapacidade temporária para investidura em função pública (Art. 69, Parágrafo Único, Inciso V), resultando da simples imposição da pena principal (Art. 70, Parágrafo Único) e se tornando efetiva logo que passava em julgado a sentença condenatória (Art. 72).. Ocorre que toda a Parte Geral do Código Penal, compreendendo os artigos 19 a 120, foi revogada pela Lei nº 7.209, de 11.07.84, que aboliu, assim, as disposições dos antigos artigos 67 a 73, do primitivo Código, onde exatamente estavam previstas as chamadas Penas Acessórias, que eram aplicáveis, junto com a Pena Principal, em certas hipóteses, as quais, em consequência, deixaram de existir, o que significa que, em caso algum, o preso condenado poderá ficar com seus Direitos Políticos suspensos.

Aliás, o Art. 38, da Parte Geral do Código Penal introduzido pela citada lei nº 7.209/84, é expresso e taxativo ao prescrever que "o preso conserva todos os direitos não atingidos pela perda da liberdade, impondo-se à todas as autoridades o respeito a sua integridade física e moral", o que equivale dizer que, embora condenado, o preso continua tendo todos os direitos, exceto os alcançados pela privação da liberdade, devendo ser respeitada a inteireza de sua pessoa humana, tanto física como moralmente.

Portanto, a partir do advento das leis citadas, nenhum condena pode sofrer a imposição da Pena Acessória de suspensão dos seus Direitos Políticos. logo, o preso condenado pode, perfeitamente, exercer o seu direito de voto, se estiver alistado, ou até alistar-se, para poder votar, porque a Lei nº 4.733, de 14.07.1965, que substituiu o Código Eleitoral, ainda em pleno vigor, só proíbe o alistamento dos "que estejam privados, temporária ou definitivamente, dos Direitos Políticos".

O preso condenado só não poderá ser votado, mesmo estando alistado como eleitor, porque para concorrer a qualquer eleição, o candidato tem que ser previamente registrado e o requerimento de registro deve ser instruído, dentre outros documentos, com folha corrida. E, além disso, não possuiria a liberdade de locomoção indispensável ao cumprimento de um mandato, nem a idoneidade moral que deve ser requisito indispensável a quem se propõe à disputa de um cargo eletivo.

A participação do preso na vida política nacional é também uma forma de recuperá-lo socialmente e prepará-lo para uma futura reintegração na sociedade.

Todos os três caminhos sugeridos podem levar ao mesmo resultado, no sentido de trazer racional proporcionalidade à restrição aos direitos políticos, adequando-a aos ditames dos princípios da soberania popular, sufrágio universal e igualdade política que estão na base estruturante do Estado de Direito Democrático.

CAPÍTULO 5 – O ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E DE CORTES ESTRANGEIRAS/INTERNACIONAIS

1 Introdução

Muito embora o tema não seja, do ponto de vista da quantidade, largamente discutido ao redor do mundo, a discussão acerca da aplicação de penalidade cívica, com a impossibilidade de voto de algumas pessoas que cometeram atos considerados como infrações previstas em lei, não é uma exclusividade do Brasil. Com efeito, a discussão já chegou em Tribunais estrangeiros e internacionais e suscitou pontos de vista divergentes por onde debatida. Nesse contexto, depois de fazer uma análise da compatibilidade da restrição ao voto com o Estado de Direito Democrático nas hipóteses objeto da presente dissertação, faz-se adequada uma análise do entendimento da Corte Suprema brasileira e de Cortes estrangeiras em casos que possuem similaridade.

O objetivo do presente Capítulo 5, portanto, é expor três importantes casos decididos pelo Supremo Tribunal Federal, sendo dois concernentes a condenações criminais transitadas em julgado e um relativo aos atos de improbidade administrativa. Além disso, serão também apresentados casos emblemáticos julgados pela Suprema Corte dos Estados Unidos da América, do Canadá, da África do Sul e do Tribunal Europeu de Direitos Humanos.

2 O entendimento da Suprema Corte brasileira sobre o assunto

2.1. Recurso Extraordinário 179.502 – São Paulo

Em pesquisa realizada no âmbito da jurisprudência da Suprema Corte brasileira, observa-se que a primeira vez que a abrangência da suspensão dos direitos políticos foi abordada sob a égide da Constituição de 1988 se deu no paradigmático Recurso Extraordinário 179.502, oriundo do Estado de São Paulo, e reafirmado em julgamentos posteriores³⁴. O julgamento se deu em 31 de maio de 1995, tinha como relator o Ministro Moreira Alves, participando ainda do julgamento os Ministros Sepúlveda Pertence, Néri da Silveira, Sydney Sanches, Octavio Gallotti, Celso de

³⁴ O Supremo Tribunal Federal reiterou o entendimento firmado neste precedente, dentre outros casos, no RE577.012 AgR e RE 418.876.

Mello, Carlos Velloso, Marco Aurélio, Ilmar Galvão, Francisco Rezek e Maurício Corrêa.

Na origem, discutia-se a suspensão dos direitos políticos de um jornalista, condenado em 1989 por crime contra honra em razão de publicação em coluna da qual era subscritor, a pena de 4 (quatro) meses de detenção, tendo sido beneficiado com a suspensão condicional da pena (*sursis*) previsto no art. 77 do Código Penal brasileiro. Após discussões no âmbito do Estado de São Paulo, a matéria chegou ao TSE, que entendera pela manutenção dos direitos políticos no caso concreto. Em razão da decisão do TSE, a matéria foi levada ao Supremo Tribunal Federal em sede de Recurso Extraordinário.

O Relator do Recurso Extraordinário, Ministro Moreira Alves, votou no sentido de suspensão dos direitos políticos em razão de sua autoaplicabilidade, independentemente da natureza da condenação criminal imposta. Em sua fundamentação, o Relator rebateu os fundamentos constantes dos votos vencedores no TSE, especialmente afirmando dois pontos principais: a) a suspensão dos direitos políticos prevista para condenação criminal transitada em julgada, prevista no art. 15, III, é autoaplicável; b) a *ratio* da suspensão não é em razão da privação de liberdade, mas sim por razões éticas. Neste mesmo sentido foram os votos do Min. Ilmar Galvão, Carlos Velloso, Celso de Mello, Sydney Sanches e Néri da Silveira.

O Min. Maurício Corrêa apresentou o primeiro voto divergente, argumentando que a suspensão dos direitos políticos para os casos de condenação criminal não poderia se dar de forma irrestrita, para quaisquer crimes praticados, porquanto seria exigida uma interpretação sistemática com outros dispositivos. Nesta mesma linha, divergiu também o Min. Octávio Gallotti e Min. Marco Aurélio, tendo este último acrescentado que a teleologia da suspensão dos direitos políticos nos casos de condenação criminal seria apenas para aquelas hipóteses de impossibilidade material do exercício da cidadania, tendo em vista a locução *enquanto durarem seus efeitos*. Eis trecho do voto do Min. Marco Aurélio:

Não posso, Senhor Presidente, em primeiro lugar, dissociar essa locução final – ‘enquanto durarem seus efeitos’ – da análise sobre a ocorrência, ou não, da suspensão dos direitos políticos decorrentes da condenação criminal transitada em julgado.

Qual a razão de ser dessa condição imposta na parte final do inciso III do artigo 15 da Constituição Federal? É uma razão fluída e, assim, enquadro alusiva à ética tendo em conta os critérios para estabelecê-

la? Não, não creio que a razão de ser do dispositivo seja a homenagem estrita, absoluta à ética.

O preceito, quando se refere à duração dos efeitos da condenação, remete à impossibilidade material do exercício dos direitos políticos, dos direitos inerentes à cidadania.

Por fim, o Min. Sepúlveda Pertence, que presidia a sessão de julgamento, apresentou voto em que também divergia da maioria já formada, entendendo que os direitos políticos não poderiam ser suspensos em qualquer situação. Especificamente quanto ao fundamento ético, levantado pela maioria como um dos argumentos para a suspensão dos direitos políticos em qualquer condenação criminal, eis trecho do voto exarado pelo Presidente:

Pretende-se, aqui, para adotar a solução radicalíssima da douta maioria, que a sua fundamentação seja ética.

Com todas as vênias, parte-se, aqui, de uma visão, já um tanto quanto amarelecida pelo tempo, do Direito Penal como o mínimo ético. O Direito Penal, como todos os outros ramos do direito, é uma técnica utilitária de provocar ou evitar determinados comportamentos pela imputação de uma sanção ao comportamento contrário.

E daí o crime de sono e no dano culposo do Código Penal Militar, os casos de repressão penal das simples hipóteses nas quais será difícilimo emprestar coloridos éticos negativos.

Após este julgamento, por meio do qual o STF entendeu, por maioria, que a suspensão dos direitos políticos se aplicaria mesmo no caso de a pena ser suspensa condicionalmente (*sursis*), e como já enfatizado anteriormente, a Suprema Corte reiterou algumas outras vezes o entendimento firmado.

2.2. Recurso Extraordinário 601.182 – Minas Gerais

Em julgamento ocorrido no ano de 2019, quase 24 anos após o julgamento do Recurso Extraordinário visto no tópico precedente, o Supremo Tribunal Federal analisou o case que é objeto do Tema 370 da jurisprudência do Pretório Excelso, que tinha por objetivo analisar a abrangência do art. 15, III, da Constituição da República: seria a suspensão dos direitos políticos também aplicáveis àquelas hipóteses em que ocorre a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos? O conteúdo constante dos votos exarados joga luzes ao entendimento, ao menos por ora, da Corte Suprema brasileira sobre o tema.

Para a melhor compreensão da discussão, cumpre brevemente historiar o caso até sua chegada no Supremo Tribunal Federal. Em 05 de junho de 2002, por volta das

23:30h, na BR-381, na parte localizada no Município de Betim-MG, um cidadão foi abordado e fez uso de uma Carteira Nacional de Habilitação falsa. Tal fato levou o referido cidadão a ser julgado pela 3ª Vara Criminal da Comarca de Betim-MG, que o condenou a pena de 2 anos de reclusão, que foi imediatamente substituída por duas restritivas de direitos.

Após interpor recurso de apelação suscitando várias teses, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais deu parcial provimento, em votação por maioria, no sentido de revogar a suspensão dos direitos políticos que lhe tinha sido infligida pelo Juízo de primeiro grau como uma consequência automática da condenação. O Ministério Público, então, entendendo que deveria permanecer a suspensão dos direitos políticos em face do apenado que teve suas penas corporais substituídas, interpôs Recurso Extraordinário, que teve Repercussão Geral reconhecida e seu mérito já analisado.

A Corte Suprema fixou a partir do referido julgado, diga-se desde logo, a seguinte tese por maioria: “*A suspensão de direitos políticos prevista no art. 15, inc. III, da Constituição Federal aplica-se no caso de substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos.*” Os votos exarados para se julgar o caso concreto, no entanto, são reveladores do pensamento dos membros da Suprema Corte no que diz respeito ao tema.

Com efeito, votaram pelo desprovimento do Recurso Extraordinário (*ou seja, pela manutenção dos direitos políticos ao apenado*) os Ministros Marco Aurélio, que era o Relator do caso, e a Ministra Rosa Weber. Por outro lado, pelo provimento do recurso interposto (*pela suspensão dos direitos políticos, portanto*) votaram os Ministros Alexandre de Moraes (*que foi o redator do Acórdão*), Edson Fachin, Luis Roberto Barroso, Luiz Fux, Carmen Lúcia, Ricardo Lewandowski e Gilmar Mendes.

O enfoque extraído a partir da leitura dos votos dos Ministros parte não da análise da importância dos direitos políticos em si para o Estado de Direito Democrático, mas questiona se a suspensão dos direitos políticos prevista no art. 15, III, da Constituição da República de 1988, é ou não um efeito automático da condenação criminal. Nada obstante, há valiosas lições extraídas sobre a relação *suspensão dos direitos políticos x importância dos direitos políticos* dos votos exarados.

Com efeito, extrai-se do voto exarado pelo Min. Marco Aurélio que a suspensão dos direitos políticos prevista no art. 15, III, apenas seria possível naqueles casos em

que há uma impossibilidade material de seu exercício, com a efetiva restrição à liberdade de ir e vir. Em passagem elucidativa de seu voto, o Ministro chega a afirmar que “(...) *concluir-se de forma diversa, ter-se-á no cenário incongruência: o condenado é beneficiado com a substituição da pena privativa da liberdade pela restritiva de direitos e perde predicado inerente à cidadania – o viabilizador do exercício dos direitos políticos. Esse alcance o preceito constitucional não encerra.*”

Ainda do voto do Relator originário do feito, é possível extrair seu entendimento sobre a incongruência entre a progressão de regime prisional e a manutenção da suspensão dos direitos políticos: “*Como conciliar o regime menos gravoso com a automaticidade da suspensão dos direitos políticos? O réu é reintroduzido ao convívio social, mas o é como cidadão de segunda classe, verdadeiro pária, sem os direitos políticos.*”

A Ministra Rosa Weber, que também votou pela possibilidade de manutenção dos direitos políticos ao apenado beneficiado com a substituição de pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, apresentou relevantes argumentos sobre o tema. Com efeito, assentou a Ministra que o “*pressuposto institucional norteador da resposta a essa questão deve ser, antes de tudo, a prevalência da Constituição Federal, instituidora de um Estado Democrático de Direito marcado pela busca da máxima efetividade dos direitos fundamentais. E os direitos políticos são direitos fundamentais.*”

Ou seja, a despeito de o caso concreto analisar se a suspensão dos direitos políticos é ou não um efeito automático da condenação criminal, o norte interpretativo adotado pela Ministra é exatamente a relevância dos direitos políticos para o Estado Democrático de Direito e sua inclusão no rol de direitos fundamentais. Por isso, ressalta “*a importância intrínseca do processo democrático e o valor sagrado do sufrágio, deixando de lado leituras que eventualmente resumam os direitos políticos subjetivos assegurados na Constituição, bem como as ideias de democracia, de povo e de soberania popular, a categoria pertencente a uma espécie de **mitologia política** (...).*”

O voto da ministra conclui pela ausência de automaticidade da suspensão dos direitos políticos nos casos de condenação criminal, de modo que a suspensão ou perda dos direitos políticos prevista no art. 15 da CF não é uma sanção em si mesma, mas “*decorrências de ordem prática decorrentes dessas hipóteses*”, necessitando de decisão específica a seu respeito, portanto.

O Ministro Alexandre de Moraes foi o primeiro a inaugurar a divergência e, inclusive, foi o redator para o Acórdão. Ao analisar o voto exarado, percebe-se que o Ministro não teve como premissas de seu voto o regime democrático de direito, mas se ateve à análise da suspensão dos direitos políticos como efeito automático (*ou não*) da condenação criminal transitada em julgado. Para tanto, fez um histórico das Constituições brasileiras, desde a de 1824, salientando que a Constituição Imperial foi a única a fazer uma especificação quanto ao tipo de pena infligida e a consequente suspensão dos direitos políticos, para além de citar precedentes do Supremo Tribunal Federal. Eis trecho do voto:

A propósito, a Constituição de 25/03/1824 Constituição do Império previa em seu art. 8º, II, a suspensão dos direitos políticos por sentença condenatória a prisão, ou degredo, enquanto durarem os seus efeitos. Foi a única Carta brasileira que restringiu a suspensão dos direitos políticos à aplicação de determinadas espécies de pena, quais sejam, prisão ou degredo. Todas as demais Constituições previram a suspensão dos direitos políticos como consequência de uma condenação criminal, independentemente da espécie de pena aplicada.

(...)

Assim, partindo dessa linha de raciocínio, não me parece haver qualquer incompatibilidade na suspensão dos direitos políticos quando a pena privativa de liberdade é substituída por penas restritivas de direitos, uma vez que a imposição da pena substitutiva é consequência da condenação criminal. A pena substituída, nesta hipótese, não tem o condão de descaracterizar o decreto condenatório, haja vista que qualquer condenação criminal, seja ela privativa de liberdade ou restritivas de direitos, suspenderá os direitos políticos.

O voto exarado pelo Ministro Edson Fachin trouxe importante histórico sobre a divergência em torno do tema, ressaltando inclusive que o Procurador da República que fizera a sustentação oral divergia do Parecer lançado nos autos pela Procuradoria-Geral da República, denotando o alto grau de divergência em torno do tema. Em suas razões, no entanto, seguiu a divergência inaugurada a partir da hermenêutica das palavras apostas na Constituição (*condenação criminal*). Assim, concluiu que “*a latitude hermenêutica do inciso III do artigo 5º não (lhe) parece, com toda vênia, agasalhar a interpretação que dê ao vocábulo ‘condenação’ uma similitude com o modo pelo qual a imposição da sanção será cumprida.*”

O Ministro Luís Roberto Barroso consignou que, por muitas vezes, existem casos difíceis e casos mais fáceis, que encontram solução pré-pronta no ordenamento jurídico. Nessa linha de intelecção, entendeu que o caso se amoldava à espécie *fácil*,

na medida em que “a dicção da norma é inequívoca”. Depreende-se, portanto, que assim como o Ministro Fachin e Moraes, seguiu a linha de interpretação da abrangência das palavras dispostas na Constituição, sem abordar possíveis violações ao Estado de Direito Democrático.

Os Ministros Lewandowski e Carmen Lúcia optaram por seguir a divergência, a fim de seguir os precedentes já formados pelo Supremo Tribunal Federal no sentido de automaticidade da suspensão dos direitos políticos como efeito da condenação criminal transitada em julgado. Nessa mesma linha foi voto exarado pelo Ministro Gilmar Mendes, que seguiu a divergência em razão dos precedentes já fixados pela Corte Suprema em casos anteriores.

Por fim, o voto do Ministro Luiz Fux, a despeito de seguir a divergência no tocante ao provimento do Recurso Extraordinário que estava sob análise, seguiu uma linha interpretativa diferente, deixando ainda consignado que se tratava de um *hard case*. Com efeito, o voto do Ministro Fux salientou que o *leading case* sobre a matéria era o RE 179.502, e que seria possível extrair três linhas interpretativas. Seguem as palavras do voto exarado:

De toda sorte, o *leading case* desta Corte sobre a matéria revelou intensos debates, tendo se formado duas correntes interpretativas principais e uma terceira que, embora isolada, tem o peso de ter sido defendida pelo sempre lúcido e arguto voto do Ministro Sepúlveda Pertence. As três vias interpretativas podem ser assim sintetizadas, grosso modo:

(i) Para a corrente vencedora, o art. 15, III, da Constituição Federal é norma autoaplicável e a suspensão dos direitos políticos é efeito automático de toda e qualquer condenação criminal transitada em julgado, independentemente da natureza da pena aplicada, à luz de interpretação histórica e axiológica, aplicando-se, portanto, aos casos de aplicação de pena restritiva de direitos e de *sursis*;

(ii) Para a segunda corrente, o art. 15, III, da Constituição Federal, embora autoaplicável e gerador da suspensão automática dos direitos políticos, deve ser interpretado de modo a conferir máxima eficácia aos direitos fundamentais, razão pela qual, à luz da regra hermenêutica *exceptiones sunt strictissimae interpretationis*, o âmbito de aplicação da restrição de direitos fundamentais deve ser mínimo, apenas quando a pena aplicada se revelar incompatível com o exercício destes direitos;

(iii) Para a terceira corrente, consubstanciada no voto do Ministro Sepúlveda Pertence, tendo em vista interpretação sistemática da Lei Maior, o art. 15, inciso III, não seria autoaplicável, demandando regulamentação legal para sua aplicação.

A partir desta classificação, o Ministro Fux entendeu pela autoaplicabilidade das hipóteses de suspensão dos direitos políticos nos casos de condenação criminal transitada em julgado. No entanto, de acordo com seu voto, isso não excluía a possibilidade de o legislador definir o âmbito de incidência fática do dispositivo. E, nessa esteira, o legislador já teria estipulado crimes que não permitiriam o exercício dos direitos políticos na conhecida Lei da Ficha Limpa (LC 64/10). Ali, conquanto se dispusesse sobre capacidade eleitoral passiva, sua aplicação à capacidade eleitoral ativa também poderia ser conformada pelo intérprete. Em conclusão, o voto do Ministro Fux entende que a “*suspensão do jus suffragii (direito de votar, cidadania ativa), por esta interpretação, só poderá se dar nas hipóteses de condenações pelos crimes previstos na referida norma*”, qual seja, a Lei Complementar 64/10.

2.3. ADI 6678

Se os precedentes analisados anteriormente se restringiam à análise da hipótese prevista no art. 15, III, da CF, atinentes à condenação criminal transitada em julgado, a ADI 6678 tem por objeto analisar a suspensão dos direitos políticos nas hipóteses de improbidade administrativa, com importante decisão monocrática proferida em 2021 pelo Ministro Gilmar Mendes. Com efeito, o Partido Socialista Brasileiro – PSB – ingressou com Ação Direta de Inconstitucionalidade aduzindo a inconstitucionalidade parcial do art. 12, II e III, da Lei 8.429/92, com as redações ainda originárias e anteriores à redação dada pela Lei 14.230/2021, que tinham o seguinte teor:

Art. 12. Independentemente das sanções penais, civis e administrativas previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade sujeito às seguintes cominações, que podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente, de acordo com a gravidade do fato:

(...)

(...) II - na hipótese do art. 10, ressarcimento integral do dano, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, se concorrer esta circunstância, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de cinco a oito anos, pagamento de multa civil de até duas vezes o valor do dano e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de cinco anos;

(...) III - na hipótese do art. 11, ressarcimento integral do dano, se houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de três a cinco anos, pagamento de multa civil de até cem vezes o valor

da remuneração percebida pelo agente e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de três anos.

O autor da Ação Direta de Inconstitucionalidade questionava, na inicial, a inconstitucionalidade da suspensão dos direitos políticos previsto no art. 12, II (*na modalidade culposa*) e no inciso III, em razão de não se adequarem à necessária proporcionalidade exigida pelo art. 37, §4º, da Constituição da República que preconiza uma necessária *gradação* entre as hipóteses de improbidade administrativa.

Apesar de o próprio legislador ter modificado o texto legislativo com a redação dada pela Lei 14.230/2021, o que atende parcialmente aquilo que foi vindicado na inicial da ADI, foi proferida Medida Cautelar pelo Min. Gilmar Mendes, *ad referendum* do Plenário do STF, e à época *de lege ferenda*, que concedeu a tutela de urgência vindicada, a fim de “*conferir interpretação conforme à Constituição ao inciso II do artigo 12 da Lei 8.429/1992, estabelecendo que a sanção de suspensão de direitos políticos não se aplica a atos de improbidade culposos que causem dano ao erário*” e “*suspender a vigência da expressão ‘suspensão dos direitos políticos de três a cinco anos’ do inciso III do art. 12 da Lei 8.429/1992*”.

A despeito da mudança legislativa, os argumentos utilizados na decisão judicial demonstram o espírito de interpretação excepcionalíssima dada às hipóteses de suspensão dos direitos políticos em razão de seu relevo para a democracia adotada no Brasil. Com efeito, apesar de reconhecer a faculdade atribuída ao legislador para prever a suspensão dos direitos políticos nos atos de improbidade, a decisão mencionada salienta que se trata de uma norma restritiva de direitos fundamentais e, como tal, deve ser interpretada restritivamente. É válido, neste ponto, transcrever passagem específica da Decisão Monocrática sobre a excepcionalidade da restrição³⁵:

Isso significa que todo o sistema de persecução e tutela da probidade administrativa deve observar o pressuposto hermenêutico de que a suspensão de direitos políticos constitui exceção no ordenamento constitucional, de modo que sua aplicação deve reservar-se a situações específicas elencadas na Constituição e descortinadas pelo legislador ordinário à luz dessa premissa.

³⁵ Trecho da Decisão Monocrática proferida na ADI 6678-MC, de lavra do Min. Gilmar Mendes. P. 8/9.

A limitação é relevante e coerente com o sistema de direitos e garantias fundamentais estabelecido com a Constituição de 1988. O Constituinte, diante do passado ditatorial, esmerou-se em assegurar e potencializar a plena participação política dos cidadãos. As exceções foram taxativamente abordadas, de modo que a regra seja o pleno exercício dos direitos políticos.

É eloquente, nesse sentido, que o artigo 15 preveja que a suspensão de direitos políticos **'só se dará'** nos casos de (...) improbidade administrativa, nos termos do art. 37, § 4º.

Assim, estabelecendo como premissas a excepcionalidade da suspensão dos direitos políticos e a necessidade de gradação das penalidades pelo legislador, a decisão judicial faz incursão na análise de eventual excesso do legislador nas penalidades políticas previstas no art. 12, II e III, da Lei de Improbidade Administrativa, violando a necessária proporcionalidade na atuação legislativa. É que haveria, como de fato há, medidas alternativas previstas na própria legislação pátria para coibir adequadamente os atos ímprobos de lesão ao erário culposa e violação a princípios, sem que se atinja o direito máximo de participação política do cidadão.

É interessante salientar que a decisão faz um diálogo institucional com o legislador, na medida em que menciona a tramitação de Projeto de Lei 2505/2021, convocado na Lei 14.230/2021, e que acabou por alterar os dispositivos reputados inconstitucionais na exordial e convergiu com a decisão monocrática proferida pelo Ministro Gilmar Mendes. É que, apesar de o art. 12, II, ainda prever penalidade de suspensão dos direitos políticos, apenas ocorrerá atos de improbidade que causem lesão ao erário na modalidade dolosa; no tocante à violação de princípios, prevista no art. 12, III, houve a expressa supressão desta modalidade de sanção:

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

(...)

Art. 12. Independentemente do ressarcimento integral do dano patrimonial, se efetivo, e das sanções penais comuns e de responsabilidade, civis e administrativas previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade sujeito às seguintes cominações, que podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente, de acordo com a gravidade do fato:

(...)

II - na hipótese do art. 10 desta Lei, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, se concorrer esta circunstância, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos até 12 (doze) anos, pagamento de multa civil equivalente ao valor do dano e

proibição de contratar com o poder público ou de receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo não superior a 12 (doze) anos;

III - na hipótese do art. 11 desta Lei, pagamento de multa civil de até 24 (vinte e quatro) vezes o valor da remuneração percebida pelo agente e proibição de contratar com o poder público ou de receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo não superior a 4 (quatro) anos; (grifos aditados)

O que se extrai desta decisão, confirmada posteriormente pelo legislador, é que o espírito das instituições no tocante à penalidade máxima de suspensão dos direitos políticos é restrita apenas àquelas hipóteses de atos de improbidade administrativa de maior gravidade, sendo violadora da proporcionalidade sua previsão para situações de improbidade administrativa de menor gravidade.

2.4. A síntese do entendimento do Supremo Tribunal Federal

Apresentados três importantes processos que tramitaram/tramitam no Supremo Tribunal Federal sobre o assunto, sendo dois especificamente quanto aos casos de condenação criminal transitada em julgado e um relacionado aos atos de improbidade administrativa, é preciso fazer uma apresentação sintética sobre o que vem entendendo a Suprema Corte brasileira sobre o assunto.

Em relação às hipóteses de suspensão dos direitos políticos em razão de condenação criminal com trânsito em julgado, tanto no julgamento ocorrido em 1995, quanto no julgamento ocorrido em 2019, a Suprema Corte brasileira entendeu que, mesmo nos casos de situações penais menos graves (*que permitiam a aplicação de sursis e que foi convertida para restritiva de direitos*), haveria automaticidade da suspensão como efeito da condenação, enquanto durasse a pena.

A despeito do posicionamento, é preciso assentar que não foram unânimes, porquanto manifestaram-se alguns ministros de forma divergente, denotando o altíssimo grau de controvérsia da matéria tanto na atual composição da Supremo Tribunal Federal quanto naquela existente em 1995. Os argumentos contrários à corrente vencedora utilizados em 1995 foram repetidos no julgamento ocorrido no ano de 2019, denotando a possibilidade de uma revisitação ao tema em momento não muito distante.

No tocante à suspensão dos direitos políticos em razão de improbidade administrativa, apesar de se tratar de decisão monocrática, verifica-se que a tendência da Corte é exatamente manter este entendimento de se observar a proporcionalidade nas hipóteses menos graves, especialmente em razão de o próprio legislador ter agasalhado *in totum* aquilo que foi decidido pelo STF quando da edição da Lei 14.230/2021.

3 O tema no Direito Comparado

Em momentos precedentes do presente trabalho, foram feitas considerações acerca da previsão dos direitos políticos em variados documentos internacionais sobre direitos humanos, tais como a Declaração Universal de Direitos Humanos, Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e Convenção Americana de Direitos Humanos (*San Jose da Costa Rica*). Esta previsão dos direitos políticos como um direito fundamental do ser humano (*direitos humanos*) acabou por gerar, em alguns casos concretos, decisões de Cortes Internacionais e de outros Países que merecem estudo, a fim de que o Direito Comparado possa também jogar luzes às pesquisas feitas na presente dissertação.

3.1. Casos nos Estados Unidos da América

A Suprema Corte Norte Americana foi provocada algumas vezes para dirimir conflitos entre internos do sistema prisional e a impossibilidade de se materializar o exercício do voto em razão da clausura. A base comum para que se levasse o caso até à Corte Suprema dizia respeito, fundamentalmente, a possíveis violações à igualdade insculpida na Emenda 14 da Constituição dos Estados Unidos da América.

No caso *McDonald v. Board of Election Comm'rs*³⁶, julgado pela Suprema Corte em 1969, eleitores com prisão preventiva no Estado de Illinois entendiam que havia falhas estatais em razão de não serem incluídos entre as classes de eleitores com direito a votos ausentes, situação que violaria a *Equal Protection Clause* trazida com a Emenda 14 à Constituição Americana. Naquela ocasião, a Suprema Corte dos Estados Unidos concluiu não haver provas de que os petionantes estavam absolutamente proibidos de votar.

³⁶ <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/394/802/> - 394 U.S. 802 (1969)

Já em 1973, no caso *Goosby v. Osser*³⁷, prisioneiros do sistema da Pensilvânia alegavam que as disposições do Código Eleitoral estadual proibiam completamente o direito ao voto àqueles que estavam confinados em instituições penais, negando os direitos de igualdade e do devido processo previstos na Emenda 14. A Suprema Corte não analisou propriamente o mérito da questão envolvendo o presente caso, porquanto devolveu à instância de origem para que fosse julgado por um Tribunal composto por três juízes.

Chegou também na Suprema Corte Norte-Americana o caso *O'Brien v. Skinner*³⁸, julgado em 1974, oriundo do Tribunal de Apelações do Estado de Nova York. A origem do caso se deu a partir do pedido de 72 prisioneiros para que fosse instalada uma unidade de registro móvel na prisão do Condado de Monroe, tendo sido este pedido negado. Posteriormente, solicitaram que fossem transportados para locais de votação, o que também foi negado pelas autoridades.

Diante dessas negativas, os confinados na prisão solicitaram e a Suprema Corte do Condado de Monroe atendeu à solicitação, interpretando que os internos estavam em *physical disability* (deficiência física) em razão de sua impossibilidade de locomoção, o que permitiria a utilização do *absentee ballot* (*sistema que permite o envio do voto à distância*). No entanto, esta decisão foi reformada pelo Tribunal de Apelações de Nova York que, em tradução livre, decidiu que o “*direito de voto não protege ou garante contra aquelas circunstâncias que tornam o voto impraticável*”.

A Suprema Corte Norte-Americana entendeu que as restrições aplicáveis aos internos não se sustentavam diante da Décima Quarta Emenda, que trata da cláusula de igualdade, especialmente em razão de a legislação estadual permitir o voto à distância em inúmeras situações (*viagem a negócios, lazer, deficiência física, hospitalização etc.*) e até mesmo para pessoas que estivessem reclusas fora de seu local de residência, mas negar o mesmo direito aos internos em sistema prisional no local em que eram domiciliados.

Estas decisões proferidas pela Suprema Corte dos EUA demonstram que a interpretação acerca da capacidade eleitoral ativa (*direito de votar*) era sempre ampliativa, especialmente em razão da necessidade de observância da igualdade

³⁷ <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/409/512/#tab-opinion-1949979> - 409 US 512 (1973)

³⁸ <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/414/524/> - 414 U.S. 524 (1974)

entre os cidadãos. Esse espírito ampliativo verificado nessas decisões judiciais também se reflete na ampliação provocada pelo próprio legislador dos estados americanos que, em um movimento constante, edita novas legislações que retiram da exclusão do direito de voto pessoas que outrora eram impossibilitadas de votar.

Com efeito, de acordo com estudos feitos pelo *The Sentencing Project*, uma Organização Não-Governamental e sem fins lucrativos sediada nos Estados Unidos³⁹, entre os anos de 1997 e 2018, 23 estados Norte-Americanos reformaram suas legislações eleitorais para reduzir a restrição na participação popular daqueles que tinham alguma relação com persecução criminal por meio do voto, o que resultou na reinclusão de algo em torno de 1,4 milhão de eleitores. Estas mudanças verificadas nos últimos anos nos Estados Unidos demonstra o ímpeto nacional para reforma das leis restritivas, como observado pelo referido instituto em seu Relatório (2018, p. 3):

*These policy changes represent national momentum for reform of restrictive voting rights laws. As a result of the reforms achieved during the period from 1997-2018, an estimated 1.4 million people have regained the right to vote.*⁴⁰

Em muitas dessas reformas estaduais, o ponto nevrálgico da mudança era exatamente permitir que pessoas condenadas a crimes menos graves, em liberdade condicional ou sem que houvesse a aplicação de pena de prisão tivessem o direito de voto mantido. Nestes casos podem ser citados os estados do Alabama, Califórnia, Connecticut, Nova York, Rhode Island. Em muitos estados houve, ainda, a revogação da cassação vitalícia, tais como em Delaware, Maryland e Novo México.

Apesar de todos estes avanços verificados nos Estados Unidos, nas eleições ocorridas em 2018 ainda havia mais de 6 milhões de pessoas com o exercício do voto obstado em razão de questões criminais. Deste número total, mais de 4,7 milhões de pessoas sequer estavam recolhidos à prisão, mas vivem em um dos 34 estados Norte-Americanos que têm uma legislação mais rígida e não permitem o voto daqueles que estão em cumprimento de pena ou em liberdade condicional.

Nada obstante esse quantitativo ainda expressivo de pessoas excluídas do exercício do voto nos Estados Unidos, verifica-se, como enfatizado anteriormente, que

³⁹ <https://www.sentencingproject.org/publications/expanding-vote-two-decades-felony-disenfranchisement-reforms/> - acesso em dezembro de 2021.

⁴⁰ Em tradução livre: “Essas mudanças de política representam ímpeto para a reforma dos direitos de voto restritivos leis. Como resultado das reformas alcançadas durante o período de 1997-2018, uma estimativa de 1,4 milhões de pessoas recuperaram o direito de voto.”

o espírito existente desde a década de 60 não é de caráter restritivo, mas sim ampliativo, verificado tanto nas decisões proferidas pela Suprema Corte dos EUA quanto pelas reformas eleitorais ocorridos nos variados estados-membros daquele país.

3.2. Caso *Sauvé v. Canadá*

No ano de 2002, a Suprema Corte do Canadá julgou caso relacionado à possibilidade de prisioneiros exercerem o seu direito de voto diante de disposições legais confrontadas à luz da Carta Constitucional daquele país. Com efeito, a Lei Eleitoral do Canadá, em sua Seção 51 (e), negava do direito de voto à “*própria pessoa que está presa em uma instituição correcional cumprindo pena de dois anos ou mais*” de modo que esta disposição teve sua constitucionalidade questionada à luz da Carta Canadense de Direitos e Liberdades. As disposições paradigmas para o pedido de declaração de inconstitucionalidade eram as Seções 3 e 15 (1) da referida Carta, que tem a seguinte redação:

Seção 3 - Todo cidadão do Canadá tem o direito de votar em uma eleição de membros da Câmara dos Comuns ou de uma assembleia legislativa e de ser qualificado como membro.

Seção 15 (1) - Todo indivíduo é igual perante e sob a lei e tem direito à igual proteção e igual benefício da lei, sem discriminação e, em particular, sem discriminação com base na raça, nacionalidade ou origem étnica, cor, religião, sexo, idade ou deficiência física ou mental.⁴¹

Comprovando que o tema é divergente nas variadas Cortes Constitucionais do mundo, o julgamento se deu por maioria de votos (5x4). Votou no sentido de inconstitucionalidade da restrição imposta pela Lei Eleitoral McLachlin CJ, no que foi seguido por Iacobucci, Binnie, Arbour e LeBel JJ, que formaram a maioria. Por sua vez, votou de forma dissonante Gonthier, tendo sido acompanhado por L’Heureux-Dubê, Major e Bastarache JJ.

O juiz de primeira instância, Wetston J., em 1996, entendeu que a restrição imposta pela Lei Eleitoral do Canadá violava a Carta Canadense de Direitos e Liberdades. Mencionou o Juiz de primeira instância que a negação ao direito de voto dificultara a reabilitação dos infratores e sua reintegração bem-sucedida na

⁴¹ No original: 3 “Every citizen of Canada has the right to vote in an election of members of the House of Commons or of a legislative assembly and to be qualified for membership therein.” – 15 (1) “Every individual is equal before and under the law and has the right to the equal protection and equal benefit of the law without discrimination and, in particular, without discrimination based on race, national or ethnic origin, colour, religion, sex, age or mental or physical disability.”

comunidade, de modo que as consequências negativas da restrição eram desproporcionais em relação a quaisquer benefícios que pudesse produzir.

O entendimento firmado pela primeira instância foi reformado pelo Tribunal Federal de Apelação em 2000. Com efeito, em julgamento por maioria, houve a reforma do entendimento fixado originariamente, sobretudo em prestígio ao papel do Parlamento de manter e reforçar a integridade do processo eleitoral. Entendeu-se que a negação do direito de voto objeto de discussão enquadrava-se em um rol razoável de possíveis alternativas à disposição do Parlamento para atingir os seus objetivos, não sendo demasiadamente ampla ou desproporcional.

Na Suprema Corte Canadense, o entendimento exarado pelo julgador McLachlin CJ foi o que prevaleceu, reconhecendo a incompatibilidade da restrição imposta pela Lei Eleitoral diante da Carta Canadense de Direitos e Liberdades. Ao firmar seu entendimento, julgador fez importantes considerações sobre o Estado de Direito e Democracia vividos no Canadá, entendendo pela imprescindibilidade do voto para sua manutenção. Nas palavras proferidas pelo julgador McLachlin CJ, em tradução livre:

13 Os direitos democráticos fundamentais dos canadenses não se enquadram em uma “gama de alternativas aceitáveis” entre as quais o Parlamento pode escolher e escolher a seu critério. A deferência pode ser apropriada em uma decisão envolvendo políticas sociais e políticas concorrentes. Não é apropriado, no entanto, sobre uma decisão de limitar os direitos fundamentais. Este caso não é apenas uma competição entre filosofias sociais concorrentes. Representa um conflito entre o direito dos cidadãos de votar - um dos direitos mais fundamentais garantidos pela Carta - e a negação desse direito pelo Parlamento. O debate público sobre uma questão não a transforma em uma questão de “filosofia social”, protegendo-a do escrutínio judicial completo. Cabe aos tribunais, não afetados pelos ventos inconstantes da opinião pública e dos interesses eleitorais, salvaguardar o direito de voto garantido por s. 3 da Carta .

14 Os direitos da Carta não são uma questão de privilégio ou mérito, mas uma função de pertencer à política canadense que não pode ser descartada levemente. Isto é manifestamente verdadeiro no que diz respeito ao direito de voto, pedra angular da democracia, isento da incursão permitida nos demais direitos através do s. 33 substituir. Assim, os tribunais que consideram negações de direitos de voto aplicaram um padrão de justificação rigoroso: *Sauvé v. Canadá (Procurador-Geral)* (1992), 7 OR (3d) 481 (CA) (" *Sauvé No. 1* ") e *Belczowski v. Canadá* , [1992] 2 FC 440 (CA).

15 A Carta encarrega os tribunais de defender e manter uma estrutura democrática inclusiva e participativa dentro da qual os cidadãos podem explorar e buscar diferentes concepções do bem. Embora uma postura de deferência judicial às decisões legislativas sobre política social possa ser apropriada em alguns casos, a legislação em questão não se

enquadra nesta categoria. Pelo contrário, é precisamente quando as escolhas legislativas ameaçam minar os fundamentos da democracia participativa garantida pela Carta que os tribunais devem estar vigilantes no cumprimento do seu dever constitucional de proteger a integridade deste sistema.

Especificamente quanto aos objetivos apontados pelo governo para a restrição do voto imposto aos prisioneiros, havia dois pontos indicados que seriam o mote da impossibilidade de votar: a) aumento da responsabilidade cívica e pelo Estado de Direito; b) fornecer punição adicional, reforçando os propósitos das sanções criminais. O governo apresentara três fundamentos para demonstrar a conexão racional entre a limitação do voto e o objetivo de aumentar o respeito pela lei: a) o não exercício do voto pelos reclusos no sistema penitenciário seria uma *mensagem educativa* aos reclusos e à sociedade em geral; b) a permissão do voto pelos presidiários rebaixaria o sistema político; c) a privação de direitos é uma forma legítima de punição.

No tocante à *mensagem educativa* que seria passada, o julgador McLachlin CJ entendia o contrário. Em seu entendimento, a negativa do exercício do voto pelos presidiários representava uma violação ao próprio Estado de Direito, na medida em que a legitimidade dos elaboradores da lei advém exatamente de os eleitores escolherem quem irá elaborar as leis. Seria, pois, um verdadeiro contrassenso com a própria base democrática do país. Nas suas palavras:

31 Negar aos presidiários o direito de voto representa falsamente a natureza de nossos direitos e obrigações perante a lei e, conseqüentemente, os prejudica. Em uma democracia como a nossa, o poder dos legisladores flui dos cidadãos votantes, e os legisladores agem como seus representantes. Essa delegação de eleitores em legisladores confere à lei sua legitimidade ou força. Correlativamente, a obrigação de obedecer à lei decorre do fato de a lei ser feita por e em nome dos cidadãos. Em suma, a legitimidade da lei e a obrigação de obedecer à lei decorrem diretamente do direito de voto de todo cidadão. Na prática, exigimos que todos dentro dos limites de nosso país obedeçam às suas leis, votem ou não. Mas isso não nega o simbólico vital, relação teórica e prática entre ter voz na elaboração da lei e ser obrigado a obedecê-la. Esta conexão, herdada da teoria do contrato social e consagrada na Carta, está no cerne do nosso sistema de democracia constitucional.

32 O governo entende essa conexão exatamente ao contrário quando tenta argumentar que privar as pessoas de uma voz no governo as ensina a obedecer à lei. A “mensagem educativa” que o governo pretende enviar pelos presidiários que estão privando-os dos direitos civis é tanto antidemocrática quanto internamente contraditória. Negar a um cidadão o direito de voto nega a base da legitimidade democrática. Diz que os delegados eleitos pelos cidadãos podem, então, impedir

esses próprios cidadãos, ou uma parte deles, de participar em futuras eleições. Mas se aceitarmos que o poder governamental em uma democracia flui dos cidadãos, é difícil ver como esse poder pode ser legitimamente usado para privar os próprios cidadãos de quem o poder do governo flui.

(...)

38 Os vínculos teóricos e constitucionais entre o direito de voto e o respeito pelo Estado de Direito refletem-se nas realidades práticas da população carcerária e na necessidade de reforçar, ao invés de minar, o sentimento de conexão entre os presos e a sociedade como um todo. O governo argumenta que a privação de direitos irá “educar” e reabilitar os presos. No entanto, é mais provável que a privação de direitos se torne uma profecia autorrealizável do que um incentivo à reintegração. Privar indivíduos em risco de seu senso de identidade coletiva e filiação à comunidade provavelmente não instilará um senso de responsabilidade e identidade comunitária, enquanto o direito de participar da votação ajuda a ensinar valores democráticos e responsabilidade social (testemunho do professor Jackson, apelantes ' registro nas pp. 2001-2). Como JS Mill escreveu:

(...)

47 O pacto social exige que o cidadão obedeça às leis criadas pelo processo democrático. Mas isso não significa que deixar de fazê-lo anula a continuação da filiação do cidadão ao governo autônomo. Na verdade, o remédio para prisão por um período, em vez de exílio permanente, implica nossa aceitação de continuarmos a pertencer à ordem social. Certos direitos são justificadamente limitados por razões penais, incluindo aspectos dos direitos à liberdade, segurança da pessoa, mobilidade e segurança contra busca e apreensão. Mas se um direito é justificadamente limitado não pode ser determinado observando-se que um ofensor, por suas ações, se retirou do pacto social. De fato, o direito do Estado de punir e a obrigação do criminoso de aceitá-lo estão vinculados à aceitação do criminoso pela sociedade como uma pessoa com direitos e responsabilidades. De outros As disposições da Carta tornam isso claro. Assim s. 11 protege infratores condenados de julgamentos injustos, e s. 12 de “tratamento ou punição cruel e incomum”.

O entendimento firmado pela Corte Suprema do Canadá remete ao Capítulo 2 da presente dissertação, ao mencionar possíveis erosões no Estado de Direito pela ausência de capacidade eleitoral ativa daqueles que têm os direitos políticos suspensos no Brasil. Como consignou o Julgador McLachlin CJ, “*se um direito é justificadamente limitado não pode ser determinado observando-se que um ofensor, por suas ações, se retirou do pacto social (...)*”. A conclusão da Suprema Corte canadense foi, portanto, ampliativa de direitos, declarando a incompatibilidade de restrições impostas por legislação eleitoral diante da Carta de Direitos do Canadá.

3.3. Caso *Hirst v. Reino Unido*

O continente europeu também possui precedente relevante sobre o voto das pessoas condenadas criminalmente e sua eventual incompatibilidade com normas de *status* constitucional. Trata-se do julgamento conhecido como *Hirst v. Reino Unido*, julgado no ano de 2005 pelo Tribunal Europeu dos Direitos Humanos.

O caso se origina com o pedido do britânico *John Hirst*, recluso condenado por crime, de declaração de incompatibilidade de seu impedimento de votar em razão do que dispõe atos internacionais de direitos humanos. *Hirst* se confessou culpado de homicídio culposo, devidamente aceito pelas autoridades competentes, tendo sido condenado a prisão perpétua. Em razão do que dispõe a Seção 3 da Lei da Representação do Povo de 1983 (*Reino Unido*)⁴², *Hirst* estaria impedido de votar em eleições parlamentares ou locais, motivo pelo qual buscou a declaração de incompatibilidade desta vedação com a Convenção Europeia de Direitos Humanos, notadamente com seu art. 3º - Protocolo nº 01:

As Altas Partes Contratantes obrigam - se a organizar, com intervalos razoáveis, eleições livres, por escrutínio secreto, em condições que assegurem a livre expressão da opinião do povo na eleição do órgão legislativo.

Inicialmente o processo foi instaurado e julgado perante a Câmara do Tribunal Europeu de Direitos Humanos - TEDH, que decidiu pela impossibilidade de se impor genericamente a vedação ao exercício do voto pelos prisioneiros, sem que se leve em consideração questões particulares do caso concreto, tais como gravidade do delito, crimes em específico etc. Com efeito, na visão da Câmara do TEDH, a despeito de ser possível às legislações dos países estabelecerem as restrições ao voto dos prisioneiros, a proibição absoluta sem que se sopesse situações específicas violaria a CEDH. O caso foi levado, então, ao Tribunal Pleno do TEDH.

O Tribunal Pleno do TEDH entendeu, por 12 votos a 5, ratificando a controvérsia do tema ao redor do mundo, que a restrição indiscriminada ao voto aplicada aos presos do Reino Unido violava o art. 3º do Protocolo nº 01 da Convenção Europeia de Direitos Humanos, na medida em que a indiscriminada e geral restrição

⁴² “Seção 3 (1) Uma pessoa condenada durante o tempo em que está detida em uma instituição penal em cumprimento de sua sentença ... é legalmente incapaz de votar em qualquer eleição parlamentar ou local.”

estaria fora de qualquer margem aceitável de apreciação. Eis trecho do julgamento, em tradução livre do original⁴³:

“82. Portanto, embora a Corte reitere que a margem de apreciação é ampla, ela não abrange tudo. Além disso, embora a situação tenha melhorado um pouco com a Lei de 2000, que pela primeira vez concedeu o voto às pessoas detidas em prisão preventiva, a seção 3 da Lei de 1983 continua sendo um instrumento contundente. Retira o direito da Convenção de votar uma categoria significativa de pessoas e o faz de forma indiscriminada. A disposição impõe uma restrição geral a todos os presos condenados na prisão. Aplica-se automaticamente a esses prisioneiros, independentemente da duração da pena e da natureza ou gravidade da sua infração e das suas circunstâncias individuais. Essa geral, automática e indiscriminada restrição a um direito da Convenção de importância vital deve ser vista como estando fora de qualquer margem aceitável de apreciação, por mais ampla que essa margem possa ser, e como sendo incompatível com o Artigo 3 do Protocolo No. 1.”

No presente caso, é válido reiterar que a Corte Europeia não decidiu pela impossibilidade de restrição ao exercício do voto por presos, conforme deliberação de cada país Europeu. Ao revés, salientou que esta possibilidade é bastante ampla, mas exige que o legislador sopesse adequadamente sobre os objetivos que se pretende atingir e a proporcionalidade da medida adotada no caso concreto. Nesse sentido, vale transcrever trecho do julgamento proferido:

59. Conforme salientado pelo recorrente, o direito de voto não é um privilégio. No século XXI, a presunção em um Estado democrático deve ser a favor da inclusão, como pode ser ilustrado, por exemplo, pela história parlamentar do Reino Unido e de outros países onde a franquia foi gradualmente ampliada ao longo dos séculos de seletos indivíduos, grupos de elite ou setores da população aprovados por aqueles que estão no poder. O sufrágio universal tornou-se o princípio básico (ver Mathieu-Mohin e Clerfayt , citado acima, p. 23, § 51, citando X v. Alemanha , no. 2728/66 , decisão da Comissão de 6 de outubro de 1967, Coleção 25, pp. 38 -41).

60. No entanto, os direitos conferidos pelo Artigo 3 do Protocolo nº 1 não são absolutos. Há espaço para limitações implícitas e os Estados Contratantes devem ter uma margem de apreciação nesta esfera.

61. Tem havido muita discussão sobre a amplitude desta margem no presente caso. A Corte reafirma que a margem nesta área é ampla (ver Mathieu-Mohin e Clerfayt , citado acima, p. 23, § 52, e, mais recentemente, Matthews v. The United Kingdom [GC], no. 24833/94 , § 63, ECHR 1999-I; ver também Labita c. Itália [GC], no. 26772/95 , § 201, ECHR 2000-IV, e Podkolzina c. Letônia , no. 46726/99 , § 33, ECHR 2002- II). Existem inúmeras maneiras de organizar e administrar os sistemas eleitorais e uma grande variedade de diferenças, entre outras, no desenvolvimento histórico, na diversidade cultural e no pensamento político na Europa, que cabe a cada Estado Contratante moldar na sua própria visão democrática.

⁴³ Original em <https://www.bailii.org/eu/cases/ECHR/2005/681.html> - acesso em dezembro de 2021.

Verifica-se, portanto, que o entendimento proferido pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos reconhece a possibilidade de cada país adotar restrições ao exercício do voto pelos prisioneiros de forma relativamente ampla. Essas restrições, no entanto, não podem ser gerais e irrestritas, sem que sejam sopesados aspectos de cada caso específico, tais como a gravidade do crime e tipo de crime praticado, sob pena de malferimento à Convenção Europeia de Direitos Humanos.

3.4. Caso *August and Another v. Electoral Commission and Another* – Corte Constitucional da África do Sul

A Corte Constitucional da África do Sul também foi palco de discussões sobre a possibilidade de aqueles recolhidos à prisão exercerem o seu direito de voto⁴⁴. O caso surgiu a partir do pedido de dois prisioneiros, que requereram o registro como eleitor e sua efetiva participação por meio do voto. O primeiro era condenado a longa sentença por fraude; o segundo aguardava julgamento custodiado também pelo delito de fraude.

O contexto para o pedido se deu durante o período de consolidação da então recente Constituição de 1996. Anteriormente havia uma Constituição Provisória que não limitara o exercício do voto pelos prisioneiros; o mesmo se verificou quando da promulgação da Constituição de 1996, que também não limitara o exercício do voto pelos prisioneiros e ainda estabeleceu o sufrágio universal adulto. A Lei Eleitoral editada para as eleições, igualmente, não limitou o voto dos reclusos.

Em uma primeira análise do caso pelo Tribunal Superior de Transvaal, foi proferida sentença no sentido de que o direito ao registro e voto é assegurado a todos os cidadãos sul-africanos. No entanto, há situações que são praticadas pelo próprio eleitor em potencial que retirariam a possibilidade de voto, tais como deixar de exercê-lo em razão de viagem de férias ou em razão de estar recolhido à prisão. Na visão da sentença de origem, portanto, o recolhimento à prisão era um ônus do prisioneiro que se colocou naquela situação e, por isso, não poderia exercer o direito de voto.

A Corte Constitucional da África do Sul, ao analisar o caso, entendeu pela possibilidade de os prisioneiros se registrarem e exercerem o seu direito de voto, devendo as autoridades competentes tomarem as providências razoáveis e

⁴⁴ <https://collections.concourt.org.za/handle/20.500.12144/2071> - acesso em dezembro de 2021.

necessárias para permitir que os requerentes e outros presos se registrem como eleitores e efetivamente possam exercer o seu direito de voto. Eis trecho paradigmático da fundamentação da decisão proferida:

[17] O sufrágio universal adulto em uma lista de eleitores comum é um dos valores fundamentais de toda a nossa ordem constitucional. A conquista do sufrágio tem sido historicamente importante tanto para a aquisição dos direitos de cidadania plena e efetiva por todos os sul-africanos, independentemente da raça, quanto para a realização de uma nacionalidade abrangente. A universalidade do sufrágio é importante não apenas para a nacionalidade e a democracia. O voto de cada cidadão é um símbolo de dignidade e de pessoalidade. Literalmente, diz que todo mundo conta. Em um país de grandes disparidades de riqueza e poder, declara que quem quer que sejamos, ricos ou pobres, exaltados ou desonrados, todos pertencemos à mesma nação democrática da África do Sul; que nossos destinos estão entrelaçados em uma única política interativa. em vez de privação de direitos.

[18] É um princípio bem estabelecido de nosso direito comum, anterior à era do constitucionalismo, que os prisioneiros têm direito a todos os seus direitos pessoais e dignidade pessoal não temporariamente retirados por lei, ou necessariamente inconsistentes com as circunstâncias em que foram colocados. É claro que as incursões que o encarceramento necessariamente faz sobre os direitos e liberdades pessoais dos prisioneiros são consideráveis. Eles não têm mais liberdade de movimento e não têm escolha quanto ao local de sua prisão. Seu contato com o mundo exterior é limitado e regulamentado. Eles devem se submeter à disciplina da vida na prisão e às regras e regulamentos que prescrevem como devem se conduzir e como devem ser tratados durante a prisão. No entanto, há um resíduo substancial de direitos básicos que não podem ser negados; e se eles forem negados, então eles têm direito a uma reparação legal.

O julgamento proferido pela Corte sul-africana ratifica que o tema tem sido discutido ao redor do mundo, sem que haja entendimentos unânimes sobre a matéria, situação que demonstra a alta divergência da questão. Apesar das divergências, é possível denotar que o espírito que tem norteado as Cortes de Justiça quando se deparam com o assunto é uma preocupação com a maximização dos direitos políticos e do voto sempre que isto se mostra possível.

CONCLUSÃO

Foi enfatizado no início do presente trabalho científico que o problema de pesquisa era analisar a compatibilidade entre a incapacidade eleitoral ativa (*direito de voto*) dos condenados criminalmente e por ato de improbidade administrativa diante do Estado de Direito Democrático brasileiro. Este problema, também foi enfatizado, possuía relevância acadêmica e prática em sua pesquisa em razão da quantidade de brasileiros que se enquadravam nesta situação, que ultrapassava a casa do milhão.

Como ponto de partida, considerando que o objeto de análise era exatamente o voto popular, houve a análise de dois relevantes autores para a formação da teoria competitiva da democracia: Joseph Schumpeter e Robert Dahl, cujas lições apontavam para a proeminência do processo eleitoral em modernas democracias. Todo o trabalho científico foi orientado, portanto, a partir da premissa de indispensabilidade e proeminência do processo eleitoral em modernas democracias.

Houve ainda, com efeito, a análise do Estado de Direito e a extração de dois elementos/princípios que estruturam sua existência: a igualdade política, que está inserida em seu conteúdo (*elemento material*) e a soberania popular, consistente em uma verdadeira *embalagem* do Estado de Direito (*elemento formal*). A partir dessas premissas, verificou-se ainda que a ausência da capacidade eleitoral ativa demonstrava possíveis violações ao próprio Estado de Direito, dada a violação destes elementos anteriormente declinados (*material e formal*).

A análise feita em relação à evolução do sufrágio universal, por seu turno, demonstrou que, com o advento das democracias representativas típicas do período moderno (*Séculos XVII, XVIII e seguintes*), os governados passaram a também querer fazer parte da administração da coisa pública, por meio da participação nas eleições periódicas. Bem por isso, muitos foram os movimentos de ampliação do sufrágio que, outrora restrito, passou por um processo de ampliação. Este movimento de ampliação, ademais, não se esgotou com as conquistas que já são objeto da história, mas continuam em franca expansão. Há, enfim, um processo perene de expansão do princípio do sufrágio universal.

A partir de tudo o que foi analisado, passou-se então ao ponto central da presente dissertação, no sentido de perquirir a compatibilidade entre as hipóteses de incapacidade eleitoral ativa por condenação criminal e por atos de improbidade administrativa diante do Estado de Direito Democrático. E a conclusão a que se

chegou, com efeito, utilizando-se do princípio da proporcionalidade como norte hermenêutico, foi no sentido de parcial incompatibilidade.

Em relação aos atos de improbidade administrativa, o próprio legislador, em recentíssima alteração legislativa (2021), estabeleceu uma gradação entre as hipóteses mais e menos graves, retirando expressamente sua incidência daquelas hipóteses de violações a princípios. Para além disso, o próprio magistrado tem a liberdade de, em quaisquer situações, avaliar se aplica ou não a penalidade cívica extrema. Por esta razão, concluiu-se pela compatibilidade destas restrições com o Estado de Direito Democrático.

Em relação às condenações criminais transitadas em julgado, no entanto, considerou-se que a restrição ao exercício do voto apenas será compatível se o próprio direito penal e processual penal estabelecer para o caso concreto a punição mais severa (*regime fechado e sem benefícios relacionados à liberdade*). Se houver, no entanto, qualquer tipo de benefício que atenuar o regime mais gravoso (*fechado*), tais como *sursis*, regime menos rigoroso, substituição de pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, a penalidade cívica passa a ser incompatível com o Estado de Direito Democrático.

Foram ainda apresentados, enfim, os entendimentos já exarados pela Suprema Corte brasileira que demonstram o atual entendimento ali sedimentado, no sentido de que a suspensão dos direitos políticos (*e do exercício do voto*) se constitui em efeito automático de qualquer espécie de condenação criminal. Apesar de ser este o entendimento prevalente, há vozes dissonantes dentro do próprio Supremo Tribunal Federal que instigam a uma revisitação do tema em momento futuro.

Os julgamentos apresentados, por fim, oriundos de Cortes estrangeiras e internacionais sobre o tema, demonstram que a discussão é travada em vários cantos do planeta, sendo também objeto de alto grau de divergência. Nada obstante, os julgados internacionais e estrangeiros colacionados do Capítulo 5 demonstram uma tendência de interpretação mais ampliadora, no sentido de conferir, na maior medida possível, máxima efetividade à igualdade política, sufrágio universal e soberania popular.

Como se vislumbrou ao longo da presente dissertação, o tema é objeto de constantes questionamentos ao redor do mundo, sendo também por isso, não raras vezes, levantada a discussão em solo brasileiro. As reflexões e análises feitas na presente dissertação buscam contribuir com um debate que, por certo, será objeto de

novos questionamentos, a partir de novos paradigmas, podendo-se chegar a mudanças de entendimentos judiciais e legislativos sobre o tema.

REFERÊNCIAS

ABU-EL-HAJ, Jawdat. Robert dahl (1915-2014): poder político, liberalização e contestação nas democracias. **Revista Brasileira de Ciência Política**, p. 7-17, 2014.

ÁFRICA DO SUL. Corte Constitucional da África do Sul. **Caso *Arnold Keith August and another v. The Electoral Commission and another***. Disponível em <http://www.saflii.org/za/cases/ZACC/1999/3.html> - acesso em abril de 2022.

ALBRECHT, Nayara F. Macedo de Medeiros. **Teorias da democracia: caminhos para uma nova proposta de mapeamento**. BIB, São Paulo, n. 88, p. 1-24, 2019.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais – 2ª Edição**. Trad. Virgílio Afonso da Silva da 5ª Ed. Alemã. São Paulo:Malheiros, 2017.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios. Da Definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 15ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

AZAMBUJA, Darcy. **Teoria geral do Estado**. Globo Livros, 2008.

BARROS, Alberto Ribeiro G. de. Soberania e República em Jean Bodin. **Discurso**, n. 39, p. 59-84, 2009.

BEVILAQUA, Clovis. Conceito de Estado. **Revista da Faculdade de Direito de São Paulo**, v. 26, p. 5-17, 1930.

BOBBIO, Norberto. **Teoria geral da política: a filosofia política e as lições dos clássicos**. Campus, 2000.

_____, Norberto. Estado, governo, sociedade: fragmentos de um dicionário político. **São Paulo, Paz e Terra Ltda**, 2018.

BODIN, Jean. De republica. **CHEVALIER, Jean-Jacques. As grandes obras políticas: de Maquiavel a nossos dias**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Agir, 1982.

BRASIL, **Constituição (1824) Constituição Política do Império do Brasil**. Rio de Janeiro, 1824.

_____. **Constituição (1891) Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro, 1891.

_____. **Constituição (1934) Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro, 1934.

_____. **Constituição (1937) Constituição dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro, 1937.

_____. **Constituição (1946) Constituição dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro, 1946.

_____. **Constituição (1967) Constituição** da República Federativa do Brasil. Brasília, 1967.

_____. **Constituição (1988). Constituição** da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

_____. Conselho Nacional De Justiça, **Relatório Justiça em Números 2021**. Disponível em <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/11/relatorio-justica-em-numeros2021-221121.pdf> - acesso em abril de 2022.

_____. Departamento Penitenciário Nacional – DEPEN. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias**. Disponível em <https://www.gov.br/depen/pt-br/servicos/sisdepen> - acesso em abril de 2022.

_____. Assembleia Nacional Constituinte. **Emendas apresentadas**. Disponível em <https://www.camara.leg.br/internet/constituicao20anos/DocumentosAvulsos/vol-75.pdf> - acesso em abril de 2022.

CANADÁ, Suprema Corte do Canadá. **Caso Sauvé v. Canada**. Disponível em <https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/item/2010/index.do> - Acesso em abril de 2022.

CANÊDO, Letícia Bicalho. O sufrágio universal e a invenção democrática. **São Paulo: Estação Liberdade**, 2005.

CANOTILHO, José J. Gomes. Estado de direito. 1999.

CASERTANO, Giovanni. **Uma introdução à República de Platão**. Pia Sociedade de São Paulo-Editora Paulus, 2014.

CONSELHO DA EUROPA. **Convenção Europeia dos Direitos do Homem**. 1950. Disponível em https://www.echr.coe.int/documents/convention_por.pdf - acesso em abril de 2022.

DAHL, Robert A. **Poliarquia**. Participação e Oposição. 1. reimpr. **São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo**, 2005.

_____. Robert A. **Sobre a Democracia**. Trad. Beatriz Sidou. **Brasília: Editora Universidade de Brasília**, 2001.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado – 30ª Ed**. São Paulo: Saraiva, 2011.

DE MEDEIROS, Nayara F. Macedo. **Democracia clássica e moderna: discussões sobre o conceito na teoria democrática**. Revista Eletrônica de Ciência Política, v. 6, n. 2, 2015.

DE SOUSA, António Francisco. **O princípio de igualdade no Estado de direito.** *Polis*, n. 13/16, p. 181-195, 2014.

DUNN, John. *A História da Democracia.* São Paulo: Editora Unifesp, 2016.

EUROPA. Corte Europeia de Direitos Humanos. **Caso *Hirst v. The United Kingdom*.** Disponível em <https://www.bailii.org/eu/cases/ECHR/2005/681.html> - Acesso em abril de 2022.

GAMA NETO, Ricardo Borges. Minimalismo schumpeteriano, teoria econômica da democracia e escolha racional. *Revista de Sociologia e Política*, v. 19, p. 27-42, 2011.

GOMES, José Jairo. **Direitos Políticos.** *Revista Brasileira Estudos Politicos*, v. 100, 2010.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal – 15ª Ed.** Rio de Janeiro: Impetus, 2013.

HARARI, Yuval Noah. **Sapiens - Uma breve história da Humanidade.** Trad. Janaina Marcoantonio – 50ª Ed. Porto Alegre: L&PM, 2020.

HORTA, José Luiz Borges. **História do estado de direito.** Alameda, 2011.

HUNT, Lynn. *A invenção dos direitos humanos.* São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

KARAWAJCZYK, Mônica. *As filhas de Eva querem votar: dos primórdios da questão à conquista do sufrágio feminino no Brasil (c. 1850-1932).* 2013.

MALUF, Sahid. **Teoria geral do Estado – 30ª Ed.;** atualizador prof. Miguel Alfredo Malufe Neto. São Paulo: Saraiva, 2010.

MARTINS, Jorge Henrique Schaefer. **Infrações penais - Classificação brasileira.** Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – IBCCRIM, 1998. Disponível em <https://www.ibccrim.org.br/noticias/exibir/2265/> - Acesso em abril de 2022.

MAYNARD, Andreza Santos Cruz. **História Moderna I.** São Cristóvão: Universidade Federal de Sergipe, CESAD, 2009.

MAQUIAVEL, Nicolo; PRÍNCIPE, O. Tradução: Lívio Xavier. São Paulo: EDIPRO, 2015.

MCLEOD, Morgan. **Expanding the Vote: Two Decades of Felony Disenfranchisement Reforms.** Sentencing Project. 2018. Disponível em <https://www.sentencingproject.org/publications/expanding-vote-two-decades-felony-disenfranchisement-reforms/> - acesso em abril de 2022.

MIRABETE, Julio Fabbrini. FABBRINI, Renato N. **Manual de Direito Penal, Volume 1: parte geral, arts. 1º a 120 do CP – 24ª Ed.** São Paulo:Atlas, 2008.

MONTEIRO, Lorena Madruga; MOURA, Joana Tereza Vaz de; LACERDA, Alan Daniel Freire. Teorias da democracia e a práxis política e social brasileira: limites e possibilidades. **Sociologias**, v. 17, p. 156-191, 2015.

O'DONNELL, Guillermo. Teoria democrática e política comparada. 1999. Artigo não paginado disponível em <https://www.scielo.br/j/dados/a/rvQLbNfP5vTkW6F4ymxJXhg/?lang=pt> – acesso em 04 de abril de 2022

ORGANIZAÇÃO DA UNIDADE AFRICANA. **Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos**. 1981. Disponível em dhnet.org.br/direitos/sip/africa/banjul.htm – acesso em abril de 2022.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**, 1948. Disponível em <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos> - acesso em abril de 2022.

_____, **Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos**, 1966. Disponível em <https://www.unicef.org/brazil/pacto-internacional-sobre-direitos-civis-e-politicos> - acesso em abril de 2022.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, Convenção Americana de Direitos Humanos (“**Pacto de San José de Costa Rica**”), 1969. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm - acesso em abril de 2022.

PEREIRA, Antonio Kevan Brandão. Elitismo e Pluralismo na teoria democrática: as considerações de Joseph Schumpeter e Robert Dahl. *Diálogo Jurídico*, v. 18, n. 2, p. 57-67, 2019.

PORTO, Walter Costa. **O voto no Brasil: da colônia à 6a. República**. Topbooks, 2002.

RAZ, Joseph. **The authority of law: essays on law and morality**. New York, Clarendon Press, 1979. P. 211-229.

SÃO VICENTE, José Antônio Pimenta Bueno; KUGELMAS, Eduardo. **José Antônio Pimenta Bueno, Marquês de São Vicente**. Editora 34, 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional – 2ª Ed.** Editora Revista dos Tribunais, 2013.

SCHMITTER, Philippe C. Reflexões sobre o conceito de política. **Curso de Introdução à Ciência Política, Unidade I – 2ª Ed.** Brasília, Ed. UNB, 1984, p.31-39.

SCHUMPETER, Joseph A. **Capitalismo, socialismo e democracia**. SciELO-Editora UNESP, 2017.

- TILLY, Charles. Democracia. 1ª Edição. **Petrópolis: Editora Vozes**, 2013.
- TOCQUEVILLE, Alexis de. **Da Democracia na América**. Tradução de Pablo Costa e Hugo Medeiros – Campinas,SP: Vide Editorial, 2019.
- VERJUS, Anne. **Voto familiarista e voto familiar**. *In* O sufrágio universal e a invenção democrática. **São Paulo: Estação Liberdade**, 2005. Trad. Guilherme João de Freitas Teixeira. P. 405/433.
- VIEIRA, Oscar Vilhena. A desigualdade e a subversão do Estado de Direito. **Revista Internacional de Direito e Cidadania**, n. 1, p. 185-201, 2008.
- WALDRON, Jeremy. The Concept and the Rule of Law, New York University School of Law. **Public Law & Legal Theory Research Paper Series, Working Paper**, n. 08-50, 2008.
- WOLKMER, Antonio Carlos. O pensamento político medieval: Santo Agostinho e Santo Tomás de Aquino. **Introdução à história do pensamento político**. **Rio de Janeiro: Renovar**, 2003.
- ZAVASCKI, Teori Albino. Direitos políticos: perda, suspensão e controle jurisdicional. **Revista de Informação Legislativa**. a, v. 31, 2014.