

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL – UFRGS**  
**FACULDADE DE DIREITO**  
**PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**

ALEXANDRE WEIHRAUCH PEDRO

**A RESTRIÇÃO DO SUFRÁGIO ATIVO EM FACE DA CONDENAÇÃO CRIMINAL  
TRANSITADA EM JULGADO**

Porto Alegre  
2020

**ALEXANDRE WEIHRAUCH PEDRO**

**A RESTRIÇÃO DO SUFRÁGIO ATIVO EM FACE DA CONDENAÇÃO CRIMINAL  
TRANSITADA EM JULGADO**

Trabalho apresentado à banca de defesa de Dissertação, no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, na linha de pesquisa “Fundamentos da Integração Jurídica” como exigência parcial para a obtenção do título de Mestre.

Orientador: Prof. Dr. Marcelo Schenk Duque

Porto Alegre  
2020

Dedico o presente trabalho de  
mestrado ao meu avô (*in memoriam*),  
aos meus pais e família, grandes mestres da vida  
que me ensinam diariamente por meio do  
carinho e do exemplo.

*“That to secure these rights, Governments are instituted among Men, deriving their just powers from the consent of the governed, --That whenever any Form of Government becomes destructive of these ends, it is the Right of the People to alter or to abolish it, and to institute new Government [...]”*  
(Declaração de independência dos Estados Unidos da América, 1776).

*“A cidadania é o direito a ter direitos, pois a igualdade em dignidade e direitos dos seres humanos não é um dado. É um construído da convivência coletiva, que requer o acesso ao espaço público. É este acesso ao espaço público que permite a construção de um mundo comum através do processo de asserção dos direitos humanos”* (Hannah Arendt).

## **AGRADECIMENTOS**

Realizar um trabalho como este não é uma tarefa simples, além de demandar tempo, dedicação e paciência, requer a compreensão de familiares, amigos e colegas.

Por isso, gostaria de deixar registrado aqui o agradecimento aos meus familiares, amigos, colegas e ao meu professor orientador, todos por haverem me acompanhado durante este trajeto. Um agradecimento em especial para Allan Kuwer, Lucas Freitas e Bruna Lautert, que muito me apoiaram e ajudaram nessa caminhada.

Gostaria de deixar um agradecimento ao Centro de Estudos de Direito Europeu e Alemão (CDEA) e ao Serviço Alemão de Intercâmbio Acadêmico (DAAD) pela concessão da bolsa de pesquisa, a qual me oportunizou realizar um período de pesquisa na Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg. Vielen Dank für alles!

Também gostaria de agradecer à Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES), por todo o apoio prestado nesta pesquisa.

Obrigado a todos por me ajudarem o máximo possível, sempre demonstrando preocupação, companheirismo e disponibilidade.

## RESUMO

O presente trabalho analisou a restrição do sufrágio ativo dos condenados criminais. Assim, desenvolveu-se com o objetivo de responder à seguinte pergunta-problema: a condenação penal pode significar uma restrição legítima à capacidade eleitoral ativa (sufrágio ativo) dentro do marco de um Estado democrático de Direito? Com a finalidade de se responder a essa pergunta-problema, utilizou-se o método de aproximações sucessivas, partindo-se de uma revisão fundamentada, basicamente, na bibliografia doutrinária sobre as bases do Estado contemporâneo. Indagou-se quais seriam os fundamentos teóricos para que, na praxe jurídica brasileira, a condenação criminal, por qualquer crime comum, desse ensejo à suspensão automática dos direitos políticos do condenado, independentemente da natureza do delito ou da penalidade aplicada, como é a corrente doutrinária e jurisprudencial majoritária no Brasil. Concluiu-se que, a dominante sobre o inciso III do artigo 15 da CF/88 deve ser revista, uma vez que acaba por realizar uma restrição desproporcional a um direito fundamental e esteio basilar do regime democrático. Por fim, verificou-se que seria oportuno e necessário a estipulação de parâmetros legais (infraconstitucionais) para modular a suspensão do direito ao voto dos condenados. Palavras-chave: Estado democrático de Direito. Direitos políticos. Restrição do direito ao voto. Condenação criminal.

## **ABSTRACT**

*The present work analyses the restriction of the active suffrage of the convicted criminals, disenfranchisement by misdemeanor and felony. Thus, developing to answer the following question: can a criminal conviction mean a legitimate restriction on active electoral capacity within the framework of a democratic rule of law? With the need to answer this problem question, use the method of successive approximations, initiating a basic grounded review in the doctrinal bibliography on how the foundations of the contemporary state. What are the theoretical foundations for Brazilian legal practices with criminal conviction for any common crime, such as automatic suspension of political rights, regardless of the nature of the offense or the penalty applied, as is the current majority jurisprudential in Brazil. It concluded that a ruling on Article 15 (III) of Federal Constitution of 1988 should be reviewed as it ends up with a disproportionate restriction on the fundamental right and a basic basis of the democratic regime. Finally, check to see if there is a possibility and necessity of stipulating legal rules for the modular suspension of the voting rights of the convicted. Keywords: Democracy. Rule of law. Political rights. Criminal conviction. Felon disenfranchisement.*

## LISTA DE SIGLAS

ANC – Assembleia Nacional Constituinte brasileira de 1987-1988

AU – African Union (União Africana)

BVerfG – Bundesverfassungsgericht (Tribunal Constitucional Federal Alemão)

BverfGE – Die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts (Decisão do BVerfG)

CADH – Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica)

CEDH ou Corte EDH – Corte Europeia de Direitos Humanos (European Court of Human Rights)

CIDH ou Corte IDH – Corte Interamericana de Direitos Humanos

CF/88 – Constituição da República Federativa do Brasil de 1988

COE – Council of Europe (Conselho de Europa)

CP – Código Penal Brasileiro (Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940)

CRP – Constituição da República Portuguesa de 1976

EC – Emenda Constitucional

GG – Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland (Constituição Alemã de 1949)

IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística

INFOPEN – Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias

LEP – Lei de Execução Penal (Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984)

OEA – Organização dos Estados Americanos (Organization of American States)

ONU ou UN – Organização das Nações Unidas (United Nations)

PGR – Procuradoria-Geral da República

PIDCP – Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos

PIDESC – Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais

PPL – Pena privativa de liberdade

PRD – Pena restritivas de direito

RE – Recurso Extraordinário

STF – Supremo Tribunal Federal

StGB – Strafgesetzbuch (Código Penal Alemão)

TJ-MG – Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais

TSE – Tribunal Superior Eleitoral

UE – União Europeia

UK – United Kingdom (Reino Unido)

USA ou EUA – United States of America (Estados Unidos da América)

## SUMÁRIO

|  |            |
|--|------------|
| <b>INTRODUÇÃO</b> .....  | <b>11</b>  |
| <b>1 AS BASES DO ESTADO CONTEMPORÂNEO</b> .....  | <b>17</b>  |
| 2.1 ESTADO DE DIREITO CONTEMPORÂNEO .....  | 19         |
| 2.2 REGIME JURÍDICO DOS DIREITOS HUMANOS E FUNDAMENTAIS .....  | 46         |
| 2.3 CIDADANIA, PRINCÍPIO DEMOCRÁTICO E DIREITOS POLÍTICOS .....  | 72         |
| <b>2 O DEBATE ACERCA DA RESTRIÇÃO DA CAPACIDADE ELEITORAL ATIVA<br/>EM FACE DA CONDENAÇÃO CRIMINAL</b> ..... | <b>97</b>  |
| 2.1 RESTRIÇÃO DO SUFRÁGIO ATIVO NA LEGISLAÇÃO COMPARADA.....   | 97         |
| 2.2 HISTÓRICO CONSTITUCIONAL DE RESTRIÇÃO DO SUFRÁGIO ATIVO NO<br>BRASIL .....                               | 114        |
| 2.3 ATUAL “ESTADO DA ARTE” DA RESTRIÇÃO DO SUFRÁGIO ATIVO NO<br>BRASIL .....                                 | 137        |
| 2.4 INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONALMENTE ADEQUADA .....   | 162        |
| <b>3 CONCLUSÃO</b> .....   | <b>190</b> |
| <b>ANEXOS</b> .....  | <b>200</b> |
| <b>REFERÊNCIAS</b> .....   | <b>201</b> |
| <b>ANEXO I – International Comparison of Felon Voting Laws</b> .....   | <b>219</b> |
| <b>ANEXO II - Resolução nº 23.554 do TSE, de 18 de dezembro de 2017</b> .....                                | <b>221</b> |

## LISTA DE ILUSTRAÇÕES

|  |     |
|--|-----|
| Gráfico 1 – Número de pessoas presas no Brasil entre 1990 e 2016.....                      | 144 |
| Tabela 1 – Pessoas privadas de liberdade.....  | 145 |
| Gráfico 2 – Taxa de aprisionamento entre 2000 e 2016 no Brasil.....                        | 146 |
| Gráfico 3 – Presos por tipo de prisão e de regime de cumprimento da pena.....              | 147 |
| Gráfico 4 – Presos por raça, cor ou etnia das pessoas presas e da população em geral ..... | 148 |
| Gráfico 5 – Presos por tipo penal e por gênero.....  | 149 |

## INTRODUÇÃO

Não é de hoje a ideia difusa de que os condenados não devem ter direito algum. Na antiguidade clássica, era comum a pena de banimento ou de exílio da comunidade política. E, ao longo da história, o condenado, por algum crime grave, comumente foi visto como um ser maldito (*sacer esto*) ou inimigo da sociedade (*hostis*), tornando-se um verdadeiro fora da lei (*outlaw*); no sentido não só de ser aquela pessoa que age em desconformidade com os ditames da lei e do Direito, mas também aquele que foi despojado de toda a proteção legal do ordenamento jurídico que ousou violar.

Ao se negar, até meados do século XX, o direito ao voto a parcelas da população, tais como aos pobres, às mulheres, aos negros, aos indígenas e, por fim, aos condenados, impediu-se uma ampla difusão, que hoje ainda é bastante recente na história humana, da ideia de governo representativo, bem como a de sufrágio universal. Ademais, deve-se ter em mente que, com o advento da Constituição de 1988 – a “Constituição Cidadã” – e com o consequente alargamento do direito ao voto aos analfabetos, ainda que de forma facultativa, os presos passaram a ser o maior contingente populacional legalmente privado do direito ao voto no Brasil atual<sup>1</sup>.

Com efeito, com o marco do Estado constitucional contemporâneo, no qual se desenvolveu os conceitos-basílicos de Estado de Direito (*Rechtsstaat*, *rule of Law*, *État de droit*)<sup>2</sup>, de governos representativos ou democráticos e de direitos humanos e fundamentais, passou-se a considerar todos os indivíduos como sujeitos de direito e, portanto, detentores de direitos humanos e fundamentais inalienáveis. Não seria contraditório, por conseguinte, a insistência em se perceber, ainda hoje, o condenado criminal como alguém que deve ser excluído de todo o processo cívico e democrático?

---

<sup>1</sup> Conforme destaca José Murilo de Carvalho, “A Constituição de 1988 eliminou o grande obstáculo ainda existente à universalidade do voto, tornando-o facultativo aos analfabetos. Embora o número de analfabetos se tivesse reduzido, ainda havia em 1990 cerca de 30 milhões de brasileiros de cinco anos de idade ou mais que eram analfabetos. Em 1998, 8% dos eleitores eram analfabetos. A medida significou, então, ampliação importante da franquia eleitoral e pôs fim a uma discriminação injustificável”. CARVALHO, José Murilo de. **Cidadania no Brasil: o longo caminho**. p. 200.

<sup>2</sup> Conforme bem ressalta Souza Junior em sua obra “A Supremacia do Direito no Estado Democrático e seus Modelos Básicos” as noções de *Rechtsstaat*, *rule of Law* e *État de droit* não são conceitos exatamente coincidentes, possuindo as suas peculiaridades historicamente configuradas. De qualquer forma, para os fins desse trabalho iremos tratá-los como sinônimos gerais referindo-se, preferencialmente, à “Estado de Direito” ou “*rule of Law*”. SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha de. **A Supremacia do Direito no Estado Democrático e Seus Modelos Básicos**.

Certamente, é preciso que essa temática seja analisada à luz da teoria constitucional contemporânea. Isto é, a análise quanto à possibilidade do “como” e do “quando” da restrição do direito ao voto dos condenados criminais deve estar em conformidade com o atual marco do Estado Constitucional e as suas bases teóricas. Nesse sentido, adota-se neste trabalho, por base, a teoria dos princípios, com suas premissas e consequências, tais como a distinção das normas em regras e princípios, a adoção de uma teoria externa com um suporte fático amplo e uma concepção relativa na definição do conteúdo essencial dos direitos fundamentais baseada na proporcionalidade.

Com efeito, é nesse marco que se verifica a importância da promoção dos direitos humanos e fundamentais e, conseqüentemente, de se oportunizar a todos a possibilidade de expressar suas opiniões e participar da tomada de decisões da comunidade política. Os regimes democráticos modernos são avessos à supressão da participação política de pessoas ou de grupos, resguardando apenas a pequenos casos, em situações muito específicas, essa restrição. Tanto é assim que a própria Constituição Federal de 1988 e, antes dela, a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão deram o *status* de direito humano e fundamental aos direitos políticos, que incluem o direito ao sufrágio ativo.

Partindo-se dessas premissas e observando o Estado brasileiro, verifica-se, em adição, que a Constituição Federal de 1988, em seu art. 15, inciso III, estabelece como uma das causas de restrição dos direitos políticos a hipótese de “condenação criminal transitada em julgado, enquanto durarem os seus efeitos”. Portanto, coloca-se a pergunta-problema deste trabalho: a condenação criminal pode significar uma restrição legítima do sufrágio ativo – principalmente quanto ao direito de voto – dentro do marco de um Estado democrático de Direito?

Embora a provocação inicial dessa introdução tenha sido de caráter predominantemente criminológico, desenvolveu-se uma pesquisa com um eixo central que se coloca na tênue linha de intersecção do Direito Constitucional com o Direito Penal. Assim, este é um trabalho, eminentemente, jurídico-dogmático, e não criminológico ou de ciência política.

É de se destacar também que a análise realizada neste trabalho não é sobre a possibilidade de um condenado criminal se candidatar ou se eleger – a capacidade eleitoral passiva –, mas, sim, sobre a possibilidade de esse condenado participar do processo eleitoral por meio do seu voto, este é o foco central de toda a análise. Dessa

forma, não há aprofundamento nas questões relativas às condições de elegibilidade, mas apenas abordagens sobre a capacidade eleitoral passiva naquilo que for pertinente para se entender e contrastar com a capacidade eleitoral ativa.

A motivação para o presente trabalho, por sua vez, apoia-se na crescente necessidade de se repensar a aplicação do poder punitivo estatal e a sua adequação ao Estado constitucional contemporâneo, o qual se firmou, no mundo, a partir do segundo pós-guerra e, no Brasil, após o advento da Constituição Federal de 1988. Ademais, é notório e sabido o caos que se encontra o sistema penitenciário brasileiro nos dias atuais, sendo reconhecido, em decisão, pelo próprio Supremo Tribunal Federal como um verdadeiro “estado de coisas inconstitucionais”<sup>3</sup>. Decisão essa que atestou que não se consegue ressocializar os cidadãos apenados no País, tampouco garantir os seus direitos humanos e fundamentais, ainda que essa não seja uma especificidade apenas do sistema penitenciário brasileiro.

Há também uma inegável motivação social neste trabalho, uma vez que não se pode olvidar que, no Brasil, a população carcerária está em torno de 726 mil presos (em números absolutos). Ou seja, propõe-se analisar aqui uma fração da sociedade que ultrapassa a quantidade de 352 pessoas presas por cada grupo de 100 mil habitantes em 2016; isso tudo conforme o Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias - INFOPEN<sup>4</sup>.

Tomando-se, adicionalmente, que, de acordo com estimativas do IBGE, a população brasileira estava em torno de 206 milhões de habitantes em 2016<sup>5</sup>, tem-se que 0,35% da população brasileira encontrava-se em carceragens no ano de 2016. Ao se analisar os dados do Tribunal Superior Eleitoral (TSE), então, o número de eleitores em 2016 era de aproximadamente 146,5 milhões de pessoas<sup>6</sup>, o que dá o intrigante dado de que, pelo menos, 0,5% do eleitorado brasileiro estava impedido de participar nas eleições de seus representantes por motivos criminais naquele ano. É

---

<sup>3</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 347 - Distrito Federal**. Relator(a): Min. Marco Aurélio, julgado em 09/09/2015.

<sup>4</sup> BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias: INFOPEN (Atualizado junho de 2016)**.

<sup>5</sup> BRASIL. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE). **Estimativas da População Residente no Brasil e Unidades da Federação com Data de Referência em 1º de julho de 2016**.

<sup>6</sup> BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral (TSE). **Estatísticas do Eleitorado – Consulta por região/UF/município**.

de se ter em conta, também, que a taxa de aprisionamento<sup>7</sup> do sistema penitenciário brasileiro aumentou em 157% entre os anos 2000 e 2016, número que, se seguir crescendo, *ceteris paribus*, tenderá a impedir uma parcela cada vez maior de participar do processo eleitoral brasileiro, fato que pode trazer profundas consequências à legitimidade do sistema democrático brasileiro<sup>8</sup>.

Dessa maneira e com a finalidade de se responder à presente pergunta-problema, utiliza-se o método dedutivo de pesquisa, apoiado em aproximações sucessivas com relação à restrição do sufrágio ativo dos condenados criminais. Assim, realiza-se uma revisão bibliográfica, dando-se destaque à bibliografia legal, doutrinária e jurisprudencial, pátria e estrangeira, sobre as bases dos direitos políticos; aprofundando-se a análise em direção à restrição do sufrágio ativo, suas possibilidades de interpretações; e destacando-se, por fim, qual seria a resposta mais constitucionalmente adequada, a nosso entendimento, à experiência jurídica brasileira.

Como referencial teórico, privilegiou-se doutrinadores, nacionais e estrangeiros, germanófonos e lusófonos, do Estado Constitucional contemporâneo. Destaca-se, dentre esses, Ingo Sarlet, Gilmar Mendes, José e Virgílio Afonso da Silva, Souza Junior, Paulo Bonavides, Lenio Streck, Georg Jellinek, Konrad Hesse, Peter Häberle e Robert Alexy.

Para atingir, então, o objetivo descrito, o trabalho foi organizado e dividido de acordo com o plano francês: para além da estruturação de uma introdução e de uma conclusão, o texto é apresentado em dois grandes capítulos de desenvolvimento, com as suas respectivas subdivisões. No primeiro capítulo textual, procura-se estabelecer os fundamentos epistemológicos com os quais se irá trabalhar no capítulo subsequente. Desse modo, aborda-se o que julgamos ser as três bases da noção contemporânea de Estado constitucional, discorrendo-se sobre: as concepções de Estado de Direito, as de regime democrático ou representativo, e, por fim, temas

---

<sup>7</sup> A taxa de aprisionamento é uma relação proporcional da quantidade de presos para cada grupo de 100 mil pessoas.

<sup>8</sup> Embora houvesse dados mais atualizados do IBGE e do INFOPEN, foram utilizados os do ano de 2016, para ficarem condizentes com os dados eleitorais; 2016 foi o ano da última atualização dos levantamentos estatísticos do TSE até a conclusão deste trabalho.

atinentes ao regime jurídico diferenciado no qual se inserem os direitos humanos e fundamentais.

Após se estabelecer as bases nas quais a análise do tema se dará, no segundo capítulo, analisa-se o debate acerca das possibilidades de restrição da capacidade eleitoral ativa – em especial, do voto – em face de condenação criminal transitada em julgado. Esse segundo capítulo divide-se em quatro subitens, tendo, no último deles, uma busca da interpretação mais constitucionalmente adequada para responder ao problema proposto.

Desse modo, analisa-se, primeiramente, as noções de cidadania, de direitos políticos e de sufrágio ativo (subitem 2.1), passando-se, após, a trazer breves apontamentos do direito comparado, sem, contudo, ter a pretensão de se esgotar o tema em relação à legislação estrangeira. Tratando especificamente das restrições ao sufrágio ativo no direito comparado que possam elucidar a resolução do nosso problema de pesquisa (subitem 2.2), fez-se uma breve análise do panorama geral internacional, bem como se escolheu dois julgados da Corte Europeia de Direitos Humanos (CEDH) e um caso da Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH)<sup>9</sup> para isso. Entre os da Corte EDH, escolheu-se: o caso *Hirst v. The United Kingdom*, por ser um julgado paradigma sempre citado quando se trata da questão da possibilidade de restrição do direito ao sufrágio ativo de condenados criminais, e, também, por ser uma condenação que envolve um país com uma democracia reconhecida e consolidada; e o caso *Kulinski and Sabev v. Bulgaria* por ser o caso mais recente dessa Corte sobre o tema da restrição do direito de voto dos presos no momento da pesquisa. Quanto ao caso da Corte IDH, faz-se alguns apontamentos sobre o julgado *Yatama vs. Nicarágua* – embora seja um caso que trate, predominantemente, sobre direitos políticos passivos e condições de elegibilidade –, uma vez que também expõe algumas considerações desta Corte sobre o sufrágio ativo, ditas, de passagem, na respectiva decisão.

---

<sup>9</sup> Foi dada uma maior ênfase à análise da possibilidade de restrição do direito de voto em países da Europa ocidental – em detrimento de uma análise mais aprofundada de países da América Latina, por exemplo –, uma vez que essa dissertação de mestrado é oriunda de um programa do Centro de Estudos Europeus e Alemães (CDEA).

Subsequentemente, analisa-se a restrição do sufrágio ativo no direito brasileiro (subitem 2.3), a partir da legislação brasileira – de acordo com a atual Constituição e com as anteriores.. Quanto ao último subitem (2.4), busca-se a interpretação mais constitucionalmente adequada ao preceito em questão (inciso III, art. 5º da CF), delineando-se algumas conclusões, ainda que provisórias, sobre a restrição do sufrágio ativo por condenação criminal para a experiência jurídica brasileira.

Este trabalho não é – nem poderia ser – uma resposta definitiva à pergunta-problema objeto da investigação, mas, sim, uma tentativa de pensar de forma crítica, problematizando um ponto bem específico da experiência jurídica brasileira; um ponto que se julga passar, muitas vezes, despercebido por grande parcela da doutrina e da jurisprudência brasileiras.

## 1 AS BASES DO ESTADO CONTEMPORÂNEO

As Constituições partem do reconhecimento consciente de determinados valores fundamentais para a organização da comunidade política, no intuito de configurar uma ordem jurídica livre, justa e democrática<sup>10</sup>. Embora a noção de Constituição em sentido material não seja propriamente nova, a noção de Constituição em sentido formal – enquanto norma jurídica que expressa uma vontade constituinte com supremacia sobre as demais leis e os Poderes constituídos – teve a sua afirmação apenas a partir do século XVIII. Nessa perspectiva, pelo menos três experiências constitucionais foram determinantes para o constitucionalismo moderno: as das revoluções liberais norte-americana e francesa e, de maneira atípica, a da evolução político-jurídica britânica<sup>11</sup>.

Com efeito, o fenômeno do constitucionalismo pode ser compreendido como um movimento filosófico, jurídico e político, no qual se busca limitar o poder estatal a partir da concepção de mecanismos aptos a gerar e garantir a divisão do exercício do poder político, bem como o seu controle por aqueles que estão a ele submetidos. Destaca-se que até a Segunda Grande Guerra Mundial, prevalecia, na Europa continental, uma cultura jurídica essencialmente centrada no poder legislativo, tratando a lei editada pelo parlamento como a fonte principal do Direito, de forma a não atribuir força normativa às Constituições. Nessa senda, os direitos individuais e fundamentais tinham eficácia apenas na medida em que fossem protegidos pelas leis, não tutelando os indivíduos em relação ao abuso das majorias políticas<sup>12</sup>.

Em contraposição, a partir do segundo pós-guerra, o constitucionalismo passa por um redimensionamento; por uma viragem paradigmática em aspectos teóricos e práticos<sup>13</sup>. Após as atrocidades ocorridas na segunda guerra mundial, difundiu-se a percepção de que as majorias políticas também poderiam perpetrar a barbárie, de forma que as novas Constituições desse pós-guerra criaram ou fortaleceram a jurisdição constitucional, instituindo mecanismos de proteção dos direitos humanos e fundamentais, até mesmo em face do legislador. Destarte, realizou-se uma

---

<sup>10</sup> DUQUE, Marcelo Schenk. **Curso de Direitos Fundamentais**.

<sup>11</sup> NEVES, Marcelo. (Não) Solucionando Problemas Constitucionais.

<sup>12</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de Hermenêutica**.

<sup>13</sup> SARMENTO, Daniel. **O Neoconstitucionalismo no Brasil**.

modificação importante tanto na concepção de Estado de Direito – operada no âmbito da teoria do Estado e da Constituição – quanto na formulação da teoria das fontes, da norma, da interpretação e da decisão judicial – operada no âmbito da teoria do Direito. Nesse contexto, o Direito assumiu um certo grau de autonomia em relação à moral e à política<sup>14</sup>.

Logo, os direitos humanos e fundamentais<sup>15</sup> se tornaram um dos pilares essenciais desse contexto, desempenhando um papel de centro de gravitação do direito constitucional e, por consequência, de todo o ordenamento jurídico. Deles começou a decorrer um complexo feixe de direitos e deveres que materializam e integram o Estado de Direito. A própria ideia de Estado de Direito (*rule of Law*<sup>16</sup>) torna-se outro pilar importante dos mecanismos de limitação do poder. Nesse perspectiva, houve um complexo trajeto histórico-evolutivo que possibilitou a construção dessas noções da maneira como são compreendidas atualmente: nem a concepção sobre o que seria o Estado de Direito, tampouco o papel que os dos direitos fundamentais desempenharam foram sempre os mesmos.

Assim, neste primeiro capítulo, analisar-se-á as três principais noções que compõe o fenômeno do constitucionalismo contemporâneo. Primeiramente, abordar-se-á o tema do Estado de Direito e a sua evolução histórica (1.1); depois, discorrer-se-á sobre o regime jurídico diferenciado que os direitos humanos e fundamentais assumem no segundo pós-guerra (1.2); e, por fim, tratar-se-á do tema do princípio democrático, da cidadania e dos direitos políticos propriamente ditos (1.3).

---

<sup>14</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de Hermenêutica**.

<sup>15</sup> Não se desconhece a diferença dos conceitos de “direitos humanos” e de “direitos fundamentais”, embora também sejam conceitos muitas vezes utilizados como sinônimos gerais. Conforme destaca Ingo Sarlet, “o termo ‘direitos fundamentais’ se aplica para aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado, ao passo que a expressão ‘direitos humanos’ guardaria relação com os documentos de direito internacional, [...] de tal sorte que revelam um inequívoco caráter supranacional (internacional)”. Apesar dessa diferenciação entre os termos, para o objeto do presente trabalho, vamos utilizá-los como sinônimos gerais, preferindo, sempre que não se torne excessivamente repetitivo a expressão “direitos humanos e fundamentais”. SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. p. 29.

<sup>16</sup> Como destaca Souza Junior, “Em suma, pode-se conceituar o *rule of law* como a forma de supremacia do direito, própria do *common law*, que opera, pelo poder judiciário, mediante a técnica e os meios do *processo jurídico devido*”. SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha de. **A Supremacia do Direito no Estado Democrático e Seus Modelos Básicos**. p. 104.

Abordagens que serão feitas sempre se tendo em conta que esses três itens estão implicados e interrelacionados lógica e temporalmente.

## 1.1 ESTADO DE DIREITO CONTEMPORÂNEO

Inicialmente, nunca é demais destacar que nem todo Estado é um Estado de Direito. Apesar de haver uma correlação constante entre Estado e Direito, nem todo Estado histórico merecerá ser reconhecido com este rótulo qualificativo e legitimante, que é o Estado de Direito. Embora quase a totalidade dos Estados disponha de um aparato burocrático e jurídico, operando alguma forma de Direito, isso, por si só, não é o suficiente para qualificar determinado Estado como sendo um Estado regido pelo Direito, de *rule of Law*<sup>17</sup>. Então, a questão permanece: o que é um Estado de Direito? Ou ainda, o que é necessário para qualificar um Estado como sendo de Direito?

Com efeito, é imperioso de se reconhecer qual é o conceito atual de Estado de Direito, também chamado de Estado democrático de Direito ou Estado Constitucional contemporâneo. Conceito esse que advém de um processo histórico-evolutivo, de construção racional; que se afirma e se consolida, tomando sua forma atual, a partir da segunda metade do século XX, em especial, a partir do segundo pós-guerra<sup>18</sup>.

Por certo, a noção de Estado Democrático de Direito não se trata apenas de uma união formal dos conceitos de regime democrático e de Estado de Direito. Consiste, ademais, no advento de uma concepção nova, que não só leva em conta os conceitos dos elementos que o compõe, mas que também os supera<sup>19</sup>, com um *plus* normativo, um componente de transformação social do *status quo*<sup>20</sup>. De forma que, para a melhor compreensão do estágio atual de desenvolvimento do conceito de

---

<sup>17</sup> DÍAZ, Elías. Estado de derecho y derechos humanos. p. 12.

<sup>18</sup> Entre nós, brasileiros, o atual paradigma do Estado de Direito (*rule of Law*) adveio apenas em 05 de outubro de 1988, com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil. Na Itália, com a Constituição da República Italiana de 1947; na Alemanha, com a Constituição da República Federal da Alemanha de 1949; em Portugal, com a Constituição da República portuguesa de 1976; e na Espanha, com a Constituição espanhola de 1978; apenas para citar alguns exemplos europeus.

<sup>19</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**.

<sup>20</sup> STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luís Bolzan de. **Ciência Política e Teoria do Estado**; também em SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**.

Estado Democrático de Direito, é interessante, de maneira antecedente, passar em revista a sua evolução histórica e as principais características de cada respectiva fase.

Por certo, em sua origem, a noção de Estado de Direito era um conceito tipicamente liberal. Daí, por que se costuma denominá-lo também por Estado liberal de Direito<sup>21</sup>, de forma que a concepção de Estado liberal surge no sentido de impor, no momento da consolidação dos Estados modernos, uma limitação ao poder político absoluto que o soberano possuía no *Ancien Régime*<sup>22</sup>. Assim, emergindo aliado a conteúdos de ideário liberal, como o princípio da legalidade ou a submissão do soberano ao império da lei (*rule of Law*), a divisão de poderes – separando de forma independente e harmônica os poderes legislativo, executivo e judiciário – e a garantia dos direitos individuais – reconhecidos por meio das declarações de direitos<sup>23</sup>.

Ressalta-se que o tipo de Estado moderno que antecedia o de Direito era um Estado monárquico, nacional, soberano, concentrado, secularizado e absoluto (*legibus solutus*)<sup>24</sup>. Ou seja, o Estado moderno nasceu sob a forma de monarquias absolutas e centralizadas que se apresentavam em oposição à organização política medieval; uma ordem política altamente descentralizada. Ele instituiu-se de tal forma que, no século XVI, as monarquias absolutas e a concepção do soberano como a fonte de todo o poder político do Estado transformam-se na forma comum de governo e de pensamento político por toda a Europa ocidental, respectivamente<sup>25</sup>. Assim, pode-se dizer, em linhas gerais, que o poder do soberano tinha uma fundamentação

<sup>21</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**.

<sup>22</sup> *Ancien Régime* era o regime político e social da França antes da eclosão da Revolução Francesa, o qual se caracterizava pelo sistema feudal com uma monarquia absoluta, apoiado na doutrina do direito divino dos reis. Sob esse regime, todos eram súditos do Rei e todos os direitos e *status* fluíam dos estamentos sociais, divididas em três ordens: o clero, a nobreza e o resto (o terceiro estado).

<sup>23</sup> STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luís Bolzan de. **Ciência Política e Teoria do Estado**; também em SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**.

<sup>24</sup> Como bem ressalta Souza Junior e Reverbel, apesar de absoluto, o poder do soberano no Estado moderno nascente à época não era destituído de qualquer limite, como muitas vezes pode parecer, como se vê neste trecho: “Deve-se repelir a crença – tão difundida – de que esse poder concentrado era, por definição, destituído de limites. Histórica e concretamente, o poder *absoluto* e *soberano* do Estado-Nação está contido por muitas barreiras, como costumes, tradições, privilégios corporativos e territoriais, a influência temporal da Igreja e a Inquisição, que sobreviviam da era feudal” (grifos do original). SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha; REVERBEL, Carlos Eduardo Dieder. **O Tribunal Constitucional Como Poder**. p. 42.

<sup>25</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **Maquiavel, “O Príncipe” e a Formação do Estado Moderno**.

teológica, de origem divina e incontestável nessa época. Tal concepção, contudo, foi combatida por outra que estava prestes a nascer, a do Estado liberal<sup>26</sup>.

À vista disso, o Estado liberal clássico surge como uma reação às ideias e práticas políticas absolutistas advindas do processo de unificação e formação dos Estados nacionais modernos. Nesse sentido, o Estado liberal de Direito pode ser pensado, em primeiro lugar, como um esforço para limitar o poder político e responsabilizar os detentores de poder por meio da instituição de freios político-jurídicos e institucionais a partir das cartas constitucionais e declarações de direitos<sup>27</sup>.

Em segundo lugar, o Estado liberal também pode ser entendido como uma resposta política às profundas mudanças científicas, econômicas e sociais que ocorreram a partir do século XV, principalmente em razão do salto tecnológico produzido por novas invenções e pelo progresso científico que deram movimento à industrialização e às grandes navegações.

Pode-se dizer, ainda, que a filosofia do Estado liberal clássico estava sintetizada dentro da cosmovisão (*Weltanschauung*) ou do espírito do tempo (*Zeitgeist*) do iluminismo (*Aufklärung*). O iluminismo, por sua vez, foi um movimento de posição filosófica individualista, racionalista, naturalista, mecanicista e crente do progresso interminável, que dominou o século XVIII e “secularizou a transcendência”, pondo a razão humana como fundamento do direito natural<sup>28</sup> e destronando a razão divina do seu posto<sup>29</sup>.

Assim sendo, verifica-se que o pressuposto filosófico de base do Estado liberal seria a concepção dos direitos do homem elaborada pela teoria jusnaturalista. A doutrina jusnaturalista teoriza deterem todos os homens, por força da natureza e independentemente das suas vontades, certos direitos básicos inalienáveis, como os direitos à vida, à liberdade, à segurança, à propriedade etc.; direitos esses que vinculariam até mesmo o Estado, o qual deveria respeitá-los. Isto é, o Estado liberal

---

<sup>26</sup> JELLINEK, Georg. **A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão.**

<sup>27</sup> SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha. **Consenso e Tipos de Estado no Ocidente.**

<sup>28</sup> Conforme Benoit Frydman, na tradição contratualista o direito natural é a fórmula que indica um direito descoberto por intermédio da razão humana. Na tradição contratualista dominante (representada por Hobbes, Locke, Rousseau etc.) o Direito representaria uma instituição da sociedade civil que advém da ruptura irremediável com o “estado de natureza”, produzindo assim o contrato social. FRYDMAN, Benoit. **O Fim do Estado de Direito.**

<sup>29</sup> SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha. **Consenso e Tipos de Estado no Ocidente.**

adotara, como pressuposto filosófico de base, a teoria jusnaturalista, porque ela serviria para fundar os limites do poder com base em uma concepção hipotética da natureza do homem, a qual prescindia de verificação empírica e prova histórica<sup>30</sup>.

Essa teoria dos direitos naturais está na base, inclusive, da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão<sup>31</sup> proclamada na França revolucionária. Momento esse em que se firmou, de forma definitiva, o Estado liberal como um Estado limitado pelo Direito<sup>32</sup>, embora a sua origem embrionária também possa ser remontada a séculos anteriores, em terras inglesas, com a “concessão”<sup>33</sup> da *Magna Charta Libertatum*<sup>34</sup>, como vemos neste excerto de Norberto Bobbio:

Enquanto teoria diversificadamente elaborada por filósofos, teólogos e juristas, a doutrina dos direitos do homem pode ser considerada como a racionalização póstuma do estado de coisas a que conduziu, especialmente na Inglaterra e muitos séculos antes, a luta entre a monarquia e as outras forças sociais, que se concluiu com a concessão da Magna Carta por parte de João Sem Terra (1215), quando as faculdades e os poderes que nos séculos futuros serão chamados de “direitos do homem” são reconhecidos sob o nome de “liberdade” [...], ou seja, como esferas individuais de ação e de posse de bens protegidos perante o poder coativo do rei<sup>35</sup>.

---

<sup>30</sup> Consoante Bobbio, pode-se definir a corrente jusnaturalista “como a doutrina segundo a qual existem leis não postas pela vontade humana – que por isso mesmo precedem à formação de todo grupo social e são reconhecíveis através da pesquisa racional – das quais derivam, como em toda e qualquer lei moral ou jurídica, direitos e deveres que são, pelo próprio fato de serem derivados de uma lei natural, direitos e deveres naturais”. BOBBIO, Norberto. **Liberalismo e Democracia**. p. 12.

<sup>31</sup> Como se verifica no art. 2º da Declaração: “Le but de toute association politique est la **conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'Homme**. Ces droits sont la liberté, la propriété, la sûreté, et la résistance à l'oppression”, ou em português, “O fim de toda a associação política é **a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do homem**. Esses Direitos são a liberdade, a propriedade, a segurança e a resistência à opressão”. FRANCE (FRANÇA). Secrétariat Général du Gouvernement. **Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789**.

<sup>32</sup> BOBBIO, Norberto. **Liberalismo e Democracia**.

<sup>33</sup> Decidiu-se colocar o termo “concessão” entre aspas porque, apesar de ser o termo utilizado por Norberto Bobbio, em realidade muitos doutrinadores o tratam muito mais como um pacto – ou até mesmo como uma imposição – firmado pelos bispos e barões ingleses com o Rei João Sem Terra do que como realmente uma concessão real.

<sup>34</sup> Conforme destaca Ingo Sarlet, apesar de a *Magna Charta Libertatum* ser, sem sombra de dúvidas, o mais importante documento da época, ela não era o primeiro, tampouco o único documento neste sentido, destacando-se também, nos séculos XII e XIII, as cartas de franquia e os forais outorgados pelos reis portugueses e espanhóis. Ademais, “há que descartar o caráter de autênticos direitos fundamentais desses ‘direitos’ e privilégios reconhecidos na época medieval, [...], cuidando-se mais, propriamente, de direitos de cunho estamental, atribuídos a certas castas nas quais se estratificava a sociedade medieval, alijando grande parcela da população do seu gozo”. SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. p. 41.

<sup>35</sup> BOBBIO, Norberto. **Liberalismo e Democracia**. p. 13.

Por conseguinte, o Estado de Direito nasce com um propósito claro, o de evitar o arbítrio dos governantes. Consequentemente, tanto a reação de colonos ingleses na América do Norte quanto a insurreição do terceiro estado na França tiveram a mesma motivação de fundo: o descontentamento contra um poder que atuava sem lei, nem regras; aquele poder que Montesquieu caracterizava por despótico<sup>36</sup>.

Na Europa, o Estado de Direito se consolida ao longo do século XIX com a adoção ampla desse modelo tornado universal pela Revolução Francesa; o modelo da separação de poderes e da proteção dos direitos individuais. Dessa forma, o Estado Liberal de Direito passou a expressar a ideia de império do Direito ou de regência pelo Direito (*rule of Law*). Ou seja, origina-se um regime governamental instituído por leis, e não por homens, no qual a administração estatal passa a ficar submetida à ordem jurídica, bem como a interpretação e aplicação do Direito passam a ficar a cargo de juízes independentes<sup>37</sup>.

Como se vê, o Estado foi absolutista no século XVII, foi de polícia<sup>38</sup> no século XVIII e passou a ser legislativo ou de Direito no século XIX. Ainda que imprecisa, a expressão “Estado de Direito” indica, portanto, tanto um valor quanto uma direção. O valor seria o da eliminação da arbitrariedade no âmbito da atividade estatal em relação aos seus cidadãos. A direção demarcaria uma inversão na relação entre poder e Direito que era a essência do Estado absolutista e do Estado de polícia, saindo da concepção de “o rei faz a lei” (*rex facit legem*), passando para a de “a lei faz com que o rei” (*lex facit regem*). Como expõe Zagrebelski nessa passagem:

La expresión «Estado de derecho» es ciertamente una de las más afortunadas de la ciencia jurídica contemporánea. Contiene, sin embargo, una noción genérica y embrionaria, aunque no es un concepto vacío o una fórmula mágica, como se ha dicho para denunciar un cierto abuso de la misma. El Estado de derecho indica un valor y alude sólo a una de las direcciones de desarrollo de la organización del Estado, pero no encierra en sí consecuencias precisas. El valor es la eliminación de la arbitrariedad en el ámbito de

---

<sup>36</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos Humanos Fundamentais**.

<sup>37</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional contemporâneo**.

<sup>38</sup> Como destaca Zaffaroni, Polícia significa etimologicamente administração ou governo. De modo que o Estado de Polícia é aquele regido pelas decisões do governante (que pode ser uma pessoa, um grupo, uma classe social ou um segmento dirigente), por sua vontade hegemônica. Sendo que o seu modelo ideal é caracterizado pelo exercício do poder vertical e autoritário, além da distribuição da justiça substancialista de grupos ou classes sociais. Para este modelo a submissão à lei é sinônimo de obediência ao governo. ZAFFARONI, Eugenio Raúl et al. **Direito Penal Brasileiro**.

la actividad estatal que afecta a los ciudadanos. La dirección es la inversión de la relación entre poder y derecho que constituía quintaesencia del *Machtstaat* y del *Polizeistaat*: no más *rex facit legem*, sino *lex facit regem*<sup>39</sup>.

Desse modo, o Estado liberal e os direitos naturais estão também intimamente ligados às teorias contratualistas. A própria ideia de que o exercício do poder político somente seria legítimo se fundado sobre o consenso daqueles sobre os quais ele deveria ser exercido é uma ideia derivada do pressuposto de que os indivíduos possuem direitos que não dependem da outorga de um poder superior, de forma que a própria instituição desse contrato social tem como principal função a de garantir a máxima efetivação desses direitos, compatibilizando-os com a máxima segurança de todos<sup>40</sup>.

Em suma, pode-se afirmar que o Estado liberal resulta historicamente não só de uma contínua e progressiva erosão do poder absoluto dos reis, mas também de rupturas revolucionárias, como, por exemplo, as revoluções ocorridas na Inglaterra do séc. XVII<sup>41</sup> e na França do fim do séc. XVIII. Por outro lado, também é certo afirmar que o Estado liberal advém, justificado racional e hipoteticamente, de um acordo entre indivíduos livres que convencionaram estabelecer os vínculos necessários a uma convivência pacífica e duradoura; o que se costuma denominar de contrato social. Isto é, foram as revoluções liberais dos séculos XVII e XVIII que invocaram o Direito – entendendo esse fenômeno jurídico enquanto produto da racionalidade humana –

---

<sup>39</sup> “A expressão ‘Estado de Direito’ é certamente uma das mais afortunadas na ciência jurídica contemporânea. Ela contém, no entanto, uma noção genérica e embrionária, embora não seja um conceito vazio ou uma fórmula mágica, como se foi dito para denunciar um certo abuso dela. O Estado de Direito indica um valor e refere-se apenas a uma das direções de desenvolvimento da organização estatal, mas não contém consequências precisas. O valor é a eliminação da arbitrariedade no campo da atividade estatal que afeta os cidadãos. A direção é a inversão da relação entre poder e Direito que constituía a quintessência do Estado despótico e de polícia: não mais *rex facit legem*, mas sim *lex facit regem*” (tradução livre). ZAGREBELSKY, Gustavo. **El Derecho Dúctil**. p. 21.

<sup>40</sup> BOBBIO, Norberto. **Liberalismo e Democracia**.

<sup>41</sup> Segundo Acemoglu e Robinson, não é uma mera coincidência que a Revolução Industrial tenha se iniciado justamente pela Inglaterra, poucas décadas após a Revolução Gloriosa (1688-1689). Como ressaltam os autores neste trecho: “**A Revolução Gloriosa restringiu o poder do monarca e do Executivo, e deslocou para o Parlamento a possibilidade de determinar as instituições econômicas. Ao mesmo tempo, abriu o sistema político para um amplo corte transversal da sociedade, aumentando a parcela da população capaz de exercer considerável influência sobre o funcionamento do Estado. A Revolução Gloriosa foi a pedra angular de uma sociedade pluralista, tendo não só se apoiado em, mas também acelerado, um processo de centralização política. Criou o primeiro conjunto de instituições políticas inclusivas no mundo**” (grifou-se). ACEMOGLU, Daron; ROBINSON, James. **Por Que as Nações Fracassam**. p. 80.

para reger o Estado e a vida política da comunidade. De forma que, o cerne da ideia liberal dessas revoluções era a crença na aptidão do direito para regular e limitar o Estado e a política por meio de leis e das constituições<sup>42</sup>. Nesse sentido, as constituições modernas estabeleceram limites e a forma de influência recíproca entre Direito e política, atuando como um acoplamento estrutural entre elas, fixando as regras pelas quais um sistema ou campo provocaria o outro<sup>43</sup>.

Tem-se, portanto, que o processo de formação do Estado liberal pode ser identificado com o progressivo alargamento e proteção da esfera de liberdade do indivíduo frente aos poderes estatais, no sentido de promover a emancipação da sociedade. Dessa forma, as duas principais frentes nas quais ocorreram essa emancipação foram as esferas espiritual/religiosa e econômica, como assevera Bobbio neste trecho:

Mas, independentemente dessa discutida conexão, é um fato que a história do Estado liberal coincide, de um lado, com o fim dos Estados confessionais e com a formação do Estado neutro ou agnóstico [Estado laico] quanto às cresças religiosas de seus cidadãos, e, de outro lado, com o fim dos privilégios e dos vínculos feudais e com a exigência de livre disposição dos bens e da liberdade de troca, que assinala o nascimento e o desenvolvimento da sociedade mercantil burguesa<sup>44</sup>.

Assim sendo, pode-se dizer que o Estado liberal de Direito se apresentou como uma limitação político-jurídica ao poder estatal, atuando como uma garantia de defesa dos indivíduos frente ao Estado, possibilitando um âmbito de livre atuação dos indivíduos. Ou seja, ao Estado liberal coube o estabelecimento de instrumentos político-jurídicos no sentido de restringir a atuação positiva do Estado e assegurar o livre desenvolvimento dos indivíduos. Portanto, a doutrina do Estado liberal de Direito é, *in primis*, uma doutrina dos limites político-jurídicos do poder estatal<sup>45</sup>, convertendo os que eram até então considerados como súditos de um Estado absoluto em

---

<sup>42</sup> SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha; REVERBEL, Carlos Eduardo Dieder. **O Tribunal Constitucional Como Poder**.

<sup>43</sup> BARBOSA, Leonardo Augusto de Andrade. **História Constitucional Brasileira**.

<sup>44</sup> BOBBIO, Norberto. **Liberalismo e Democracia**. p. 22.

<sup>45</sup> BOBBIO, Norberto. **Liberalismo e Democracia**.

cidadãos livres de um Estado de Direito, dotando-os de mecanismos aptos a salvaguardá-los de toda atuação abusiva do Estado<sup>46,47</sup>.

É, enfim, nesse contexto em que se insere a ideia dos direitos humanos e fundamentais com as suas declarações. Com efeito, as declarações de direitos frutos do pensamento político setecentista não só explicam os direitos naturais, mas também enunciam os seus limites, que são admitidos para o bem da comunidade política<sup>48</sup>. No mesmo sentido é a lição de Ferreira Filho neste fragmento:

Não é por mera coincidência que cada uma das antigas colônias inglesas da América do Norte, ao romper seus laços com a metrópole, tem o cuidado de formular desde logo a sua declaração de Direitos. Não é por capricho que essas colônias adotam declarações (a primeira, da Virgínia, em 1776), antes de estabelecer as próprias Constituições, e muito antes de se unirem pelas instituições confederativas (em 1781) e federativas (em 1787), com a Constituição dos Estados Unidos da América. [...]

E o mesmo ocorreu na França. A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão é de 1789; a primeira Constituição, de 1791<sup>49</sup>.

É de se destacar também que havia uma importante diferença entre as realidades nas quais se inseriram essas declarações das então colônias norte-americanas e do Estado nacional francês à época. Diferentemente do que ocorria na França, os direitos inseridos nessas declarações foram apenas declarados em território norte-americano, pois já estavam incorporados ao cotidiano das antigas colônias inglesas, sendo preexistentes e reconhecidos até mesmo pela Coroa inglesa,

---

<sup>46</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**.

<sup>47</sup> BARBOSA, **História Constitucional Brasileira: mudança constitucional, autoritarismo e democracia no Brasil pós-1964**.

<sup>48</sup> Nas palavras de Hartmut Maurer: "O patrimônio de ideias que se expressa nas declarações de direitos fundamentais americanas, contudo, não é novo. Ele refere-se às ideias jurídico-naturais e jurídico-rationais do iluminismo europeu do século 17 e 18. Novo é, porém, que os direitos fundamentais, disso resultantes, pela primeira vez, foram formulados precisos juridicamente e trazidos como direitos na disputa política. Aqui se mostra, de novo, uma vez, que grandes ideias, primeiro, então, tornam-se eficazes, quando elas são trazidas 'em forma' idiomática e, com isso, tornam-se operáveis. Em perspectiva política, as declarações de direito fundamentais tinham uma função dupla, ou seja, uma legitimadora e uma constituinte; elas deviam, por uma parte, justificar o abandono da metrópole inglesa, e de outra parte, determinar a estrutura e os limites do novo Estado. A determinação quanto ao conteúdo dos direitos particulares não ofereceu grandes dificuldades, uma vez que os colonos ingleses, no essencial, formavam um grupo socialmente homogêneo e independente". MAURER, Hartmut. **Contributos para o Direito do Estado**. p. 16.

<sup>49</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos Humanos Fundamentais**. p. 23.

ainda que tivessem passado por um desenvolvimento novo em terras norte-americanas<sup>50</sup>.

Por certo, os direitos e liberdades reconhecidos aos cidadãos ingleses surgem como enunciações gerais de um Direito costumeiro, resultado de uma progressiva afirmação do Parlamento perante a Coroa inglesa, limitando o poder monárquico inglês<sup>51</sup>. Ou seja, foi o confronto entre o Parlamento e a Coroa inglesa que ensejou o surgimento das primeiras garantias político-jurídicas perante o arbítrio da autoridade, e isso foi exportado para as 13 colônias inglesas na América do Norte. De forma que foi nas colônias norte-americanas que houve a transição dos direitos de liberdades ingleses para os direitos fundamentais constitucionais, como se vê neste excerto:

As declarações americanas incorporaram virtualmente os direitos e liberdades já reconhecidos pelas suas antecessoras inglesas do século XVII, direitos estes que também tinham sido reconhecidos aos súditos das colônias americanas, com a nota distintiva de que, a despeito da virtual identidade de conteúdo, guardaram as características da universalidade e supremacia dos direitos naturais, sendo-lhes reconhecida eficácia inclusive em relação à representação popular, vinculando, assim, todos os poderes públicos. Com a nota distintiva da supremacia normativa e a posterior garantia de sua justiciabilidade por intermédio da Suprema Corte e do controle judicial de constitucionalidade, pela primeira vez os direitos naturais do homem foram acolhidos e positivados como direitos fundamentais constitucionais, ainda que este *status* constitucional da fundamentalidade em sentido formal tenha sido definitivamente consagrado somente a partir da incorporação de uma declaração de direitos à Constituição de 1791, mais exatamente, a partir do momento

---

<sup>50</sup> Como destaca Hartmut Maurer, “As declarações de direitos fundamentais americanas tiveram na Inglaterra certos precursores, ou seja, a Magna Charta Libertatum, de 1215, e, sobretudo, as declarações de direitos distintas do século 17. Uma comparação mostra, contudo, que na América do Norte iniciou um desenvolvimento novo. As garantias inglesas mais antigas não resultaram por lei geral, mas por contrato entre o rei e a nobreza, posteriormente, também o parlamento inglês; elas não continham direitos de liberdade para todos os cidadãos, mas somente privilégios para a nobreza; elas não trouxeram uma codificação ampla, mas diziam respeito somente a direitos particulares; elas não foram fundamentadas pré-estatalmente e jurídico-naturalmente, mas determinadas no caminho do compromisso”. MAURER, Hartmut. **Contributos para o Direito do Estado**. p. 16.

<sup>51</sup> Como exemplos das declarações de direitos inglesas do século XVII, Ingo Sarlet destaca, em especial, “a *Petition of Rights*, de 1628, firmada por Carlos I, o *Habeas Corpus Act*, de 1679, subscrito por Carlos II, e o *Bill of Rights*, de 1689, promulgado pelo Parlamento e que entrou em vigor já no reinado de Guilherme d’Orange, como resultado da assim denominada ‘Revolução Gloriosa’, de 1688, havendo, ainda, quem faça menção ao *Establishment Act*, de 1701, que definiu as leis da Inglaterra como direitos naturais de seu povo”. SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. p. 42.

em que foi afirmada na prática da Suprema Corte a sua supremacia normativa<sup>52</sup>.

Já em terras francesas, onde, até advento da Revolução, o Estado francês era marcado pelo *Ancien Régime* monárquico e absolutista, apenas a nobreza e o clero possuíam determinados direitos ou privilégios estamentais. De forma que a Declaração francesa realmente postulava constituir direitos até então inexistentes no cotidiano da e para a maioria do povo francês<sup>53</sup>, o que é uma importante diferença no contexto social e político da época.

Há outras semelhanças e diferenças entre as declarações que também merecem ser ressaltadas. Nota-se, por exemplo, que tanto as Declarações norte-americanas quanto a Declaração francesa possuíram como ideia de base uma forte concepção individualista de sociedade; de tal modo que, para a formação dessa concepção, haviam contribuído ideias políticas-filosóficas, econômicas e, até mesmo, a ideia cristã do indivíduo enquanto pessoa moral, que tem valor em si mesmo como criatura à imagem e semelhança de Deus<sup>54</sup>.

As declarações partiam dos homens singularmente considerados, de forma que os direitos por elas proclamadas pertenceriam apenas aos indivíduos, que já os possuem antes mesmo de ingressarem em qualquer sociedade<sup>55</sup>. Essas declarações também possuíam uma profunda inspiração jusnaturalista ao reconhecer ao ser humano direitos naturais, inalienáveis, invioláveis e imprescritíveis, direitos que seriam de todos os homens, e não apenas de uma casta ou estamento como ocorria na Europa feudal<sup>56</sup>.

Outra das importantes diferenças foi o fato de os norte-americanos relacionarem os direitos do indivíduo ao bem comum da sociedade, de sorte que a maioria das cartas de direitos norte-americanas faziam referência direta a uma finalidade da comunidade política, que era a do *common benefit* na declaração da

<sup>52</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. p. 43.

<sup>53</sup> JELLINEK, Georg. **A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão**.

<sup>54</sup> Jellinek inclusive vai além de Bobbio, afirmando a preponderância da dimensão religiosa-espiritual das declarações de direitos, como se vê neste excerto: "A ideia de consagrar legislativamente os direitos inalienáveis e invioláveis, os direitos naturais do indivíduo, não é uma ideia de origem política, mas, sim, uma ideia de origem religiosa. O que até o presente cremos ser da Revolução [francesa] não é, em realidade, senão um produto da reforma [protestante] e das lutas que ela originou". JELLINEK, Georg. **A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão**. p. 88.

<sup>55</sup> BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**.

<sup>56</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**.

Virgínia, a do *good of whole* na declaração de Maryland ou a do *common good* na declaração de Massachusetts. Por outro lado, os franceses pretendiam afirmar primária e exclusivamente os direitos individuais em si, sendo que a utilidade comum era invocada apenas para justificar eventuais distinções sociais<sup>57</sup>.

Costuma-se fazer referência, também, ao fato de que a Declaração francesa possuía uma aspiração mais universal e abstrata, enquanto nas Declarações norte-americanas imperavam um maior pragmatismo e uma aspiração de reconhecimento apenas nacional desses direitos. De tal sorte que enquanto os norte-americanos traziam ao mundo os direitos fundamentais, a França deixava de legado os direitos humanos<sup>58</sup>.

Fábio Konder Comparato<sup>59</sup>, por sua vez, aponta o contraste que ocorria entre os EUA e a França, no final do século XVIII, da seguinte forma: nas Declarações norte-americanas, o termo “povo”<sup>60</sup> comumente aparece como titular da soberania, sendo essa a primeira utilização, nos tempos modernos, do conceito de povo como titular da soberania democrática<sup>61</sup>. Termo esse que, posteriormente, foi também inserido no

<sup>57</sup> BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**.

<sup>58</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**.

<sup>59</sup> Comparato atribui a maior facilidade de aceitação do povo como o titular da soberania em terras norte-americanas ao fato de que neste país não havia uma tradicional divisão social em estamentos como ocorria por grande parte da Europa, é o que vemos nesse parágrafo: “Seja como for, é um fato óbvio que a ausência, na sociedade norte-americana, de uma tradicional divisão de estamentos sociais e, notadamente, de fundos vínculos aristocráticos, tornava mais fácil a aceitação do povo como titular da soberania. A existência da escravidão legal não representava nenhum obstáculo teórico a esse empreendimento político, pois o precedente prestigioso da democracia ateniense – em que não apenas os escravos, mas também os metecos e as mulheres eram excluídos do rol dos cidadãos – apresentava-se como o modelo para o qual todos se voltavam com respeito”. COMPARATO, Fábio Konder. Variações sobre o conceito de povo no regime democrático. **Estudos Avançados**.

<sup>60</sup> Isso se verifica tanto no preâmbulo da Declaração de Direitos da Virgínia “A declaration of rights made by the representatives of the **good people of Virginia**, assembled in full and free convention; which rights do pertain to them and their posterity, as the basis and foundation of government”, quanto na sua seção 2 “That **all power is vested in, and consequently derived from, the people**; that magistrates are their trustees and servants and at all times amenable to them”. UNITED STATES OF AMERICA (USA). The U.S. National Archives and Records Administration. **The Virginia Declaration of Rights**.

<sup>61</sup> Nunca é demais destacar que, como ressalta Acemoglu e Robinson, “A Constituição dos Estados Unidos não criou uma democracia pelos padrões modernos. Cabia a cada Estado determinar quem seriam os eleitores. Assim, embora os Estados do norte logo tenham estendido o direito ao voto a todos os homens brancos, independentemente de sua renda ou propriedade, apenas aos poucos os

preambulo da Constituição dos Estados Unidos<sup>62</sup>. De forma diversa, a Declaração Francesa de 1789, ainda que expondo no seu preâmbulo que era uma assembleia nacional dos representantes do povo francês<sup>63</sup>, expõe que o princípio de toda soberania reside essencialmente na “Nação”<sup>64</sup> e não no “povo”<sup>65</sup>. Nesse sentido, Azambuja ressalta que a doutrina clássica francesa, para escapar das dificuldades evidentes de repousar a soberania na nação, acabou identificando os conceitos de nação e Estado<sup>66</sup>.

Destaca-se que, qualquer que seja o valor intrínseco das proposições contidas na Declaração Francesa, foi sob sua influência que se formou a noção de direitos subjetivos no direito público, dentro do direito positivo dos Estados da Europa continental. Como se vê neste trecho de Jellinek:

---

do sul mostraram a mesma prodigalidade. Nenhum deles reconhecia os direitos de mulheres ou escravos e, à medida que os brancos iam sendo liberados das limitações relativas à propriedade e riqueza, eram adotadas restrições raciais que destituíam explicitamente os negros de todo e qualquer direito. A escravidão, é claro, foi considerada legítima quando a Constituição dos Estados Unidos foi escrita na Filadélfia”. ACEMOGLU, Daron; ROBINSON, James. **Por Que as Nações Fracassam**. p. 22.

<sup>62</sup> Como se vê neste trecho do preâmbulo da Constituição Norte-americana: “**We the People of the United States**, in Order to form a more perfect Union, establish Justice, insure domestic Tranquillity, provide for the common defence, promote the general Welfare, and secure the Blessings of Liberty to ourselves and our Posterity, **do ordain and establish this Constitution** for the United States of America”. UNITED STATES of AMERICA. The U.S. National Archives and Records Administration.

<sup>63</sup> Como se verifica neste trecho da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789: “**Les Représentants du Peuple Français, constitués en Assemblée Nationale**, considérant que l'ignorance, l'oubli ou le mépris des droits de l'Homme sont les seules causes des malheurs publics et de la corruption des Gouvernements, ont résolu d'exposer, dans une Déclaration solennelle, les droits naturels, inaliénables et sacrés de l'Homme, afin que cette Déclaration, constamment présente à tous les Membres du corps social, leur rappelle sans cesse leurs droits et leurs devoirs ; afin que les actes du pouvoir législatif, et ceux du pouvoir exécutif, pouvant être à chaque instant comparés avec le but de toute institution politique, en soient plus respectés ; afin que les réclamations des citoyens, fondées désormais sur des principes simples et incontestables, tournent toujours au maintien de la Constitution et au bonheur de tous”. FRANCE (FRANÇA). SECRÉTARIAT GÉNÉRAL DU GOUVERNEMENT.

<sup>64</sup> Como se vê neste artigo da Declaração Francesa: “Art. 3. **Le principe de toute Souveraineté réside essentiellement dans la Nation**. Nul corps, nul individu ne peut exercer d'autorité qui n'en émane expressément”. FRANCE (FRANÇA). Secrétariat Général Du Gouvernement.

<sup>65</sup> O que para Comparato é uma grande ironia da história, é o que se verifica nesse trecho: “A ironia da história é patente. Para afastar a ambiguidade do termo povo, os revolucionários franceses acabaram entronizando, em lugar do rei, um dos mais notáveis ícones políticos dos tempos modernos: a nação, à cuja sombra têm-se abrigado comodamente, desde então, os mais variados regimes antidemocráticos”. COMPARATO, Fábio Konder. *Variações sobre o conceito de povo no regime democrático*. **Estudos Avançados**.

<sup>66</sup> Como destaca Azambuja: “A consequência necessária da teoria que considera a nação como titular da soberania, e não o Estado, seria que à nação cabe a primeira e a última palavra na direção do Estado, não sendo este mais do que o aspecto jurídico da coletividade”. AZAMBUJA, Darcy. **Teoria Geral do Estado**. p. 106.

A literatura de direito público não conhecia, até então, senão os direitos do Chefe de Estado e os privilégios de classe, de particulares ou de certas corporações. Os direitos gerais dos indivíduos não apareciam senão sob a forma de deveres do Estado, e não constituíam, para o indivíduo, títulos caracterizadores de direito. Não foi senão pela Declaração dos Direitos do Homem que se formou, no direito positivo, em toda sua amplitude, a noção de direitos subjetivos do cidadão frente ao Estado, noção que, até então, não era conhecida senão pelo direito natural. Isso foi realizado em primeiro lugar pela Constituição [francesa] de 3 de setembro de 1791: baseando-se na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, que a tinha precedido, fixou uma série de direitos naturais e civis garantidos pela Constituição<sup>67</sup>.

Com efeito, quase todas as outras Constituições do continente europeu adotaram catálogos de direitos similares ao da Declaração Francesa, ainda que com adaptações às condições particulares de cada Estado Europeu. A maioria das Constituições alemãs posteriores a 1848 contém uma seção tratando dos direitos individuais, foi assim também na Constituição prussiana de 1850 e na lei fundamental do Império da Áustria de 1867, para citar apenas dois célebres exemplos. Por outro lado, formando notáveis exceções a este fato foram as Constituições da Confederação Germânica do Norte de 1867 e a do Império alemão de 1871<sup>68</sup>.

Questão importante a ser destacada aqui, é a de que o processo político do Estado liberal pretendia se fundar no consentimento dos governados para a condução do governo. Logo, seria frontalmente oposto à ideologia liberal – que traz a liberdade individual como um valor supremo – um regime político apoiado na coerção, na violência, ou em qualquer outra forma de imposição da autoridade na ordem político-social. Por conseguinte, o consentimento dos governados ocorria, no Estado liberal clássico, principalmente por meio de dois instrumentos: o sufrágio censitário<sup>69</sup> e o mandato representativo clássico, assim como ressalta Souza Junior:

Todos os Estados liberais clássicos conheceram, de alguma forma, o sufrágio censitário, isto é, a restrição do direito de voto àquelas pessoas que pudessem comprovar determinadas exigências indicativas de situação de independência econômica (ou propriedade

---

<sup>67</sup> JELLINEK, Georg. **A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão**. p. 34.

<sup>68</sup> JELLINEK, Georg. **A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão**.

<sup>69</sup> Como destaca o prof. Ferreira Filho, o sufrágio censitário era a modalidade de sufrágio restrito que prevaleceu na primeira fase das democracias modernas, na qual o voto era reservado aos nacionais que demonstrassem um determinado mínimo de dinheiro e bens, riqueza que era apurada, por vezes, em um censo. Esta modalidade assegurava, assim, o poder aos mais ricos. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Comentários à Constituição Brasileira de 1988**.

de imóveis, ou determinada renda anual, ou recolhimento de impostos, etc.). [...] A razão real, porém, era mesmo afastar do sufrágio aquelas camadas sociais que, não tendo nada a perder, pudessem, de um modo ou de outro, desviar o comportamento do Estado dos rígidos padrões do figurino liberal<sup>70</sup>.

Dessa maneira, o voto censitário restringia e fechava os espaços de participação política para os que não eram proprietários ou não possuíam determinada quantidade de bens. Por essa razão, o regime democrático do Estado liberal clássico passou a ser denominada também de “democracia burguesa”, pois se configurava como um sistema que se recusava a reconhecer o pluralismo político e social<sup>71</sup>.

Ademais, a atividade política – que adotara a ideologia do Estado mínimo, uma vez que praticamente não existia atividade governamental<sup>72</sup> e, quando existia, ela era desenvolvida para atender tão somente aos interesses de uma camada social privilegiada de proprietários – não necessitava realmente de partidos políticos<sup>73</sup>; isto é, os interesses representados na cena política, que, por natureza, eram relativamente homogêneos, poderiam ser compostos por uma legislação geral e abstrata sem o recurso aos partidos políticos, os quais eram, inclusive, interpretados como, além de desnecessários, perigosos; pois possibilitariam o abrigo a discordâncias e divergências capazes de perturbar o regular funcionamento do Estado liberal burguês<sup>74</sup>.

---

<sup>70</sup> SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha. **Consenso e Tipos de Estado no Ocidente**. p. 41.

<sup>71</sup> SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha. **Consenso e Tipos de Estado no Ocidente**.

<sup>72</sup> Como ressaltam Reverbel e Chevtchik neste trecho: “Além do mais, as funções do Estado limitar-se-iam à preservação da ordem interna (mediante a administração da justiça e o exercício do poder de polícia) e à defesa da segurança externa. A interferência no domínio social e econômico era concebida negativamente, segundo a lógica do *laissez faire, laissez passer*. A finalidade das associações políticas era, pois, a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do homem, a teor do que dispunha o art. 2.º da DDHC [Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão]”. REVERBEL, Carlos Eduardo Dieder; CHEVTCHIK, Mellany. *O Berço dos Direitos Sociais: cem anos da constituição mexicana e alemã*. p. 56-57.

<sup>73</sup> Como destacam Reverbel e Chevtchik: “Teoricamente fundamentado no consentimento dos governados, o processo político liberal pretendia ser democrático. Na realidade, na primeira fase do Estado Liberal a democracia instrumental era uma democracia pela representação, caracterizada pelo sufrágio censitário e pela presença de ‘grupos parlamentares’ ao invés de partidos. Era uma democracia ‘contra’ os partidos, ou ‘apesar’ dos partidos. A grande massa popular não possuía canais políticos de representação. Havia um ‘consenso’ em torno da ordem econômica e social liberal, sem existir, contudo, uma oposição político-ideológica efetiva. Historicamente, portanto, o Estado liberal se desenvolveu em uma sociedade com participação política limitada”. REVERBEL, Carlos Eduardo Dieder; CHEVTCHIK, Mellany. *O Berço dos Direitos Sociais: cem anos da constituição mexicana e alemã*. p. 58.

<sup>74</sup> SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha. **Consenso e Tipos de Estado no Ocidente**.

Conquanto fosse verdade que na base do processo político do Estado liberal estava o cidadão, também era verdade que esses cidadãos não eram todos os integrantes da sociedade da época, todos os indivíduos que compunham a população da comunidade política. Frequentemente, eram considerados como cidadãos apenas os homens esclarecidos pela razão, que estavam desembaraçados dos preconceitos de classe e das preocupações inerentes à sua condição econômica, sendo capazes de formular uma opinião sobre a coisa pública (*res publica*), com abstração de suas preferências pessoais, concepção que, aliás, não difere muito daquela existente na antiga democracia ateniense<sup>75</sup>.

Não se pode perder de vista que, como destaca Dahl, apesar dos termos “democracia” e “república” já possuírem uma longa utilização através da história, algumas das instituições políticas dos sistemas democráticos e representativos que hoje se conhece são produtos dos últimos séculos, não existindo no mundo antigo. Uma delas é certamente o sufrágio universal dos adultos, que é um produto principalmente dos desenvolvimentos advindos do século XX<sup>76</sup>.

Outrossim, delineada, até este ponto, a configuração do antigo Estado de Direito – em seu tipo liberal clássico, o Estado liberal de Direito – do primeiro momento do constitucionalismo moderno, pode-se, então, passar a se estudar, mais detalhadamente, o tipo de Estado de Direito<sup>77</sup> que floresceu em sua sequência, o Estado social de Direito<sup>78</sup>. Sobre essa transição, ressalta José Afonso da Silva que tendo o individualismo e o neutralismo do Estado Liberal provocado imensas injustiças no bojo da comunidade política, os movimentos sociais dos séculos XX e XXI surgem

---

<sup>75</sup> SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha. **Consenso e Tipos de Estado no Ocidente.**

<sup>76</sup> DAHL, Robert Alan. **Sobre a Democracia.**

<sup>77</sup> Nunca é demais ressaltar que aqui se está a abordar tipos ideias ou modelos de Estados de Direito. Estados que em sua concretude não são modelos fixos, atemporais, eternos ou imutáveis, no sentido em que cada Estado de Direito historicamente posto, nos diferentes países, possuía as suas particularidades, diferenças e idiosincrasias.

<sup>78</sup> Como destaca José Afonso da Silva, apesar desta nomenclatura já ter sido bem firmada na doutrina, talvez uma melhor nomenclatura para este tipo de Estado seria a de “Estado de Direito Social”, posição com a qual particularmente se concorda. Isso é o que se vê neste trecho: “Talvez, para caracterizar um Estado não socialista preocupado, no entanto, com a realização dos direitos fundamentais de caráter social, fosse melhor manter a expressão *Estado de Direito*, que já tem uma conotação democratizante, mas, para retirar dele o sentido liberal burguês individualista, qualificar a palavra Direito com o social, com o que se definiria uma concepção jurídica mais progressista e aberta, e então, em lugar de Estado Social de Direito, diríamos *Estado de Direito Social*”. SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** p. 116-117.

como meios para a conscientização da necessidade da justiça social, desvelando as insuficiências políticas de tal época<sup>79</sup>. Questão social que ademais foi apontada e criticada pela encíclica papal *Rerum Novarum*<sup>80</sup> em 1891<sup>81</sup>.

Á vista disso, ao largo do século XX, o Estado social de Direito se mostra como uma alternativa dual e gradual diante das graves crises e das insustentáveis carências do modelo puramente liberal, demonstrando-se um tipo de Estado de Direito em firme rechaço às falsas saídas de caráter totalitário impostas por ditaduras comunistas ou fascistas. Dessa maneira, a necessidade e a possibilidade do Estado social se mostram com toda evidência a partir dos anos da primeira guerra mundial<sup>82</sup>.

Com efeito, o Estado social surge desse processo histórico-evolutivo experimentado pelo Estado liberal de Direito numa transição ou passagem que ocorreu devido à concorrência de uma multiplicidade de causas; de tal sorte que a maior parte delas pode-se agrupar em torno de quatro espécies principais: econômicas, sociais, políticas e ideológicas. Isto é, pode-se afirmar, sem dúvidas, ser o Estado social um produto de políticas reformistas praticadas principalmente por governos progressistas, no bojo do Estado de Direito herdado da tradição liberal, que se apoiava em uma economia de mercado<sup>83</sup>.

Assim, ao tipo de Estado de Direito anterior – modelo de Estado liberal clássico – se adiciona um nítido conteúdo de justiça social, sem, no entanto, renegar as conquistas e os valores advindos do liberalismo político. Dá-se, assim, ao modelo de Estado social de Direito um conteúdo axiológico e político novo<sup>84</sup>, de modo que a palavra “social”, componente nova que se agrega ao Estado de Direito, referia-se, no essencial à distribuição dos bens socialmente produzidos e a busca de uma igualdade

<sup>79</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**.

<sup>80</sup> Como ressalta a professora Isabel Loureiro acerca dessa encíclica papal: “A modernização capitalista na Europa criava tamanha desigualdade que até a Igreja Católica foi obrigada a pronunciar-se sobre a questão social. O papa Leão XIII (1878-1903), na encíclica *Rerum Novarum* (1891), criticava os excessos do liberalismo econômico (em particular a usura, os grandes lucros e as grandes fortunas) e lamentava a miséria e a superexploração dos trabalhadores. Mas, ao mesmo tempo, atacava o socialismo e os sindicatos, exortando a classe trabalhadora a não entrar em greve e a revitalizar as corporações artesanais como forma de enfrentar os abusos do capitalismo”. LOUREIRO, Isabel Maria. **A Revolução Alemã**. p. 31.

<sup>81</sup> REVERBEL, Carlos Eduardo Dieder; CHEVTCHIK, Mellany. O Berço dos Direitos Sociais: cem anos da constituição mexicana e alemã.

<sup>82</sup> DÍAZ, Elías. Estado de Derecho y Derechos Humanos.

<sup>83</sup> SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha. **Consenso e Tipos de Estado no Ocidente**.

<sup>84</sup> STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência Política e Teoria do Estado**.

fática<sup>85</sup>. Logo, projetou-se um modelo onde o bem-estar da população e o desenvolvimento social pautavam as ações do ente público, modelo também conhecido pelo nome de *Welfare State*<sup>86</sup>.

De forma que colaboraram para a construção do Estado social de Direito tanto alguns setores que visavam ao saneamento e fortalecimento da economia de mercado, quanto partidos socialdemocratas e movimentos sindicais, que se propunham a uma profunda transformação social e a consecução do bem-estar geral<sup>87</sup>. Como célebres símbolos dessa aproximação dual, tem-se John Maynard Keynes e Hermann Heller, cada um em sua área específica, de forma que:

El estado va a hacerse así decididamente intervencionista con objetivo de poder atender y llevar a la práctica esas perentorias demandas sociales de mayor participación y mayores cotas y zonas de igualdad real: sufragio universal (incluido ya el sufragio femenino), por un lado, amplio pacto social con compromiso por el Estado para políticas de bienestar (sanidad, educación, seguridad social, etc.), por otro, serán los dos principales componentes de ese indudable fortalecimiento de la legitimación y de la doble participación democrática<sup>88</sup>.

Nesse sentido, coube a Keynes trazer uma fundamentação econômica à teoria intervencionista do Estado, introduzindo um arsenal de medidas político-econômicas que se mostraram eficazes para combater a grande depressão do ocidente, ou seja, com o keynesianismo criava-se uma instrumentação econômica, teórica e prática, que viabilizaria o triunfo do Estado social na crise econômica pós-1929<sup>89</sup>.

Da mesma forma, no campo político, à medida que se expande o sufrágio, universalizando-se por exigência da própria sociedade, vão surgindo também os partidos políticos, principalmente sob a feição de partidos de quadros ideologicamente

---

<sup>85</sup> DUQUE, Marcelo Schenk. **Curso de direitos fundamentais**. p. 91.

<sup>86</sup> STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência Política e Teoria do Estado**. p. 96.

<sup>87</sup> DÍAZ, Elías. Estado de derecho y derechos humanos.

<sup>88</sup> “O Estado vai, assim, tornar-se decididamente intervencionista para poder atender e colocar em prática aquelas demandas sociais peremptórias por maior participação e por maiores níveis e espaços de igualdade real: o sufrágio universal (incluindo já o sufrágio feminino), por um lado, e um pacto amplo com o compromisso do Estado para com políticas de bem-estar social (saúde, educação, seguridade social etc.), por outro lado; esses serão os dois principais componentes de inegável fortalecimento da legitimidade e da dupla participação democrática” (tradução nossa).

DÍAZ, Elías. Estado de derecho y derechos humanos. p. 18.

<sup>89</sup> SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha. **Consenso e Tipos de Estado no Ocidente**.

organizados<sup>90</sup>. Os partidos de massa, por sua vez, são um fenômeno que começa a se manifestar a partir do início do século XX no Estado social. Dessa maneira, tanto o movimento de universalização do sufrágio quanto a organização de partidos políticos ideológicos foram fatores que viabilizaram uma maior participação da população no processo político-eleitoral do Estado social<sup>91</sup>.

Por conseguinte, o processo político é substancialmente alterado ainda que se preserve as instituições representativas herdadas do Estado de Direito no seu nascedouro liberal. Nessa perspectiva, no Estado social, altera-se o próprio conceito da comunidade participante da vida política, como se vê neste trecho de Souza Junior:

Se, na democracia liberal, a titularidade do poder residia num ente abstrato (a nação), composto de membros abstratos e idealizados (os cidadãos), para a democracia social o titular do poder é – para ficarmos com a terminologia difundida por Burdeau – o “povo real”, composto de seres humanos concretos, situados em estruturas econômicas e sociais que envolvem e condicionam a existência delas<sup>92</sup>.

Assim, verifica-se que a representação política no Estado social passa a ser estruturada sobre dois pilares: o sufrágio universal e os partidos políticos. O sufrágio universal possibilitou que todos os membros da comunidade, atingida uma certa idade e independentemente de condições econômicas, sociais e culturais, tornassem-se eleitores, de forma que pudessem influir na orientação dos governos, propiciando uma maior identificação entre a população em geral e os seus representantes no parlamento. Já os partidos políticos, nessa estrutura, possibilitaram uma organização da opinião pública ao redor de bases sociais e políticas mais ou menos definidas, de forma que os diversos setores da sociedade pudessem sentir-se atuando no próprio governo por intermédio dos partidos e seus representantes<sup>93</sup>.

---

<sup>90</sup> Como asseveram Reverbel e Chevtchik: “Do ponto de vista político, a universalização do sufrágio e a organização dos partidos ideológicos modernos permitiram a participação política das massas no processo eleitoral, abrindo espaço para um regime democrático pluralista com alternância ideológica no poder. Os partidos políticos passam a desempenhar importante papel na organização política das forças sociais, e a democracia instrumental passa a praticar a democracia pelos partidos. Paralelamente, o desenvolvimento da economia de mercado proporcionou os ‘recursos necessários para o desenvolvimento dos serviços e programas reivindicados pelos reformadores sociais’”.

REVERBEL, Carlos Eduardo Dieder; CHEVTCHIK, Mellany. O Berço dos Direitos Sociais: cem anos da constituição mexicana e alemã. p. 59.

<sup>91</sup> SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha. **Consenso e Tipos de Estado no Ocidente**.

<sup>92</sup> SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha. **Consenso e Tipos de Estado no Ocidente**. p. 89.

<sup>93</sup> SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha. **Consenso e Tipos de Estado no Ocidente**.

O processo de universalização do sufrágio, então, foi árduo, lento e gradual. Na Inglaterra, o sufrágio iniciou a sua ampliação com o *Reform Bill* de 1832; estendendo-se com as reformas de 1867 e de 1884, vindo a universalizar-se tão somente em 1918. Já em terras francesas, o sufrágio universal dos homens adultos foi adotado a partir 1848, contudo, em relação às mulheres, só foi estendido igual direito a partir de 1945. Destaca-se que, antes de 1914, só quatro Estados reconheciam o sufrágio universal incluindo o voto feminino, são eles: a Nova Zelândia que o reconheceu em 1853; a Austrália em 1902; a Finlândia em 1906; e, por fim, a Noruega, que reconheceu o sufrágio universal em 1913. Apenas com a primeira guerra mundial que o voto universal foi realmente estendido para a maioria dos Estados ocidentais, por exemplo, a Dinamarca adotou o voto feminino em 1915, a Alemanha, a Áustria, a Itália e a Suécia em 1919, o Brasil veio a adotá-lo apenas com o Código Eleitoral de 1932<sup>94</sup>.

Nessa quadra dos acontecimentos, a transformação do Estado liberal para o Estado social não se dá apenas no conteúdo finalístico ou teleológico do Estado, mas ocorre também na reformulação de seu instrumento básico de atuação: a lei. Com efeito, a lei deixa de ser utilizada apenas como uma ordem geral e abstrata, incorporando, de forma crescente, uma especificidade e uma destinação concreta. No Estado social, a lei se torna também um instrumento de ação Estatal, muitas vezes, instituindo políticas públicas com caráter específico e concreto, com o fim de atender a demandas circunstanciais de parcelas da população<sup>95</sup>.

Destaca-se, ainda, que houve uma ruptura nas concepções de legalidade e legitimidade que andaram conjuntamente enquanto o Estado liberal pôde manter irrefutável a hegemonia liberal-burguesa no seio da sociedade. Essa dissociação das concepções de legitimidade e legalidade teriam ocorrido tanto na esfera teórica quanto na esfera prática, em virtude de outras crenças e valores introduzidos nos campos ideológico, econômico, político e social<sup>96</sup>. Assim, inicia-se, já no Estado social, a seguinte tendência que chegaria ao seu ápice no Estado constitucional contemporâneo:

---

<sup>94</sup> MARQUES, Teresa Cristina de Novaes. **O Voto Feminino no Brasil**.

<sup>95</sup> STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência Política e Teoria do Estado**.

<sup>96</sup> BONAVIDES, Paulo. **Teoria do Estado**.

a legalidade, que dantes ofuscava a legitimidade ou se passava, de maneira irrefragável, por ser a legitimidade mesma, entrou, com a inversão de posições, a ocupar, na escala da normatividade jurídica, um lugar secundário, inferior, subordinando-se à nova legitimidade, em ascensão, que logo tomou a primazia e, traduzida em princípios, subiu ao cume da hierarquia normativa nos ordenamentos constitucionais<sup>97</sup>.

Com efeito, é a partir do Estado social que se passa a entender que a legitimidade, enquanto ponto de apoio e traço de identidade de um Estado de Direito, se faz crescente à medida em que os direitos humanos e fundamentais se concretizam. Quando prevaleciam como única constante na caracterização do Estado moderno, os direitos da primeira dimensão<sup>98</sup> – os direitos individuais ou direitos civis e políticos – a legalidade era ainda o principal aspecto. Por sua vez quando se inaugurou a segunda dimensão do direitos fundamentais – direitos sociais, econômicos e culturais –, a legitimidade, e não mais a legalidade, fez-se enquanto paradigma dos direitos fundamentais. Dito isso com outras palavras, os direitos fundamentais se tornaram a legitimidade, o fundamento e o princípio do Estado de Direito, a essência das Constituições e da sua normatividade; enquanto a legalidade passou a ser entendida como a mera observância das leis e das regras, a legitimidade passou a ser a observância dos valores e princípios que fundamentam e estruturam o ordenamento jurídico. Desse modo, ambas, legitimidade e legalidade, passaram a fazer parte e integrar-se na juridicidade ínsita da noção de Estado de Direito<sup>99</sup>.

Por consequência, os direitos humanos e fundamentais deixam de ostentar a sua eficácia em função da lei, e, a partir desse momento, a lei que passa a ter eficácia

---

<sup>97</sup> BONAVIDES, Paulo. **Teoria do Estado**. p. 36.

<sup>98</sup> Conforme Ingo Sarlet, costuma-se falar da existência de três gerações ou dimensões dos direitos humanos e fundamentais, havendo ainda quem defenda a existência de uma quarta e quinta dimensão. Independentemente da quantidade de dimensões, concordamos com este autor que o termo “dimensões” parece mais apropriado do que “gerações”, uma vez que este termo pode dar a falsa ideia de que uma geração veio a substituir a outra e não para complementá-la e tensioná-la, motivo pela qual daremos preferência neste trabalho ao termo “dimensões”. Isto é o que se vê neste trecho: “Com efeito, não há como negar que o reconhecimento progressivo de novos direitos fundamentais tem o caráter de um processo cumulativo, de complementaridade, e não de alternância, de tal sorte que o uso da expressão ‘gerações’ pode ensejar a falsa impressão da substituição gradativa de uma geração por outra, razão pela qual há quem prefira o termo ‘dimensões’ dos direitos fundamentais, [...]. Ressalta-se, todavia, que a discordância reside essencialmente na esfera terminológica, havendo, em princípio, consenso no que diz com o conteúdo das respectivas dimensões e ‘gerações’ de direitos.” SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. p. 45.

<sup>99</sup> BONAVIDES, Paulo. **Teoria do Estado**.

em função dos direitos humanos e fundamentais. Ocorre, então, uma espécie de revolução copernicana nos quadros da normatividade, uma viragem na qual se firmou a supremacia da legitimidade sobre a legalidade, da Constituição e dos direitos humanos e fundamentais sobre as leis e os Códigos<sup>100</sup>.

Outrossim, diferentemente dos direitos humanos e fundamentais de primeira dimensão – que se caracterizam como direitos de defesa do indivíduo frente ao Estado, demarcando uma zona de não intervenção do Estado na esfera de autonomia individual –, os direitos de segunda dimensão contêm, como nota distintiva, um nítido caráter positivo e prestacional do Estado em relação aos indivíduos, uma vez que eles não tratam mais de evitar a intervenção do Estado na esfera de liberdade individual, mas, sim, caracterizam-se por outorgarem ao indivíduo direitos a prestações sociais estatais – tais como assistência social, saúde, educação, trabalho etc. –, revelando, dessa forma, uma transição das liberdades formais e abstratas para as liberdades materiais e concretas. Logo, os direitos fundamentais deixam de ser vistos apenas como direitos de liberdades em relação ao Estado tornando-se também liberdades por intermédio do próprio Estado, no sentido de que, agora, o Estado deve promover as condições necessárias para que as pessoas possam participar no bem-estar social da comunidade política<sup>101</sup>.

Em suma, esses direitos humanos e fundamentais de segunda dimensão não se cingem mais a liberdades ou faculdades de ação dos indivíduos a serem protegidos pelo Estado. A partir de então, eles passam a abranger também prestações positivas no plano social, econômico e cultural a serem desenvolvidas pelo Estado, como uma obrigação de atuação ou um dever de proteção do Estado (*Schutzpflichten des Staates*<sup>102</sup>) e com o fim de assegurar a toda população uma vida digna<sup>103</sup>.

---

<sup>100</sup> BONAVIDES, Paulo. **Teoria do Estado**.

<sup>101</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**.

<sup>102</sup> Conforme destaca Duque, “Atualmente, a teoria dos deveres de proteção do Estado [*Schutzpflichten des Staates*] parte da compreensão dos direitos fundamentais como princípios objetivos, que obrigam o Estado a agir, na medida do possível, para a realização dos direitos fundamentais, sendo que, para alguns, encontra fundamento, inclusive, na cláusula do Estado social”, e segue expondo o autor que “a proteção pode ser efetivada não apenas pela abstenção em violar os direitos fundamentais, mas, igualmente, por meio de intervenções dos poderes públicos (*Schutz durch Eingriff*)”. DUQUE, Marcelo Schenk. **Direito Privado e Constituição**. p. 316-317.

<sup>103</sup> SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha. **Consenso e Tipos de Estado no Ocidente**.

Destaca-se, por conseguinte, que os direitos humanos e fundamentais de segunda dimensão nasceram abraçados à noção da igualdade em seu sentido material, sendo considerados uma densificação da própria ideia de justiça social, complementando e tensionando os direitos anteriormente reconhecidos. Esses direitos não só apontam para o caráter cumulativo e complementar do seu processo evolutivo, mas também afirmam a sua unidade e indivisibilidade no contexto do direito constitucional interno – enquanto direitos fundamentais – e na esfera do direito internacional – enquanto direitos humanos<sup>104</sup>.

Ademais, embora haja a predominância do cunho positivo e prestacional dos direitos humanos e fundamentais de segunda dimensão, deve-se ter em mente que apenas nisso eles não se encerram. Há outros direitos que foram desenvolvidos ainda nessa segunda dimensão, que podem ser chamados também de direitos a “liberdades sociais”, como, por exemplo, a liberdade de sindicalização, os direitos de greve e o reconhecimento de outros direitos trabalhistas, que refletem reivindicações das classes socialmente menos favorecidas<sup>105</sup>.

Por fim, chega-se ao Estado democrático de Direito ou Estado constitucional contemporâneo<sup>106</sup>, que é o modelo de Estado que leva em consideração os elementos que compõe os modelos que o antecedem (Estado liberal-burguês e Estado de bem-estar social), mas os supera fundando-se no princípio da soberania popular que impõe a participação efetiva e operante do povo na coisa pública, participação que não se restringe a simples eleição periódica de representantes. Assim, esse novo tipo de Estado de Direito visa a realizar o regime democrático como garantia geral dos direitos fundamentais da pessoa humana<sup>107</sup>.

Nessa perspectiva, o Estado Democrático de Direito apresenta, como sua característica central, a subordinação da legalidade a uma Constituição com

---

<sup>104</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. p. 46.

<sup>105</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**.

<sup>106</sup> É de se destacar que há uma grande divergência terminológica na doutrina a respeito de como se deveria nominar o tipo de Estado contemporâneo. Há autores que preferem o termo Estado Constitucional, como Peter Häberle e Gustavo Zagrebelsky; outros preferem Estado democrático de Direito, como Lenio Streck, Bolzan de Moraes, Elías Díaz e José Afonso da Silva; ainda, Estado Social Contemporâneo, como Souza Junior; ou Estado Socioambiental de Direito, como Ingo Sarlet; dentre tantas outras nomenclaturas mais. Durante este trabalho usaremos como sinônimos gerais esses conceitos, dando preferência aos termos Estado Democrático de Direito e Estado Constitucional.

<sup>107</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**.

supremacia sobre o restante do ordenamento jurídico e sobre os poderes constituídos. A partir dessa supremacia constitucional, a validade das leis já não depende exclusivamente da forma de sua produção; depende também da efetiva compatibilidade material de seu conteúdo com as normas constitucionais – em especial das normas de direitos fundamentais –, às quais se reconhece a imperatividade típica do Direito<sup>108</sup>.

Como se verificou, o Estado liberal prometia a contenção da arbitrariedade por meio de uma previsibilidade – certeza jurídica – amparada numa divisão de poderes políticos e na instituição de direitos individuais; o Estado de bem-estar social orientava-se na busca de uma igualdade material, tornado a justiça social, a razoabilidade e a equidade como conceitos-chaves daquele modelo; a síntese desses dois modelos, que é o Estado constitucional contemporâneo, propõe-se tanto a limitar a arbitrariedade quanto produzir resultados que devem ser apropriados do ponto de vista material. Dito de outra forma, nos Estados constitucionais contemporâneos os processos de decisões – não só políticos, mas também jurídicos – hão de ser racionais e justos, amparados formalmente e materialmente no Direito<sup>109</sup>.

Com efeito, a supremacia da Constituição implica uma prevalência dos valores supremos da razoabilidade jurídica, radicados na dignidade perene da pessoa humana, assegurada precipuamente pelos direitos humanos e fundamentais. Assim, essa parece ser a última etapa do Estado de Direito, a qual a doutrina alemã vem denominando de *Verfassungsstaat*, o Estado constitucional contemporâneo<sup>110</sup>.

Dessa maneira, esse modelo de Estado de Direito se reveste de um conteúdo transformador da realidade social, ultrapassando o aspecto material de concretização de uma vida digna, passando a fomentar a participação pública no processo de construção e reconstrução de um projeto de sociedade<sup>111</sup>. Nesse sentido, são as lições de Lenio Streck e Bolzan de Moraes:

O Estado de Direito, dada a sua substancialidade, para além de seu formalismo, incorporando o feito indomesticado da democracia, apresenta-se como uma contínua (re)criação, assumindo um caráter

---

<sup>108</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**.

<sup>109</sup> NETO, Jayme Weingartner. Existe a única resposta jurídica correta?.

<sup>110</sup> SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha; REVERBEL, Carlos Eduardo Dieder. **O Tribunal Constitucional Como Poder**.

<sup>111</sup> CANOTILHO, Joaquim José Gomes et al. **Comentários à Constituição do Brasil**.

dinâmico mais forte do que sua porção estática – formal. Ao aspecto paralisante de seu caráter hierárquico agrega-se o perfil mutante do conteúdo das normas, que estão, a todo instante, submetidas às variações sociopolíticas<sup>112</sup>.

Logo, se, por um lado, o Estado democrático de Direito tem elementos de continuidade com os modelos de Estado de Direito anteriores, por outro lado, ele representa também uma certa forma de ruptura, uma vez que traz à tona as condições de possibilidade para a transformação da realidade, a partir de textos constitucionais diretivos e compromissórios. Assim, esse novo modelo também aponta para o resgate das promessas não cumpridas da modernidade, circunstância que assume especial relevância em países periféricos e de modernidade tardia, como o Brasil, identificando o constitucionalismo do segundo pós-guerra com o paradigma do Estado democrático de Direito<sup>113</sup>.

Com efeito, o constitucionalismo do segundo pós-guerra, encabeçado pela Lei Fundamental de Bonn<sup>114</sup>, retomou a linha de evolução do constitucionalismo racionalizado, democrático e ideologicamente pluralista, da República de Weimar<sup>115</sup>, introduzindo, contudo, profundas alterações e acréscimos importantes, de forma a inserir dentro do ordenamento jurídico um sistema de valores, trazendo por base a liberdade e a igualdade, que caracteriza a legitimidade democrática<sup>116</sup>.

Conforme destacam Vital Moreira e Gomes Canotilho, o conceito de Estado democrático de Direito – ou Estado de Direito democrático, como consta na

---

<sup>112</sup> STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência Política e Teoria do Estado**. p. 105.

<sup>113</sup> CANOTILHO, Joaquim José Gomes et al. **Comentários à Constituição do Brasil**. p. 115.

<sup>114</sup> A Lei Fundamental de Bonn é a atual Constituição da República Federal da Alemanha (*Das Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*), que foi promulgada em 8 de maio de 1949 na cidade de Bonn e entrou em vigor no dia 23 de maio daquele ano após ter sido aprovada pelos Aliados ocidentais da Segunda Guerra Mundial, ocupantes do território alemão que foi dividido com o fim da guerra.

<sup>115</sup> A República de Weimar (*Weimarer Republik*), expressão que passou a ser utilizada apenas de forma póstuma, foi o regime político alemão compreendido entre os anos de 1918 e 1933, tendo sido iniciado após a derrota alemã na Primeira Guerra Mundial e a abdicação do poder pelo imperador do Reich. A Constituição de Weimar foi elaborada pela Assembleia Nacional constituinte a partir de um anteprojeto do jurista Hugo Preuss, com a colaboração de Max Weber, tendo sido promulgada em 14 de agosto de 1919. Em linhas gerais, a Constituição de Weimar se ligava às tradições liberais e democráticas de 1848, conservando o caráter federal do Estado alemão e o bicameralismo legislativo. LOUREIRO, Isabel Maria. **A Revolução Alemã**.

<sup>116</sup> SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha; REVERBEL, Carlos Eduardo Dieder. **O Tribunal Constitucional Como Poder**. p. 118.

Constituição portuguesa<sup>117</sup> – é um dos conceitos-chaves da Constituição sendo bastante complexo, uma vez que as suas duas componentes (“Estado de Direito” e “Estado democrático”) não podem ser completamente separadas uma da outra, são conceitos interdependentes; nesse sentido, tal como só existiria um Estado de Direito democrático, também só existiria um Estado democrático de Direito, isto é, submetido às competentes regras jurídicas. Logo, o Estado democrático de Direito, sob o enfoque dos autores, só pode significar que o poder se forma e se exerce nos termos estritos da Constituição, e que o regime democrático se assenta na juridicidade constitucional<sup>118</sup>.

Efetivamente, há uma nítida imbricação entre o Estado democrático de Direito e os direitos humanos e fundamentais; de forma que os direitos humanos e fundamentais integrariam, portanto, ao lado da definição da forma de Estado, do sistema de governo e da organização do poder, a própria essência do Estado constitucional contemporâneo; desse modo, constituindo não apenas parte da Constituição formal, mas também elemento nuclear da Constituição material<sup>119</sup>.

Por conseguinte, podemos vislumbrar a importância que os direitos humanos e fundamentais assumem para os ordenamentos jurídicos contemporâneos, evidenciando que eles não são apenas a base da qual emanam os outros direitos e normas, tampouco são somente o ápice da hierarquia normativa, mas são, sobretudo, o núcleo fundante e as vigas-mestras do próprio Estado constitucional contemporâneo.

A causa disso, destaca Ingo Sarlet, está no fato de que os direitos humanos e fundamentais, a partir das constituições do segundo pós-guerra, tornam-se meios

---

<sup>117</sup> “ Artigo 2.º (Estado de direito democrático) – **A República Portuguesa é um Estado de direito democrático**, baseado na soberania popular, no pluralismo de expressão e organização política democráticas, no respeito e na garantia de efetivação dos direitos e liberdades fundamentais e na separação e interdependência de poderes, visando a realização da democracia económica, social e cultural e o aprofundamento da democracia participativa”. PORTUGAL. [Constituição (1976)].

<sup>118</sup> CANOTILHO, Joaquim José Gomes; Moreira, Vital. **Constituição da República Portuguesa Anotada**.

<sup>119</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**.

de exigência e concretização da dignidade da pessoa humana<sup>120</sup>, que passa a ocupar um papel de centralidade axiológica nos ordenamentos jurídicos do ocidente. E, como tal, os direitos humanos e fundamentais tornam-se condição de possibilidade e medida de legitimidade de um Estado democrático de Direito<sup>121</sup>. Em adição, como os direitos humanos e fundamentais se dirigem a todos, nada mais justo que o compromisso com sua concretização caracterize também tarefa de todos, em um comprometimento em comum com a dignidade humana<sup>122</sup>.

Dessa maneira, tem-se que a Constituição confere uma unidade de sentido, de valor e de concordância prática ao sistema de direitos humanos e fundamentais. Sistema que repousa na dignidade da pessoa humana, concepção, essa, que faz de toda pessoa individualmente considerada o fundamento e fim da comunidade política e do Estado<sup>123</sup>.

Conseqüentemente, destaca-se que as Constituições desempenham aqui um papel fundamental, que sofreu alterações ao longo do tempo. Como destacam Gomes Canotilho e Vital Moreira, a concepção tradicional das Constituições em um Estado

---

<sup>120</sup> Talvez definir e delimitar um conceito jurídico do que seja a dignidade da pessoa humana seja um dos temas mais árduos do Direito. Para os fins do presente trabalho, nos filiaremos as lições dos professores Ingo Sarlet e Carlos Molinaro sobre o assunto: “temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o fez merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos, mediante o devido respeito aos demais seres que integram a rede da vida”, SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. p. 73; “Aqui vamos tomar **dignidade** como **prerrogativa**, ou **atributo**, emprestado ou assinado ao humano. Portanto *um especial privilégio* ou *qualificativo* que se acrescenta ao significado de um substantivo: **humano**. Um humano que se apresenta como uma pessoa, portanto atribuído de certas características que o **individua**, o capacita para a **linguagem**, para o **razoamento** e para o **agir**. Como **indivíduo** se distingue dos demais do seu grupo, se torna sujeito, cidadão. Pela **linguagem** comunica e articula ideias, sentimentos ou emoções, valora e expressa conteúdos. Pelo **arrazoar** faz uso do raciocínio, para estabelecer relações entre sujeitos, coisas e fatos, para entender, deduzir ou julgar algo. E, pelo **agir**, procede de modo determinado no seu entorno, provoca reações e produz efeitos. É a este humano, agora pessoa, que lhe é atribuída dignidade, uma prerrogativa ou qualidade moral que infunde **respeito**. Portanto, aqui, **dignidade e respeito são tomados como sinônimos quando relacionados à pessoa humana**” (grifos do original); MOLINARO, Carlos Alberto. Dignidade e Interculturalidade. p. 1.

<sup>121</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**.

<sup>122</sup> STRECK, Lenio Luiz; DE MORAIS, José Luís Bolzan. **Ciência Política e Teoria do Estado**.

<sup>123</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**.

liberal era caracterizada por três traços fundamentais: a Constituição como um estatuto organizatório do Estado, a Constituição como um limite a atividade do Estado e, por fim, a Constituição enquanto um direito de defesa da esfera de liberdade dos cidadãos perante a atuação do Estado. E, dessas concepções, decorriam que as Constituições acabavam sendo alheias à sociedade, que elas eram incapazes de impor tarefas ao Estado em favor dos cidadãos, e, por fim, que elas não se tornavam a lei fundamental da ordem jurídica de uma comunidade politicamente organizada<sup>124</sup>.

Contudo, com o alargamento da concepção tradicional do papel das Constituições ocorrido no marco de um Estado democrático de Direito, o fenômeno da constituição deixou de ser visto apenas como um estatuto organizatório do Estado-instituição, tornando-se também a lei fundamental da comunidade política, incluindo nela as regras de organização económica e social. Isto é, a Constituição deixou de ser apenas um limite negativo à atividade do Estado, passando a ser, também, um caderno de tarefas a ser desempenhadas por este; tarefas e obrigações que deveriam ser desempenhadas no sentido de satisfazer as necessidades económicas, sociais e culturais dos cidadãos e dos grupos sociais, como se vê neste trecho:

[A constituição] Não é apenas, para os cidadãos, uma barreira de defesa perante as intromissões do Estado; é também, em primeiro lugar um catálogo de *direitos à acção ou a prestações do Estado*; em segundo lugar, uma imposição de *deveres* perante o Estado e a sociedade; e, finalmente, uma fonte directa de disciplina das relações entre os próprios cidadãos<sup>125</sup>.

Por tudo isso, pode-se apontar que o Estado democrático de Direito ou Estado constitucional contemporâneo designa aquele tipo de comunidade política que está submetido a lei não apenas no sentido formal, mas também em seus conteúdos substanciais<sup>126</sup>, de forma que não é apenas aquele Estado que respeita o princípio da legalidade, mas que agrega a este princípio uma pauta material de valores, nos quais os direitos fundamentais e a dignidade da pessoa humana desempenham um papel central<sup>127</sup>.

---

<sup>124</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital; PORTUGAL, **Constituição da República Portuguesa Anotada**.

<sup>125</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital; PORTUGAL, **Constituição da República Portuguesa Anotada**. p. 56.

<sup>126</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Pasado y Futuro del Estado de Derecho*.

<sup>127</sup> NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos Fundamentais e Justiça Constitucional**.

Por tudo que foi visto, pode-se concluir que o núcleo dessa noção contemporânea de Estado de Direito tem como principais elementos constitutivos: a) a vinculação do Estado a uma Constituição que possui supremacia no ordenamento jurídico; b) o princípio democrático regendo a organização da sociedade; c) um sistema de garantias e de direitos fundamentais calcados na dignidade da pessoa humana; d) os princípios da igualdade e da justiça social; e) a divisão de poderes e funções do Estado; f) a noção de segurança jurídica; e, por fim, g) a regra da legalidade, no qual a lei serve também como instrumento de desdobramento e ação transformadora do conteúdo material da Constituição<sup>128</sup>. Então, no item que segue aprofundar-se-á mais o debate em torno do regime jurídico diferenciado que os direitos humanos e fundamentais assumem a partir do segundo pós-guerra.

## 1.2 REGIME JURÍDICO DOS DIREITOS HUMANOS E FUNDAMENTAIS

Como já destacado, não se desconhece a diferença das noções de “direitos humanos” e “direitos fundamentais”. Embora haja uma nítida conexão entre esses conceitos – e até uma certa complementariedade –, eles não expressão exatamente a mesma ideia<sup>129</sup>.

Por certo, do ponto de vista substancial, não há uma distinção clara acerca dessas expressões, uma vez que ambas podem ser entendidas como aqueles direitos inerentes a todo e qualquer ser humano, contidos principalmente – mas não apenas – nos catálogos de direitos, de forma que estabelecem um patamar ou *standard* mínimo de proteção da dignidade humana<sup>130</sup>. Por outro lado, do ponto de vista formal,

---

<sup>128</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**; STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência Política e Teoria do Estado**.

<sup>129</sup> Conforme exposto à nota de rodapé nº 16.

<sup>130</sup> Sobre os direitos fundamentais, sua ligação com a dignidade da pessoa humana e a problemática da sua definição, “Die systematische Stellung der Menschenwürdegarantie an der Spitze des Grundrechtsteiles der Verfassung (und des Grundgesetzes überhaupt) und die Architektur des Artikel 1 Grundgesetz – mit der konsekutiven Verknüpfung von Menschenwürdeklausel und Menschenrechtsbekenntnis (Abs. 2) sowie dem systematischen Zusammenhang mit dem unmittelbaren Geltungsanspruch der „nachfolgenden“ Grundrechte gegenüber aller öffentlichen Gewalt (Abs. 3) – hat unter dem fortwirkenden Eindruck des nationalsozialistischen Terrorregimes und unter Rückbesinnung auf Kants Moralphilosophie als mächtiger Impuls für ein

pode-se dizer que a noção de “direitos humanos” guarda uma clara relação com os documentos de direito internacional, revelando um inequívoco caráter supranacional. E, por sua vez, a noção de “direitos fundamentais” se aplica para aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito interno dos Estados, no âmbito do direito constitucional<sup>131</sup>. Logo, um direito pode ser disciplinado, ao mesmo tempo, tanto por normas de direitos humanos, quanto por normas de direitos fundamentais, e isso é o que ocorre no caso dos direitos políticos, que são o objeto deste trabalho.

No âmbito internacional, tem se consolidado que a promoção e proteção dos direitos humanos além de serem uma preocupação legítima e primordial dos Estados, também devem ser uma preocupação legítima da comunidade internacional<sup>132</sup>. De forma que no segundo pós-guerra se intensificou a proliferação de órgãos, mecanismos e normativas de abrangência internacional com o intuito de assegurar a paz, evitar novas guerras globais, e proteger os direitos humanos<sup>133</sup>, campo do direito que muitos doutrinadores têm denominado de direito internacional dos direitos humanos, como se vê neste trecho:

O “Direito Internacional dos Direitos Humanos” surge, assim, em meados do séculos XX, em decorrência da Segunda Guerra Mundial, e seu desenvolvimento pode ser atribuído às monstruosas violações

---

Wertordnungsdenken im deutschen Staatsrecht gewirkt. [...] Problematisch ist dagegen die Ableitung von Grundrechten aus der Menschenwürde. Eine Deduktion von Grundrechten aus der Menschenwürde oder deren „Präzisierung“ durch einzelne Grundrechte überspannen den materiellen Gehalt der Menschenwürdegarantie und verkennen den Eigenwert der verfassungsrechtlichen Verbürgung von Freiheits- und Gleichheitsrechten. Dynamische Grundrechtsexegese und die Änderung von Grundrechtsgarantien müssen keineswegs in dem Menschenwürdegedanken angelegt sein. Eine bei Dürig anknüpfende Deutung begreift die Menschenwürdegarantie als Grundlage für und Anspruch auf weitere, die Menschenwürde ausfüllende und konturierende Rechte („Recht auf Rechte“). Ein ähnliches Verständnis deduziert aus der Menschenwürdegarantie alle Leitideen für die Freiheits- und Gleichheitsrechte des Einzelnen im Sinne von würdeangemessenen Mindeststandards.” MAUNZ, Theodor; DÜRIG, Günter; HERDEGEN, Matthias. **Grundgesetz Kommentar**. GG Art. 1 Abs. 1 Rn. 21-23.

<sup>131</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**.

<sup>132</sup> SABOIA, Gilberto Vergne. O Brasil e o Sistema Internacional dos Direitos Humanos.

<sup>133</sup> É o que deixa claro o próprio preâmbulo da Carta das Nações Unidas: “NÓS, OS POVOS DAS NAÇÕES UNIDAS, RESOLVIDOS a preservar as gerações vindouras do flagelo da guerra, que por duas vezes, no espaço da nossa vida, trouxe sofrimentos indizíveis à humanidade, e a reafirmar a fé nos direitos fundamentais do homem, na dignidade e no valor do ser humano, na igualdade de direito dos homens e das mulheres, assim como das nações grandes e pequenas, e a estabelecer condições sob as quais a justiça e o respeito às obrigações decorrentes de tratados e de outras fontes do direito internacional possam ser mantidos, e a promover o progresso social e melhores condições de vida dentro de uma liberdade ampla”. NAÇÕES UNIDAS NO BRASIL. **A Carta das Nações Unidas**.

de direitos humanos da era Hitler e à crença de que parte dessas violações poderia ser prevenida, se um efetivo sistema de proteção internacional de direitos humanos existisse<sup>134</sup>.

Como já foi visto, embora a ideia de que os seres humanos possuem direitos e liberdades tão essenciais que até mesmo os Estados estariam obrigados a respeitá-los não seja propriamente nova, o movimento internacional dos direitos humanos inova ao trazer a concepção de que não só os Estados, mas também a comunidade internacional tem o dever de respeitar e promover os direitos humanos. Instituído um sistema de normas, procedimentos e organismos internacionais no sentido de influenciar e coagir os Estados ao seu cumprimento<sup>135</sup>.

Isso se dá com a criação de sistemas internacionais de proteção dos direitos humanos, em dois âmbitos: o global e os regionais. No âmbito global de proteção, há a criação da Organização das Nações Unidas (ONU) em 1945 com a Carta das Nações Unidas<sup>136</sup>, o advento da Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH) em 1948 e de diversos outros pactos e convenções<sup>137</sup>. Já no âmbito regional de proteção, houve a criação de três sistemas distintos: o sistema europeu<sup>138</sup>, o

---

<sup>134</sup> PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos Humanos**. p. 58.

<sup>135</sup> BILDER, Richard. An overview of international human rights law. **GUIDE TO INTERNATIONAL HUMAN RIGHTS PRACTICE**.

<sup>136</sup> A Carta das Nações Unidas é o documento oficial de criação da Organização das Nações Unidas e foi assinada em São Francisco no dia 26 de junho de 1945, após o término da Conferência das Nações Unidas sobre Organização Internacional. Entretanto, as Nações Unidas começaram a existir oficialmente em 24 de outubro de 1945, após a ratificação da Carta por China, Estados Unidos, França, Reino Unido e a ex-União Soviética, bem como pela maioria dos signatários. entrando em vigor a 24 de outubro daquele mesmo ano. Destaca-se que o Estatuto da Corte Internacional de Justiça também é parte integrante desta Carta. **NAÇÕES UNIDAS NO BRASIL. A Carta das Nações Unidas**.

<sup>137</sup> Dentre os seus documentos mais importantes destacam-se os Pactos Internacionais dos Direitos Cívicos e Políticos (PIDCP) e dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC), ambos aprovados em 1966, mas com a entrada em vigor no âmbito internacional apenas em 1976; as Convenções de Genebra de 1950; a Convenção para a Prevenção e a Repressão do Crime de Genocídio de 1948; Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial de 1965; e Convenção sobre a Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes Contra a Humanidade de 1968.

<sup>138</sup> No sistema regional europeu, destaca-se a Convenção Europeia de Direitos Humanos de 1950, com entrada em vigor 1953. Essa é a primeira convenção do Conselho da Europa e a pedra angular de todas as suas atividades. Nesse sistema, destaca-se também a Corte Europeia de Direitos Humanos (CEDH) com sede em Strasbourg que supervisiona a implementação da Convenção nos 47 estados membros do Conselho da Europa. **COUNCIL OF EUROPE (COE). Human Rights Convention**.

americano<sup>139</sup> e o africano<sup>140</sup>, cada um com âmbito de atuação em seu continente. Os sistemas internacionais nos dois âmbitos, global e regionais, não são dicotômicos ou excludentes. Muito pelo contrário, são complementares e se reforçam mutuamente entre si e com a proteção interna dos direitos fundamentais promovida pelos Estados<sup>141</sup>.

É de se destacar que embora instrumentos anteriores já haviam declarado e contemplado diversos direitos humanos, foi apenas com o advento da Carta das Nações Unidas e da sua criação que se consagrou em âmbito internacional a proteção e promoção dos direitos humanos enquanto normas jurídicas, mormente com a adoção dos Pactos Internacionais dos Direitos Civis e Políticos (PIDCP) e dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC)<sup>142</sup>.

Ademais, o desenvolvimento posterior dos direitos humanos introduziu a concepção de que estes direitos são marcados pela universalidade e indivisibilidade. Universalidade porque desde então ser pessoa humana é a única condição necessária para a titularidade de seus direitos. Indivisibilidade porque o catálogo de direitos combina os direitos civis e políticos – direitos de primeira dimensão – com os direitos econômicos, sociais e culturais<sup>143</sup> – direitos de segunda dimensão –, conjugando de forma inédita os valores e discursos liberais e sociais de cidadania<sup>144</sup>. Ademais, ressalta-se que os direitos humanos possuem um nítido aspecto político

<sup>139</sup> No sistema regional americano, destacam-se a Carta da Organização dos Estados Americanos (OEA) de 1948 e a Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH) de 1969, conhecido como Pacto de San José da Costa Rica. Este pacto que prevê a criação da Comissão e da Corte Interamericanas de Direitos Humanos, foi ratificada pelo Brasil em 25 de setembro de 1992. ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). **Sobre a OEA.**

<sup>140</sup> No sistema regional africano, destaca-se a Carta Africana de Direitos Humanos de 1981, também conhecida como Carta de Banjul. A Carta foi elaborada sob a égide da Organização da Unidade Africana (OUA), sucedida pela União Africana (UA) desde 2002. A Carta entrou em vigor em 1986 e em 1998 foi aprovado o Protocolo que estatui o Tribunal Africano dos Direitos Humanos e dos Povos, entrando em vigor em 2004, depois que foi ratificado por mais de 15 países. O Tribunal tem a sua Sede permanente em Arusha, na República Unida da Tanzânia. AFRICAN UNION. **About the African Union.**

<sup>141</sup> PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos Humanos.**

<sup>142</sup> SABOIA, Gilberto Vergne. O Brasil e o Sistema Internacional dos Direitos Humanos.

<sup>143</sup> Conforme destaca José Murilo de Carvalho, os direitos civis possuem como pedra de toque a liberdade individual, os direitos políticos têm como essência a ideia de autogoverno e, por fim, os direitos econômicos, sociais e culturais se baseiam na ideia central de justiça social. CARVALHO, José Murilo de. **Cidadania no Brasil.**

<sup>144</sup> PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos Humanos.**

relacionado a processos de luta e de ação social, não se reduzindo a um mero aspecto normativo ou filosófico<sup>145</sup>.

No Brasil, foi apenas com o fim do período autoritário e a redemocratização que o Estado brasileiro começou a adotar as normativas internacionais de proteção e promoção dos direitos humanos ratificando convenções e pactos internacionais, bem como os internalizando no ordenamento jurídico pátrio. A Constituição Federal de 1988 é, por certo, o auge da convergência brasileira com o direito internacional dos direitos humanos, incorporando em seu texto, dentre os direitos fundamentais, diversas normas e obrigações contraídas com os organismos internacionais de proteção dos direitos humanos<sup>146</sup>.

Embora os direitos humanos e fundamentais tenham um regime jurídico diferenciado dos demais – um regime jurídico reforçado –, deve-se reconhecer que o sistema de direitos fundamentais previstos nas constituições contemporâneas não podem ser considerados como sistemas autônomos e autossuficientes, tratando-se em verdade de um subsistema aberto e flexível que opera dentro de uma ordem constitucional específica e, cada vez mais, em constante diálogo com as demais Constituições democráticas do mundo e integrado com o direito internacional dos direitos humanos. Deve-se reconhecer, também, que os direitos fundamentais reconhecidos nas Constituições, tal como as demais normas nelas contidas, são o resultado de forças políticas e sociais distintas, e muitas vezes antagônicas, que tendem a exprimir em seu conjunto um determinado equilíbrio entre essas diversas concepções de mundo e de ser humano<sup>147</sup>.

Por isso, é bastante debatido na doutrina e na jurisprudência quais seriam as funções que os direitos fundamentais desempenhariam nas ordens constitucionais

---

<sup>145</sup> Conforme destaca Rubio, “Em primeiro lugar, o âmbito que dá origem aos direitos humanos e os mantém vivos: a luta e a ação social. Direitos humanos têm a ver com processos de luta pela abertura e consolidação de espaços de liberdade e dignidade humanas. Concretamente podem ser concebidos como o conjunto de práticas sociais, simbólicas, culturais e institucionais que têm reação contrária aos excessos de qualquer tipo de poder que impeçam os seres humanos de constituir-se como sujeitos”; “São práticas que se desenvolvem diariamente, o tempo todo e em qualquer lugar, e não se reduzem a uma única dimensão normativa, filosófica ou institucional, nem tampouco a um único momento histórico que lhes dá origem”. RUBIO, David Sánchez. **Encantos e Desencantos dos Direitos Humanos**. p. 127-128.

<sup>146</sup> SABOIA, Gilberto Vergne. O Brasil e o Sistema Internacional dos Direitos Humanos.

<sup>147</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**.

contemporâneas. Apesar de haver bastante dissenso nessa área, há um consenso consolidado em pelo menos dois aspectos principais: por primeiro, a ideia de que os direitos fundamentais têm uma função originária de direitos de defesa (*Abwehrfunktion*) do cidadão frente aos poderes públicos do Estado; em um segundo aspecto, os direitos fundamentais teriam uma função de reconhecimento de uma ordem de valores objetivos que se irradia para todo o ordenamento jurídico<sup>148</sup>.

Como ressalta Konrad Hesse, esse caráter dúplice ou essas duas funções se somam e se complementam. Então, os direitos fundamentais tratam tanto de direitos subjetivos outorgados ao indivíduo de forma a garantir-lhe posições jurídicas ou liberdades no âmbito da vida, quanto se configuram em elementos fundamentais da ordem objetiva da comunidade política. Assim, esses direitos normatizam o *status* do cidadão, não apenas de forma a proteger-lhe contra o ‘Estado’ formando uma esfera de liberdade privada ao entorno do indivíduo, mas também no sentido de que deve configurar sua vida e cooperar nos assuntos da coletividade de forma livre e autorresponsável<sup>149</sup>.

Dessarte, da função enquanto direitos de defesa se apreende não só uma pretensão de abstenção do poder público (*Unterlassungsanspruch*) em relação à esfera de atribuição do cidadão – um aspecto eminentemente negativo, de não intervenção Estatal na esfera privada –, mas também uma posição jurídica de reivindicação positiva em que se outorga ao indivíduo a possibilidade de exigir uma revogação (*Aufhebungsanspruch*) ou uma anulação (*Beseitigungsanspruch*) que lhe permite evitar ou eliminar interferências indevidas na sua esfera de autonomia pessoal<sup>150</sup>. Conforme expõe Gomes Canotilho, há aqui uma nítida relação triangular ou triangular entre o titular, o destinatário e o objeto que é o bem jurídico protegido pelo próprio direito fundamental em questão<sup>151</sup>.

Por outro lado, em se tratando da perspectiva ou da função objetiva dos direitos fundamentais, como ressalta Böckenförde, essa qualificação é um desenvolvimento que se dá, principalmente, por meio da jurisprudência do Tribunal

---

<sup>148</sup> DUQUE, Marcelo Schenk. **Curso de Direitos Fundamentais**.

<sup>149</sup> HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**.

<sup>150</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. Os Direitos Fundamentais e Seus Múltiplos Significados na Ordem Constitucional.

<sup>151</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**.

Constitucional Federal Alemão (*BVerfG*), a partir de 1955, alargando o caráter objetivo de valor dos direitos fundamentais<sup>152</sup>. E a decisão paradigma normalmente invocada pela doutrina e jurisprudência é a do famoso caso Lüth<sup>153</sup>, na qual foi consolidada a ideia de que os direitos não se limitam a função de direitos de defesa do cidadão frente ao Estado, mas também possuem a importante função de constituírem uma ordem de valores objetivos do ordenamento jurídico com eficácia em todos os ramos do Direito e fornecendo diretrizes para todos os órgãos públicos e os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário<sup>154</sup>.

Ao se reconhecer uma perspectiva jurídico-objetiva dos direitos fundamentais, afirma-se que estes obrigam o poder público a uma ação positiva no sentido da realização, defesa e promoção desses direitos. Assim, os direitos fundamentais, nessa função jurídico-objetiva, compõem um sistema de valores que impõe parâmetros ao Estado e à sociedade, atuando como fundamento material de todo o ordenamento jurídico. Expressando o conteúdo fundamental da ordem jurídica de

---

<sup>152</sup> Nas palavras de Böckenförde: “El descubrimiento del carácter objetivo de valor de los derechos fundamentales adquiere significado general mediante la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal [alemán]”. BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. **Escritos Sobre Derechos Fundamentales**. p. 106.

<sup>153</sup> Resumidamente o caso Lüth (*BVerfGE* 7, 198-230) chegou ao Tribunal Federal Constitucional alemão (*Bundesverfassungsgericht*) por meio de uma reclamação constitucional (*Verfassungsbeschwerde*) interposto por Erich Lüth, que se opunha à condenação que lhe havia sido imposta por um tribunal estadual (*Landgericht*) pelo fato de haver se expressado publicamente, por diversas vezes, convocando um boicote ao filme de Veit Harlan. O cineasta Veit Harlan realizou um filme de propaganda antissemita em 1940, dando-lhe o título de “*Jud Süß*” (o Judeu Süß). Depois da Segunda Guerra, o cineasta foi processado pela Justiça ordinária alemã com a acusação de que, com aquele filme, teria praticado crimes contra a humanidade, uma vez que o filme servira de causa para a perseguição aos judeus, retratando-os de forma discriminatória. Contudo, ao final do processo, Veit Harlan acabou sendo absolvido por sua conduta, considerando aquele tribunal que ele não poderia recusar uma ordem do ministro da propaganda nazista, Joseph Goebbels, sem colocar em perigo a sua própria vida. Assim, e considerando a absolvição do cineasta perante os tribunais, a Justiça ordinária considerou que a exortação de Lüth ao boicote seria contrária à moral e aos costumes, com base no parágrafo 826 do Código Civil Alemão (*BGB*), razão pela qual ele foi condenado para deixar de realizar novas convocações a favor do boicote contra os filmes Veit Harlan. Com a chegada do caso ao Tribunal Constitucional Federal Alemão, este absolveu Lüth sob o fundamento de que o direito fundamental à liberdade de opinião irradiava sua força normativa sobre o Direito ordinário, no caso o Direito Civil, impondo-se aos juízes ordinários a necessidade de emprestar prevalência ao significado dos direitos fundamentais, mesmo nas relações entre particulares. Como se vê, o Tribunal Constitucional federal alemão afirmou, na decisão do caso Lüth (*Lüth-Urteil*), que os direitos fundamentais além de possuírem uma função primária de direitos de defesa do cidadão contra o Estado, também possuem uma função jurídico-objetiva, impondo a ideia de que toda a ordem jurídica deveria ser interpretada à luz dos direitos fundamentais. GRIMM, Dieter. Die Karriere eines Boykottaufrufs (“A carreira de uma convocação ao boicote”). **Die Zeit** (online).

<sup>154</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**.

determinada comunidade política<sup>155</sup>. Nesse sentido, apesar de ser a perspectiva jurídico-objetiva uma funcionalidade autônoma em relação a perspectiva subjetiva de direito de defesa, reconhece-se uma relação de complementaridade e fortalecimento recíproco entre essas perspectivas dos direitos fundamentais<sup>156</sup>.

Esses valores<sup>157</sup> ou bens são reconhecidos e incorporados, em alguns casos, como dados irrenunciáveis da cultura universal ou nacional, mas, por vezes, também são de algum modo criados e incorporados pelo Direito procurando interpretar o sentimento coletivo da época na determinação de um projeto de vida em comum de determinada comunidade política. Ainda assim, o conjunto dos direitos fundamentais, nessa perspectiva jurídico-objetiva, possui uma ordem de sentido, não devendo ser vista como um catálogo aleatório de direitos<sup>158</sup>.

Como consequência do desenvolvimento dessa perspectiva jurídico-objetiva dos direitos fundamentais passou-se a produzir diferentes desdobramentos, começando pelo efeito de irradiação destes direitos para os demais ramos do ordenamento jurídico, bem como a ideia de que possuem uma multidirecionalidade – podendo ser direcionados não só contra o Estado em uma eficácia vertical, mas

---

<sup>155</sup> DUQUE, Marcelo Schenk. **Curso de Direitos Fundamentais**.

<sup>156</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição e Proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência.

<sup>157</sup> Deve-se deixar consignado aqui que há também uma relativa crítica ao se entender os direitos fundamentais como valores da ordem social, como vemos neste trecho de Konrad Hesse: “Além disso, é a questão, até que ponto à ideia da ‘ordem de valores’ pode caber significado jurídico-constitucional. A crítica ampla que a jurisprudência encontrou nisso, objetiva, nomeadamente, que o recurso à ‘valores’ – discutidos na sociedade pluralista – não possibilita uma interpretação dos direitos fundamentais segundo regras claras e visíveis, conduz a uma confluência de valorações subjetivas do juiz, não necessariamente cobertas pelo conteúdo normativo dos direitos fundamentais e, com isso, também a perdas para a certeza jurídica. Nisso, todavia, passa desatendido que o conceito ‘valores’, muitas vezes, é empregado só para a caracterização do *conteúdo normativo* dos direitos fundamentais.[...] Para a interpretação dos direitos fundamentais, a ideia da ‘ordem de valores’ foi um início e um auxílio em vista de uma situação, na qual ainda faltava, em grande parte, uma elaboração do conteúdo normativo concreto e do alcance dos direitos fundamentais individuais, da sua relação um para com o outro e dos pressupostos de sua limitação. Essa elaboração é a obra da jurisprudência desde então, em conjunto, contínua; com ela está disponível uma existência firme de pontos de vista e regras, a qual possibilita responder algumas questões de direitos fundamentais metodicamente mais seguro e evitar, em grande parte, o recurso repentino a ‘valores’”. HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**. p. 243-244.

<sup>158</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**.

também em relação aos demais particulares, em uma eficácia horizontal –, e por fim com o desenvolvimento dos mandados de atuação ou deveres de proteção<sup>159</sup>.

Este efeito de irradiação ou eficácia irradiante (*Ausstrahlungswirkung*) fornecem diretrizes para a aplicação do direito infraconstitucional em conformidade com os direitos fundamentais. Isto é, a eficácia irradiante implica uma interpretação de todo o ordenamento jurídico consoante os valores jurídico-objetivos expressos nas normas de direitos fundamentais<sup>160</sup>.

Associado a este primeiro efeito, ainda que com ele não seja completamente idêntico, está a questão da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas, o que a doutrina também convencionou chamar de eficácia horizontal, entre particulares ou entre terceiros (*Drittwirkung*)<sup>161</sup>. Essa eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas pode se dar de maneira indireta – por meio da legislação infraconstitucional – ou direta, ainda que possa operar de forma não uniforme e reclamando soluções diferentes para cada direito fundamental específico<sup>162</sup>.

Já os deveres de proteção (*Schutzpflicht*) ou mandamentos de tutela ou de ação impõem aos órgãos estatais o dever de assegurar níveis de proteção eficiente para os direitos fundamentais. Assim, os direitos fundamentais, enquanto normas que expressam uma ordem de valores jurídico-objetivos do ordenamento jurídico, exigem a sua realização na maior medida possível; cabendo inclusive, segundo Böckenförde, se questionar se não seria justamente estes deveres de proteção o conceito central de toda a perspectiva jurídico-objetiva dos direitos fundamentais<sup>163</sup>.

Ressalta-se que a fundamentação dos deveres de proteção pode ser reconduzida a própria ideia de Estado de Direito em seu modelo básico liberal-contratualista, na medida em que os cidadãos renunciariam aos direitos de autotutela passando para o Estado o monopólio legítimo do uso da força e da coerção, em troca

---

<sup>159</sup> BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. **Escritos Sobre Derechos Fundamentales.**

<sup>160</sup> CANOTILHO, Joaquim José Gomes et al. **Comentários à Constituição do Brasil.**

<sup>161</sup> Não iremos nos aprofundar aqui nesta temática da aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas, porque foge ao escopo deste trabalho. De forma que se remete os interessadas na temática à obra específica sobre o tema de Marcelo Schenk Duque, “Direito Privado e Constituição: Drittwirkung dos direitos fundamentais”.

<sup>162</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais.**

<sup>163</sup> BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. **Escritos Sobre Derechos Fundamentales.**

de uma efetiva proteção de seus direitos<sup>164</sup>. À vista disso, estes deveres projetam uma obrigação preventiva e permanente para os poderes públicos no sentido de que devem zelar pelos direitos fundamentais contra agressões não só estatais, mas também provenientes de terceiros e de outros Estados<sup>165</sup>.

Com efeito, vinculado a esta função está uma noção, já bastante difundida no Brasil, de proibição de proteção insuficiente (*Untermaßverbot*) e de proibição de excesso (*Übermaßverbot*). A estas noções estão ligadas a proporcionalidade como uma pauta ou critério corretivo de adequação entre meios e fins<sup>166</sup>, assunto ao qual se voltará adiante.

Talvez a problemática principal aqui seria não só no conteúdo concreto dos deveres de proteção em cada direito fundamental, mas também de qual seria a sua extensão ou alcance enquanto dever de proteção. “¿Aspira el deber de protección al óptimo alcanzable, sólo a un mínimo o a un punto medio ponderado – por así decir, proporcionado –?”<sup>167</sup> é a questão que se propõe Böckenförde. Destaca-se que ainda que haja um relativo dissenso nestas questões, prevalece que os diversos órgãos estatais dispõem de uma ampla liberdade de conformação na questão de como devem ser satisfeitos esses deveres de proteção impostos pelos direitos fundamentais<sup>168</sup>.

Há também aquela perspectiva jurídico-objetiva ligada ao que se convencionou chamar de função ou direito à organização e procedimento (*Recht auf Organisation und auf Verfahren*), reconhecendo que cabe ao Estado a tarefa de providenciar tanto por meios fáticos, quanto por meios normativos a conformação de estruturas, órgãos e leis necessários a garantia dos direitos fundamentais<sup>169</sup>.

Com efeito, a partir desta função organizatória e procedimental dos direitos fundamentais é possível retirar critérios não apenas para orientar a interpretação de normas procedimentais, mas também para formatar e regulamentar as instituições, os órgãos e os procedimentos que auxiliam a efetivação destes direitos e evitam a

<sup>164</sup> DUQUE, Marcelo Schenk. **Direito Privado e Constituição**.

<sup>165</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**.

<sup>166</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; NETO, Jayme Weingartner. **Constituição e Direito Penal**.

<sup>167</sup> “O dever de proteção aspira ao ótimo alcançável, apenas a um mínimo ou a um ponto intermediário – por assim dizer, proporcional –?” (Tradução nossa). BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. **Escritos Sobre Derechos Fundamentales**. p. 116.

<sup>168</sup> HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**.

<sup>169</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. Os Direitos Fundamentais e Seus Múltiplos Significados na Ordem Constitucional.

redução de seu significado ou conteúdo material. Esta função ressalta a importância que possui uma adequada formulação organizacional e procedimental para a proteção e efetivação dos direitos fundamentais<sup>170</sup>.

Ainda, é importante ressaltar que tanto as normas de direitos fundamentais que consagram direitos subjetivos, quanto as que impõe obrigações na perspectiva jurídico-objetiva podem ter a natureza de regras ou de princípios. Logo, pode-se falar não só de normas com estrutura de princípios, mas também de normas com estrutura de regra, ambas podendo assegurar uma perspectiva subjetiva, bem como uma perspectiva jurídico-objetiva dos direitos fundamentais<sup>171</sup>.

Para se aprofundar no estudo acerca dos direitos fundamentais e suas possibilidades, tem-se, necessariamente, que tecer algumas notas sobre as noções de âmbito de proteção e de núcleo essencial dos direitos fundamentais, com seus limites e os limites dos limites.

A noção de que existem restrições aos direitos fundamentais, embora à primeira vista possa parecer uma opinião bastante trivial e até mesmo autoevidente, traz uma série de problemas mais complexos, como determinar o conteúdo e a amplitude que se permitirá levar a cabo nas restrições em concreto<sup>172</sup>. Por certo, especialmente a questão acerca dos limites e restrições de direitos fundamentais não dispensa um exame sobre o âmbito de proteção destes direitos. Por isso, antes de se adentrar especificamente no campo dos limites e restrições, há que se abordar algumas notas sobre o conceito de âmbito de proteção.

De início, deve-se destacar que todo direito fundamental possui um âmbito de proteção, ou seja, um campo ou uma hipótese de incidência normativa (*Grundrechtstatbestand*) que, em tese, está sujeito a intervenções e demarca o alcance da proteção jurídico-fundamental<sup>173</sup>. Assim, tem-se que o âmbito de proteção de um direito fundamental abarca os diferentes pressupostos fáticos previstos pela norma. Nesse sentido, o âmbito de proteção trata do objeto tutelado pelo direito fundamental, ou seja, do próprio bem jurídico protegido pela norma. Embora o

---

<sup>170</sup> CANOTILHO, Joaquim José Gomes et al. **Comentários à Constituição do Brasil**.

<sup>171</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição e Proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência.

<sup>172</sup> ALEXY, Robert. **Teoría de los Derechos Fundamentales**.

<sup>173</sup> DUQUE, Marcelo Schenk. **Curso de Direitos Fundamentais**.

conceito de âmbito de proteção, de forma abstrata, não seja de difícil formulação, sempre é possível haver dúvidas quando surge a necessidade de se verificar quais são os bens jurídicos protegidos por um direito fundamental em concreto e os seus limites e restrições<sup>174</sup>.

Para se tratar de limites e restrições de direitos fundamentais, deve-se ater e diferenciar, em breves linhas, às teorias interna e externa. Para a assim chamada teoria interna (*Innentheorie*), todo direito fundamental já possuiria de antemão um determinado conteúdo, isto é, o direito fundamental já nasceria com o seu conteúdo e o seu limite, de forma definitiva. Sendo que o limite de um direito fundamental seria imanente ao seu próprio conteúdo (*Immanente Grenze*), de forma que toda dúvida sobre os limites de determinado direito fundamental diz respeito também ao seu conteúdo e âmbito de proteção<sup>175</sup>.

Por outro lado, para a teoria externa (*Außentheorie*), o direito fundamental e a restrição (*Schranke*) destes direitos seriam categorias autônomas, sendo que a relação existente entre estas categorias não seria necessária, mas sim contingencial. Logo, a relação entre as categorias seria estabelecida mediante uma imposição, externa ao direito fundamental em questão, de compatibilização e harmonização dos diferentes direitos fundamentais entre si, do mesmo ou de sujeitos diferentes<sup>176</sup>. Dito de outro modo, por primeiro existiria o direito fundamental em si, que não estaria ainda limitado ou restringido, em uma posição *prima facie*; por segundo se configuraria o direito fundamental após uma restrição específica, ou seja, o direito já restringido, portanto uma posição em definitivo<sup>177</sup>.

É de se destacar aqui que, conforme ressalta Alexy, a teoria externa é mais compatível com o modelo proposto por ele de direitos fundamentais enquanto regras e princípios<sup>178</sup>. Portanto, mais apta a propiciar uma reconstrução argumentativa das

---

<sup>174</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**.

<sup>175</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**.

<sup>176</sup> ALEXY, Robert. **Teoría de los Derechos Fundamentales**.

<sup>177</sup> ALEXY, Robert. **Teoría de los Derechos Fundamentales**.

<sup>178</sup> Aliás, Virgílio Afonso da Silva faz importante ressalva sobre esse ponto que merece ser aqui transcrita: "Como se viu até aqui, a chamada *teoria dos princípios* não é apenas uma distinção entre

colisões de direitos fundamentais e suas limitações recíprocas, uma vez que distingue com maior nitidez o âmbito de proteção de um direito fundamental das suas restrições, aportando significativas vantagens em termos de operacionalidade jurídico-dogmática<sup>179</sup>, implicando ainda um ônus de justificação argumentativa sempre que se invoque uma restrição a um direito fundamental<sup>180</sup>.

Em breves linhas, pode-se definir as restrições aos direitos fundamentais como sendo ações ou omissões dos órgãos e poderes públicos, bem como de terceiros que dificultem, reduzam, eliminem ou impeçam o acesso ou exercício de um bem jurídico protegido por uma norma de direito fundamental<sup>181</sup>. Isto é, as restrições a direitos fundamentais são atos que intervêm no âmbito de proteção para restringir posições *prima facie* destes direitos e só serão restrições legítimas se encontrarem amparo e justificação, formal e material, na Constituição<sup>182</sup>.

Importante lição é a de Konrad Hesse que destaca ser a tarefa destas restrições a de coordenar as condições de liberdade garantidas pelos direitos fundamentais a outras condições que também são essenciais para a vida da coletividade, que por causa disso também merecem ser protegidas juridicamente. Nesse sentido toda delimitação de direitos fundamentais é fundamentalmente uma produção de concordância prática<sup>183</sup>. Isto é, em um Estado democrático de Direito, o modelo de Estado no qual toda a ação estatal parte do valor liberdade enquanto autonomia dos cidadãos, está vedada toda ação estatal arbitrária, assim compreendida aquelas que impõem limitações desnecessárias ou excessivas às esferas de liberdades fundamentais consagradas na Constituição<sup>184</sup>.

---

duas espécies normativas. Isso é apenas a sua expressão mais aparente. Mas essa distinção tem, ao mesmo tempo, pré-requisitos – como a adoção de uma teoria externa e de um suporte fático amplo para os direitos fundamentais – e consequências teóricas e práticas – como a aceitação da proporcionalidade e, como vai se ver no tópico seguinte, de uma concepção relativa na definição do conteúdo essencial dos direitos fundamentais. Com isso, ficará claro que ‘o escolher uma teoria’, aqui, não é exatamente uma questão de gosto, mas uma questão de coerência argumentativa. Determinados pontos de partida levam, inevitavelmente, a determinados pontos de chegada”. SILVA, Virgílio Afonso da. O Conteúdo Essencial dos Direitos Fundamentais e a Eficácia das Normas Constitucionais. p. 41-42.

<sup>179</sup> Por isso, filia-se a esta corrente no presente trabalho.

<sup>180</sup> CANOTILHO, Joaquim José Gomes et al. **Comentários à Constituição do Brasil**.

<sup>181</sup> CANOTILHO, Joaquim José Gomes et al. **Comentários à Constituição do Brasil**.

<sup>182</sup> ALEXY, Robert. **Teoría de los Derechos Fundamentales**.

<sup>183</sup> HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**.

<sup>184</sup> FELDENS, Luciano. **Direitos Fundamentais e Direito Penal**.

Nesse sentido, as restrições não podem ocorrer de qualquer forma, devendo ser sempre necessária uma justificação intersubjetivamente controlável, não bastando somente identificar os valores abstratos em jogo, mas devendo-se construir e aplicar critérios que permitam analisá-los racionalmente<sup>185</sup>. Isto é, as restrições a direitos fundamentais impõem um ônus argumentativo àquele que as leva a cabo<sup>186</sup>.

No que tange as espécies de restrições legítimas, está substancialmente consolidado o consenso em torno de três tipos distintos: a) primeiro, os direitos fundamentais podem ser restringidos por expressa previsão constitucional nesse sentido – também chamada de restrição direta ou imediata; b) também podem ser restringidos por norma legal com fundamento constitucional, também denominado de reserva legal, restrição indireta ou mediata; c) por fim, podem ainda ser restringidos pelas colisões entre os direitos fundamentais<sup>187</sup>. Como se verifica, uma restrição a um direito fundamental sempre exige, direta ou indiretamente, um fundamento constitucional, bem como possui uma exigência de fundamentação por parte daquele que o restringe – seja o juiz, seja o legislador, seja o administrador aquele que vai realizar a restrição. Ademais, ressalte-se que nenhum direito fundamental é formalmente absoluto ou imune a restrições, sendo que todos os direitos fundamentais são passíveis de algum nível de restrição<sup>188</sup>.

Se as restrições diretamente previstas no texto constitucional não trazem maiores controvérsias, já as restrições indiretas ou reservas legais são um pouco mais complexas, tratando-se de verdadeiras normas de competência dirigidas ao legislador, no sentido de que autorizam expressamente o legislador ordinário a criar restrições legais aos direitos fundamentais. Como ressalta Alexy, ao fundamentar a possibilidade jurídica de restrição, as reservas legais não são, em si, a própria restrição, mas sim a sua possibilidade, uma competência que pode ou não ser exercida pelo legislador<sup>189</sup>.

---

<sup>185</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**.

<sup>186</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. O Conteúdo Essencial dos Direitos Fundamentais e a Eficácia das Normas Constitucionais.

<sup>187</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**.

<sup>188</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. O Conteúdo Essencial dos Direitos Fundamentais e a Eficácia das Normas Constitucionais.

<sup>189</sup> ALEXY, Robert. **Teoría de los Derechos Fundamentales**.

Essas reservas legais são costumeiramente qualificadas em duas categorias: as reservas legais simples e as reservas legais qualificadas. As reservas legais simples são as que autorizam o legislador a intervir no âmbito de proteção de um direito fundamental sem estabelecer nenhum pressuposto ou objetivo específico a ser observado<sup>190</sup>. Por outro lado, as reservas legais qualificadas são as que estabelecem ao legislador ordinário pressupostos, condições ou objetivos específicos a serem observados na confecção e aplicação da lei<sup>191</sup>.

Por derradeiro, a hipótese de restrição dos direitos fundamentais por colisões entre si, também chamada por alguns como uma reserva geral de ponderação<sup>192</sup>. Embora também possa ser subsumida nas alternativas anteriores, esta restrição não expressamente prevista nas constituições seria uma decorrência lógica e necessária para a coexistência harmoniosa dos diversos direitos fundamentais – enquanto princípios – tendo em conta a unidade da Constituição, uma vez que a ausência de primazia absoluta e *a priori* de um direito fundamental sobre o outro exige o uso da ponderação como técnica adequada para superar os antagonismos e definir, sempre

---

<sup>190</sup> Conforme destaca Mendes e Branco, nestes casos de reserva legal simples, a Constituição Brasileira normalmente traz as expressões “nos termos da lei”, “na forma da lei”, nas hipóteses previstas na lei etc., como se vê nestes exemplos do art. 5º: “VI – é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, **na forma da lei**, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias”; “VII – é assegurada, **nos termos da lei**, a prestação de assistência religiosa nas entidades civis e militares de internação coletiva”; “XV – é livre a locomoção no território nacional em tempo de paz, podendo qualquer pessoa, **nos termos da lei**, nele entrar, permanecer ou dele sair com seus bens”; “XXIV – a **lei estabelecerá** o procedimento para desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante justa e prévia indenização em dinheiro, ressalvados os casos previstos nesta Constituição”; “XXVI – a pequena propriedade rural, assim **definida em lei**, desde que trabalhada pela família, não será objeto de penhora para pagamento de débitos decorrentes de sua atividade produtiva, **dispondo a lei** sobre os meios de financiar o seu desenvolvimento”. MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**.

<sup>191</sup> Segundo Mendes e Branco, como exemplos de reserva legal qualificada previstas na Constituição brasileira tem-se: art. 5º, incisos XII – “é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, **nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal**”; XXXVIII – “é reconhecida a instituição do júri, **com a organização que lhe der a lei, assegurados**: a) a plenitude de defesa; b) o sigilo das votações; c) a soberania dos veredictos; d) a competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida”; “LX – a **lei só poderá restringir** a publicidade dos atos processuais **quando** a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem”. MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**.

<sup>192</sup> NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos Fundamentais e Justiça Constitucional**.

de acordo com o caso em concreto, qual dos direitos deve prevalecer e até que ponto é juridicamente justificada a intervenção no direito a ser restringido<sup>193</sup>.

Há de se destacar ainda que as restrições aos direitos fundamentais encontram, por sua vez, também restrições, o que se costuma denominar de limites aos limites (*Schranken-Schranken*) dos direitos fundamentais. Esses limites aos limites decorrem da própria Constituição e balizam a ação do poder público quando eventualmente delimita ou restringe os direitos fundamentais, servindo como barreiras à restringibilidade e garantem de uma eficácia mínima desses direitos, de forma que as restrições somente serão justificadas quando guardarem compatibilidade formal e material com a Constituição<sup>194</sup>.

Com efeito, o controle da compatibilidade formal e material das restrições aos direitos fundamentais acarreta, no âmbito formal, a verificação da competência, do procedimento e da forma de delimitação adotada pelo poder público. Por sua vez, no âmbito material, deve-se verificar a observância do núcleo ou conteúdo essencial dos direitos fundamentais, assim como o atendimento da proporcionalidade nos atos ou normas restritivas<sup>195</sup>.

A noção de proteção do núcleo essencial (*Wesensgehalt*) de direitos fundamentais evidencia que há parcelas do conteúdo de um direito fundamental sem a qual aquele direito perde identidade e eficácia mínimas, de modo tal que existem conteúdos de direitos fundamentais que são invioláveis ou que há posições jusfundamentais que fazem parte de um núcleo indisponíveis às intervenções estatais. Portanto, a proteção de um conteúdo essencial salvaguarda os direitos fundamentais do perigo de esvaziamento por meio da ação do legislador ordinário, determinando que direitos fundamentais devem ter um patamar mínimo de sua essência garantido constitucionalmente<sup>196</sup>.

Algumas Constituições contemporâneas do ocidente consagram expressamente esta garantia do núcleo essencial dos direitos fundamentais, tais como

---

<sup>193</sup> ALEXY, Robert. **Teoría de los Derechos Fundamentales.**

<sup>194</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional.**

<sup>195</sup> CANOTILHO, Joaquim José Gomes et al. **Comentários à Constituição do Brasil.**

<sup>196</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional.**

a Lei Fundamental Alemã de 1949<sup>197</sup>, a Constituição Portuguesa de 1976<sup>198</sup> e a Constituição Espanhola de 1978<sup>199</sup>, este não é o caso da Constituição Brasileira de 1988 que não traz nenhuma disciplina normativa nesse sentido, embora haja ampla recepção do instituto em sede doutrinária e jurisprudencial no Brasil<sup>200</sup>.

Claro que a noção de que um núcleo essencial dos direitos fundamentais deve ser protegido não está livre de controvérsias ou dificuldades práticas. A primeira questão difícil é saber o que estaria dentro e o que estaria fora do núcleo essencial de cada direito fundamental em específico. A segunda dificuldade é saber se o conteúdo essencial de um direito fundamental possuiria uma natureza absoluta ou relativa<sup>201</sup>.

A assim chamada teoria absoluta (*absolute Theorie*) expõe que o núcleo essencial seria uma unidade substancial autônoma que estaria a salvo de eventual decisão legislativa. De forma que existiria um espaço dentro de cada direito fundamental que seria insuscetível de limitação – compondo um mínimo intangível (*Grundrechtsminimum*) ou núcleo (*Grundrechtskern*) desse direito fundamental – e outro espaço que seria suscetível de limitação – compondo elementos acidentais ou periféricos<sup>202</sup>.

Já a chamada teoria relativa (*relative Theorie*) aduz que o núcleo essencial seria definido caso a caso, tendo em vista o objetivo perseguido pela norma de caráter restritivo<sup>203</sup>. Dessa maneira, o núcleo essencial seria aquele mínimo insuscetível de restrição ou redução aferido com base na proporcionalidade; dito isso de outro modo, para a teoria relativa, pode-se afirmar que tanto as restrições a direitos fundamentais que passem pelos critérios da proporcionalidade não afetam o conteúdo essencial dos

---

<sup>197</sup> Artigo 19, parágrafo 2º: “In keinem Falle darf ein Grundrecht in seinem Wesensgehalt angetastet werden”. “Em nenhuma circunstância, um direito fundamental poderá ser violado em sua essência” (tradução livre). DEUTSCHLAND (ALEMANHA). [Constituição (1949)].

<sup>198</sup> Artigo 18º, 3 – “As leis restritivas de direitos, liberdades e garantias têm de revestir carácter geral e abstrato e não podem ter efeito retroativo nem diminuir a extensão e o alcance do conteúdo essencial dos preceitos constitucionais”. PORTUGAL. [Constituição (1976)].

<sup>199</sup> Artículo 53. 1 – “Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo Segundo del presente Título vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades, que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el artículo 161, 1, a)”. ESPAÑA (ESPANHA). [Constituição (1978)].

<sup>200</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**.

<sup>201</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital; PORTUGAL, **Constituição da República Portuguesa Anotada**.

<sup>202</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**.

<sup>203</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**.

direitos fundamentais quanto as restrições não fundamentadas por esses critérios, ainda que diminutas, violam o seu cerne<sup>204</sup>.

Em qualquer das teorias a ser adotada – seja na teoria absoluta, seja na teoria relativa –, a garantia do núcleo essencial encontra sólido apoio e desenvolvimento na dogmática dos direitos fundamentais, de forma que ela aponta para no mínimo três direções: a) garantindo um âmbito nuclear intangível, sem a qual aquele direito fundamental não teria utilidade constitucional; b) assegurando uma espécie de proibição de excesso na restrição dos direitos fundamentais; c) impondo que toda restrição à direito fundamental sempre exija uma justificação argumentativa, servindo de parâmetro para o seu controle judicial<sup>205</sup>.

Dentro dos limites às restrições dos direitos fundamentais, destaca-se, ainda, a proporcionalidade (*Verhältnismäßigkeitsgrundsatz*). Retomando-se a questão da proporcionalidade enquanto figura de argumentação jurídica e critério de aferição da legitimidade e compatibilidade de normas e atos do poder estatal com a Constituição e os direitos fundamentais. Embora registros históricos deem conta de que o grande desenvolvimento deste preceito tenha ocorrido em decorrência do seu desenvolvimento no direito administrativo, atualmente é pacífico a sua aplicação em todos os ramos do ordenamento jurídico, ainda que em graus diversos, sendo por vezes consagrado como um verdadeiro preceito constitucional não escrito<sup>206</sup>. De forma que há quem remeta este preceito à noção de Estado de Direito, o derive da essência mesma dos direitos fundamentais – enquanto normas com caráter de princípio – ou, ainda, da própria ideia de justiça<sup>207</sup>.

Discute-se bastante na doutrina e jurisprudência também sobre qual seria a denominação mais adequada para a proporcionalidade, se esta possuiria natureza de

---

<sup>204</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais**.

<sup>205</sup> DUQUE, Marcelo Schenk. **Curso de Direitos Fundamentais**.

<sup>206</sup> É de se consignar, no entanto, que desde o advento da lei 9.784 de 1999, há previsão infraconstitucional da proporcionalidade no ordenamento jurídico brasileiro: Art. 2º – “A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, **proporcionalidade**, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência”. BRASIL. **Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999**.

<sup>207</sup> ALEXY, Robert. **Teoría de los Derechos Fundamentales**.

princípio<sup>208</sup>, de regra, ou de postulado normativo-aplicativo<sup>209</sup>, bem como se seria uma máxima jurídica (*Rechtsgrundsatz*), um preceito político-jurídico (*Rechtspolitisch*), um mandamento ou exigência de proporcionalidade (*Verhältnismäßigkeitsgebot*)<sup>210</sup>.

De qualquer forma, está bastante solidificada a ideia de proporcionalidade enquanto um critério decisivo para a análise e controle da legitimidade constitucional das ações e omissões dos poderes públicos na restrição de direitos fundamentais. No que tange aos direitos fundamentais enquanto direitos de defesa, a proporcionalidade atuaria como uma proibição de excesso de intervenção (*Übermaßverbot*). Por outro lado, em se tratando dos direitos fundamentais enquanto direitos a prestações – ou seja, como deveres de proteção ou imperativos de tutela –, a proporcionalidade atuaria como uma proibição de proteção insuficiente (*Untermaßverbot*). Logo, pode-se dizer que a proporcionalidade teria uma atuação de dupla face<sup>211</sup>.

Efetivamente, o critério da proporcionalidade ganha tamanha importância como elemento decisório e de aferição tornando-se um dos elementos centrais da dogmática dos direitos fundamentais, que grande parte da doutrina sustenta que a restrição dos direitos fundamentais só poderia ser levada a cabo se estiver em harmonia com os subcritérios que o compõe: adequação ou idoneidade, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. De qualquer sorte, a noção que subjaz ao preceito da proporcionalidade é a de que a realização de toda e qualquer norma constitucional não poderia conduzir à restrição de um direito fundamental de forma a retirar-lhe um grau mínimo de eficácia, retirando-lhe a capacidade de agregar qualquer significado no mundo jurídico. Logo, ter-se-ia por desproporcional a restrição de direito

<sup>208</sup> Apesar de já estarem consagradas na doutrina pátria enquanto tais, no presente trabalho opta-se por evitar de qualificar a proporcionalidade e os seus preceitos parciais como princípios, uma vez que estes não se enquadram bem no conceito técnico-jurídico de princípio trazidos pela teoria dos direitos fundamentais como destaca o próprio Robert Alexy neste trecho: “A pesar de que el principio de proporcionalidad suela ser llamado de esta manera, no se trata de un principio en el sentido aquí expuesto. La idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto no se ponderan frente a algo diferente. No es que unas veces tengan precedencia y otras no. Lo que se pregunta más bien es si se satisfacen las exigencias de estos subprincipios o no, y si su falta de satisfacción tiene como consecuencia la ilegalidad. Por lo tanto, los tres subprincipios tienen que catalogarse como reglas”. ALEXY, Robert. **Teoría de los Derechos Fundamentales**. p. 92 (Nota de rodapé 84).

<sup>209</sup> Humberto Ávila expõe que, por ser a proporcionalidade uma norma de aplicação de outras normas, ela possui um caráter de metanorma ou de postulado normativo-aplicativo. ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**.

<sup>210</sup> DUQUE, Marcelo Schenk. **Curso de Direitos Fundamentais**.

<sup>211</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**.

fundamental que lhe impedisse de gerar eficácia para o seu titular ou na vida da comunidade política. Nesses termos, o critério da proporcionalidade garantiria o grau mínimo de vigência dos direitos fundamentais, por meio do fortalecimento da sua força de defesa frente às restrições, exigindo como legítima apenas aquela intervenção no direito fundamental que não onere em demasia (*nicht übermäßig belasten*) o cidadão titular do direito em questão<sup>212</sup>.

Conforme posição amplamente acolhida pela doutrina e jurisprudência, tem-se que o critério da proporcionalidade, além de exigir uma finalidade legítima, possui uma estrutura de controle que se desdobra em três níveis parciais ou subcritérios distintos que possuem aplicação sucessiva e complementar – isto é, só se passará para o nível ou subcritério seguinte, uma vez implementado o anterior –, são eles: o subcritério da adequação ou idoneidade, o subcritério da necessidade e o subcritério da proporcionalidade em sentido estrito<sup>213</sup>.

A aferição da proporcionalidade de uma medida restritiva de direito fundamental exige uma finalidade constitucionalmente legítima (*legitimer Zweck*), ou seja, para que haja uma restrição legítima a um direito fundamental deve haver também uma justificação constitucional para tanto, um outro bem ou interesse a ser constitucionalmente protegido. Dito de outro modo, para que haja um interesse legítimo o sacrifício de um direito fundamental, ainda que de forma parcial, não pode ser arbitrário, gratuito ou desmotivado. Destaca-se também que nem todos os interesses constitucionalmente previstos serão adequados para justificar qualquer intervenção, principalmente quando se tratar de cláusula excessivamente vaga e restritiva de um direito fundamental<sup>214</sup>.

Passando-se ao primeiro nível ou subcritério de aplicação da proporcionalidade, tem-se que analisar a adequação ou idoneidade (*Geeignetheit oder Eignung*) da medida restritiva sob exame. Aqui, a questão que se coloca é se a medida a ser adotada é apta a realizar ou promover a finalidade constitucionalmente legítima pretendida? Ou seja, o que se analisa neste subcritério é a viabilidade técnica

---

<sup>212</sup> DUQUE, Marcelo Schenk. **Curso de Direitos Fundamentais**.

<sup>213</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**.

<sup>214</sup> CANOTILHO, Joaquim José Gomes; Moreira, Vital. **Constituição da República Portuguesa Anotada**.

da restrição do direito fundamental sob escrutínio. Assim, será adequada a medida se, e somente se, o meio escolhido é apto a obtenção do fim pretendido<sup>215</sup>. Consequentemente, se a medida restritiva se mostrar, já de início, claramente inadequada ou incapaz de alcançar a finalidade pretendida, deve ser tida por desproporcional por falta de adequação ou idoneidade.

Já o exame da necessidade (*Erforderlichkeit*) deve avaliar se foi feita a opção pelo meio menos restritivo ao direito fundamental em questão dos que se encontravam igualmente disponíveis e adequados. Isto é, um meio somente será necessário se o legislador não puder escolher outro meio igualmente eficaz, cujo resultado restrinja menos o direito fundamental a ser atingido<sup>216</sup>. Nesse sentido, para se avaliar a necessidade de uma restrição será necessário fazer um exame comparativo. De modo consequente, uma medida restritiva será desproporcional por ausência de necessidade sempre que ficar evidenciado que há outras medidas igualmente adequadas e capazes de obter o mesmo resultado, quanto à finalidade pretendida, que restrinjam em menor medida o âmbito de proteção de um direito fundamental. Destaca-se ainda que o custo de implementação do meio – e, até mesmo, uma eventual reserva do possível (*Vorbehalt des Möglichen*) – é uma variável importante que deve ser levado em conta neste subcritério<sup>217</sup>.

Por fim, a proporcionalidade em sentido estrito (*Abwägungsgebote oder Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne*) é o momento em que se verifica uma justa medida entre os meios utilizados e os fins colimados, evitando-se a adoção de medidas excessivamente restritivas a direitos fundamentais<sup>218</sup>. É neste subcritério em que se dá a ponderação dos direitos em jogo, tendo-se em mente que quanto mais intensa for a intervenção imposta a um direito fundamental, tanto maior necessitará ser a sua fundamentação, por outro lado, quanto menor for a intervenção proposta mais fracos se tornam os argumentos em sentido contrário à sua adoção. A verificação da proporcionalidade em sentido estrito deve ser entendida como uma relação

---

<sup>215</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais**.

<sup>216</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**.

<sup>217</sup> DUQUE, Marcelo Schenk. **Curso de Direitos Fundamentais**.

<sup>218</sup> CANOTILHO, Joaquim José Gomes; Moreira, Vital. **Constituição da República Portuguesa Anotada**.

racional entre meios e fins (*Zweck-Mittel-Relation*), na qual a proibição de excesso deve ser vista como um limite imposto as medidas desproporcionais<sup>219</sup>.

Logo, exige-se que a intervenção em um direito fundamental e o benefício que daí advenha para a sociedade estejam em um relacionamento apropriado entre si, de modo que o benefício supere as desvantagens. Como critério jurídico de controle da atividade Estatal, a proporcionalidade visa otimizar a satisfação dos interesses da comunidade política reservando o máximo de liberdade possível. Frisa-se também que todo juízo de desproporcionalidade implica colocar limites à liberdade de conformação dos poderes constituídos<sup>220</sup>.

Revela-se, assim, a proporcionalidade como um nítido critério de controle de medidas restritivas a direitos fundamentais – mormente em seu aspecto de direito de defesa frente ao Estado. Dessa forma, a proporcionalidade impede que o Estado, ainda que cumprindo um dever de proteção ou mandamento de tutela, afete de modo excessivo ou desproporcional – sem adequação, sem necessidade e sem proporcionalidade em sentido estrito – um direito fundamental, aplicando-se esse critério de controle inclusive para medidas tomadas contra quem está sendo acusado de violação de direitos fundamentais de terceiros. Neste sentido, a proporcionalidade atua como um critério de proibição de intervenção excessiva (*Übermaßverbot*) na restrição de direitos fundamentais<sup>221</sup>.

De forma complementar, dos direitos prestacionais (*Leistungsrechte*) e dos deveres de proteção (*Schutzpflicht*) pode-se extrair que o Estado não poderá prestar ou proteger de modo insuficiente (*Untermaßverbot*) esses direitos fundamentais, uma problemática também vinculada a omissões inconstitucionais. Nesse sentido, a doutrina e a jurisprudência têm desenvolvido a ideia de que os direitos prestacionais e os deveres de proteção geram para o Estado um padrão mínimo de implementação e promoção de direitos fundamentais e, por consequência, a proibição de proteção insuficiente destes direitos. Esta formulação ficou bastante evidenciada pelo Tribunal

---

<sup>219</sup> DUQUE, Marcelo Schenk. **Curso de Direitos Fundamentais**.

<sup>220</sup> FELDENS, Luciano. **Direitos Fundamentais e Direito Penal**.

<sup>221</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição e Proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência.

Constitucional Federal Alemão em sua segunda decisão sobre o aborto (*Schwangerschaftsabbruch II*), em 1993<sup>222</sup>.

Apesar de normalmente serem apresentadas de forma conjunta, há uma autonomia dogmática da proibição de proteção insuficiente – que está vinculada aos deveres de proteção do Estado – em relação a proteção de intervenção excessiva – mais vinculada aos direitos fundamentais enquanto direitos de defesa<sup>223</sup>.

Por certo, se na esfera da proibição da intervenção excessiva (*Übermaßverbot*), está a se perquirir a adequação constitucional de uma intervenção no âmbito de proteção de um direitos fundamental; por sua vez, no âmbito da proibição da proteção insuficiente (*Untermaßverbot*), trata-se de evitar uma omissão por parte do Estado no seu dever de proteção minimamente eficaz de um direito fundamental. Com efeito, esta função de dever de proteção ou imperativo de tutela não está ela própria toda pré-determinada constitucionalmente, ficando aberta ao legislador um amplo espaço de conformação, que o preencherá com os meios do direito ordinário<sup>224</sup>.

---

<sup>222</sup> BVerfGE 88, 203. Como se vê nestes trechos: “1. A *Grundgesetz* obriga o Estado a proteger a vida humana, também a intrauterina. Esse dever de tutela (*Schutzpflicht*) tem seu fundamento no Art. 1 I GG; seu objeto e sua medida - a partir dele - são definidos mais pormenorizadamente no Art. 2 II GG. A dignidade humana cabe já ao nascituro. O ordenamento jurídico deve garantir os pressupostos jurídicos de seu desenvolvimento no sentido do direito à vida do próprio nascituro. Esse direito à vida não será fundamentado apenas pela [depois da] aceitação da mãe. 2. O dever de tutela para a vida intrauterina é relativo a cada vida, não apenas à vida humana em geral. [...] 5. A extensão do dever de tutela da vida humana intrauterina deve ser determinada visando, de um lado, o significado e a necessidade de proteção do bem a ser protegido, e, de outro lado, os bens jurídicos que com ele entrem em conflito. Como bens jurídicos atingidos pelo direito à vida do nascituro – partindo-se da pretensão jurídica da mulher gestante à proteção e observância de sua dignidade humana (Art. 1 I GG) – vêm à pauta, sobretudo, seu direito à vida e à incolumidade física (Art. 2 II GG), bem como seu direito da personalidade (Art. 2 I GG). Ao contrário, não pode a mulher gestante, que com o aborto mata o nascituro, valer-se da posição jurídica protegida pelo direito fundamental do Art. 4 I GG. 6. O Estado deve adotar medidas normativas e fáticas suficientes para cumprir seu dever de tutela, que levem - considerando os bens conflitantes – ao alcance de uma proteção adequada e, como tal, efetiva (proibição de insuficiência). Para tanto, é necessário um projeto de proteção que combine elementos de proteção preventiva e repressiva. [...] 10. A missão de proteger obriga o Estado, além disso, a conservar e fomentar, na consciência coletiva, a pretensão de proteção da vida em sua fase intrauterina. 11. Ao legislador não é constitucionalmente vedada, por princípio, a transição para um plano de proteção (*Schutzkonzept*) da vida intrauterina, que, no início da gestação e nos conflitos [a ela inerentes], dê ênfase ao aconselhamento à gestante para convencê-la a dar à luz um filho, desistindo, com isso, da cominação de pena determinada por indicação e da verificação dos elementos típicos da indicação praticados por um terceiro.”

MARTINS, Leonardo. **Cinquenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão**. Montevideo: Fundação Konrad Adenauer, 2005. p. 275-277.

<sup>223</sup> CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos Fundamentais e Direito Privado**.

<sup>224</sup> CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos Fundamentais e Direito Privado**.

Ressaltando-se que não só os direitos fundamentais, mas também as suas restrições podem ser objeto da atividade de conformação do legislador ordinário<sup>225</sup>.

Ainda, fundamental à compreensão e efetividade do preceito da proporcionalidade é a conexão dela e de seus subcritérios com o imperativo da segurança jurídica no ordenamento; assim, conectadas ao imperativo da segurança jurídica tem-se três principais questões acerca do preceito da proporcionalidade: a racionalidade que deve se verificar nos processos de fundamentação quando do seu uso, a vinculação às decisões anteriores em um sentido de coerência e integridade do ordenamento jurídico e da jurisprudência, e o respeito às instâncias constitucionalmente legitimadas para a tomada de cada decisão<sup>226</sup>.

Destarte, primeiro deve-se ter em mente que o critério da proporcionalidade não pode significar uma espécie de “carta em branco” ou “fórmula mágica” para que o intérprete faça do ordenamento jurídico o que quiser. Assim, a análise da proporcionalidade não é – e não deve ser – um argumento “curinga”; ela não serve para substituir a fundamentação jurídica, mas, sim, para refiná-la. Apontando com o maior grau de precisão possível o caminho lógico-jurídico que foi utilizado pelo intérprete na solução da controvérsia em questão<sup>227</sup>.

Segundo, tem-se que o fundamento de validade e legitimidade das decisões judiciais assenta-se sobre a utilização e força de convencimento dos argumentos jurídicos empregados nas suas decisões, e quanto maiores forem as oscilações das decisões judiciais maior será também a insegurança jurídica delas decorrente<sup>228</sup>; isto é, toda decisão judicial necessita estar ancorada numa boa fundamentação jurídica, respeitando a prática jurídica como um todo. Nesse sentido, um dos elementos que garantem estabilidade e segurança jurídica às decisões judiciais é o respeito a integridade e coerência do Direito. O Direito deve possuir integridade e coerência na sua formulação e, principalmente, na sua aplicação. Haverá coerência quando as normas jurídicas aplicadas a um caso, também as sejam aplicadas da mesma forma para os casos idênticos e similares. Já a integridade exige que os intérpretes

---

<sup>225</sup> ALEXY, Robert. **Teoría de los Derechos Fundamentales**.

<sup>226</sup> DUQUE, Marcelo Schenk. **Curso de Direitos Fundamentais**.

<sup>227</sup> FELDENS, Luciano. **Direitos Fundamentais e Direito Penal**.

<sup>228</sup> DUQUE, Marcelo Schenk. **Curso de Direitos Fundamentais**.

construam os seus argumentos jurídicos de acordo com o conjunto do Direito, tendo-se em conta a Constituição e as leis, a jurisprudência e a doutrina<sup>229</sup>.

Terceiro, destaca-se que o uso do critério da proporcionalidade deve respeitar às instâncias constitucionalmente legitimadas para a tomada das decisões, tendo-se em conta que é o legislador ordinário que possui a legitimidade democrática para tomar determinadas decisões em nome dos seus representados – claro, sempre dentro de uma margem de conformação balizada pelas diretrizes constitucionais. Isto é, quando o preceito da proporcionalidade é aplicado em sede judicial sem levar em conta o espaço de conformação do legislador pode representar uma violação a, pelo menos, dois princípios constitucionais: o democrático e o da separação de poderes. Nesse sentido, a aplicação da proporcionalidade pela jurisdição constitucional reclama uma atitude de deferência e autocontenção, não devendo o intérprete judicial colocar as suas próprias decisões valorativas onde houver margem de apreciação constitucionalmente balizada para os representantes da comunidade política, impedindo-se que o Direito substitua a política<sup>230</sup>.

Com efeito, uma análise criteriosa que utilize o preceito da proporcionalidade deve iniciar com a determinação do bem jurídico e de seu âmbito de proteção, expondo o que se considera dentro e fora do núcleo essencial do direito fundamental em questão, qual seria a finalidade legítima da intervenção restritiva, se há outros bens ou direitos fundamentais em colisão e, por fim, aplicando-se os subcritérios de forma escalonada e progressiva: a medida restritiva só será adequada se for capaz de obter a finalidade legítima pretendida; a medida adequada somente será necessária, quando não estiver à disposição outros meios igualmente adequados que lesem menos o bem jurídico do titular do direito fundamental e a coletividade; e a medida necessária apenas será proporcional em sentido estrito, se houver uma

---

<sup>229</sup> Conforme destaca Lenio Streck: “A coerência e integridade são, assim, os *vectores principiológicos* pelos quais *todo* o sistema jurídico deve ser lido. Em outras palavras, em qualquer decisão judicial a fundamentação – incluindo as medidas cautelares e as tutelas antecipadas – devem ser respeitados a coerência e a integridade do Direitos produzido democraticamente sob a égide da Constituição. Da decisão judicial de primeiro grau à mais alta corte do país” (grifos do original). STRECK, Lenio Luiz. **O que é Isto**: o senso incomum?. p. 33.

<sup>230</sup> DUQUE, Marcelo Schenk. **Curso de Direitos Fundamentais**.

relação de justa medida entre os meios a serem utilizados e os fins a serem alcançados<sup>231</sup>.

Assim, conferir maior rigor na aplicação do uso da proporcionalidade é um desafio que se apresenta a legisladores e juristas. Desafio esse que possui um objetivo claro: respeitando o âmbito de conformação política, reduzir ao máximo a arbitrariedade da ação estatal, reduzindo tanto quanto possível o subjetivismo e a insegurança jurídica<sup>232</sup>.

Por fim, como ressalta Virgílio Afonso da Silva, o imperativo da segurança jurídica não depende apenas do método que se utiliza para aplicar os direitos fundamentais e solucionar as suas colisões no caso concreto, mas também do acompanhamento regular e crítico da atividade jurisdicional levado a cabo pela doutrina<sup>233</sup>; ou seja, é papel precípua dos juristas acompanhar as decisões judiciais e

---

<sup>231</sup> DUQUE, Marcelo Schenk. **Curso de Direitos Fundamentais**.

<sup>232</sup> FELDENS, Luciano. **Direitos Fundamentais e Direito Penal**.

<sup>233</sup> Vale a pena transcrever aqui todo o parágrafo do autor, porque expressa de forma magistral a questão: “Na verdade, o grau possível de segurança jurídica está ligado a circunstâncias às quais os operadores do direito não costumam dar a devida atenção. Se *segurança jurídica* puder ser traduzida, entre outras coisas, como um mínimo de previsibilidade na atividade jurisdicional, a forma mais segura de alcançá-la não passa apenas pela definição de métodos que possibilitem controle intersubjetivo – nesse ponto, tanto a subsunção quanto o sopesamento possibilitam tal controle. A verdadeira previsibilidade da atividade jurisdicional se dá a partir de um acompanhamento cotidiano e crítico da própria atividade jurisdicional. *Tal acompanhamento é tarefa precípua da doutrina jurídica*. É papel dos juristas exercer um controle social da atividade jurisdicional. É somente a partir da assunção dessa tarefa, na forma de pesquisas jurisprudenciais sólidas e abrangentes e por meio de comentários a decisões importantes de tribunais como o STF, que o grau de previsibilidade poderá ser aumentado. É a partir da cobrança de consistência e coerência em suas decisões e do conhecimento da história jurisprudencial do tribunal que cada um de seus membros ficará sempre compelido a ser coerente – e por conseguinte mais previsível – em suas decisões. Segurança jurídica não é algo que decorre pura e simplesmente do método. Se, como foi visto acima, a racionalidade do discurso jurídico é, em grande medida, a possibilidade de diálogo intersubjetivo, a segurança jurídica também é decorrência desse diálogo. Mas para existir diálogo é necessário um discurso bidirecional. Não apenas a comunidade jurídica *recebe* as decisões do STF (ou de outros tribunais), como também tem o dever de reagir a elas e cobrar coerência e consistência quando entender que os tribunais não estejam decidindo de acordo com seus precedentes. Insegurança jurídica está intimamente ligada à ideia de decisão *ad hoc*, algo que só é possível quando não há controle, *independentemente do método de interpretação e aplicação do direito e da teoria que subjaz a esse método*” (grifos do original). SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais**. p.149-150.

exercer um controle social da atividade jurisdicional, aquilo que Lenio Streck denomina de constrangimento epistemológico<sup>234</sup>.

Após a análise das bases do constitucionalismo contemporâneo em duas das suas três principais bases – o Estado de Direito e os direitos humanos e fundamentais –, passa-se para a análise do princípio democrático, da cidadania e dos direitos políticos propriamente ditos.

### 1.3 CIDADANIA, PRINCÍPIO DEMOCRÁTICO E DIREITOS POLÍTICOS

Dizer que os direitos políticos são direitos humanos e fundamentais é dizer que eles também dispõem de um regime jurídico diferenciado como o que se reconhece a esses direitos de mais elevada fundamentalidade nos Estados constitucionais contemporâneos. Significa dizer que aos direitos políticos se aplicam todas as características e restrições que os demais direitos humanos e fundamentais apresentam<sup>235</sup>.

Para se desenvolver esse raciocínio, portanto, talvez mereça espaço, aqui, alguma prévia e breve menção à noção de cidadania – que também está prevista no artigo 1º da Constituição Federal<sup>236</sup>, ao lado da soberania popular e da dignidade da pessoa humana, formando os fundamentos da configuração concreta do Estado democrático de Direito realizada no Brasil –, que não se confunde com o conceito jurídico de nacionalidade ou de povo, como a comunidade ou conjunto dos cidadãos, mas que com eles guarda íntima relação e implicação<sup>237</sup>.

<sup>234</sup> Para Lenio Streck, o constrangimento epistemológico ou epistêmico deve ser usado como uma forma de controle das decisões judiciais, tendo relação direta com a fundamentação judicial e a compatibilidade das decisões com o restante do Direito: a Constituição, as leis, a jurisprudência e a doutrina. Assim, “elaborar constrangimentos epistemológicos equivale a realizar ‘censuras significativas’, no sentido de se poder distinguir, através da construção de uma crítica fundamentada, boas e más decisões (ou melhor: decisões constitucionalmente corretas das incorretas)”. STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise**. p. 42.

<sup>235</sup> Como visto no subcapítulo anterior deste trabalho (1.2 Regime Jurídico dos Direitos Humanos e Fundamentais).

<sup>236</sup> **Art. 1º da CF/88:** “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: **I** - a soberania; **II** - a cidadania; **III** - a dignidade da pessoa humana; **IV** - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; **V** - o pluralismo político. **Parágrafo único.** Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”. BRASIL. [Constituição (1988)].

<sup>237</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**.

Como destaca Walber de Moura Agra, o termo cidadania é derivado do latim *civis*, *civitatis* e *activa civitatis* e designa os laços que unem o cidadão a uma comunidade política, atribuindo-lhe a faculdade de influir nas decisões políticas e submetendo-o ao que fora decidido por esta comunidade. Deste modo, ser cidadão representa uma qualidade auferida pelos indivíduos por serem considerados como membros de uma comunidade política, tornando-os autores e destinatários do ordenamento jurídico pela comunidade delineado<sup>238</sup>.

Fustel de Coulanges, por sua vez, ressalta que nas cidades antigas da Grécia e de Roma, era reconhecido como cidadão aquele que participava do culto da cidade, provindo dessa participação todos os direitos civis e políticos; de forma que a pessoas que não tivesse comparecido ou participado da prece comum e do sacrifício, não era mais considerado como cidadão até a cerimônia religiosa seguinte, ou seja, renunciando-se ao culto, renunciava-se também aos direitos civis e políticos<sup>239</sup>.

Nota-se então que, na Antiguidade Clássica, ser cidadão significava possuir a religião da cidade e era essa religião que estabelecia uma distinção profunda e indelével entre o cidadão – da *pólis* grega ou da *civitas* romana – e o estrangeiro<sup>240</sup>. Portanto, na Antiguidade Clássica a ideia de cidadão era compreendida como o habitante da cidade que com ela comungava de uma religião comum, pois cada *pólis* grega podia ser considerada como uma Igreja, uma religião autônoma<sup>241</sup>.

Com efeito, o direito romano, que perdurou por cerca de treze séculos, apenas atribuiu a cidadania a todos homens livres habitantes do Império Romano muito próximo do final do período clássico com o advento da *Constitutio Antoniniana de Civitatis*, também conhecido como Édito de Caracala, editado em 212 d.C., fixando a ideia de que todo homem livre habitante do território de uma determinada comunidade

---

<sup>238</sup> AGRA, Walber de Moura. Art. 1º, II – a cidadania. In: CANOTILHO, Joaquim José Gomes et al (org.). **Comentários à Constituição do Brasil**.

<sup>239</sup> COULANGES, Fustel de. **A Cidade Antiga**.

<sup>240</sup> COULANGES, Fustel de. **A Cidade Antiga**.

<sup>241</sup> Como muito bem ressalta Azambuja: “Na vida da cidade grega, cuja tendência para a tirania foi permanente, a economia, o direito, a moral e a política misturam-se e confundem-se muitas vezes. Além disso, os gregos não diferenciavam nunca a sociedade política da religiosa. Cada Estado grego é uma Igreja, é uma religião; pátria comum quer dizer religião comum; o culto religioso e o direito são funções do Estado e submetem todos os cidadãos. Os gregos, pois, não conheceram a verdadeira liberdade política, justamente porque o Estado os absorvia integralmente”. AZAMBUJA, Darcy. **Teoria Geral do Estado**. p. 165.

política estaria incluído na categoria de cidadão, independentemente de sua nacionalidade<sup>242</sup>.

De forma não muito diferente, com o Renascimento e a formação dos primeiros Estados modernos, o cidadão passou a ser identificado como aquele indivíduo ao qual se atribui direitos políticos, o direito de participar ativamente da vida política do Estado onde vive<sup>243</sup>. De lá para cá, o termo cidadania não só qualifica os participantes da vida política do Estado reconhecendo-os como indivíduos integrados nessa comunidade, mas também que o funcionamento do Estado fica submetido ao consentimento desses cidadãos<sup>244</sup>.

Atualmente no Brasil, o termo cidadania encontra conexões não só com o conceito de nacionalidade (art. 12)<sup>245</sup>, mas também de soberania popular (parágrafo único do art. 1º), de direitos políticos (art. 14)<sup>246</sup>, de dignidade da pessoa humana (art. 1º, III)<sup>247</sup>. Ademais, a Constituição Federal de 1988 também elenca o exercício da cidadania como um dos objetivos da educação (art. 205)<sup>248</sup>, tratando-a como fundamento e objetivo essencial do regime democrático<sup>249</sup>. No mesmo sentido é a lição de Ingo Sarlet, que expõe um conceito alargado de cidadania:

A cidadania, compreendida não estritamente como o *status* de cidadão, portanto, de ter reconhecido e assegurado um vínculo jurídico

<sup>242</sup> Neste ponto, ressalta Ruth Gauer: “a ideia de cidadania tende a libertar-se do peso exclusivo do *jus solis* e do *jus sanguinis*, para enfatizar, também, a ideia de pertencimento, por adesão e participação, à nação cívica, porque pautada pela lei e pelo direito”. GAUER, Ruth Maria Chittó.

**Constituição e Cidadania**. p. 23.

<sup>243</sup> MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Direitos Humanos & Cidadania**.

<sup>244</sup> Nas palavras de Pérez Luño: “La ciudadanía es el concepto jurídico que vincula, de forma estrecha e inmediata, al individuo con la comunidad política. Constituye el nexo básico de pertenencia y participación en una comunidad política”. PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Ciudadanía y Definiciones**. p. 206.

<sup>245</sup> **Art. 12 da CF/88**: São brasileiros: I - natos: [...] II - naturalizados: [...]. BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

<sup>246</sup> Como se vê no art. 14 da CF/88: “A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante: I - plebiscito; II - referendo; III - iniciativa popular. [...]”. BRASIL. [Constituição (1988)].

<sup>247</sup> Conforme o art. 1º da CF/88: “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: [...] **III - a dignidade da pessoa humana**; [...] **Parágrafo único**. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”. BRASIL. [Constituição (1988)].

<sup>248</sup> Segundo o art. 205 da CF/88: “A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu **preparo para o exercício da cidadania** e sua qualificação para o trabalho”. BRASIL. [Constituição (1988)].

<sup>249</sup> SILVA, José Afonso da, **Curso de Direito Constitucional Positivo**.

com determinada ordem estatal e de fruir de direitos em relação à mesma, inclusive e especialmente de direitos políticos, mas compreendida como fundamento e princípio, indica *que o Estado democrático é fundado e mesmo pressupõe a noção de cidadania*, o que não significa que a cidadania, numa perspectiva atual e mais ampla, possa ser confundida com a noção de democracia, especialmente se esta for tomada em sentido apenas formal, mas aponta para uma *concepção de cidadania ativa e responsável, em sintonia com a dignidade da pessoa humana e de democracia material* e cada vez menos restrita ao ambiente fechado do território nacional, de modo a se transformar numa espécie de cidadania aberta, inclusiva e tendencialmente global<sup>250</sup>.

Cada vez mais, são considerados como cidadãos todos aqueles que habitam no âmbito de convivência da comunidade política, da qual dispõem de determinados direitos e deveres. É nesse cenário que a concepção de nacionalidade tem pontos de contato com a ideia de cidadania, havendo muitos países nos quais se prevê a nacionalidade como requisito do exercício dos direitos políticos, como é o caso de Brasil<sup>251</sup>, Portugal<sup>252</sup>, Espanha<sup>253</sup> e Alemanha<sup>254</sup>, dentre outros. Por outro lado, não se pode perder de vista que também tem ganhado força a ideia de cidadania para além

<sup>250</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. p. 267.

<sup>251</sup> Isso se constata diretamente da Constituição Federal Brasileira (CF/88), no art. 14, parágrafos 2º e 3º: “Art. 14. A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante: [...] § 2º Não podem alistar-se como eleitores os estrangeiros e, durante o período do serviço militar obrigatório, os conscritos. § 3º São condições de elegibilidade, na forma da lei: I - a nacionalidade brasileira; [...]”. BRASIL. [Constituição (1988)].

<sup>252</sup> Na Constituição portuguesa, isso se depreende dos seguintes artigos combinados: Art. 10: “1. **O povo exerce o poder político através do sufrágio universal**, igual, direto, secreto e periódico, do referendo e das demais formas previstas na Constituição. [...]”; Art. 15, 2: “1. Os estrangeiros e os apátridas que se encontrem ou residam em Portugal gozam dos direitos e estão sujeitos aos deveres do cidadão português. 2. **Excetuam-se do disposto no número anterior os direitos políticos**, o exercício das funções públicas que não tenham carácter predominantemente técnico e os direitos e deveres reservados pela Constituição e pela lei exclusivamente aos cidadãos portugueses. [...] 4. A lei pode atribuir a estrangeiros residentes no território nacional, em condições de reciprocidade, capacidade eleitoral ativa e passiva para a eleição dos titulares de órgãos de autarquias locais”. PORTUGAL. [Constituição (1976)].

<sup>253</sup> Na Constituição espanhola, isso se verifica nos seguintes artigos combinados: Art. 13, 2: “**Solamente los españoles serán titulares de los derechos reconocidos en el artículo 23**, salvo lo que, atendiendo a criterios de reciprocidad, pueda establecerse por tratado o ley para el derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones municipales. [...]”; Art. 23: “1. Los ciudadanos tienen el derecho a participar en los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes, libremente elegidos en elecciones periódicas por **sufragio universal**. 2. Asimismo, tienen derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, con los requisitos que señalen las leyes”. ESPAÑA (ESPANHA). [Constituição (1978)].

<sup>254</sup> Conforme destaca Friedrich Müller, isso se depreende indiretamente da Lei Fundamental Alemã (GG) nos art. 38, parágrafo 2, combinado com o art. 28, parágrafo 1, frase 2. MÜLLER, Friedrich. **Quem é o Povo?**.

da nacionalidade, como se verifica atualmente no âmbito da União Europeia<sup>255</sup>, na qual se introduziu o direito de votar e ser votado nas eleições municipais para todos os cidadãos europeus em qualquer país da UE onde residam, ainda que de nacionalidade diversa do seu local de residência<sup>256</sup>.

Como ressalta Friedrich Müller, os estrangeiros que vivem permanentemente em um determinado país, também trabalham e pagam tributos naquele país, sendo atingidos, como todos os nacionais, pelas mesmas prescrições postas pelos poderes constituídos daquele país. Nesse sentido, se a ideia fundamental da democracia é a de autogoverno e de autodeterminação política, a exclusão dos estrangeiros residentes da concepção de cidadania restringe a amplitude e coerência da justificação e do processo democrático; isto é, para o autor não há nenhuma razão democrática para retirar os estrangeiros residentes de um conceito mais abrangente de povo politicamente ativo ou de cidadania, uma vez que estes seguem sendo atingidos permanentemente pelas normas daquele país<sup>257</sup>.

Dessa forma, a preocupação maior passa a ser a de entender a cidadania não como uma mera abstração jurídica, mas como um meio concreto de realização da

---

<sup>255</sup> Como destaca Parmeggiani, a instituição da cidadania na União Europeia (UE) representa um movimento no sentido de ir além das políticas mercantis do bloco, caminhando para a construção de um verdadeiro espaço político e social comum europeu. Nesse sentido, desde a entrada em vigor do Tratado de Maastricht, os nacionais dos estados-membros da UE passaram a deter duas cidadanias, ainda que fossem nacionais de apenas um país membro, ressaltando as diferenças entre conceitos de cidadania e nacionalidade. PARMEGGIANI, Tatiana Bruhn. **Cidadania da União Europeia no Processo de Europeização**.

<sup>256</sup> É o que se verifica em diversos documentos da União Europeia, desde a Diretiva 94/80/CE de 1994. Art. 1º, item 1, da Diretiva 94/80/CE: “A presente directiva estabelece as regras de exercício do direito de voto e de elegibilidade nas eleições autárquicas dos cidadãos da União residentes num Estado-membro de que não tenham a nacionalidade”; art. 2º, item 1: “Para os efeitos da presente directiva, entende-se por: a) «Autarquia local», as unidades administrativas que constam do anexo e que, nos termos da legislação de cada Estado-membro, têm órgãos eleitos por sufrágio universal directo e dispõem de competência para administrar, ao nível de base da organização política e administrativa e sob responsabilidade própria, determinados assuntos locais; b) «Eleições autárquicas», as eleições por sufrágio universal directo destinadas a designar os membros da assembleia representativa e, eventualmente, nos termos da legislação de cada Estado-membro, o presidente e os membros do executivo de uma autarquia local; [...]”. Lembrando que no direito administrativo português as autarquias locais seriam os correspondentes, *grosso modo*, aos municípios brasileiros. UNIÃO EUROPEIA (UE). **Directiva 94/80/CE do Conselho, de 19 de dezembro de 1994**.

<sup>257</sup> É interessante de se destacar aqui a nota do tradutor que faz referência aos termos utilizados na língua alemã para estrangeiro (*Ausländer*) e nacional (*Inländer*). O termo em alemão “*Ausländer*” significa literalmente aquele que é de fora do país, e seu antônimo é “*Inländer*”, que significa literalmente aquele que é de dentro do país; ou seja, até que ponto o estrangeiro residente em um determinado país já não pode ser considerado como um “*Inländer*” de fato. MÜLLER, Friedrich. **Quem é o Povo?**. p. 52.

soberania popular e do princípio democrático, no sentido de possibilitar a todos aqueles que estão sujeitos a determinado poder político a possibilidade de influenciar no funcionamento deste poder. Assim, o exercício da cidadania passa a não mais se limitar à mera atividade eleitoral ou ao apenas a votação regular nas urnas, para compreender uma gama muito mais abrangente de direitos e deveres para com toda a comunidade política<sup>258</sup>. Isto posto, destaca Flávia Piovesan que:

O conceito de cidadania se vê, assim, alargado e ampliado, na medida em que passa a incluir não apenas direitos previstos no plano nacional, mas também direitos internacionalmente enunciados. A sistemática internacional de *accountability* vem ainda integrar este conceito renovado de cidadania, tendo em vista que, ao lado das garantias nacionais, são adicionadas garantias de natureza internacional. Consequentemente, o desconhecimento dos direitos e garantias internacionais importa no desconhecimento de parte substancial dos direitos da cidadania, por significar a privação do exercício de direitos acionáveis e defensáveis na arena internacional<sup>259</sup>.

Por tudo isso, nota-se que a noção ampliada de cidadania vem incorporando, cada vez mais, não só a ideia de vínculo político-jurídico que a assemelha ao conceito de nacionalidade, mas também a conhecida concepção de Hannah Arendt de que a cidadania é a condição de um direito a ter direitos que não se restringem apenas aos direitos políticos propriamente ditos, mas que por estes é composta<sup>260</sup>.

De mais a mais, pode-se dizer que a cidadania é de vital importância para o princípio democrático. Tanto é assim que Robert Dahl aduz que a cidadania inclusiva é uma das seis instituições políticas<sup>261</sup> necessárias das democracias representativas contemporâneas – as quais ele também denomina de poliarquia<sup>262</sup>:

---

<sup>258</sup> MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Direitos Humanos & Cidadania**.

<sup>259</sup> PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos Humanos**. p. 98-99.

<sup>260</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**.

<sup>261</sup> Robert Dahl destaca que uma democracia representativa contemporânea exige pelo menos seis instituições políticas fundamentais: 1) dirigentes eleitos; 2) eleições livres, justas e frequentes; 3) liberdade de expressão; 4) Fontes de informação diversificadas; 5) autonomia de associação; e 6) cidadania inclusiva. DAHL, Robert Alan. **Sobre a Democracia**.

<sup>262</sup> Poliarquia é o conceito utilizado Robert Dahl para designar o governo de muitos, como sinônimo das democracias representativas contemporâneas, como se vê neste trecho: “Embora a expressão seja usada raramente, em 1953 um colega e eu a introduzimos, por ser uma boa maneira para usar como referência a uma democracia representativa moderna. Mais precisamente, uma democracia poliárquica é um sistema político dotado das seis instituições democráticas listadas anteriormente. Portanto, a democracia poliárquica é diferente da democracia representativa com o sufrágio restrito – como a do século XIX”. DAHL, Robert Alan. **Sobre a Democracia**. p. 104.

O corpo dos cidadãos num Estado democraticamente governado deve incluir todas as pessoas sujeitas às leis desse Estado, com exceção das que estiverem de passagem e as comprovadamente incapazes de cuidar de si mesmas<sup>263</sup>.

À vista disso, a conclusão de Dahl sobre o assunto é irretocável, expondo que todos os adultos sujeitos à legislação de determinado Estado democrático, que não estejam de passagem ou sejam comprovadamente incapazes, devem ser considerados suficientemente bem-preparados para participar do processo democrático de autogoverno da comunidade política a qual fazem parte<sup>264</sup>. Dalmo Dallari vai no mesmo sentido ao aduzir que a exclusão de indivíduos física ou mentalmente inaptos não vicia um sistema político democrático, mas as exclusões devem ser raras e reduzidas ao mínimo possível<sup>265</sup>.

Nesse sentido, é interessante de se notar como Kelsen ressalta a importância das liberdades individuais (de opinião, intelectual, de imprensa, religiosa etc.) e do processo dialético de debate público, para a proteção e a livre formação de consensos na comunidade política. Ou seja, o governo democrático deve ser tolerante por excelência, trazendo as divergências para dentro do sistema, de modo a serem resolvidas na discussão política na busca de um consenso<sup>266</sup>, sem, contudo, ocasionar a exclusão de indivíduos e opiniões minoritárias ou diferentes. O que diferencia a democracia de um governo autocrático, onde nenhuma oposição é tolerada, sendo excluída sumariamente do debate público, portanto, sem liberdades fundamentais<sup>267</sup>.

Com efeito, em uma democracia, é imperioso que se reconheça certos limites a própria aplicação da regra da maioria, conforme destaca Bobbio, há limites materiais

---

<sup>263</sup> DAHL, Robert Alan. **Sobre a Democracia**. p. 94.

<sup>264</sup> DAHL, Robert Alan. **Sobre a Democracia**.

<sup>265</sup> Nas Palavras de Dalmo: “Evidentemente, a exclusão dos indivíduos física ou mentalmente inaptos não vicia o sistema, porque esses indivíduos não estão na plenitude do uso da inteligência e da vontade. Mas as exclusões devem ser reduzidas ao mínimo possível e devem ser consequência de decisões inequívocas do próprio povo”. DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. p. 258.

<sup>266</sup> STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência Política e Teoria do Estado**.

<sup>267</sup> Nas palavras de Kelsen, “A democracia moderna, não pode estar desvinculada do liberalismo político. [...] É através do respeito a esses direitos [liberdades humanas fundamentais] que as minorias são protegidas contra o domínio arbitrário das maiorias. Tendo em vista que a permanente tensão entre maioria e minoria, governo e oposição, resulta no processo dialético tão característico da formação democrática da vontade do Estado, pode-se afirmar com razão: democracia é discussão”. KELSEN, Hans. **A Democracia**. p. 183.

aos quais a regra da maioria geralmente não se aplica. Normalmente essas matérias são ditas como invioláveis, imutáveis, indisponíveis ou, até mesmo, cláusulas pétreas. Ressalta-se que é justamente por não poderem ser atacadas pelas decisões da maioria, que tais direitos costumam ser chamados de direitos “contra a maioria” ou contramajoritários, sendo que em algumas Constituições esses direitos são garantidos também juridicamente<sup>268</sup>, mediante mecanismos específicos de controle e amparo por meio da jurisdição constitucional<sup>269</sup>. De forma que, nos Estados de Direito contemporâneos, atribui-se aos direitos humanos e fundamentais também essa função de verdadeiros direitos contramajoritários protegendo os indivíduos até mesmo dos consensos das maiorias.

Assim, o princípio democrático não se traduziria apenas em um conjunto de princípios e regras de cunho organizatório ou procedimental – em especial de cunho eleitoral e partidário –, guardando, também, íntima relação com a dignidade da pessoa humana e com os direitos fundamentais em sua dimensão material, com especial destaque para os direitos políticos e as liberdades de expressão, reunião e manifestação. Consequentemente, o princípio democrático traz a significação de “poder do povo, pelo povo e para o povo”<sup>270</sup>, bem como uma condensação de várias

---

<sup>268</sup> BOBBIO, Norberto. **Teoria geral da Política.**

<sup>269</sup> Conforme destaca Häberle, a instituição de mecanismos de controle judicial de constitucionalidade corresponde a um nível específico de transformação no modelo de Estado Constitucional como cultura jurídica. Assim, o Tribunal Constitucional Federal Alemão (*BVerfG*) converteu-se em um “tribunal de cidadãos” por excelência, sobretudo por intermédio do recurso de amparo (*Verfassungsbeschwerde*), e exerce uma clara função política no conjunto do sistema de divisão de poderes, com seus freios e contrapesos, que integra a autocompreensão da República Federal alemã. HÄBERLE, Peter. O Recurso de Amparo no Sistema Germânico de Justiça Constitucional.

<sup>270</sup> Gomes Canotilho e Vital Moreira não mencionam a fonte desta passagem, mas ela é uma clara alusão ao discurso de Abraham Lincoln perto de Gettysburg, Pennsylvania, proferido em 19 de novembro de 1863, que ficou conhecido como *Gettysburg Address*. Há diversas versões desse discurso, fica-se aqui com a versão transcrita no Memorial de Lincoln em Washington-DC, que é a seguinte: “*Fourscore and seven years ago our fathers brought forth on this continent a new nation, conceived in liberty and dedicated to the proposition that all men are created equal. Now we are engaged in a great civil war, testing whether that nation or any nation so conceived and so dedicated can long endure. We are met on a great battlefield of that war. We have come to dedicate a portion of that field as a final resting-place for those who here gave their lives that that nation might live. It is altogether fitting and proper that we should do this. But in a larger sense, we cannot dedicate, we cannot consecrate, we cannot hallow this ground. The brave men, living and dead who struggled here have consecrated it far above our poor power to add or detract. The world will little note nor*

dimensões concretizadoras do fundamento e legitimação do poder político, tais como, a noção de soberania popular, de sistema eleitoral<sup>271</sup>, de pluripartidarismo, de representatividade, de participação política, dentre outros<sup>272</sup>.

Desse modo, ressalta-se que no “governo do povo” e “pelo povo” está implícita a necessidade de participação dos cidadãos no governo da comunidade política a qual pertencem. Já no “governo para o povo” denota-se que o governo deve se empenhar na busca do bem comum, respeitando e promovendo os direitos fundamentais dos membros dessa comunidade. Ou seja, se o “governo do povo” e “pelo povo” é o que se processa com o exercício dos direitos políticos, “o governo para o povo” é o que procura maximizar os direitos com fundamento último na dignidade da pessoa humana<sup>273</sup>.

Há que se ter em mente, como lembra Dahl, que o termo democracia nos remete tanto a um ideal quanto a uma realidade concreta, de forma que muito provavelmente ninguém deva acreditar que realmente se possa chegar a um sistema perfeitamente democrático, uma vez que a realidade histórica sempre impõe determinados limites a concretização perfeita da democrático. Por outro lado, esse ideal regulativo da democracia não deixa de ter valor, pois nos oferece critérios e padrões que nos possibilitam julgar as democracias existentes e nos orientam para a sua otimização em conformidade com o ideal estabelecido<sup>274</sup>.

---

*long remember what we say here, but it can never forget what they did here. It is for us the living rather to be dedicated here to the unfinished work which they who fought here have thus far so nobly advanced. It is rather for us to be here dedicated to the great task remaining before us—that from these honoured dead we take increased devotion to that cause for which they gave the last full measure of devotion—that we here highly resolve that these dead shall not have died in vain, **that this nation under God shall have a new birth of freedom, and that government of the people, by the people, for the people shall not perish from the earth**”. The Library of Congress (USA). **Gettysburg Address**.*

<sup>271</sup> Conforme destaca Jairo Nicolau, “O sistema eleitoral é o conjunto de normas que define como o eleitor poderá fazer suas escolhas e como os votos serão contabilizados para ser transformados em mandato. O sistema eleitoral não esgota as normas que regulam as leis eleitorais de uma democracia. Existe uma série de outros aspectos importantes em uma eleição: quais são os eleitores aptos a votar; se o voto é obrigatório ou facultativo; os critérios para apresentação de candidatos; as normas de acesso aos meios de comunicação; os mecanismo de controle dos gastos de campanha e acesso ao fundo partidário; as normas para divulgação de pesquisas; as regras da propaganda eleitoral”. NICOLAU, Jairo Marconi. **Sistemas Eleitorais**. p. 11.

<sup>272</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital; PORTUGAL, **Constituição da República Portuguesa Anotada**.

<sup>273</sup> SOUZA JÚNIOR, Cezar Saldanha. **A Crise da Democracia no Brasil**.

<sup>274</sup> DAHL, Robert Alan. **Sobre a Democracia**.

Assim, pode-se afirmar que o conceito constitucional de democracia vai além de um simples conceito formal, reduzindo-se apenas a um conjunto de regras de escolha de dirigentes políticos, configurando-se em um conceito material bastante amplo, seja no sentido de exigir a participação popular no próprio exercício do poder, seja no sentido de não ser alheio aos objetivos e fins do exercício de poder político, que não pode perder de vista jamais a busca pelo bem comum<sup>275</sup>.

Conforme Barzotto, o governo conduzido pelo povo só seria possível por meio de uma conformação jurídica do poder político. Logo, o regime democrático exigiria o direito para se materializar de forma adequada; ou seja, uma democracia de larga escala só funciona mediante um Estado organizado juridicamente, um Estado de Direito<sup>276</sup>.

Assim sendo, a Constituição Federal de 1988 incorpora e consagra esta visão do princípio democrático em seu texto, ao estabelecer o a dignidade da pessoa humana e o bem comum como finalidades últimas da sociedade brasileira. Logo, a ordem democrática prevista na Constituição brasileira não pode ser pensada apenas numa noção clássica (liberal-individualista) de democracia, tampouco num sentido apenas formal, mas deve guardar nítida sintonia com uma concepção dinâmica de democracia – característica de uma sociedade aberta, ativa e inclusiva –, que busca assegurar aos cidadãos um desenvolvimento integral das suas personalidades individuais dentro da construção de uma sociedade livre, justa e solidária<sup>277</sup>.

De tal sorte que o Estado democrático de Direito institucionaliza um modelo de democracia deliberativa, que manifesta a estrutura jurídico-política de uma comunidade pessoas humanas que deliberam sobre o conteúdo da vida boa e do bem comum. Então, esse modelo de democracia deliberativa possui uma racionalidade de caráter material, o qual confere um aspecto racional ao princípio democrático,

<sup>275</sup> CANOTILHO, Joaquim José Gomes; Moreira, Vital. **Constituição da República Portuguesa Anotada**.

<sup>276</sup> Nas palavras do autor: “A democracia deliberativa implica uma determinada concepção de direito. O direito deve estar ligado à razão prática. O direito é [deve-ser] algo racional, inteligível, na medida em que está ligado à noção de justiça. A justiça é o sentido (racional) do direito: ‘Não se pode negar que, no correr dos séculos, racionalidade e irracionalidade conjugam-se com as ideias de justiça e injustiça’”. BARZOTTO, Luis Fernando. **A Democracia na Constituição**. p. 182.

<sup>277</sup> Aliás, como o previsto no inciso I do art. 3º da Constituição Federal: “Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I – construir uma sociedade livre, justa e solidária”. SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**.

excluindo tanto o voluntarismo coletivo típico de uma democracia plebiscitária quanto o voluntarismo individualista peculiar de uma democracia puramente procedimental<sup>278</sup>, como se vê neste trecho:

A democracia constitucional brasileira é, assim, uma democracia deliberativa na medida em que somente um regime baseado na deliberação, na razão prática, está em conformidade com a concepção do povo como comunidade de pessoas humanas. A pessoa humana, por sua dignidade de ser racional, deve participar nas decisões que afetem sua vida, ela exige justificativas racionais para todo ato de poder no interior da comunidade e se recusa a obedecer a leis, comandos e ordens que não podem se justificar argumentativamente. Por fim, não deve ser esquecida a lição de Aristóteles: a razão político-política é essencialmente dialógica. A exigência de um “império da razão” no âmbito público, que esteja em conformidade com a dignidade da pessoa humana, exige a existência de um âmbito de discussão e deliberação<sup>279</sup>.

Nesse sentido, é somente pela discussão e deliberação política que o cidadão aprende que causas remotas e eventos distantes geram efeitos mesmo em seus interesses pessoais. Isto é, apenas com a discussão política frequente e com a participação política coletiva que as pessoas, cujas atividades diárias concentram seus interesses num pequeno círculo de afazeres em torno de si mesmas, aprendem e se tornam conscientemente membros de uma comunidade política<sup>280</sup>.

Ademais, como ressalta Mill, as discussões políticas da comunidade costumam passar ao largo dos que não têm direito ao voto. De forma que quem não tem direito ao voto sentirá que os assuntos gerais da comunidade não lhe dizem respeito, cabendo sempre aos outros a condução de tais assuntos. Quem não tem direito ao voto, muito provavelmente, assumirá a posição de que não passa de mero observador dos assuntos políticos da comunidade em que vive, no sentido de que dificilmente criará uma identidade política com as leis produzidas pela comunidade, tornando-se apenas um sujeito passivo delas<sup>281</sup>.

Passando-se, então, ao tema dos direitos políticos propriamente ditos, destaca-se que nos regimes democráticos foram se desenvolvendo, ao longo do tempo, técnicas para efetivar a representatividade dos integrantes do povo em seu

---

<sup>278</sup> BARZOTTO, Luis Fernando. **A Democracia na Constituição**.

<sup>279</sup> BARZOTTO, Luis Fernando. **A Democracia na Constituição**. p. 181.

<sup>280</sup> MILL, John Stuart. **Considerações sobre o Governo Representativo**.

<sup>281</sup> MILL, John Stuart. **Considerações sobre o Governo Representativo**.

governo. De início, essas técnicas de escolha dos representantes se aplicavam de forma empírica e com o passar do tempo passaram a se tornar regras jurídicas positivadas, as quais foram posteriormente denominadas de direitos políticos<sup>282</sup>.

Nesse sentido, os direitos políticos são considerados de fundamental importância no âmbito de um Estado democrático de direito, pois funcionam como verdadeira pedra angular desse modelo, assumindo uma dupla função ou projeção: como direitos fundamentais e como peças centrais de legitimação do regime democrático<sup>283</sup>. Como ressalta Sarlet, há uma clara relação de reciprocidade e interdependência, caracterizada por uma permanente implicação e tensão entre os direitos políticos e o princípio democrático<sup>284</sup>. Logo, num regime de democracia constitucional os direitos políticos se revestem como um instrumento jurídico utilizado para perfectibilizar esse regime, de forma a materializar a soberania popular, bem como todos os direitos humanos e fundamentais de forma mais ampla<sup>285</sup>.

Dito isso de outro modo, o princípio democrático não só assegura que o maior número possível de pessoas possa viver em consonância com os seus juízos sobre o bem comum, mas também reconhece e protege os direitos humanos e fundamentais da minoria, tendo-se em vista que numa avaliação futura a divergência talvez se prove mais convincente e se torne a nova posição majoritária, tomada em conformidade com as regras do jogo (*ordnungsgemäß*)<sup>286</sup>. Portanto, o princípio democrático se revela não só como um método de eleição de governantes pela maioria dos cidadãos daquela comunidade política, mas também como princípio normativo estruturante da sociedade<sup>287</sup>; nessa condição, esse princípio se apresenta não só com um conteúdo material, mas também com um conteúdo organizatória e procedimental, que se

<sup>282</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**.

<sup>283</sup>ALMAGRO CASTRO, David; SARLET, Ingo Wolfgang. Los Derechos Políticos en España y Brasil.

<sup>284</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**.

<sup>285</sup> Como ressalta Hesse nesse trecho sobre a Constituição alemã: “Se a ordem democrática da Lei Fundamental consiste na participação livre e igual na formação da vontade política direta por eleições e na ‘formação preliminar da vontade política’, na legitimação livre dos politicamente condutores, na oportunidade igual da minoria de converter-se em maioria um dia, e na garantia de um processo político livre e aberto, então esse conteúdo resulta, em grande medida, das normalizações dos direitos fundamentais”. HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**. p. 241.

<sup>286</sup> VOßKUHLE, Andreas. **Defesa do Estado Constitucional Democrático em Tempos de Populismo**.

<sup>287</sup> ALMAGRO CASTRO, David; SARLET, Ingo Wolfgang. Los derechos políticos en España y Brasil.

combinam e se complementam, retroalimentando uma legitimidade procedimental e material da ordem jurídico-política estatal<sup>288</sup>.

Então, nota-se que os direitos políticos guardam estreita relação com as formas de participação na formação da vontade política geral do Estado e com o processo de tomada de decisões pela respectiva comunidade política, configurando o que Georg Jellinek designou de *status activus* do indivíduo ou da cidadania<sup>289</sup>. Nessa perspectiva, bem destaca Sarlet:

É mediante a fruição de direitos de participação política (ativa e passiva) que o indivíduo não será reduzido à condição de mero objeto da vontade estatal (mero súdito), mas terá assegurada a sua condição de sujeito do processo de decisão sobre a sua própria vida e a da comunidade que integra<sup>290</sup>.

Por conseguinte, torna-se importante destacar aqui que, como direitos fundamentais, os direitos políticos também geram para o Estado um dever de proteção (*Schutzpflicht*) dos mecanismos de participação política, pois implicam um dever ou um direito à organização e ao procedimento (*Recht auf Organisation und auf Verfahren*) para a sua fruição. Nesse sentido, os direitos políticos determinam aos poderes públicos uma atuação tanto numa esfera normativa – impondo deveres de legislar sobre matéria eleitoral (*normative Handlungen*) – quanto fática (*faktische positive Handlungen*), para que haja uma adequada fruição desses direitos por parte dos cidadãos<sup>291</sup>.

Ademais, os direitos políticos geram um dever de não intervenção ilegítima na esfera de proteção dos direitos políticos dos indivíduos, resguardando o núcleo

<sup>288</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**.

<sup>289</sup> Como destaca Häberle, ao se reconstruir a *teoria dos status (Status-Lehre)* de Georg Jellinek, vindo-se do absolutismo tardio para o Estado Constitucional, o ponto de partida deve ser o *status activus* como um *status* básico de participação na comunidade política (*aktiver Zivität*), fundamentada na dignidade da pessoa humana e nos direitos fundamentais (art. 1º, GG), apoiado e complementado pelos *status negativus*, *status positivus* e *passivus*. O *status negativus* caracteriza-se pelo efeito protetor de uma posição jusfundamental. Já o *status positivus* também ganha importância no Estado Constitucional, tendo em vista que ele traz pretensões prestacionais jusfundamentais exigíveis do Estado. Por fim, o *status passivus* é aquele que aponta para a sujeição do indivíduo ao Estado e ao Direito, delimitando a sua esfera de obrigações para com a comunidade política. HÄBERLE, Peter. **Direitos Fundamentais no Estado Prestacional**.

<sup>290</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. p. 688.

<sup>291</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. Os Direitos Fundamentais e Seus Múltiplos Significados na Ordem Constitucional.

essencial desses direitos de uma intervenção excessiva (*Übermaßverbot*) em observância aos critérios da proporcionalidade de forma que não haja, por outro lado, uma insuficiência de proteção (*Untermaßverbot*)<sup>292</sup>.

Com efeito, nota-se que o núcleo essencial dos direitos políticos se consubstancia no direito de votar e ser votado, ainda que não se reduza apenas a isso. Assim, pode-se falar em direitos políticos ativos (sufrágio ativo) e direitos políticos passivos (sufrágio passivo), sem que isso, contudo, constitua uma divisão estanque entre eles; sendo apenas modalidades distintas de seu exercício, ligados à capacidade eleitoral ativa – em especial o direito ao sufrágio e ao voto – e à capacidade eleitoral passiva – que se assente nas condições de elegibilidade e nas causas de inelegibilidades<sup>293</sup>.

Em adição, de acordo com a clássica definição de Pimenta Bueno, direitos políticos são as prerrogativas, atributos ou poder que o cidadão tem de intervir no governo de seu país, são os direitos cívicos que autorizam o cidadão a participar da formação e exercício do poder público, como pode ser notado neste trecho:

Os direitos políticos são as prerrogativas, os attributos, faculdades ou poder de intervenção dos cidadãos activos no governo de seu paiz, intervenção directa ou só indirecta, mais ou menos ampla, segundo a intensidade do gozo desses direitos. São o *jus civitatis*, os direitos civicos, que se referem ao poder publico, que autorisam o cidadão activo a participar na formação ou exercício da autoridade nacional, a exercer o direito de votante ou eleitor, os direitos de deputado ou senador, a occupar cargos politicos, e a manifestar suas opiniões sobre o governo do estado<sup>294</sup>.

De fato, se os direitos civis teriam a função de propiciar o exercício legítimo das faculdades do ser humano, os direitos políticos seriam aqueles meios de assegurar, de proteger o cidadão pela intervenção que este poderia exercer na comunidade política a qual integra, garantias sem as quais o cidadão não poderia defender-se, sem as quais ficaria dificultado o poder de organização política para angariar apoio valioso e eficaz dos demais membros da comunidade. Isto é, seriam as liberdades de informação, de opinião, de reunião e de imprensa exercidas no

---

<sup>292</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**.

<sup>293</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**.

<sup>294</sup> BUENO, José Antônio Pimenta (Marquês de São Vicente). **Direito Público Brasileiro e Analyse da Constituição do Imperio**. p. 467.

campo político; o direito de votar em representantes, em plebiscitos e em referendos; o direito de ser votado para cargos políticos; o direito de petição e o de anular atos do governo que são lesivos ao patrimônio público; e o direito de iniciativa popular de leis que vem a apoiar e proteger as liberdades civis dos indivíduos e não o contrário<sup>295</sup>.

Contudo, como não é o objeto específico aqui do presente trabalho, não será abordada com maior profundidade a supracitada capacidade eleitoral passiva, detendo-se, de forma mais específica, ao direito de sufrágio ativo e ao seu exercício através do voto. Como se sabe, a palavra sufrágio advém do latim *sufragium*, que significa aprovação, apoio. Dessa forma, o direito ao sufrágio seria um direito público subjetivo de natureza política, o qual dá ao cidadão a possibilidade de eleger e de influenciar ou participar da organização e do exercício da atividade do poder estatal; tratando-se de um direito que decorre diretamente da noção de que todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente<sup>296</sup>.

Nesse sentido, a expressão “todo o poder emana do povo” é bastante emblemática e merece ser bem compreendida. A ideia de que o poder, como um todo, “emana” do povo não deve ser entendido num sentido metafísico, mas sim normativo. Ou seja, o povo deve ser encarado como o sujeito legitimante do exercício do poder, a sua origem simbólica e em nome do qual deve ser exercido<sup>297</sup>.

O Estado, por sua vez, não é o sujeito nem o proprietário desse poder, mas, sim, o âmbito material por meio do qual ele é exercido. Assim, o Estado, por intermédio dos seus Poderes constituídos, exerce o poder político, que também é poder de direito, por encargo do povo e em regime de responsabilidade perante este. Os direitos políticos aparecem aqui como uma instância de habilitação para a participação ativa no exercício desse poder, legitimando o seu exercício<sup>298</sup>. Dessa forma:

---

<sup>295</sup> BUENO, José Antônio Pimenta (Marquês de São Vicente). **Direito Público Brasileiro e Análise da Constituição do Império**.

<sup>296</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**.

<sup>297</sup> MÜLLER, Friedrich. **Quem é o Povo?**.

<sup>298</sup> Indo um pouco mais além, Friedrich Müller expõe: “Entretanto, só se pode falar enfaticamente de povo ativo quando vigem, são praticados e respeitados os direitos fundamentais individuais e, por igual [*nicht zuletzt*], também os direitos fundamentais políticos [...] Sem a prática dos direitos do homem e do cidadão, ‘o povo’ permanece uma metáfora ideologicamente abstrata de má qualidade. Por meio da prática dos human rights ele se torna, em função normativa, ‘povo de um país’ [*‘Staatsvolk’*] de uma democracia capaz de justificação – e torna-se ao mesmo tempo ‘povo’ enquanto instância de atribuição global de legitimidade, povo legitimante”. MÜLLER, Friedrich. **Quem é o Povo?**. p. 57-58.

[O sufrágio] constitui a instituição fundamental da democracia representativa e é pelo seu exercício que o eleitorado, instrumento técnico do povo, outorga legitimidade aos governantes. Por ele também se exerce diretamente o poder em alguns casos: plebiscito e referendo. Nele consubstancia-se o consentimento do povo que legitima o exercício do poder. E aí está a função primordial do sufrágio<sup>299</sup>.

Logo, o voto seria tanto um direito público subjetivo quanto uma função social – função que derivaria da soberania popular em uma democracia representativa –, assim como um dever – conceitos que se complementaríamos na definição de voto. Dever este que pode ser moral ou social, mas também pode se constituir em um dever jurídico ou, mesmo, um dever fundamental, como ocorre no caso brasileiro para os maiores de dezoito e menores de setenta anos de idade<sup>300</sup>.

Talvez mereça ser dada, aqui, alguma atenção para essa noção do voto como um dever fundamental (*Grundpflichten*) previsto nas ordens constitucionais contemporâneas, ainda que de maneira implícita<sup>301</sup>. A doutrina destaca que os deveres fundamentais<sup>302</sup> são posições jurídicas passivas, autônomas dos direitos fundamentais, subjetivas, individuais, universais e permanentes, que decorrem, em

---

<sup>299</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. p. 348.

<sup>300</sup> **Art. 14.** A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante: [...] § 1º O alistamento eleitoral e o voto são: I – **obrigatórios** para os maiores de dezoito anos; II – **facultativos** para: a) os analfabetos; b) os maiores de setenta anos; c) os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos. BRASIL. [Constituição (1988)].

<sup>301</sup> Como expõe José Casalta Nabais neste excerto: “De resto as constituições, mesmo quando o não dizem, integram diversos deveres fundamentais. A este respeito, podemos mesmo considerar que historicamente se foram formando tantas camadas de deveres fundamentais quantas as camadas de direitos. E assim temos os deveres que vêm da época liberal, como os deveres de defesa da pátria e de pagar impostos; temos os deveres que são o contributo da ‘revolução’ democrática, consubstanciada na conquista do sufrágio universal, que nos deixou os deveres políticos como os deveres de sufrágio e de participação política; temos, enfim, os deveres que constituem o *apport* do estado social, ou seja, os deveres económicos sociais e culturais, como os deveres de subscrever um sistema de segurança social, de proteger a saúde, de frequentar o ensino básico, etc. Deveres estes a que, hoje em dia, tende a acrescentar-se uma quarta camada de deveres formada pelos deveres ecológicos, de que são exemplos os deveres de defender um ambiente humano são e ecologicamente equilibrado e o dever de cada um preservar, defender e valorizar o património cultural”. NABAIS, José Casalta. *A Face Oculta dos Direitos Fundamentais*. p. 5-6.

<sup>302</sup> Como destaca Duque, há que se ter algum cuidado para não confundir os deveres fundamentais (*Grundpflichten*) com os deveres de proteção de proteção do Estado (*Schutzpflichten des Staates*). Enquanto os deveres de proteção têm como destinatário específico o Estado, os deveres fundamentais dirigem-se aos cidadãos, impondo-lhes obrigações para com a comunidade política. Nesse sentido, também merece destaque que, embora seja comum se pensar que não há direitos sem deveres (*kein Recht ohne Pflicht*), não há uma simetria necessária dos direitos fundamentais com os deveres fundamentais, uma vez que estes são categoria autônomas e independentes daqueles. De forma geral, os deveres fundamentais podem ser pensados na perspectiva do *status passivus* de Jellinek. DUQUE, Marcelo Schenk. **Curso de Direitos Fundamentais**.

última análise, de uma responsabilidade que os indivíduos devem assumir ao integrar uma comunidade politicamente organizada. Isso posto, nas democracias representativas contemporâneas, haveria um inafastável dever fundamental de participação política que se consubstancia através do voto, não sendo, este dever fundamental, senão um aspecto do próprio estatuto constitucional do cidadão, enquanto um indivíduo inserido numa comunidade política<sup>303</sup>.

Por isso, enquanto direito e dever fundamental e considerando também a sua função social, percebe-se que, no âmbito temporal, os direito ao sufrágio deve garantir e tutelar não só o processo eleitoral como um todo, mas também toda e qualquer participação sociopolítica do indivíduo na comunidade, indo para muito além da mera participação no pleito eleitoral<sup>304</sup>.

Outrossim, analisando-se o capítulo dos direitos políticos da Constituição brasileira de 1988, vemos que de acordo com o art. 14 da CF/88, o constituinte destacou que “A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos”<sup>305</sup>. Desse modo, verifica-se que a Constituição utiliza as expressões “sufrágio” e “voto” de formas diferentes; sendo que o sufrágio seria universal, e o voto seria direito, secreto e de igual valor para todos<sup>306</sup>.

Nesse sentido, como ressalta Néviton Guedes, embora na doutrina pátria seja relativamente comum que sejam utilizados como sinônimos os termos voto e sufrágio, a Constituição lhes atribuiu sentidos diversos, pois o sufrágio consistiria na essência do direito político subjetivo; tratando-se de um direito universal, igual, livre e direto em qualquer de suas manifestações, ativa ou passiva. O voto, por sua vez, seria uma das

---

<sup>303</sup> Para Nabais, os deveres fundamentais constituiriam uma categoria autônoma dentro da matéria dos direitos fundamentais, como se vê neste trecho: “no entendimento que temos por mais adequado, os deveres fundamentais constituem uma categoria jurídica constitucional própria. Uma categoria que, apesar disso, integra o domínio ou a matéria dos direitos fundamentais, na medida em que este domínio ou esta matéria polariza todo o estatuto (activo e passivo, os direitos e os deveres) do indivíduo. Indivíduo que não pode deixar de ser entendido como um ser simultaneamente livre e responsável, ou seja, como uma pessoa. Uma ideia que bem precisa de ser reforçada na época actual, em que a afirmação do individualismo possessivo, apresentado aliás como um dos apports da pos-modernidade, é cada vez mais omnipresente”. NABAIS, José Casalta. *A Face Oculta dos Direitos Fundamentais: os deveres e os custos dos direitos*. **Revista Direito Mackenzie**. p. 5.

<sup>304</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**.

<sup>305</sup> BRASIL. [Constituição (1988)].

<sup>306</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**.

condutas abarcadas pelo âmbito de proteção do direito fundamental ao sufrágio, contudo, de forma alguma, seria a única expressão da conduta protegida por aquele direito. Assim, o voto secreto seria a forma pela qual o cidadão exerceria o seu direito ao sufrágio, e o segredo a garantia da liberdade do próprio exercício deste direito<sup>307</sup>.

Logo, pode-se dizer que o sufrágio vai além do mero exercício do voto, englobando de forma mais ampla diversos outros atos de participação política na vida da comunidade, tais como, por exemplo, o plebiscito, o referendo, a iniciativa popular de leis<sup>308</sup> – todos consoantes o art. 14 da CF/88 – e a ação popular – conforme prevista no inciso LXXIII do art. 5º da CF/88 e regulada pela lei 4.717/65 –, dentre outros. Ademais, é imperioso de se reconhecer que o constituinte originário, ao alçar o direito ao voto como cláusula pétrea, demonstrou uma importância inequívoca que esse direito possui no bojo do nosso Estado Constitucional.

Quanto à extensão do sufrágio, tem-se que a universalidade desse direito é um dos princípios basilares das democracias representativas contemporâneas, que se apoiam na identidade entre governantes e governados; de forma que essa identidade será tanto mais real e menos fictícia em um regime político quanto mais amplo for o direito de sufrágio. Por outro lado, nota-se que o sufrágio restrito normalmente revela um regime elitista, autocrático ou oligárquico, que procura vários meios de restringir ou privar os indivíduos da participação nos governos, ocasionando, assim, um déficit democrático nessas comunidades políticas<sup>309</sup>.

Como expõe Ferreira Filho, na linguagem política, a concepção de sufrágio universal traduz a ideia de que todos os nacionais devem possuir o direito de participação política. Nesse sentido, o sufrágio universal seria a antítese histórica do

---

<sup>307</sup> Nesse sentido, Néviton Guedes ressalta que a redação do art. 14, *caput* da Constituição brasileira de 1988 poderia conduzir a equívoco ao sugerir que o sufrágio seria universal e apenas o voto seria direto, secreto e com valor igual para todos: “Fosse essa a conclusão correta, ter-se-ia que admitir que o direito ao sufrágio, naquilo que não fosse voto, poderia não ser igual para todos. Aqui o absurdo da conclusão demonstra o erro da premissa. Na verdade, em boa técnica de redação legislativa, a melhor dicção para o dispositivo (art. 14, *caput*, da Constituição) teria sido assegurar o sufrágio universal, livre, igual e direito, através do voto secreto”. GUEDES, Néviton. Art. 14. A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos [...] In: CANOTILHO, Joaquim José Gomes et al (org.). **Comentários à Constituição do Brasil**. p. 664.

<sup>308</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**.

<sup>309</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**.

sufrágio restrito, no qual a participação política seria restrita a certos grupos ou categorias sociais. Também é certo que ainda que o termo seja “sufrágio universal”, sempre haverá algum tipo de restrição nessa concepção, por exemplo, a restrições tendo em vista a idade (ou maturidade) da pessoa, a sanidade mental<sup>310</sup>.

Como se supõe, a ideia de privar pessoas dos seus direitos políticos não é nova na história, de fato, já na pólis grega havia uma forma de desterro político denominado ostracismo. O ostracismo era um procedimento que havia nas democracias gregas antigas, no qual qualquer cidadão poderia ser despido dos seus direitos e expulso de uma cidade-Estado pelo prazo de dez anos. Segundo Fustel de Coulanges, aplicava-se o ostracismo não necessariamente como uma punição ou castigo, mas sim como uma medida preventiva que a pólis tomava em relação aos cidadãos que adquiriam tanto poder político que pudessem prejudicar a própria democracia com a possibilidade de tornar-se um tirano<sup>311</sup>.

Nesse sentido, John Stuart Mill ressaltava que nenhum sistema de sufrágio seria satisfatório se excluísse peremptoriamente grupos ou pessoas, bem como se a possibilidade de participação política na comunidade não fosse aberta a todos os

---

<sup>310</sup> Como destaca o prof. Ferreira Filho: “Historicamente, o sufrágio universal foi reivindicado contra o sufrágio censitário, modalidade de sufrágio restrito que prevaleceu na primeira fase da democracia moderna. Reservava este o voto aos que demonstravam um determinado mínimo de riqueza, apurado como que num censo. Assegurava, portanto, o poder aos mais ricos. Era censitário, por exemplo, o sistema estabelecido na Constituição de 1824, arts. 92 e 94, que restringiam o voto, e 95 e 45, 4.º, que reduziam a elegibilidade”. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Comentários à Constituição Brasileira de 1988**. p. 122.

<sup>311</sup> Nas palavras do próprio autor: “Os antigos não conheciam, portanto, nem a liberdade da vida privada, nem a liberdade de educação, nem a liberdade religiosa. A pessoa humana não valia muito diante dessa autoridade santa e quase divina a que chamavam pátria ou Estado. O Estado não tinha apenas, como em nossas sociedades modernas, direito de justiça com relação aos cidadãos. Ele podia punir alguém sem que se fosse culpado e apenas porque o seu interesse estava em jogo. Aristides decerto não cometera nenhum crime nem sequer era suspeito; mas a cidade tinha o direito de expulsá-lo de seu território pelo simples fato de ter Aristides adquirido influência demais com as suas virtudes e poder por isso tornar-se perigoso, se quisesse. **Chamavam a isso ostracismo**, essa instituição não era particular a Atenas; encontramos-a em Argos, em Mégara, em Siracusa e é de crer que existisse em toda as cidades gregas. Ora, **o ostracismo não era um castigo; era uma precaução que a cidade tomava contra um cidadão que talvez pudesse um dia prejudicá-la**. Em Atenas era possível acusar um homem e condená-lo por incivismo, isto é, por falta de afeto pelo Estado. Nada garantia a vida do homem quando se tratava do interesse da cidade. Roma fez uma lei pela qual era permitido matar todo homem que tivesse a intenção de tornar-se rei. A funesta máxima de que a salvação do Estado é a lei suprema foi formulada pela antiguidade. Pensava-se que o direito, a justiça, a moral, tudo devesse ceder diante do interesse da pátria. [...] **Os antigos, e sobretudo os gregos, sempre exageraram a importância e os direitos da sociedade**; esse fato se deve, sem dúvida, ao caráter sagrado e religioso que a sociedade assumira originalmente.” COULANGES, Fustel de. **A Cidade Antiga**. p. 238-239.

maiores de idade que dela quisessem participar. De tal maneira que em todos os assuntos humanos da comunidade cada pessoa diretamente interessada, que não estivesse em comprovada tutela, deveria ter o seu direito à voz reconhecido na arena política, porquanto não o exercesse de maneira incompatível com a segurança de todos<sup>312</sup>.

Já Friedrich Müller expõe como válidas as restrições ao direito de votar fundamentadas na faixa etária, no estado “mental” e por condenação penal. Essas restrições não costumam ser consideradas uma discriminação contrária ao sufrágio universal ou ao princípio democrático, mas estão, como tudo, tanto mais abertas à manipulação quanto mais um Estado se reveste de traços autoritários<sup>313</sup>. Por outro lado e considerando a ideia fundamental de democracia enquanto “governo pelo povo”, Müller destaca, também, que a possibilidade de participação ativa no funcionamento do governo deveria estender-se, na maior medida do possível, a todos os adultos capazes, e que toda restrição aos cidadãos eleitores exigiria uma maior fundamentação teórica do que se costuma empregar<sup>314</sup>.

Outra exigência, que merece ser mencionada aqui, é que o sufrágio deve ser igualitário nos regimes democráticos representativos. Ou seja, que o peso do voto de cada cidadão seja igual, assim como o seu direito de ser eleito<sup>315</sup>. É nesse sentido de igualdade do voto que foi cunhada a famosa expressão “one man, one vote”, que

<sup>312</sup> É importante de se registrar que, apesar da defesa do voto universal e do voto plural, John Stuart Mill também faz ressalvas de que os analfabetos e aqueles que não possa prover a própria subsistência ou contribuir com os tributos não devam votar, como se vê nos seguintes trechos: “Considero totalmente inadmissível que uma pessoa que não saiba ler, escrever e, acrescento eu, fazer as operações básicas de aritmética possa votar”, e acrescenta “o ensino universal deve preceder o voto universal”; “os princípios básicos exigem, a meu ver, que o recibo de assistência paroquial seja uma desqualificação categórica para o sufrágio”, “Uma falência irregular ou a utilização dos benefícios da Lei de Insolvência desqualificaria o indivíduo para o exercício do voto até pagar suas dívidas ou, pelo menos, provar que não depende ou que deixou de depender há tantos ou tantos anos da caridade assistencial. O não pagamento de impostos, quando persiste por tanto tempo que não pode ter derivado de mera inadvertência, deveria desqualificar enquanto persistir”. MILL, John Stuart. **Considerações sobre o Governo Representativo**. p. 168, 170 e 171.

<sup>313</sup> MÜLLER, Friedrich. **Quem é o Povo?**.

<sup>314</sup> MÜLLER, Friedrich. **Quem é o Povo?**.

<sup>315</sup> Nesse sentido, destaca Silva que a igualdade do voto “além do princípio *one man, one vote*, traz a ideia da igualdade regional da representação, segundo a qual a cada eleito, no País, deve corresponder o mesmo número ou um número aproximado de habitantes. Contraria a regra do valor igual o fato de que um voto, por exemplo, no Acre, vale cerca de vinte vezes mais do que um voto em São Paulo, pois para se eleger um Deputado Federal naquele bastam cerca de dezesseis mil votos enquanto neste são necessários aproximadamente trezentos mil votos”. SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. p. 352

traduz uma ideia de igualdade de poder político dos cidadãos, individualmente considerados, de modo que todas as pessoas devem ter computado o seu voto com o mesmo peso na tomada das decisões na comunidade política da qual fazem parte<sup>316</sup>.

Segue-se interessante de se notar, então, que desde as Declarações de direitos, tanto a americana do bom povo de Virgínia (de 1776)<sup>317</sup>, quanto a francesa do homem e do cidadão (de 1789)<sup>318</sup>, os direitos políticos sempre integraram rol dos direitos reconhecidos e protegidos no âmbito dos direitos humanos, quer explicitamente, quer implicitamente. O que não quer dizer que aos direitos políticos tenha se dado sempre o mesmo conteúdo e âmbito de proteção no tempo e no espaço, bem pelo contrário, esses direitos experimentaram importante processo histórico de mutação, em quantidade e qualidade, e, de certa forma, cada Estado possui na sua formatação concreta algumas especificidades<sup>319</sup>.

No âmbito internacional, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 1948, reservou espaço para o estabelecimento de algumas pautas mínimas acerca do tema, tais como, que todo pessoas deverá ter o direito de participar no governo de seu país; que a vontade popular deverá ser a base da autoridade de todo governo; e que o sufrágio universal deve se dar por voto secreto ou outra forma de assegurar a liberdade do votante<sup>320</sup>.

Ainda no âmbito internacional, é importante ressaltar também que o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (PIDCP) estabelece, sobre o tema, que todo cidadão terá o direito e a possibilidade de participar da condução dos assuntos

<sup>316</sup> REVERBEL, Carlos Eduardo Dieder. Os Tribunais Constitucionais e a Dignidade da Legislação. *In*: MARTINI, Sandra Regina; JAEGER JUNIOR, Augusto; REVERBEL, Carlos Eduardo Dieder (org.).

**O Movimento do Saber.**

<sup>317</sup> UNITED STATES OF AMERICA (USA). **The Virginia Declaration of Rights.**

<sup>318</sup> FRANCE (FRANÇA). Secrétariat Général du Gouvernement. **Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789.**

<sup>319</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional.**

<sup>320</sup> "Artigo 21: §1. **Toda pessoa tem o direito de tomar parte no governo de seu país**, diretamente ou por intermédio de representantes livremente escolhidos. §2. Toda pessoa tem igual direito de acesso ao serviço público do seu país. §3. **A vontade do povo será a base da autoridade do governo**; esta vontade será expressa em eleições periódicas e legítimas, por **sufrágio universal, por voto secreto ou processo equivalente que assegure a liberdade de voto**". ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948).**

públicos da comunidade política a qual pertence; de votar e ser eleito, garantido o sufrágio universal; e de ter acesso as funções públicas, em igualdade de condições<sup>321</sup>.

Já a Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH) traz uma importante ressalva quanto à restrição dos direitos políticos, prevendo que a apenas por lei se poderá regular o exercício e a restrição dos direitos políticos previstos na Convenção<sup>322</sup>. É de se notar que tanto a CADH<sup>323</sup> quanto o PIDCP<sup>324</sup> foram não só ratificados na ordem internacional pelo Brasil, mas também incorporados no ordenamento jurídico pátrio por meio de decretos do legislativo e do executivo.

Destaca-se, também, que o artigo 1º da CADH expõe que os Estados que fazem parte da Convenção devem comprometer-se a respeitar os direitos e liberdades

---

<sup>321</sup> “Artigo 25 - **Todo cidadão terá o direito e a possibilidade**, sem qualquer das formas de discriminação mencionadas no artigo 2 e sem restrições infundadas: a) de participar da condução dos assuntos públicos, diretamente ou por meio de representantes livremente escolhidos; b) de votar e de ser eleito em eleições periódicas, autênticas, realizadas por sufrágio universal e igualitário e por voto secreto, que garantam a manifestação da vontade dos eleitores; c) de ter acesso, em condições gerais de igualdade, às funções públicas de seu país”; “Artigo 2 - 1. Os Estados Partes do presente pacto comprometem-se a respeitar e garantir a todos os indivíduos que se achem em seu território e que estejam sujeitos a sua jurisdição os direitos reconhecidos no presente Pacto, **sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, situação econômica, nascimento ou qualquer condição. [...]**”. ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (1966)**.

<sup>322</sup> “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 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”. ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). **Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica)**.

<sup>323</sup> A Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH) foi assinada na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos em San José da Costa Rica, em 1969, entrando em vigor na ordem jurídica internacional em 1978, sendo ratificada pelo Brasil e internalizada na ordem jurídica interna em 1992. BRASIL. **Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992**.

<sup>324</sup> O Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (PIDCP) foi adotado pela XXI Sessão da Assembleia Geral das Nações Unidas em 1966, entrando em vigor na ordem jurídica internacional em 1976, sendo ratificada pelo Brasil e internalizada na ordem jurídica interna em 1992. BRASIL. **Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992**.

nela reconhecidos, de modo a garantir a todos o seu livre e pleno exercício<sup>325</sup>. Ademais, o artigo e 2º da CADH aduz que os Estados partes devem se comprometer a adotar as medidas legislativas ou de outra natureza que forem necessárias para garantir esses direitos e liberdades pela CADH assegurados<sup>326</sup>.

A Constituição Federal de 1988, por sua vez, reservou um capítulo próprio para os direitos políticos em sentido estrito, dentro do título “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”<sup>327</sup>. Nesse capítulo, como bem ressalta Afonso da Silva:

[A CF/88 apresenta um] *conjunto de normas que regula a atuação da soberania popular* (arts. 14 a 16). Tais normas constituem o desdobramento do princípio democrático inscrito no art. 1º, parágrafo único, quando diz que o poder emana do povo, que *o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente*<sup>328</sup>.

Com efeito, os direitos políticos em sentido estrito, no sentido de garantias destinadas a assegurar a livre e eficaz participação do indivíduo no processo de tomada de decisão política da sua comunidade, foram contemplados nos arts. 14 a 16 (capítulo IV – Dos Direitos Políticos) da CF/88, ao passo que o regime-jurídico constitucional dos partidos políticos foram previstos no art. 17 (capítulo V – Dos Partidos Políticos). Embora previstos em dispositivos e capítulos apartados, não há dúvida que os partidos políticos integram o conjunto dos direitos políticos em um sentido mais amplo, uma vez que são essenciais à concepção de democracia representativa e partidária predominante na Constituição Federal brasileira.<sup>329</sup>

---

<sup>325</sup> Art. 1 da Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH): “Obrigação de respeitar os direitos: 1. Os Estados Partes nesta Convenção comprometem-se a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição, sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social. 2. Para os efeitos desta Convenção, pessoa é todo ser humano”. ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). **Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica)**.

<sup>326</sup> Art. 2º da Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH): “Dever de adotar disposições de direito interno: Se o exercício dos direitos e liberdades mencionados no artigo 1 ainda não estiver garantido por disposições legislativas ou de outra natureza, os Estados Partes comprometem-se a adotar, de acordo com as suas normas constitucionais e com as disposições desta Convenção, as medidas legislativas ou de outra natureza que forem necessárias para tornar efetivos tais direitos e liberdades”. ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). **Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica)**.

<sup>327</sup> BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**.

<sup>328</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. p. 343.

<sup>329</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**.

Embora reconhecendo alguma controvérsia sobre o tema, Ingo Sarlet complementa:

afirma-se, portanto, que todos os direitos e garantias contemplados nos arts. 14-16 da CF são direitos fundamentais, dotados, em regra, de aplicabilidade imediata (art. 5.º, §1.º), vinculando diretamente os atores estatais e, além disso, gozando da condição de “cláusulas pétreas” (seja por se tratar, em geral, de direitos e garantias fundamentais individuais, seja pela possível invocação da noção de limites materiais implícitos), consoante reconhecido pelo próprio STF, por exemplo, quando do julgamento sobre a aplicação da assim chamada “lei da ficha limpa”, onde foi invocada a garantia estabelecida pelo art. 16 da CF [anterioridade da lei eleitoral] e sustentado se tratar de limite à reforma constitucional<sup>330</sup>.

Em suma, tem-se que os direitos políticos são um direito público subjetivo, uma função da soberania popular e um dever social e jurídico de participação na comunidade política, configurando-se de basilar importância em um Estado democrático de direito, pois há uma relação de reciprocidade e interdependência entre os direitos políticos e o princípio democrático. Com efeito, os direitos políticos revestem-se como verdadeiros instrumentos jurídicos de proteção do regime democrático, configurando o *status activus* do indivíduo ou do cidadão.

Então, o direito ao sufrágio deve ser o mais universal possível e consiste na essência dos direitos políticos, sendo que, em uma perspectiva subjetiva, ele pode ser desdobrado em sufrágio ativo ou passivo. O sufrágio ativo caracteriza-se pelo poder que o cidadão possui de votar, elegendo representantes ou fazendo ele diretamente as decisões políticas da comunidade – principalmente por meio de plebiscito e referendo. O sufrágio passivo, por sua vez, se caracteriza pela possibilidade de ser eleito e ocupar cargos públicos, abarcando as condições de elegibilidade e as causas de inelegibilidade.

Segundo Pimenta Bueno, compõem ainda as liberdades políticas em geral não só os direitos de intervir no andamento do regime político por meio do voto e da possibilidade de ser votado, mas também a liberdade de imprensa política – que possibilita ao cidadão expressar a sua opinião política para o restante da comunidade

---

<sup>330</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. p. 693.

–, uma espécie de direito à reclamação constitucional<sup>331-332</sup>, o direito de petição aos órgãos públicos, o direito a ser jurado e o direito de associação política<sup>333</sup>.

Após a análise das bases do Estado contemporâneo realizadas nesse capítulo, deter-se-á, no próximo capítulo, mais especificamente às restrições dos direitos políticos, verificando-se, de forma breve, o seu tratamento no direito comparado, passando-se pela análise da legislação e das possibilidades de restrição previstas no contexto brasileiro, e, por fim, buscar-se-á a interpretação mais constitucionalmente adequada para a pergunta-problema do presente trabalho.

---

<sup>331</sup> Essa reclamação constitucional é bastante interessante em comparação aos dias de hoje, porque se consubstanciava em um direito de petição do cidadão contra violações constitucionais que deveria ser direcionada aos Poderes Legislativo e Executivo e não ao poder judiciário como ocorre hoje em dia, isso se depreende do seguinte trecho de Pimenta Bueno: “Direito de reclamação constitucional — Todos os Brasileiros têm o direito de ser governados segundo os princípios e precisos termos estabelecidos pela constituição do império, e conseqüentemente de reclamar contra qualquer infracção della, nos lermos do art. 179, §30; este direito em relação á defesa própria não pôde ser denegado a ninguém; o direito porém de em seu próprio nome reclamar por outrem não pertence senão ao cidadão que estiver no gozo de seus direitos políticos; é uma intervenção no governo do Estado que só por elles pode ser exercida; reclama como membro da sociedade politica, é de mister que faça parte delia ; temos um exemplo no art. 340 do código do processo criminal”, BUENO, José Antônio Pimenta (Marquês de São Vicente). **Direito Público Brasileiro e Analyse da Constituição do Imperio**. p. 483-484.

<sup>332</sup> Art. 179, XXX da Constituição do Império: “Todo o Cidadão poderá apresentar por escripto ao Poder Legislativo, e ao Executivo reclamações, queixas, ou petições, e até expôr qualquer infracção da Constituição, requerendo perante a competente Auctoridade a effectiva responsabilidade dos infractores” BRASIL. Constituição (1824). **Constituição Política do Imperio do Brazil**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao24.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm)>. Acesso em: 20 dez. 2019; art. 340 do Código do Processo Criminal do Império faz referencia a ação de *Habeas corpus*, como se vê: “Art. 340. Todo o cidadão que entender, que elle ou outrem soffre uma prisão ou constrangimento illegal, em sua liberdade, tem direito de pedir uma ordem de - Habeas-Corpus - em seu favor”. BRASIL. **Lei de 29 de novembro de 1832**. Promulga o Codigo do Processo Criminal de primeira instancia com disposição provisoria ácerca da administração da Justiça Civil.

<sup>333</sup> Como se vê nestes trechos: “O goso dos direitos políticos não só autorisa o cidadão a participar no poder politico, já concorrendo para a formação delle, já tendo mesmo parte no exercício de algum de seus ramos; mas também a intervir, independente dessa participação e só como cidadão activo, na marcha e regimen politico do Estado. Esta intervenção se opera por meio da liberdade da imprensa, do direito de reclamação constitucional, do direito de petição e do direito de associação politica, como passamos a indicar no paragrapho seguinte” e “Os jurados são membros do poder judiciário, pois que a constituição expressamente declara que este poder se compõe de juizes e jurados; conseqüentemente, e pela autoridade que exercem, é um cargo politico que não pôde ser attribuido a quem não estiver no gozo dos respectivos direitos”. BUENO, José Antônio Pimenta (Marquês de São Vicente). **Direito Público Brasileiro e Analyse da Constituição do Imperio**. p. 482-483.

## 2 O DEBATE ACERCA DA RESTRIÇÃO DA CAPACIDADE ELEITORAL ATIVA EM FACE DA CONDENAÇÃO CRIMINAL

Embora seja evidente que o processo histórico e a experiência constitucional de cada país sejam distintos em sua realização concreta, isso não os transformam em um fenômeno completamente isolado e sem diálogos com o constitucionalismo dos demais países. Pelo contrário, resguardadas algumas peculiaridades, o Brasil, por exemplo, enfrenta dilemas semelhantes aos enfrentados pelos outros países que vivem também sob um regime constitucional e democrático<sup>334</sup>.

Assim, tem-se que, cada vez mais, determinados problemas de direitos humanos e fundamentais e de controle e limitação do poder tornam-se relevantes para diversos Estados. Isso acarreta um tipo de relação transversal permanente entre ordens jurídicas diferentes no intuito de solucionar problemas constitucionais comuns<sup>335</sup>. Por isso, é que se pode comparar a experiência jurídica de países diferentes com a finalidade de se apreender algumas lições importantes para os problemas comuns.

Por conseguinte, neste capítulo trabalhar-se-á, no primeiro, subcapítulo com os temas de cidadania, direitos políticos e sufrágio ativo. Já no segundo e terceiro subcapítulos, abordar-se-á o direito comparado e o direito pátrio no que tange à restrição do sufrágio ativo, sempre no intuito de apontar possíveis contribuições que a experiência jurídica estrangeira possa agregar à brasileira. Por fim, no último subcapítulo, buscar-se-á delinear critérios para uma interpretação constitucionalmente adequada do art. 15, inciso III da Constituição Brasileira de 1988.

### 2.1 RESTRIÇÃO DO SUFRÁGIO ATIVO NA LEGISLAÇÃO COMPARADA

---

<sup>334</sup> BARBOSA, Leonardo Augusto de Andrade, **História Constitucional Brasileira**.

<sup>335</sup> Marcelo Neves denomina isso de “transconstitucionalismo”, como se vê neste trecho: “Em face dessa situação, introduzo o conceito de transconstitucionalismo. Por um lado, o transconstitucionalismo não se confunde com um mero transjuridicismo, que pode ser observado inclusive na relação entre ordens jurídicas no pluralismo medieval, sobretudo entre direito canônico (e romano), direito urbano, direito real e direito feudal [...]. Por outro lado, não se trata de constitucionalismo internacional, transnacional, supranacional, estatal ou local. O conceito aponta exatamente para o desenvolvimento de problemas jurídicos que perpassam os diversos tipos de ordens jurídicas. Um problema transconstitucional implica uma questão que poderá envolver tribunais estatais, internacionais, supranacionais e transnacionais (arbitrais), assim como instituições jurídicas locais nativas, na busca de sua solução”. NEVES, Marcelo. (Não) Solucionando Problemas Constitucionais. p. 206-207.

Neste item, observar-se-á a restrição do sufrágio ativo no direito comparado, fazendo breves referências a legislação de alguns países ocidentais, bem como analisando-se sucintamente (recortando apenas as partes mais importantes para o presente trabalho) dois julgados da Corte Europeia de Direitos Humanos (CEDH) acerca da suspensão do voto de condenados criminais de forma a fazer um paralelo com a prática brasileira – o caso *Hirst v. The United Kingdom (UK)* e o caso *Kulinski and Sabev v. Bulgaria*. Por fim, verificar-se-á a orientação, ainda que em sede de *obiter dictum*, da Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso *Yatama vs. Nicaragua*.

Passando a análise para a restrição dos direitos políticos no direito comparada, talvez a compilação mais abrangente realizada até o presente momento tenha sido a da organização não-governamental (ONG) *ProCon.Org*, mapeando as legislações de diversos países acerca da restrição do direito de voto dos condenados criminais. Essa organização aglutinou dados e pesquisas a respeito do tema realizadas nos últimos anos, compilando dados e os apresentando em uma tabela (Anexo I) que expõe um total de 45 países ao redor do globo e as suas políticas de restrição do voto dos presos.

Segundo as pesquisas dessa organização, vinte e um países não estabelecem qualquer restrição ao direito de voto dos presos, permitindo que pessoas condenadas criminalmente pudessem exercer o direito ao sufrágio. Dentre países analisadas, os que legislam o tema dessa forma são: Áustria, Canadá, Croácia, República Tcheca, Dinamarca, Finlândia, Irlanda, Israel, Letônia, Lituânia, Macedônia, Noruega, Sérvia, Eslovênia, Espanha, África do Sul, Suécia, Suíça e Ucrânia<sup>336</sup>. Ressalta-se que alguns desses países apenas permitiram o exercício do voto dos condenados criminalmente por força de decisões de suas Cortes Constitucionais, e não por decisões dos legisladores, como são os casos de Canadá (*case Sauvé v.*

---

<sup>336</sup> PROCON.ORG. **International Comparison of Felon Voting Laws.**

Canada, em 1993 e 2002)<sup>337</sup> e da África do Sul (*case August and Another v Electoral Commission and Others*, em 1999 e o *case Home Affairs v National Institute for Crime Prevention (NICRO)* em 2004)<sup>338</sup>.

Observa-se, ainda, que, dos 21 países referidos que não estabelecem nenhuma restrição ao direito de voto dos presos, apenas a África do Sul, Israel e Lituânia parecem ter uma taxa de criminalidade e encarceramento relativamente elevados. A África do Sul tem 154.437 presos, com uma taxa de encarceramento de 259 por 100.000 habitantes; Israel tem 19.376 presos, com uma taxa de 234 por 100.000 habitantes e a Lituânia tem 6.138 presos, com uma taxa de 221 presos por 100.000 habitantes. Os demais países apresentam taxas abaixo de 200 por 100.000 habitantes, como se pode ver, por exemplo, na Áustria (95 por 100.000), Canadá (107 por 100.000), Croácia (79 por 100.000), República Tcheca (189 por 100.000), Dinamarca (71 por 100.000), Finlândia (53 por 100.000), Irlanda (75 por 100.000), Letônia (não há dados), Macedônia (não há dados), Noruega (60 por 100.000), Sérvia

---

<sup>337</sup> Merece aqui a descrição do caso realizada por Miranda, pois elucida bastante o ocorrido: “A opção canadense foi consolidada após dois julgamentos da Suprema Corte do Canadá, ocorridos em 1993 e posteriormente em 2002. No primeiro, a Suprema Corte manteve as decisões de várias cortes de instâncias inferiores do país, para declarar que o mandamento previsto na Seção 51 do *Canada Elections Act*, o qual suspendia os direitos políticos ativos dos presos do país, era inconstitucional. O Parlamento do Canadá reagiu à decisão da Corte aprovando uma nova legislação, buscando se adaptar aos termos apresentados pelos magistrados e à Seção 3 da *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. A lei nova restringia o direito ao voto apenas aos condenados a penas iguais ou superiores a dois anos. Todavia, a nova disposição legal foi novamente questionada no Judiciário canadense, chegando novamente à Suprema Corte canadense nove anos depois do primeiro julgamento. No caso *Sauvé vs. Canada*, em 2002, uma maioria apertada de 5 a 4 decidiu que a legislação era inconstitucional, declarando que o direito ao voto era fundamental e uma das bases da democracia canadense”. MIRANDA, João Vitor Silva. *Crítica à Suspensão do Direito Político Ativo das Pessoas Condenadas Criminalmente*. p. 380-381.

<sup>338</sup> Nas palavras de Miranda: “No caso *August and Another v Electoral Commission and Others*, de 1999, a Corte Constitucional da África do Sul declarou a ação da Comissão Eleitoral do país, que excluía todos os presos do processo eleitoral, inválida. Entretanto, a questão não fora decidida de modo definitivo, pois a argumentação da corte não se valeu diretamente do texto constitucional, alegando a falta de competência da Comissão Eleitoral em estabelecer a limitação do direito de voto dos indivíduos condenados criminalmente no país. Em 2003, o Parlamento emendou sua *Electoral Act*, de modo a vedar, efetivamente, o direito dos presos a participarem do processo eleitoral. Tal disposição foi questionada na Corte sul-africana no caso *Home Affairs v National Institute for Crime Prevention (NICRO)* no ano seguinte, e a mesma declarou tais emendas inválidas e inconstitucionais. A posição majoritária dos ministros da Corte enfatizou que o direito ao voto era uma garantia importante, pois era informada por valores fundamentais da Constituição”. MIRANDA, João Vitor Silva. *Crítica à Suspensão do Direito Político Ativo das Pessoas Condenadas Criminalmente*. p. 381.

(156 por 100.000), Eslovênia (69 por 100.000), Espanha (124 por 100.000), Suécia (61 por 100.000), Suíça (80 por 100.000) e Ucrânia (148 por 100.000)<sup>339</sup>.

Ainda de acordo com a pesquisa realizada pela ong *ProCon.Org*, há outros quatorze países onde se optou por estabelecer algumas restrições ao sufrágio ativo dos condenados criminais, utilizando-se critérios distintos, tais como: o tipo de crime praticado, a duração da pena concretamente aplicada etc. Dentre esses países, encontram-se Austrália, Bélgica, Bósnia-Herzegovina, França, Alemanha, Grécia, Islândia, Itália, Luxemburgo, Malta, Polônia, Portugal, Romênia e Estados Unidos (alguns Estados)<sup>340</sup>.

Em Portugal, por exemplo, a Constituição de 1976 trouxe em seu artigo 49º que o direito ao sufrágio é um direito de todos os cidadãos maiores de dezoito anos, constituindo-se em um dever cívico<sup>341</sup>, e em seu artigo 30º, que delimita as penas e medidas de segurança, estabeleceu que nenhuma pena envolve como efeito necessário a perda de quaisquer direitos civis, políticos ou profissionais<sup>342</sup>.

Destaca-se também que o Código Penal Português repete o previsto na Constituição portuguesa acrescentando que a lei pode prever hipóteses nas quais pode-se estabelecer a possibilidade de correspondência entre determinados tipos de crimes e a proibição do exercício de direitos como pena acessória<sup>343</sup>. Isso é o que foi concretamente disciplinado no artigo 346º ao prever que o condenado por crimes

<sup>339</sup> PRISON STUDIES. **WORLD PRISON BRIEF DATA.**

<sup>340</sup> PROCON.ORG. **International Comparison of Felon Voting Laws.**

<sup>341</sup> Artigo 49º da Constituição Da República Portuguesa de 1976: “Direito de sufrágio: 1. Têm direito de sufrágio todos os cidadãos maiores de dezoito anos, ressalvadas as incapacidades previstas na lei geral. 2. O exercício do direito de sufrágio é pessoal e constitui um dever cívico”. PORTUGAL. [Constituição (1976)].

<sup>342</sup> Artigo 30º da Constituição Da República Portuguesa de 1976: “Limites das penas e das medidas de segurança: 1. Não pode haver penas nem medidas de segurança privativas ou restritivas da liberdade com carácter perpétuo ou de duração ilimitada ou indefinida. 2. Em caso de perigosidade baseada em grave anomalia psíquica, e na impossibilidade de terapêutica em meio aberto, poderão as medidas de segurança privativas ou restritivas da liberdade ser prorrogadas sucessivamente enquanto tal estado se mantiver, mas sempre mediante decisão judicial. 3. A responsabilidade penal é insuscetível de transmissão. 4. **Nenhuma pena envolve como efeito necessário a perda de quaisquer direitos civis, profissionais ou políticos.** 5. Os condenados a quem sejam aplicadas pena ou medida de segurança privativas da liberdade mantêm a titularidade dos direitos fundamentais, salvas as limitações inerentes ao sentido da condenação e às exigências próprias da respetiva execução”. PORTUGAL. [Constituição (1976)].

<sup>343</sup> Artigo 65º do Código Penal Português: “Princípios gerais: 1 - Nenhuma pena envolve como efeito necessário a perda de direitos civis, profissionais ou políticos. 2 - A lei pode fazer corresponder a certos crimes a proibição do exercício de determinados direitos ou profissões”. PORTUGAL. **Código Penal de 1982, Versão Consolidada Posterior a 1995.**

contra a segurança do Estado pode, de acordo com a gravidade do fato e a sua projeção na idoneidade cívica do agente, ser incapacitado para eleger Presidente da República, membro de assembleia legislativa ou de autarquia local (Municípios), para ser eleito como tal ou para ser jurado, por um período de tempo de 2 a 10 anos<sup>344</sup>.

Dessa maneira, verifica-se que em Portugal a restrição do exercício do sufrágio ativo estaria limitada à culpa do agente e às exigências de prevenção, bem como aos critérios legais de determinação da justa medida da pena<sup>345</sup>. Como consequência, sempre se exige uma proporcionalidade casuisticamente aferida para se verificar a relevância da restrição do direito ao voto dos condenados criminais, configurando-se inadmissível uma pena acessória fixa, desproporcional e com efeitos automáticos naquele país. Dito com outras palavras, de acordo com o ordenamento jurídico português deve haver uma conexão entre o fato criminoso e a consequente restrição dos direitos políticos ativos, sob pena de ilegalidade da privação temporária de votar<sup>346</sup>.

Ainda, como ressalta Figueiredo Dias em referência ao ordenamento jurídico português, a condenação numa pena principal seria uma condição necessária, mas não suficiente para a aplicação da restrição dos direitos políticos, que teriam uma clara natureza de uma pena acessória. Ademais, o juízo da condenação deverá sempre

---

<sup>344</sup> Artigo 346º do Código Penal Português: “**Penas Acessórias:** Quem for condenado por crime previsto no presente capítulo pode, atenta a concreta gravidade do facto e a sua projecção na idoneidade cívica do agente, ser incapacitado para eleger Presidente da República, membro de assembleia legislativa ou de autarquia local, para ser eleito como tal ou para ser jurado, por período de 2 a 10 anos”. PORTUGAL. **Código Penal de 1982, Versão Consolidada Posterior a 1995.**

<sup>345</sup> Artigo 71º do Código Penal Português: “Determinação da medida da pena: 1 - A determinação da medida da pena, dentro dos limites definidos na lei, é feita em função da culpa do agente e das exigências de prevenção. 2 - Na determinação concreta da pena o tribunal atende a todas as circunstâncias que, não fazendo parte do tipo de crime, depuserem a favor do agente ou contra ele, considerando, nomeadamente: a) O grau de ilicitude do facto, o modo de execução deste e a gravidade das suas consequências, bem como o grau de violação dos deveres impostos ao agente; b) A intensidade do dolo ou da negligência; c) Os sentimentos manifestados no cometimento do crime e os fins ou motivos que o determinaram; d) As condições pessoais do agente e a sua situação económica; e) A conduta anterior ao facto e a posterior a este, especialmente quando esta seja destinada a reparar as consequências do crime; f) A falta de preparação para manter uma conduta lícita, manifestada no facto, quando essa falta deva ser censurada através da aplicação da pena. 3 - Na sentença são expressamente referidos os fundamentos da medida da pena.”. PORTUGAL. **Código Penal de 1982, Versão Consolidada Posterior a 1995.**

<sup>346</sup> MACHADO, Pedro Sá. Efeitos da condenação e direito de voto (num brevíssimo divagar à procura da justiça do caso concreto). **Revista Ballot.**

demonstrar na ocorrência do fato criminal um conteúdo particular que justifique materialmente a aplicação daquela pena acessória<sup>347</sup>.

Na Alemanha, por sua vez, há a previsão constitucional no artigo 20 da Lei Fundamental alemã que todo o poder estatal emana do povo e é exercido por meio de eleições e votações<sup>348</sup>, não disciplinando especificamente sobre a restrição dos direitos políticos, embora traga no artigo 19 uma regra geral para a restrição dos direitos fundamentais expondo que um direito fundamental pode ser restringido por lei ou em virtude dela, desde que não se viole o seu núcleo essencial<sup>349</sup>. Já no parágrafo 45 do Código Penal alemão (*StGB*), há a previsão da possibilidade de restrição do sufrágio ativo como consequência acessória (*Nebenfolgen*) da condenação criminal

---

<sup>347</sup> Segundo o penalista português não seria o princípio do Estado democrático de Direito o balizador dessa concepção e sim o princípio político-criminal de luta contra o efeito estigmatizante, dessocializador e criminógeno das penas. Esta passagem do § 198 é particularmente relevante disso: “O TC [Tribunal Constitucional Português] já sustentou que o art. 30.º-4 da CRP «não é mais do que um corolário do princípio do Estado de Direito democrático (art. 2.º da CRP)» nas suas implicações no âmbito da «Constituição Penal». Na verdade – acrescentou –, os efeitos das penas traduzem-se «materialmente numa verdadeira pena, que não pode deixar de estar sujeita, na sua aplicação, às regras próprias do Estado de Direito democrático, designadamente reserva judicial, princípio da culpa, princípio da proporcionalidade da pena etc.» Este argumento vai, porém, longe demais. Do princípio do Estado de Direito democrático não decorre directa e necessariamente que ela seja violada pelo facto de, *por força de lei formal*, à condenação por um crime e à imposição da pena respectiva acrescerem outros efeitos de natureza penal: ainda estes podem ser vistos como fazendo parte do conteúdo da condenação e da pena nela (legalmente) aplicada. Não pois, directamente, o princípio constitucional do Estado de Direito democrático, mas o **princípio político-criminal de luta contra o efeito estigmatizante, dessocializador e criminógeno das penas** é o que oferece verdadeiro fundamento ao disposto no art. 30.º-4 da CRP” (grifos do original). FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. **Direito Penal Português**. p. 159.

<sup>348</sup> Art. 20 da Lei Fundamental Alemã (GG): “(1) *Die Bundesrepublik Deutschland ist ein demokratischer und sozialer Bundesstaat.* (2) *Alle Staatsgewalt geht vom Volke aus. Sie wird vom Volke in Wahlen und Abstimmungen und durch besondere Organe der Gesetzgebung, der vollziehenden Gewalt und der Rechtsprechung ausgeübt.* (3) *Die Gesetzgebung ist an die verfassungsmäßige Ordnung, die vollziehende Gewalt und die Rechtsprechung sind an Gesetz und Recht gebunden.* (4) *Gegen jeden, der es unternimmt, diese Ordnung zu beseitigen, haben alle Deutschen das Recht zum Widerstand, wenn andere Abhilfe nicht möglich ist*”. DEUTSCHLAND (ALEMANHA). [Constituição (1949)].

<sup>349</sup> Art. 19 da Lei Fundamental Alemã (GG): “(1) *Soweit nach diesem Grundgesetz ein Grundrecht durch Gesetz oder auf Grund eines Gesetzes eingeschränkt werden kann, muß das Gesetz allgemein und nicht nur für den Einzelfall gelten. Außerdem muß das Gesetz das Grundrecht unter Angabe des Artikels nennen.* (2) *In keinem Falle darf ein Grundrecht in seinem Wesensgehalt angetastet werden.* (3) *Die Grundrechte gelten auch für inländische juristische Personen, soweit sie ihrem Wesen nach auf diese anwendbar sind.* (4) *Wird jemand durch die öffentliche Gewalt in seinen Rechten verletzt, so steht ihm der Rechtsweg offen. Soweit eine andere Zuständigkeit nicht begründet ist, ist der ordentliche Rechtsweg gegeben. Artikel 10 Abs. 2 Satz 2 bleibt unberührt*”. DEUTSCHLAND (ALEMANHA). [Constituição (1949)].

pelo órgão julgador por um período de dois a cinco anos, quando houver lei que preveja especificamente essa restrição<sup>350</sup>.

Assim, a restrição do direito ao voto não surge como uma consequência necessária da condenação, mas uma possibilidade a ser analisada pelo órgão judicial. Ademais, nos parágrafos 45a e 45b do Código Penal alemão há a previsão de como se dará o cálculo do tempo de restrição do direito ao voto, que é estipulado da seguinte forma: a restrição se dá com a execução da sentença; a restrição começa a partir do dia em que a sentença se tenha cumprido, prescrita ou perdoada; o período de liberdade condicional será incluído no cálculo<sup>351</sup>. Por outro lado, o órgão judicial pode restabelecer o direito restringido quando a restrição do direito se mostrar efetiva já na metade do tempo que deveria durar e quando se pode esperar que o condenado não vá mais cometer crimes dolosos no futuro, não se computando o tempo em que o preso ficou sob custódia<sup>352</sup>.

---

<sup>350</sup> Parágrafo 45 do Código Penal Alemão (StGB): *“Nebenfolgen: Verlust der Amtsfähigkeit, der Wählbarkeit und des Stimmrechts (1) Wer wegen eines Verbrechens zu Freiheitsstrafe von mindestens einem Jahr verurteilt wird, verliert für die Dauer von fünf Jahren die Fähigkeit, öffentliche Ämter zu bekleiden und Rechte aus öffentlichen Wahlen zu erlangen. (2) Das Gericht kann dem Verurteilten für die Dauer von zwei bis zu fünf Jahren die in Absatz 1 bezeichneten Fähigkeiten aberkennen, soweit das Gesetz es besonders vorsieht. (3) Mit dem Verlust der Fähigkeit, öffentliche Ämter zu bekleiden, verliert der Verurteilte zugleich die entsprechenden Rechtsstellungen und Rechte, die er innehat. (4) Mit dem Verlust der Fähigkeit, Rechte aus öffentlichen Wahlen zu erlangen, verliert der Verurteilte zugleich die entsprechenden Rechtsstellungen und Rechte, die er innehat, soweit das Gesetz nichts anderes bestimmt. (5) Das Gericht kann dem Verurteilten für die Dauer von zwei bis zu fünf Jahren das Recht, in öffentlichen Angelegenheiten zu wählen oder zu stimmen, aberkennen, soweit das Gesetz es besonders vorsieht”*. DEUTSCHLAND (ALEMANHA). **Strafgesetzbuch (StGB)**.

<sup>351</sup> Parágrafo 45a do Código Penal Alemão (StGB): *“Eintritt und Berechnung des Verlustes: (1) Der Verlust der Fähigkeiten, Rechtsstellungen und Rechte wird mit der Rechtskraft des Urteils wirksam. (2) Die Dauer des Verlustes einer Fähigkeit oder eines Rechts wird von dem Tage an gerechnet, an dem die Freiheitsstrafe verbüßt, verjährt oder erlassen ist. Ist neben der Freiheitsstrafe eine freiheitsentziehende Maßregel der Besserung und Sicherung angeordnet worden, so wird die Frist erst von dem Tage an gerechnet, an dem auch die Maßregel erledigt ist. (3) War die Vollstreckung der Strafe, des Strafrestes oder der Maßregel zur Bewährung oder im Gnadenweg ausgesetzt, so wird in die Frist die Bewährungszeit eingerechnet, wenn nach deren Ablauf die Strafe oder der Strafrest erlassen wird oder die Maßregel erledigt ist”*. DEUTSCHLAND (ALEMANHA). **Strafgesetzbuch (StGB)**.

<sup>352</sup> Parágrafo 45a do Código Penal Alemão (StGB): *“Wiederverleihung von Fähigkeiten und Rechten: (1) Das Gericht kann nach § 45 Abs. 1 und 2 verlorene Fähigkeiten und nach § 45 Abs. 5 verlorene Rechte wiederverleihen, wenn: 1. der Verlust die Hälfte der Zeit, für die er dauern sollte, wirksam war und 2. zu erwarten ist, daß der Verurteilte künftig keine vorsätzlichen Straftaten mehr begehen wird. (2) In die Fristen wird die Zeit nicht eingerechnet, in welcher der Verurteilte auf behördliche Anordnung in einer Anstalt verwahrt worden ist”*. DEUTSCHLAND (ALEMANHA). **Strafgesetzbuch (StGB)**.

Voltando-se a pesquisa realizada pela ong *ProCon.Org*, verifica-se que há dez países que preveem uma vedação completa do direito de votar para os condenados criminais, restituindo esse direito apenas após o cumprimento da pena criminal. Dentre eles estão o Brasil, Argentina, Bulgária, Estônia, Hungria, Índia, Nova Zelândia, Rússia, San Marino e o Reino Unido. Por fim, há, ainda, quatro países que utilizam restrições do direito ao voto no sentido de que os criminosos são proibidos de votar mesmo após serem liberados da prisão. Armênia e Chile aplicariam essa limitação de forma ostensiva e generalizada para todo os criminosos. A Bélgica determina tal medida em casos muito específicos, para condenados a pena superior a sete anos de prisão<sup>353</sup>.

Já os Estados Unidos (EUA) seriam um caso à parte deste último grupo, uma vez que o país se constitui como um Estado federal e a legislação de restrição ao sufrágio ativo é de competência estadual, de forma que há uma grande diversidade de tipos e forma de restrições dentre os Estados membros<sup>354</sup>, com alguns Estados que têm, inclusive, restrições ao direito de voto daqueles que cometeram crimes de forma permanente<sup>355</sup>. Como afirmam Uggén, Shannon e Manza, os EUA são uma das nações mais rigorosas do mundo quando o assunto é a restrição do direito de votar dos condenados criminais. No ano de 2010, verificou-se que havia aproximadamente 5,85 milhões de americanos que estavam proibidos de votar por motivos de condenação criminal<sup>356</sup>. Como destaca Dhami, as leis de privação do direito ao voto americanas se referem apenas aos condenados por delitos graves (*felony*), não abarcando toda e qualquer condenação criminal<sup>357</sup>.

Com efeito, no ano de 2010, aproximadamente 2,5% da população em idade de votar nos EUA estava impedida de exercer esse direito por motivos de condenação criminal, ou seja, 1 em cada 40 adultos com idade para votar. Os condenados que já cumpriram a pena em onze Estados que restringem os direitos políticos também depois de cumpridas as penas compõem cerca de 45% de toda a população excluída,

---

<sup>353</sup> PROCON.ORG. **International Comparison of Felon Voting Laws.**

<sup>354</sup> MIRANDA, João Vitor Silva. Crítica à Suspensão do Direito Político Ativo das Pessoas Condenadas Criminalmente.

<sup>355</sup> DHAMI, Mandeep K. La Política de Privación del Sufragio a los Presos.

<sup>356</sup> UGGEN, Cristopher; SHANNON, Sarah; MANZA, Jeff. **State-Level Estimates of Felon Disenfranchisement in the United States, 2010.**

<sup>357</sup> DHAMI, Mandeep K. La Política de Privación del Sufragio a los Presos.

totalizando mais de 2,6 milhões de pessoas sem a possibilidade de votar. O número de pessoas sem o direito ao voto por condenação criminal aumentou drasticamente nas últimas décadas, à medida que a população sob controle da justiça criminal também aumentou, estimando-se que 1,17 milhão de pessoas foram excluídas das eleições em 1976, 3,34 milhões em 1996 e mais de 5,85 milhões em 2010. As taxas de privação de direitos variam dramaticamente de acordo com o Estado, devido a grandes variações nas proibições de voto, de forma que em seis Estados membros, Alabama, Flórida, Kentucky, Mississippi, Tennessee e Virgínia, mais de 7% da população adulta está com o direito de votar restringido. Constatou-se que 1 em cada 13 afro-americanos em idade de votar não tem direito a voto, uma taxa mais de quatro vezes maior que os não-afro-americanos, ou seja, aproximadamente 7,7 por cento da população afro-americana adulta é impossibilitada de votar, em comparação com 1,8 por cento da população não afro-americana. Por fim, as taxas de privação de direitos dos afro-americanos também variam significativamente de Estado para Estado. Em três estados, Flórida (23%), Kentucky (22%) e Virgínia (20%), mais de um em cada cinco afro-americanos é desprovido do direito de participar nas eleições<sup>358</sup>.

Passando-se, agora, a breve análise de dois julgados da Corte Europeia de Direitos Humanos (CEDH) acerca da suspensão do voto de condenados criminais, o caso *Hirst v. The United Kingdom (UK)*<sup>359</sup> e o caso *Kulinski and Sabev v. Bulgaria*<sup>360</sup>, de forma a trazer apontamentos para a prática jurídica brasileiro.

De início, deve destacar, por óbvio, que não se pode fazer uma transposição direta dos julgados pela CEDH para o cenário brasileiro, primeiro porque a sistemática legal internacional que rege as decisões daquele tribunal não é a mesma (na sua integralidade) que se aplica ao Brasil, segundo porque ademais das legislações de direito internacional diferentes, as Constituições e legislações internas dos países que foram julgados também são distintas. De qualquer forma é interessante de se analisar a *ratio decidendi* desses julgados.

---

<sup>358</sup> UGGEN, Christopher; SHANNON, Sarah; MANZA, Jeff. **State-Level Estimates of Felon Disenfranchisement in the United States, 2010.**

<sup>359</sup> COUNCIL OF EUROPE. European Court of Human Rights (Grand Chamber). **Case of Hirst v. The United Kingdom.**

<sup>360</sup> COUNCIL OF EUROPE. European Court of Human Rights (Fifth Section). **Case of Kulinski and Sabev v. Bulgaria.**

Analisando primeiramente o caso *Hirst v. UK*, trata-se de decisão da CEDH sobre a legislação britânica que impedia prisioneiros de votarem. John Hirst ajuizou pedido em face do Reino Unido (UK) pleiteando o direito de votar que havia lhe sido limitado pela legislação daquele país, esse pedido foi feito com base no artigo 3 do protocolo nº 1 da Convenção Europeia dos Direitos Humanos<sup>361</sup> dos quais o Reino Unido era signatário. A CEDH entendeu procedente a demanda. Passamos então aos argumentos utilizados pela Corte<sup>362</sup>.

O Plenário da Corte apresentou alguns argumentos para a procedência do pedido do autor, o principal deles foi o de desproporcionalidade da exclusão do direito ao voto dos prisioneiros. Aduzindo que o fato de o Reino Unido retirar um grande grupo de pessoas da possibilidade de participação das eleições, de forma automática e independentemente da duração da pena ou da gravidade da sua infração, era arbitrário e anômalo<sup>363</sup>.

Ao analisar a questão sobre a margem de apreciação do legislativo daquele país sobre a suspensão do direito ao voto dos presos, a CEDH apontou que é possível que os parlamentos nacionais busquem um equilíbrio ao determinar os casos em que haveria a perda do direito ao voto por condenação criminal, possuindo sim, cada país, uma margem de apreciação sobre a matéria. Contudo, a Corte asseverou que o Reino Unido violou a legislação porque nunca buscou encontrar qualquer equilíbrio na

---

<sup>361</sup> Artigo 3 do protocolo nº 1 da Convenção Europeia dos Direitos Humanos: **“Right to free elections** The High Contracting Parties undertake to hold free elections at reasonable intervals by secret ballot, under conditions which will ensure the free expression of the opinion of the people in the choice of the legislature”; **“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” (tradução livre). COUNCIL OF EUROPE. **Protocol to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms as amended by Protocol Nº. 11.**

<sup>362</sup> FREDES, Andrei Ferreira. *HIRST VS. THE UNITED KINGDOM: HIRST VS. REINO UNIDO. Direitos Fundamentais & Justiça.*

<sup>363</sup> “41. The Chamber found that the exclusion from voting imposed on convicted prisoners in detention was disproportionate. It had regard to the fact that it stripped a large group of people of the vote; that it applied automatically irrespective of the length of the sentence or the gravity of the offence; and that the results were arbitrary and anomalous, depending on the timing of elections.”

questão e que simplesmente definiu uma perda absoluta do direito de votar para os condenados, independente do crime e da pena imposta<sup>364</sup>.

Ademais, a CEDH afirmou que o direito ao voto não é apenas um privilégio, e sim que o sufrágio universal se tornou um princípio básico para estabelecer e manter os fundamentos de uma democracia efetiva e significativa em um Estado de Direito<sup>365</sup>. Ainda, a Corte ressaltou que apesar da importância do direito ao voto, não se trata de um direito absoluto, havendo uma ampla margem de apreciação na qual cada Estado membro pode de muitas maneiras organizar e executar o seu sistema eleitoral, uma vez que há diversas diferenças na comunidade europeia, como de riquezas, de evolução histórica, de diversidade cultural e de pensamento político, cabendo a cada país dar o molde ao sistema eleitoral conforme a sua própria visão democrática<sup>366</sup>. Apesar disso, qualquer desvio do princípio do sufrágio universal corre o risco de pôr em causa a validade democrática do legislador assim eleito e as leis que promulga. A

---

<sup>364</sup> “84. In a case such as the present one, where Contracting States have adopted a number of different ways of addressing the question of the right of convicted prisoners to vote, the Court must confine itself to determining whether the restriction affecting all convicted prisoners in custody exceeds any acceptable margin of appreciation, leaving it to the legislature to decide on the choice of means for securing the rights guaranteed by Article 3 of Protocol No. 1 [...] 85. The Court concludes that there has been a violation of Article 3 of Protocol No. 1.”

<sup>365</sup> “58. The Court has had frequent occasion to **highlight the importance of democratic principles** underlying the interpretation and application of the Convention [...], and it would take this opportunity to emphasise that the rights guaranteed under Article 3 of Protocol No. 1 are **crucial to establishing and maintaining the foundations of an effective and meaningful democracy governed by the rule of law** (see also the importance of these rights as recognised internationally in “Relevant international materials”, paragraphs 26-39 above). 59. As pointed out by the applicant, **the right to vote is not a privilege**. In the twenty-first century, the presumption in a democratic State must be in favour of inclusion, as may be illustrated, for example, by the parliamentary history of the United Kingdom and other countries where the franchise was gradually extended over the centuries from select individuals, elite groupings or sections of the population approved of by those in power. **Universal suffrage has become the basic principle [...]**”.

<sup>366</sup> “60. Nonetheless, the rights bestowed by Article 3 of Protocol No. 1 are not absolute. There is room for implied limitations and Contracting States must be allowed a margin of appreciation in this sphere. 61. There has been much discussion of the breadth of this margin in the present case. The Court reaffirms that the margin in this area is wide [...]. There are numerous ways of organising and running electoral systems and a wealth of differences, inter alia, in historical development, cultural diversity and political thought within Europe which it is for each Contracting State to mould into their own democratic vision”.

exclusão de quaisquer grupos ou categorias da população em geral deve, portanto, ser conciliável com os propósitos subjacentes de identificar a vontade do povo<sup>367</sup>.

Por fim, a CEDH mencionou que existem 48 mil presos no Reino Unido que estão impossibilitados de votar devido ao cumprimento de sentença, um número significativo que não pode ser desprezado. Além disso, a Corte observou que, mesmo nos casos de criminosos cujos crimes são suficientemente graves para atrair uma pena de prisão imediata, para o infrator ser de fato privado do direito de votar necessita que o juiz da condenação assim o declare em sentença. Neste sentido, pode-se notar que, ao sentenciar, os tribunais criminais na Inglaterra e no País de Gales não fazem referência expressa a privação de direitos políticos, e asseverou a Corte que não é evidente que a condenação por uma pena de prisão possua qualquer relação direta com a remoção do direito de voto<sup>368</sup>.

<sup>367</sup> “62. It is, however, for the Court to determine in the last resort whether the requirements of Article 3 of Protocol No. 1 have been complied with; it has to satisfy itself that the conditions do not curtail the rights in question to such an extent as to impair their very essence and deprive them of their effectiveness; that they are imposed in pursuit of a legitimate aim; and that the means employed are not disproportionate [...]. In particular, any conditions imposed must not thwart the free expression of the people in the choice of the legislature – in other words, they must reflect, or not run counter to, the concern to maintain the integrity and effectiveness of an electoral procedure aimed at identifying the will of the people through universal suffrage. For example, the imposition of a minimum age may be envisaged with a view to ensuring the maturity of those participating in the electoral process or, in some circumstances, eligibility may be geared to criteria, such as residence, to identify those with sufficiently continuous or close links to, or a stake in, the country concerned [...]. Any departure from the principle of universal suffrage risks undermining the democratic validity of the legislature thus elected and the laws it promulgates. Exclusion of any groups or categories of the general population must accordingly be reconcilable with the underlying purposes of Article 3 of Protocol No. 1 [...]”.

<sup>368</sup> “77. The Government have argued that the measure was proportionate, pointing out, inter alia, that it only affected some 48,000 prisoners (not the 70,000 stated in the Chamber judgment which omitted to take into account that prisoners on remand were no longer under any ban) and submitting that the ban was in fact restricted in its application as it affected only those convicted of crimes serious enough to warrant a custodial sentence and did not apply to those detained on remand, for contempt of court or for default in payment of fines. On the latter point, the Latvian Government have also placed emphasis on the fact that, in Contracting States, imprisonment is the last resort of criminal justice (see paragraph 55 above). Firstly, the Court does not regard the difference in numbers identified above to be decisive. The fact remains that it is a significant figure and it cannot be claimed that the bar is negligible in its effects. Secondly, while it is true that there are categories of detained persons unaffected by the bar, it nonetheless concerns a wide range of offenders and sentences, from one day to life and from relatively minor offences to offences of the utmost gravity. Further, the Court observes that, even in the case of offenders whose offences are sufficiently serious to attract an immediate custodial sentence, whether the offender is in fact deprived of the right to vote will depend on whether the sentencing judge imposes such a sentence or opts for some other form of sanction, such as a community sentence. In this regard, it may be noted that, when sentencing, the criminal courts in England and Wales make no reference to disenfranchisement and it is not apparent, beyond the fact that a court considered it appropriate to impose a sentence of imprisonment, that there is any direct link between the facts of any individual case and the removal of the right to vote”.

Passando ao caso *Kulinski and Sabev v. Bulgaria*, trata-se de decisão da CEDH que condenou, por unanimidade, a Bulgária porque houve uma violação do artigo 3º do Protocolo nº 1 (direito a eleições livres) da Convenção Europeia dos Direitos Humanos. O processo dizia respeito à proibição constitucionalmente prevista sobre o direito de votar dos prisioneiros na Bulgária. A Corte europeia confirmou, nesse julgado, a sua jurisprudência anterior asseverando que uma restrição do direito ao voto dos presos de forma geral, automática e indiscriminada é desproporcional a qualquer objetivo legítimo buscado.

No caso em concreto, Krum Kulinski e Asen Sabev eram cidadãos búlgaros. Kulinski foi condenado por vandalismo, cumpriu pena e foi liberado em dezembro de 2009. Sabev estava cumprindo pena de prisão perpétua, com possibilidade de comutação, visto que foi condenado por roubo e assassinato, em 2003. Ambos os condenados estavam cumprindo suas penas, quando houve as eleições para o Parlamento Europeu e para o Parlamento búlgaro em 2009. De acordo com a legislação do país, os prisioneiros condenados não podiam votar, dessa forma nenhum posto de votação foi instalado na prisão onde cumpriam pena. Posteriormente, Sabev tampouco foi autorizado a votar nas eleições para o Parlamento búlgaro em 2013 e 2014, e na eleição para o Parlamento Europeu em 2014<sup>369</sup>.

O pedido foi apresentado à Corte Europeia de Direitos Humanos em 30 de novembro de 2009. A CEDH sublinhou que o artigo 3º do Protocolo nº 1 era para ser compreendido como direito subjetivo individual de participação – sendo um "direito de voto", mas também um "direito de concorrer às eleições para a legislatura". A restrição do direito ao voto nas eleições para o Parlamento Europeu e para o Parlamento búlgaro dos recorrentes tinha constituído uma interferência no seu direito

---

<sup>369</sup> "The applicants, Krum Kulinski and Asen Sabev, are Bulgarian nationals who were born in 1970 and 1977 respectively. Convicted of hooliganism, Mr Kulinski served his sentence between 6 November 2008 and 30 December 2009, when he was released. Convicted of robbery and murder in 2003, Mr Sabev is currently serving a life sentence, with the possibility of commutation. While both applicants were serving their sentences, elections to the European Parliament and to the Bulgarian Parliament took place in June and July 2009 respectively. In accordance with the relevant legislation, which did not allow sentenced prisoners to vote, no polling station was set up in the prison where the applicants were held. Subsequently, Mr Sabev was not allowed to vote in the elections to the Bulgarian Parliament in May 2013 and October 2014, nor in the European Parliament election in May 2014".

ao sufrágio. Por outro lado, a Corte aceitou os argumentos do Governo de que a proibição de votação para prisioneiros condenados foi destinada a promover o Estado de Direito e o reforço da responsabilidade cívica, que ambos os argumentos eram legítimos para os efeitos do artigo 3º do Protocolo nº 1<sup>370</sup>.

No entanto, a CEDH chegou à conclusão de que a restrição era, no caso em concerto, desproporcional relativamente aos objetivos pretendidos. Houve, portanto, uma violação ao direito a eleições livres em relação a ambos os presos no que diz respeito às eleições que tiveram lugar em 2009, e em relação a Sabev que diz respeito às eleições que tiveram lugar em 2013 e 2014. Para chegar a esta conclusão, a Corte observou que os recorrentes tinham sido privados do direito ao voto como resultado de uma proibição geral de participação nas eleições que era aplicada a todos os presos condenados. Esta proibição foi inequívoca e categórica, resultante da própria Constituição búlgara, a qual foi reproduzida em várias leis ordinárias. A situação no caso dos recorrentes era, portanto, comparável à examinada pela Corte em outro caso (*Anchugov and Gladkov v. Russia*), no qual a Constituição impunha uma proibição geral de votar a todos os presos condenados à pena de prisão. Ocasão, em que a CEDH havia considerado uma violação da Convenção<sup>371</sup>.

Em outro caso como o de *Scoppola v. Italy (n.º. 3)*<sup>372</sup>, em que a lei previa uma proibição de votar apenas em relação às pessoas condenadas a uma pena de prisão de três anos ou mais, a Corte havia ressaltado que a supressão do direito de votar –

<sup>370</sup> “The Court emphasised that Article 3 of Protocol no. 1 was to be read as comprising individual subjective rights of participation – the “right to vote” and the “right to stand for election to the legislature”. The applicants’ deprivation of the right to vote in the elections to the European Parliament and to the Bulgarian Parliament had constituted an interference with their right under Article 3 of Protocol No. 1. The Court accepted the Government’s argument that the ban on voting for convicted prisoners was aimed at promoting the rule of law and enhancing civic responsibility, both of which were legitimate aims for the purposes of Article 3 of Protocol No. 1”.

<sup>371</sup> “However, the Court came to the conclusion that the restriction was disproportionate to the aims pursued. There had accordingly been a violation of Article 3 of Protocol No. 1 in respect of both applicants as regards the elections which took place in 2009, and in respect of Mr Sabev as regards the elections which took place in 2013 and 2014. In arriving at that conclusion, the Court observed that the applicants had been deprived of the right to vote as a result of a blanket ban on voting which applied to all convicted persons who were in detention. That prohibition was unambiguous and categorical; it stemmed from the Bulgarian Constitution and was reproduced in several ordinary laws. The situation in the applicants’ case was thus comparable to that examined by the Court in another case, *Anchugov and Gladkov v. Russia*, where the Constitution imposed a blanket ban on voting on all convicted prisoners serving prison sentences, which the Court had found to be in breach of the Convention”.

<sup>372</sup> COUNCIL OF EUROPE. European Court of Human Rights (Grand Chamber). **Case of Scoppola v. Italy (Nº. 3)**.

não por uma decisão judicial, mas por decorrência da própria lei – não dava, por si só, origem a uma violação ao direito a eleições livres. No entanto, ao contrário de *Scoppola v. Italy* (n.º 3), no presente caso os dispositivos legais não ajustavam a proibição do voto apenas para determinadas circunstâncias específicas, de gravidade da infração ou da conduta do ofensor. Enquanto os Estados tinham uma certa margem de apreciação acerca do direito ao voto, uma restrição geral, automática e indiscriminada desse direito protegido pela convenção não era aceitável<sup>373</sup>.

Por fim, a Corte Europeia de Direitos Humanos manifestou-se sobre o argumento que o Governo búlgaro esgrimiou – o qual alegava que os prisioneiros recuperam seu direito ao voto após a liberação da pena de prisão – aduzindo que isso não muda o fato de que todos os prisioneiros condenados na Bulgária, incluindo os recorrentes, independentemente de suas circunstâncias individuais, de sua conduta e da gravidade das infrações cometidas, têm sido privados do direito ao voto<sup>374</sup>.

Analisando todos esses argumentos debatidos nas decisões da Corte Europeia de Direitos Humanos e em forma de síntese deste item, vemos que realmente o direito ao voto, ademais de ser um direito fundamental, é de vital importância para um Estado que se pretenda democrático e de direito, devendo a sua suspensão ou mesmo perda ser justificada argumentativa e racionalmente, sob pena de incorrer apenas em mero exercício arbitrário de poder, ocasionando um déficit democrático e de legitimidade.

Por fim, e antes de encerrar este subcapítulo em que se analisa a restrição do sufrágio ativo no Brasil e no direito comparado, deve ressaltar o caso Julgado na Corte

---

<sup>373</sup> “In the case of *Scoppola v. Italy* (n.º 3),<sup>3</sup> where the law provided for a prohibition on voting only in respect of persons sentenced to a prison term of three years or more, the Court had underlined that the removal of the right to vote – not by a decision of a judge but in law – did not, in itself, give rise to a violation of Article 3 of Protocol No. 1. However, unlike in *Scoppola* (no.3), in the applicants’ case the relevant legal provisions did not adjust the voting ban to the circumstances of the particular case, the gravity of the offence or the conduct of the offender. While States had a certain room for manoeuvre (“margin of appreciation”) in respect of voting rights, a general, automatic and indiscriminate restriction of the right protected under Article 3 of Protocol No. 1 was not acceptable”.

<sup>374</sup> “Finally, the Court addressed, in particular, the Bulgarian Government’s argument that prisoners regained their right to vote upon their release from prison. The Court observed that this did not change the fact that under the law in force at the time of the elections in question all convicted prisoners in Bulgaria, including the applicants, regardless of their individual circumstances, their conduct and the gravity of the offences committed, had been deprived of the right to vote”.

Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) *case of Yatama v. Nicarágua*<sup>375</sup>. Neste caso não se julgou especificamente a questão da restrição do sufrágio ativo, mas, sim, a restrição do sufrágio passivo. De qualquer forma a Corte tangenciou alguns argumentos sobre o sufrágio ativo que merecem alguma atenção neste trabalho, porque embora o Brasil não tenha sido parte neste caso, as decisões e interpretações da CIDH também oferecem parâmetros para o sistema Americano de direitos humanos, do qual o Brasil faz parte.

Inicialmente a Corte aludiu ao fato que a participação política pode incluir atividades amplas e diversificadas que as pessoas podem realizar individualmente ou organizadas em grupos, com o propósito de intervir na designação e influenciar aqueles que governarão o Estado; que o exercício dos direitos de votar e de ser eleito, que estão intimamente ligados entre si, é expressão das dimensões individual e social da participação política. A CIDH, ainda, asseverou que os cidadãos possuem o direito de participar na direção dos assuntos públicos por meio de representantes livremente eleitos. Nesse sentido, o direito ao voto seria um dos elementos centrais para a qualquer regime democrático e uma das formas com as quais os cidadãos exercem o direito à participação da vida política de seu Estado. Esses direitos implicam que os cidadãos possam eleger livremente e em condições de igualdade quem os representarão<sup>376</sup>.

Então, a CIDH assentou que se deve ter em conta que a simples previsão e aplicação de requisitos para se exercer os direitos políticos não constituem, por si só, uma restrição indevida aos direitos políticos; que como direitos humanos, os direitos políticos não são absolutos e também podem ser limitados. A questão a saber é: a sua regulamentação e limitação deve observar os princípios de legalidade, necessidade e proporcionalidade em um regime democrático.

---

<sup>375</sup> ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH). **Caso Yatama vs. Nicarágua.**

<sup>376</sup> ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH). **Caso Yatama vs. Nicarágua.**

Assim, de acordo com o artigo 23.2 da Convenção<sup>377</sup>, é possível regulamentar o exercício dos direitos políticos, exclusivamente pelas razões estabelecidas nesse inciso, quais sejam: por motivos de idade, de nacionalidade, de residência, de idioma, de instrução, de capacidade civil ou mental e de condenação criminal. Ademais, as restrições devem se encontrar previstas em uma lei, não serem discriminatórias, possuírem critérios razoáveis, atenderem a propósitos úteis no sentido de serem necessárias para satisfazer um interesse público legítimo, mostrando-se proporcional a esse interesse; nesse sentido, quando houver várias opções para se alcançar ao fim legítimo, deve-se escolher o meio que menos restrinja o direito protegido, guardando uma maior proporcionalidade com o fim que se persegue<sup>378</sup>.

Dessa forma, os Estados podem estabelecer padrões mínimos para regulamentar a participação política, sempre e quando sejam razoáveis de acordo com os princípios da democracia representativa. Estes padrões devem garantir, entre outras, a realização de eleições periódicas, livres, justas e baseadas no sufrágio universal, igual e secreto como expressão da vontade dos eleitores que reflita a soberania do povo, levando-se em conta que , devem promover e fomentar a participação política e fortalecer a democracia, com especial destaque para os membros das comunidades indígenas e minorias étnicas<sup>379</sup>.

A Corte, também, destacou que, de acordo com o artigo 29, alínea “a” da Convenção<sup>380</sup>, não se pode limitar o alcance pleno dos direitos políticos de maneira

<sup>377</sup> Artigo 23 da Convenção Americana de Direitos Humanos: “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 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**”. ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica).

<sup>378</sup> ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH). **Caso Yatama vs. Nicarágua**.

<sup>379</sup> ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH). **Caso Yatama vs. Nicarágua**.

<sup>380</sup> Artigo 29 da Convenção Americana de Direitos Humanos: “Normas de interpretação: Nenhuma disposição desta Convenção pode ser interpretada no sentido de: a. permitir a qualquer dos Estados Partes, grupo ou pessoa, suprimir o gozo e exercício dos direitos e liberdades reconhecidos na Convenção ou limitá-los em maior medida do que a nela prevista; [...]”. ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica).

que sua regulamentação ou que as decisões que sejam adotadas em aplicação desta regulamentação se convertam em um impedimento na participação efetiva das pessoas no governo do Estado, tornando ilusória essa participação, restringindo os direitos em questão para além do seu conteúdo essencial<sup>381</sup>.

A CIDH entendeu, ainda, que os Estados têm a obrigação de garantir o gozo dos direitos políticos, o que implica que a regulamentação do exercício destes direitos e sua aplicação sejam conformes ao princípio de igualdade e da não discriminação, devendo serem adotadas as medidas necessárias para garantir o pleno exercício desses direitos, consoante os artigos 23, 24, 1.1 e 2 da Convenção<sup>382</sup>. A Corte ressaltou que essa obrigação de garantir não se cumprem apenas com a mera emissão de uma norma que reconheça formalmente estes direitos, exigindo, também, que o Estado adote medidas necessárias para garantir o pleno exercício desses direitos, considerando a situação de debilidade ou desamparo em que possam se encontrar os integrantes de certos setores ou grupos sociais. Por fim, a Corte firmou que considera indispensável que os Estados produzam as condições e mecanismos necessários para que os direitos políticos possam ser exercidos de forma efetiva pelos cidadãos<sup>383</sup>.

## 2.2 HISTÓRICO CONSTITUCIONAL DA RESTRIÇÃO DO SUFRÁGIO ATIVO NO BRASIL

---

<sup>381</sup> ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). **Caso Yatama vs. Nicaragua**.

<sup>382</sup> Art. 1 da Convenção Americana de Derechos Humanos (CADH): “Obrigação de respeitar os direitos: 1. Os Estados Partes nesta Convenção comprometem-se a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição, sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social. 2. Para os efeitos desta Convenção, pessoa é todo ser humano”; art. 2 da CADH: “Dever de adotar disposições de direito interno: Se o exercício dos direitos e liberdades mencionados no artigo 1 ainda não estiver garantido por disposições legislativas ou de outra natureza, os Estados Partes comprometem-se a adotar, de acordo com as suas normas constitucionais e com as disposições desta Convenção, as medidas legislativas ou de outra natureza que forem necessárias para tornar efetivos tais direitos e liberdades”; **artigo 24** da CADH: “Igualdade perante a lei: Todas as pessoas são iguais perante a lei. Por conseguinte, têm direito, sem discriminação, a igual proteção da lei”. ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). **Convenção Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica)**.

<sup>383</sup> ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). **Caso Yatama vs. Nicaragua**.

Neste subcapítulo, realizar-se-á a uma investigação sobre a restrição do sufrágio ativo nas Constituições brasileiras anteriores, até se chegar a Constituição Federal de 1988, sem olvidar, das discussões havidas na Assembleia Nacional Constituinte que operou de 1987 a 1988.

Voltando-se, mais especificamente, à restrição dos direitos políticos no ordenamento jurídico pátrio, destaca-se que a ideia de se suspender os direitos políticos dos cidadãos por condenação criminal não é nova na história constitucional brasileira<sup>384</sup>, encontrando-se referências a ela nas Constituições brasileiras anteriores.

Ressalta-se que a “Constituição Política do Imperio do Brazil” outorgada por Dom Pedro I do Brasil (Dom Pedro IV de Portugal) em 1824, previa votação e eleições regulares para ambas as Casas Legislativas, estabelecendo normas que definiam o direito e o exercício do voto; o que se repetiu em todas as Constituições nacionais posteriores, a exceção da Carta constitucional de 1937, que institui o único regime político que aboliu completamente as eleições no país<sup>385</sup>.

Nesse sentido, a primeira Constituição do Brasil trazia em seu bojo dois artigos interessantes para a discussão aqui proposta: expondo que perderia os direitos de cidadão brasileiro quem, dentre outras hipóteses, fosse banido por sentença<sup>386</sup>, bem como que se suspenderiam o exercício dos direitos políticos, dentre outras hipóteses, por sentença condenatória a pena de prisão ou degredo, enquanto

---

<sup>384</sup> Como destaca Ferraz Junior, o Brasil, enquanto país independente, nasce sob a égide de uma Constituição: “Pode-se dizer que o Brasil nasce sob a égide de uma Constituição. Desde o início, o Estado Brasileiro foi um Estado constitucional, e foi um Estado constitucional que teve por processo institucional a convocação de uma Constituinte. É verdade que ela não funcionou, porque depois de eleita acabou sendo dissolvida pelo Imperador, tendo sido preparada por uma comissão uma outra Constituição que se tornou afinal a Constituição do Império. Mas não há dúvida de que a ideia de uma Constituinte marca o nascimento do Estado brasileiro”. FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Constituinte**. p. 47.

<sup>385</sup> NICOLAU, Jairo. **Eleições no Brasil**.

<sup>386</sup> Art. 7º da Constituição brasileira de 1824: “Perde os Direitos de Cidadão Brasileiro I. O que se naturalizar em paiz estrangeiro. II. O que sem licença do Imperador aceitar Emprego, Pensão, ou Condecoração de qualquer Governo Estrangeiro. III. O que for banido por Sentença”. BRASIL. [Constituição (1824)]. **Constituição Política do Imperio do Brazil**.

durassem os seus efeitos<sup>387</sup>. Verifica-se também que disposições similares foram inseridas no Código Criminal do Império promulgado em 1830<sup>388</sup>.

Ainda, nessa Constituição, no capítulo VI, que tratava das eleições, havia a previsão de sufrágio censitário<sup>389</sup> e de eleição indireta<sup>390</sup> para a Câmara dos Deputados e para o Senado, que era realizada em dois níveis: primeiro, nas assembleias primárias de paróquia ou locais, se escolhia os eleitores de província, os quais, em sequência, elegiam os deputados e senadores. A representação na Câmara dos Deputados era temporária e eletiva, realizada diretamente pelos eleitores da província. Já a representação dos Senadores era vitalícia, mas a eleição pelos eleitores de província gerava uma lista tríplice na qual o Imperador tinha o poder final de escolha<sup>391</sup>.

<sup>387</sup> Art. 8º da Constituição brasileira de 1824: “Suspende-so o exercicio dos Direitos Politicos I. Por incapacidade physica, ou moral. **II. Por Sentença condemnatoria a prisão, ou degredo, emquanto durarem os seus efeitos.**”. BRASIL. [Constituição (1824)].

<sup>388</sup> Conforme o art. 50 e seguintes Código Criminal do Império de 1830: “**A pena de banimento privará para sempre os réos dos direitos de cidadão brasileiro**, e os inibirá perpetuamente de habitar o territorio do Imperio. Os banidos, que voltarem ao territorio do Imperio, serão condemnados á prisão perpetua”; “Art. 51. **A pena de degredo** obrigará os réos a residir no lugar destinado pela sentença, sem poderem sahir d'elle, durante o tempo, que a mesma lhes marcar. A sentença nunca destinará para degredo lugar, que se comprehenda dentro da comarca, em que morar o offendido”; “Art. 52. **A pena de desterro**, quando outra declaração não houver, obrigará os réos a sahir dos termos dos lugares do delicto, da sua principal residencia, e da principal residencia do offendido, e a não entrar em algum delles, durante o tempo marcado na sentença”; “Art. 53. **Os condemnados á galés, á prisão com trabalho, á prisão simples, a degredo ou a desterro, ficam privados do exercicio dos direitos politicos de cidadão brasileiro, emquanto durarem os efeitos da condemnação**”. BRASIL. **Lei de 16 de dezembro de 1830 (Codigo Criminal Do Imperio Do Brazil)**.

<sup>389</sup> Art. 91 da Constituição brasileira de 1824: “**Têm voto nestas Eleições primarias I. Os Cidadãos Brasileiros, que estão no gozo de seus direitos politicos.** II. Os Estrangeiros naturalizados”; Art. 92 da Constituição brasileira de 1824: “**São excluidos de votar nas Assembléas Parochiaes.** I. Os menores de vinte e cinco annos, nos quaes se não comprehendem os casados, e Officiaes Militares, que forem maiores de vinte e um annos, os Bachares Formados, e Clerigos de Ordens Sacras. II. Os filhos familias, que estiverem na companhia de seus pais, salvo se servirem Officios publicos. III. Os criados de servir, em cuja classe não entram os Guardalivros, e primeiros caixeiros das casas de commercio, os Criados da Casa Imperial, que não forem de galão branco, e os administradores das fazendas ruraes, e fabricas. IV. Os Religiosos, e quaesquer, que vivam em Comunidade claustral. V. **Os que não tiverem de renda liquida annual cem mil réis por bens de raiz, industria, commercio, ou Empregos**”; Art. 93 da Constituição brasileira de 1824: “Os que não podem votar nas Assembléas Primarias de Parochia, não podem ser Membros, nem votar na nomeação de alguma Autoridade electiva Nacional, ou local”. BRASIL. [Constituição (1824)].

<sup>390</sup> Art. 90 da Constituição brasileira de 1824: “As nomeações dos Deputados, e Senadores para a Assembléa Geral, e dos Membros dos Conselhos Geraes das Provincias, serão feitas por Eleições indirectas, elegendo a massa dos **Cidadãos activos** em Assembléas Parochiaes os Eleitores de Provincia, e estes os Representantes da Nação, e Provincia”. BRASIL. [Constituição (1824)].

<sup>391</sup> NOGUEIRA, Octaciano. **Constituições Brasileiras, vol. I, 1824.**

Assim, fazia-se uma categorização dos cidadãos em ativos e inativos, sendo que os “Cidadãos activos” eram aqueles que podiam eleger os integrantes do governo local e do parlamento, sendo, a contrário senso, inativos todos os outros: mulheres<sup>392</sup>, pessoas não livres, menores de 25 anos e pessoas com renda anual inferior a 100 mil réis ou bens nesse valor. Logo, os cidadãos inativos, embora pudessem usufruir de direitos civis – por exemplo, receber herança –, não podiam participar na formação da vontade política no Império<sup>393</sup>.

Conforme destacava Afonso Arinos, o Estado brasileiro não era, à época, exceção à regra adotada na maioria dos países ocidentais ao praticar o voto censitário; ressaltava que o voto censitário era adotado por toda a Europa durante a mesma época de utilização no Brasil, com a exceção única da Suíça, que começou a adotar o sufrágio universal já em 1830. Isto é, não éramos a exceção nesse tema<sup>394</sup>. Conseqüentemente, apenas um pouco mais de 1% da população brasileira estava apta a votar, no que também não estávamos em descompasso com a prática e o pensamento político dos demais países democráticos da época<sup>395</sup>. Esse sistema eleitoral de votação em dois níveis perdurou até a reforma eleitoral realizada pelo Gabinete de José Antônio Saraiva. A reforma resultou na edição do Decreto nº 3.029 em 1881, que ficou conhecida como a Lei Saraiva, que foi a responsável por instituir o voto direto no Brasil<sup>396</sup>.

Já a primeira Constituição republicana brasileira – no título IV, que tratava dos cidadãos brasileiros – inovou com um dispositivo que previa a suspensão dos direitos políticos, dentre outras hipóteses, por condenação criminal enquanto durassem os seus efeitos, sem contudo, nenhuma ressalva quanto ao tipo de pena necessária para

---

<sup>392</sup> Conforme destaca Pimenta Bueno: “nos termos bem expressos do art. 90 da constituição, só a massa dos cidadãos activos é que goza de direitos políticos, e conseqüentemente que os cidadãos inactivos no sentido do direito publico não gozão de taes facultades. Nesta classe são incluídas as Brasileiras, quaesquer que sejam aliás as suas capacidades e habilitações”, “Conseqüentemente podemos estabelecer a these que no Brazil não gozão dos direitos políticos os Brasileiros que a lei fundamental não admite a votar em taes eleições”. BUENO, José Antônio Pimenta (Marquês de São Vicente). **Direito Público Brasileiro e Analyse da Constituição do Imperio**. p. 470-471.

<sup>393</sup> MARQUES, Teresa Cristina de Novaes. **O Voto Feminino no Brasil**.

<sup>394</sup> Como destaca Afonso Arinos, a França, até o ano de 1848, detinha uma população muito maior que a do Brasil em 1881, mas não chegava a ter 250 mil eleitores. MELO FRANCO, Afonso Arinos de. **A Câmara dos Deputados**.

<sup>395</sup> NOGUEIRA, Octaciano. **Constituições Brasileiras**.

<sup>396</sup> MARQUES, Teresa Cristina de Novaes. **O Voto Feminino no Brasil**.

que se procedesse a essa restrição<sup>397</sup>. Embora o sufrágio não fosse mais censitário na Constituição republicana de 1891, ainda estavam impossibilitados de se alistarem, como eleitores, os menores de 21 anos, os analfabetos, os mendigos, os praças das forças armadas e os religiosos sujeitos ao voto de obediência<sup>398</sup>.

Por sua vez, a Constituição de 1934 não trouxe nenhuma diferença quanto à restrição dos direitos políticos em relação à Constituição anterior, também prevendo a suspensão dos direitos políticos por condenação criminal, enquanto durassem os seus efeitos<sup>399</sup>. Embora houvesse, pela primeira vez, uma previsão de sufrágio universal – bem como a inclusão a nível constitucional do voto para ambos os sexos –, ela manteve a vedação de alistamento eleitoral para os analfabetos, os praças das forças armadas e auxiliares e os mendigos<sup>400</sup>. Em adição, o Código Eleitoral em vigor

<sup>397</sup> Art. 71 da Constituição brasileira de 1891: “Os direitos de cidadão brasileiro só se suspendem ou perdem nos casos aqui particularizados. § 1º - Suspendem-se: a) por incapacidade física ou moral; b) por condenação criminal, enquanto durarem os seus efeitos. § 2º - Perdem-se: a) por naturalização em país estrangeiro; b) por aceitação de emprego ou pensão de Governo estrangeiro, sem licença do Poder Executivo federal. § 3º - Uma lei federal determinará as condições de reanquirição dos direitos de cidadão brasileiro”. BRASIL. [Constituição (1891)].

<sup>398</sup> Art. 70 da Constituição brasileira de 1891 “**São eleitores os cidadãos** maiores de 21 anos que se alistarem na forma da lei. § 1º - Não podem alistar-se eleitores para as eleições federais ou para as dos Estados: 1º) os mendigos; 2º) os analfabetos; 3º) as praças de pré, excetuados os alunos das escolas militares de ensino superior; 4º) os religiosos de ordens monásticas, companhias, congregações ou comunidades de qualquer denominação, sujeitas a voto de obediência, regra ou estatuto que importe a renúncia da liberdade Individual. § 2º - São inelegíveis os cidadãos não alistáveis”. BRASIL. [Constituição (1891)].

<sup>399</sup> Art. 110 da Constituição brasileira de 1934: “**Suspendem-se os direitos políticos:** a) por incapacidade civil absoluta; **b) pela condenação criminal, enquanto durarem os seus efeitos**”; art. 111 da Constituição brasileira de 1934: “Perdem-se os direitos políticos: a) nos casos do art. 107; b) pela isenção do ônus ou serviço que a lei imponha aos brasileiros, quando obtida por motivo de convicção religiosa, filosófica ou política; c) pela aceitação de título nobiliárquico, ou condecoração estrangeira, quando esta importe restrição de direitos, ou deveres para com a República. § 1º - A perda dos direitos políticos acarreta simultaneamente, para o indivíduo, a do cargo público por ele ocupado. § 2º - A lei estabelecerá as condições de reanquirição dos direitos políticos”. BRASIL. [Constituição (1934)].

<sup>400</sup> Art. 23 da Constituição brasileira de 1934: “**A Câmara dos Deputados compõe-se de representantes do povo, eleitos mediante sistema proporcional e sufrágio universal**, igual e direto, e de representantes eleitos pelas organizações profissionais na forma que a lei indicar”; Art. 52 da Constituição brasileira de 1934: “O período presidencial durará um quadriênio, não podendo o Presidente da República ser reeleito senão quatro anos depois de cessada a sua função, qualquer que tenha sido a duração desta. §1º - **A eleição presidencial far-se-á** em todo o território da República, **por sufrágio universal**, direto, secreto e maioria de votos, cento e vinte dias antes do término do quadriênio, ou sessenta dias depois de aberta a vaga, se esta ocorrer dentro dos dois primeiros anos.”; Art. 108 da Constituição brasileira de 1934: “**São eleitores os brasileiros de um e**

até hoje, que foi promulgado pelo decreto nº 21.076 de 1932, já havia antecipado a instituição do voto secreto, a criação da Justiça Eleitoral, a representação proporcional e o sufrágio feminino, o que foi confirmado pela constituinte de 1934<sup>401</sup>. E, do ponto de vista do poder legislativo, a Constituição de 1934 ainda trouxe a previsão de uma representação corporativa e profissional para a Câmara dos Deputados<sup>402</sup>.

Por seu turno, a Constituição outorgada de 1937, marco do período ditatorial do “Estado Novo” – também denominada de “Polaca” pela nítida inspiração na Constituição Polonesa de 1935<sup>403</sup>–, inicialmente previa que eram eleitores os brasileiros de ambos os sexos, maiores de dezoito anos, que não fossem analfabetos, militares em serviço ativo, mendigos, tampouco que estivessem privados dos direitos políticos, temporária ou definitivamente<sup>404</sup>; e que a eleição para a Câmara dos Deputados dava-se por sufrágio indireto<sup>405</sup>. Dispositivos esses que, posteriormente, foram alterados pela Lei Constitucional nº 9 de 1945 que reestabeleceu o voto direto

---

**de outro sexo, maiores de 18 anos**, que se alistarem na forma da lei. Parágrafo único - Não se podem alistar eleitores: a) os que não saibam ler e escrever; b) as praças-de-pré, salvo os sargentos, do Exército e da Armada e das forças auxiliares do Exército, bem como os alunos das escolas militares de ensino superior e os aspirantes a oficial; c) os mendigos; d) os que estiverem, temporária ou definitivamente, privados dos direitos políticos”; Art. 109 da Constituição brasileira de 1934: “**O alistamento e o voto são obrigatórios para os homens e para as mulheres**, quando estas exerçam função pública remunerada, sob as sanções e salvas as exceções que a lei determinar”. BRASIL. [Constituição (1934)].

<sup>401</sup> POLETTI, Ronaldo. **Constituições Brasileiras**.

<sup>402</sup> Art. 23 da Constituição brasileira de 1934: “A Câmara dos Deputados compõe-se de representantes do povo, eleitos mediante sistema proporcional e sufrágio universal, igual e direto, e de representantes eleitos pelas organizações profissionais na forma que a lei indicar. [...] § 3º - Os Deputados das profissões serão eleitos na forma da lei ordinária por sufrágio indireto das associações profissionais compreendidas para esse efeito, e com os grupos afins respectivos, nas quatro divisões seguintes: lavoura e pecuária; indústria; comércio e transportes; profissões liberais e funcionários públicos. [...]”; art. 52 da Constituição brasileira de 1934: “O período presidencial durará um quadriênio, não podendo o Presidente da República ser reeleito senão quatro anos depois de cessada a sua função, qualquer que tenha sido a duração desta. § 1º - A eleição presidencial far-se-á em todo o território da República, por sufrágio universal, direto, secreto e maioria de votos, cento e vinte dias antes do término do quadriênio, ou sessenta dias depois de aberta a vaga, se esta ocorrer dentro dos dois primeiros anos. [...]”. BRASIL. [Constituição (1934)].

<sup>403</sup> PORTO, Walter Costa. **Constituições Brasileiras**.

<sup>404</sup> Art. 117 da Constituição brasileira de 1937: “São eleitores os brasileiros de um e de outro sexo, maiores de dezoito anos, que se alistarem na forma da lei. Parágrafo único - Não podem alistar-se eleitores: a) os analfabetos; b) os militares em serviço ativo; c) os mendigos; d) os que estiverem privados, temporária ou definitivamente, dos direitos políticos”. BRASIL. [Constituição (1937)].

<sup>405</sup> Art. 46 da Constituição brasileira de 1937: “A Câmara dos Deputados compõe-se de representantes do povo, eleitos mediante **sufrágio indireto**”. BRASIL. [Constituição (1937)].

para a Câmara dos Deputados<sup>406</sup>. Ademais, a única menção que a Constituição de 1937 fazia ao sufrágio universal era quando tratava da eleição para a Presidência da República<sup>407</sup>, item que posteriormente foi suprimido pela Lei Constitucional nº 9 de 1945. E, no que tange a restrição dos direitos políticos o dispositivo permaneceu praticamente inalterado em comparação com a Constituição anterior, prevendo a suspensão dos direitos políticos por condenação criminal enquanto durassem os seus efeitos<sup>408</sup>.

A Constituição brasileira de 1946, então, no capítulo que trata da nacionalidade e da cidadania, determinava que o sufrágio seria universal e direto, e que o voto seria secreto; ademais, expunha que o alistamento eleitoral e o voto seriam obrigatórios aos brasileiros de ambos os sexos<sup>409</sup>. A restrição dos direitos políticos por condenação criminal também seguia praticamente sem alteração em relação a

---

<sup>406</sup> Art. 117 da Constituição brasileira de 1937, alterado pela Lei Constitucional nº 9, de 1945: “São eleitores os brasileiros de um e de outro sexo, maiores de dezoito anos, que se alistarem na forma da lei e estiverem no gozo dos direitos políticos. Os militares em serviço ativo, salvo os oficiais, não podem ser eleitores”; Art. 46 da Constituição brasileira de 1937, alterado pela Lei Constitucional nº 9, de 1945: “Art. 46 - A Câmara dos Deputados compõe-se de representantes de povo, eleitos mediante **sufrágio direto**”. BRASIL. [Constituição (1937)]. **Lei Constitucional nº 9 de 28 de fevereiro de 1945**. Altera a Constituição Federal de 1937.

<sup>407</sup> Art. 84 da Constituição brasileira de 1937, suprimido pela Lei Constitucional nº 9, de 1945: “O Colégio Eleitoral reunir-se-á na Capital da República vinte dias antes da expiração do período presidencial e escolherá o seu candidato à Presidência da República. Se o Presidente da República não usar da prerrogativa de indicar candidato, será declarado eleito o escolhido pelo Colégio Eleitoral. Parágrafo único - Se o Presidente da República indicar candidato, **a eleição será direta e por sufrágio universal** entre os dois candidatos. Neste caso, o Presidente da República terá prorrogado o seu período até a conclusão das operações eleitorais e posse do Presidente eleito. BRASIL. [Constituição (1937)].

<sup>408</sup> Art. 118 da Constituição brasileira de 1937: “**Suspendem-se os direitos políticos**: a) por incapacidade civil; b) **por condenação criminal, enquanto durarem os seus efeitos**”; Art. 119 da Constituição brasileira de 1937: “Perdem-se os direitos políticos: a) nos casos do art. 116; b) pela recusa, motivada por convicção religiosa, filosófica ou política, de encargo, serviço ou obrigação imposta por lei aos brasileiros; c) pela aceitação de título nobiliárquico ou condecoração estrangeira, quando esta importe restrição de direitos assegurados nesta Constituição ou incompatibilidade com deveres impostos por lei”. Art. 120 da Constituição brasileira de 1937: “A lei estabelecerá as condições de reanquirição dos direitos políticos”. BRASIL. [Constituição (1937)].

<sup>409</sup> Art. 134 da Constituição brasileira de 1946: “**O sufrágio é universal e, direto; o voto é secreto**; e fica assegurada a representação proporcional dos Partidos Políticos nacionais, na forma que a lei estabelecer”; Art. 133 da Constituição brasileira de 1946: “**O alistamento e o voto são obrigatórios** para os brasileiros de ambos os sexos, salvo as exceções previstas em lei”. BRASIL. [Constituição (1946)].

Constituição anterior, suspendendo-se os direitos políticos por condenação criminal enquanto durassem os seus efeitos<sup>410</sup>.

Por sua vez, a Constituição outorgada de 1967, promulgada durante a ditadura cívico-militar brasileira, trazia que eram eleitores os brasileiros maiores de dezoito anos, que o alistamento e o voto eram obrigatórios e que não podiam alistar-se os analfabetos, os que não sabiam se exprimir em língua portuguesa e os que estavam privados dos seus direitos políticos, temporária ou definitivamente<sup>411</sup>.

Já a suspensão dos direitos políticos por condenação criminal permanecia praticamente sem alteração em relação a Constituição anterior, a não ser por dois pontos: a) pelo fato de que, por expressa previsão constitucional, a suspensão dos direitos políticos geraria também a suspensão de mandato eletivo, cargo ou função pública, enquanto perdurasse as causas para tal; e b) por ser expressamente previsto na Constituição que seria sempre assegurada a ampla defesa ao condenado<sup>412</sup>.

<sup>410</sup> Art. 135 da Constituição brasileira de 1946: "Só se suspendem ou perdem es direitos políticos nos casos deste artigo. § 1º - Suspendem-se: I - por incapacidade civil absoluta; II - por condenação criminal, enquanto durarem os seus efeitos. § 2º - Perdem-se: I - nos casos estabelecidos no art. 130; II - pela recusa prevista no art. 141, § 8º; III - pela aceitação de título nobiliário ou condecoração estrangeira que importe restrição de direito ou dever perante o Estado"; Art. 136 da Constituição brasileira de 1946: "A perda dos direitos políticos acarreta simultaneamente a do cargo ou função pública"; Art. 137 da Constituição brasileira de 1946: "A lei estabelecerá as condições de requisição dos direitos políticos e da nacionalidade". BRASIL. [Constituição (1946)].

<sup>411</sup> Art.142 da Constituição brasileira de 1967: "São eleitores os brasileiros maiores de dezoito anos, alistados na forma da lei. § 1º - **o alistamento e o voto são obrigatórios** para os brasileiros de ambos os sexos, salvo as exceções previstas em lei. § 2.º - Os militares são alistáveis desde que oficiais, aspirantes-a-oficiais, guardas-marinha, subtenentes, ou suboficiais, sargentos ou alunos das escolas militares de ensino superior para formação de oficiais. § 3º - Não podem alistar-se eleitores: a) os analfabetos; b) os que não saibam exprimir-se na língua nacional; c) os que estejam privados, temporária ou definitivamente, dos direitos polfticos". BRASIL. [Constituição (1967)].

<sup>412</sup> Art. 144 da Constituição brasileira de 1967: "Além dos casos previstos nesta Constituição, os direitos políticos: I - **suspendem-se**: a) por incapacidade civil absoluta; b) **por motivo de condenação criminal, enquanto durarem seus efeitos**; II - perdem-se: a) nos casos do art. 141; b) pela recusa, baseada em convicção religiosa, filosófica ou política, à prestação de encargo ou serviço impostos aos brasileiros, em geral; c) pela aceitação de TÍTULO nobiliário ou condecoração estrangeira que importe restrição de direito de cidadania ou dever para com o Estado brasileiro. § 1º - No caso do nº II deste artigo, a perda de direitos políticos determina a perda de mandato eletivo, cargo ou função pública; e **a suspensão dos mesmos direitos, nos casos previstos neste artigo, acarreta a suspensão de mandato eletivo, cargo ou função pública**, enquanto perdurarem as causas que a determinaram. § 2º - **A suspensão ou perda dos direitos políticos será decretada** pelo Presidente da República, nos casos do art. 141, I e II, e do nº II, b e c, deste

Merece destaque também o fato de que essa Constituição de 1967 previa a suspensão dos direitos individuais – aí contidos os direitos políticos –, pelo prazo de dois a dez anos, por seu uso abusivo ao se atentar contra a ordem democrática ou pela prática de corrupção<sup>413</sup>. Ademais, apesar da previsão do sufrágio universal e do voto direto e secreto permanecer na Constituição<sup>414</sup>, a eleição para a chefia de Estado passava a ser indireta e a votação nominal passava a ser realizada por um colégio eleitoral<sup>415</sup>.

Conquanto nem sempre seja considerada como uma nova Constituição em seu aspecto formal, a Emenda Constitucional nº 1 de 1969 – que foi promulgada praticamente um ano após o Ato Institucional nº 5, que permitia ao Presidente da República a decretação de recesso parlamentar e a suspensão de direitos políticos

---

artigo e, nos demais, **por decisão judicial, assegurando-se sempre ao paciente ampla defesa**"; Art. 141 "Perde a nacionalidade o brasileiro: I - que, por naturalização voluntária, adquirir outra nacionalidade; II - que, sem licença do Presidente da República, aceitar comissão, emprego ou pensão de Governo estrangeiro; III - que, em virtude de sentença judicial, tiver cancelada a naturalização por exercer atividade contrária ao interesse nacional". BRASIL. [Constituição (1967)].

<sup>413</sup> Art. 151 da Constituição brasileira de 1967: "Aquele que abusar dos direitos individuais previstos nos §§ 8º, 23, 27 e 28 do artigo anterior e dos direitos políticos, para atentar contra a ordem democrática ou praticar a corrupção, incorrerá na suspensão destes últimos direitos pelo prazo de dois a dez anos, declarada pelo Supremo Tribunal Federal, mediante representação do Procurador-Geral da República, sem prejuízo da ação civil ou penal cabível, assegurada ao paciente a mais ampla, defesa. Parágrafo único - Quando se tratar de titular de mandato eletivo federal, o processo dependerá de licença da respectiva Câmara, nos termos do art. 34, § 3º". BRASIL. [Constituição (1967)].

<sup>414</sup> Art. 143 da Constituição brasileira de 1967: "**O sufrágio é universal e o voto é direito e secreto, salvo nos casos previstos nesta Constituição**; fica assegurada a representação proporcional dos Partidos Políticos, na forma que a lei estabelecer". BRASIL. [Constituição (1967)].

<sup>415</sup> Art. 76 da Constituição brasileira de 1967: "**O Presidente será eleito pelo sufrágio de um Colégio Eleitoral, em sessão, pública e mediante votação nominal**. § 1º - O Colégio Eleitoral será composto dos membros do Congresso Nacional e de Delegados indicados pelas Assembleias Legislativas dos Estados. § 2º - Cada Assembleia indicará três Delegados e mais um por quinhentos mil eleitores inscritos, no Estado, não podendo nenhuma representação ter menos de quatro Delegados. § 3º - A composição e o funcionamento do Colégio Eleitoral serão regulados em lei complementar"; Art. 77 da Constituição brasileira de 1967: "O Colégio Eleitoral reunir-se-á na sede do Congresso Nacional, a 15 de janeiro do ano em que se findar o mandato presidencial. § 1º - Será considerado eleito Presidente o candidato que, registrado por Partido Político, obtiver maioria absoluta de votos do Colégio Eleitoral. § 2º - Se não for obtida maioria absoluta na primeira votação, repetir-se-ão os escrutínios, e a eleição dar-se-á, no terceiro, por maioria simples. § 3º - O mandato do Presidente da República é de quatro anos". BRASIL. [Constituição (1967)].

de quaisquer cidadãos<sup>416</sup> – renovou toda a redação da Constituição anterior, configurando-se uma nova Constituição em seu aspecto material, e por isso, merecendo também atenção no presente trabalho. Destaca-se, portanto, que em comparação à Constituição anterior, houve modificações sensíveis no capítulo dos direitos políticos<sup>417</sup>, bem como um relevante acréscimo em relação a restrição dos direitos políticos, ao menos, no que tange ao texto constitucional. Quanto à restrição dos direitos políticos, houve o advento de um dispositivo (§ 3º do art. 149) que previa

---

<sup>416</sup> Art. 2º do Ato Institucional nº 5 de 1968: “**O Presidente da República poderá decretar o recesso do Congresso Nacional**, das Assembleias Legislativas e das Câmaras de Vereadores, por Ato Complementar, em estado de sítio ou fora dele, só voltando os mesmos a funcionar quando convocados pelo Presidente da República. § 1º - Decretado o recesso parlamentar, o Poder Executivo correspondente fica autorizado a legislar em todas as matérias e exercer as atribuições previstas nas Constituições ou na Lei Orgânica dos Municípios. § 2º - Durante o período de recesso, os Senadores, os Deputados federais, estaduais e os Vereadores só perceberão a parte fixa de seus subsídios. § 3º - Em caso de recesso da Câmara Municipal, a fiscalização financeira e orçamentária dos Municípios que não possuam Tribunal de Contas, será exercida pelo do respectivo Estado, estendendo sua ação às funções de auditoria, julgamento das contas dos administradores e demais responsáveis por bens e valores públicos”; Art. 4º do Ato Institucional nº 5 de 1968: “No interesse de preservar a Revolução, **o Presidente da República**, ouvido o Conselho de Segurança Nacional, e **sem as limitações previstas na Constituição, poderá suspender os direitos políticos de quaisquer cidadãos pelo prazo de 10 anos** e cassar mandatos eletivos federais, estaduais e municipais. Parágrafo único - Aos membros dos Legislativos federal, estaduais e municipais, que tiverem seus mandatos cassados, não serão dados substitutos, determinando-se o quórum parlamentar em função dos lugares efetivamente preenchidos”; Art. 5º do Ato Institucional nº 5 de 1968: “**A suspensão dos direitos políticos**, com base neste Ato, importa, simultaneamente, em: (Vide Ato Institucional nº 6, de 1969) I - cessação de privilégio de foro por prerrogativa de função; II - suspensão do direito de votar e de ser votado nas eleições sindicais; III - proibição de atividades ou manifestação sobre assunto de natureza política; IV - aplicação, quando necessária, das seguintes medidas de segurança: a) liberdade vigiada; b) proibição de frequentar determinados lugares; c) domicílio determinado, § 1º - O ato que decretar a suspensão dos direitos políticos poderá fixar restrições ou proibições relativamente ao exercício de quaisquer outros direitos públicos ou privados. (Vide Ato Institucional nº 6, de 1969) § 2º - As medidas de segurança de que trata o item IV deste artigo serão aplicadas pelo Ministro de Estado da Justiça, defesa a apreciação de seu ato pelo Poder Judiciário”. BRASIL. **Ato Institucional nº 5, de 13 de dezembro de 1968**. São mantidas a Constituição de 24 de janeiro de 1967 e as Constituições Estaduais [...].

<sup>417</sup> Art. 147 da Constituição brasileira de 1967, alterado pela Emenda Constitucional nº 1, de 1969: “**São eleitores os brasileiros maiores de dezoito anos**, alistados na forma da lei. § 1º O alistamento e o voto são obrigatórios para os brasileiros de ambos os sexos, salvo as exceções previstas em lei. § 2º Os militares serão alistáveis, desde que oficiais, aspirantes a oficiais, guardas-marinha, subtenentes ou suboficiais, sargentos ou alunos das escolas militares de ensino superior para formação de oficiais. § 3º Não poderão alistar-se eleitores: a) os analfabetos; b) os que não saibam exprimir-se na língua nacional; e c) os que estiverem privados, temporária ou definitivamente, dos direitos políticos”; Art. 148 da Constituição brasileira de 1967, alterado pela Emenda Constitucional nº 1, de 1969: “**O sufrágio é universal e o voto é direto e secreto, salvo nos casos previstos nesta Constituição**; os partidos políticos terão representação proporcional, total ou parcial, na forma que a lei estabelecer”. BRASIL. [Constituição (1967)]. **Emenda Constitucional nº 1 de 17 de outubro de 1969**. Edita o novo texto da Constituição Federal de 24 de janeiro de 1967.

expressamente que uma lei complementar deveria dispor sobre a especificação dos direitos políticos, dentre elas o seu gozo, exercício, restrição e reatuação<sup>418</sup>.

Assim, verifica-se que a previsão constitucional da suspensão dos direitos políticos por condenação criminal permaneceu quase inalterada ao longo de toda a história constitucional brasileira, não sendo uma inovação introduzida pelo constituinte de 1988; e possuindo raízes históricas que datam desde a primeira Constituição do Império de 1824. Contudo, é importante ressaltar que o conceito de “direitos políticos” e o que esses direitos abarcavam alteraram e se ampliaram substancialmente, não se restringindo apenas ao direito de votar e ser votado<sup>419</sup>.

Ressalta-se, também, que a Constituição do Império foi a única que limitou expressamente o âmbito de aplicação da restrição aos direitos políticos pela pena imposta ao condenado – no caso, limitando a restrição às penas de prisão ou degredo<sup>420</sup> – que era uma espécie de pena de exílio ou desterro. Essa Constituição foi a que menos restringiu o direito ao voto no que tange especificamente às pessoas condenadas criminalmente<sup>421</sup>. Destaca-se, ainda, que a Constituição (Emenda Constitucional) de 1969 foi a única que trouxe uma previsão expressa de que uma lei

<sup>418</sup> Art. 149 da Constituição brasileira de 1967, alterado pela Emenda Constitucional nº 1, de 1969: “Assegurada ao paciente ampla defesa, poderá ser declarada a perda ou a suspensão dos seus direitos políticos. § 1º O Presidente da República decretará a perda dos direitos políticos: a) nos casos dos itens I, II e parágrafo único do artigo 146; b) pela recusa, baseada em convicção religiosa, filosófica ou política, à prestação de encargo ou serviço impostos aos brasileiros em geral; ou c) pela aceitação de condecoração ou título nobiliário estrangeiros que importem restrição de direito de cidadania ou dever para com o Estado brasileiro. § 2º A perda ou a suspensão dos direitos políticos dar-se-á por decisão judicial: a) no caso do item III do artigo 146; b) por incapacidade civil absoluta, ou c) por motivo de condenação criminal, enquanto durarem seus efeitos. **§ 3º Lei complementar disporá sobre a especificação dos direitos políticos, o gozo, o exercício a perda ou suspensão de todos ou de qualquer deles e os casos e as condições de sua reatuação**”. BRASIL. [Constituição (1967)]. **Emenda Constitucional nº 1 de 17 de outubro de 1969**. Edita o novo texto da Constituição Federal de 24 de janeiro de 1967.

<sup>419</sup> MIRANDA, João Vitor Silva. Crítica à Suspensão do Direito Político Ativo das Pessoas Condenadas Criminalmente.

<sup>420</sup> Conforme se vê em Pimenta Bueno: “O gozo dos direitos políticos, a participação ou intervenção no governo ou regimen político do Estado é tão importante, que a lei não devia deixar de prever as circunstancias em que elle deve ser interrompido em beneficio da segurança social. Assim ella expressou a suspensão no caso de incapacidade physica ou moral, pois que ella estabelece a impossibilidade da continuação desse exercício; e **no caso de sentença condemnatoria a prisão ou degredo** enquanto durarem os seus efeitos, por isso que seria inconsequente combinar o cumprimento da pena com a intervenção do réo no regimen político da sociedade”. BUENO, José Antônio Pimenta (Marquês de São Vicente). **Direito Público Brasileiro e Analyse da Constituição do Imperio**. p. 484.

<sup>421</sup> Não se pode olvidar, é claro, que na Constituição do Império, por outro lado, o sufrágio era restrito, censitário e capacitário, excluindo a grande maioria da população brasileira da arena eleitoral naquele período.

complementar poderia regular o exercício e a restrição dos direitos políticos<sup>422</sup>. Ou seja, após a Constituição do Império, não se fez mais distinções entre as espécies de pena aplicadas, como condição necessária para que haja uma restrição dos direitos políticos por sentença penal condenatória transitada em julgado.

Chegando-se, finalmente, à Constituição brasileira de 1988, verifica-se que ela traz o tema da participação política em diversas partes de seu texto. De início, já no título I, que trata dos princípios fundamentais da República Federativa do Brasil, há a menção à soberania popular, à cidadania e a que todo poder emana do povo<sup>423</sup>. No capítulo atinente aos direitos políticos propriamente ditos, há a previsão de que a soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e por meio do voto direto e secreto, com valor igual para todos no art. 14<sup>424</sup>; as possibilidades de restrição aos direitos políticos são estabelecidas no art. 15<sup>425</sup>. Destaca-se ainda que, de acordo com a dogmática dos direitos fundamentais, todos os direitos e garantias previstos nos artigos 14 a 16 da Constituição Federal devem ser considerados como normas de direitos fundamentais, ainda que se possa discutir se todos são cláusulas pétreas; se

---

<sup>422</sup> Ao que tudo indica, esta lei complementar que deveria regulamentar o exercício e a restrição dos direitos políticos que a Constituição (Emenda Constitucional) de 1969 indicava, jamais foi promulgada. Apenas houve a promulgação de lei complementar regulamentando o art. 151 que tratava sobre as inelegibilidades, que foi a Lei Complementar nº 5, de 5 de abril de 1970. BRASIL. **Lei Complementar nº 5, de 5 de abril de 1970**. Estabelece, de acordo com a Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969, art. 151 e seu parágrafo único, casos de inelegibilidades, e dá outras providências.

<sup>423</sup> Art. 1º da Constituição Federal de 1988: “**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: I - a soberania; II - a cidadania;** III - a dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V - o pluralismo político. Parágrafo único. **Todo o poder emana do povo**, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição. BRASIL. [Constituição (1988)].

<sup>424</sup> Art. 14 da Constituição Federal de 1988: “A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante: I - plebiscito; II - referendo; III - iniciativa popular. § 1º O alistamento eleitoral e o voto são: I - obrigatórios para os maiores de dezoito anos; II - facultativos para: a) os analfabetos; b) os maiores de setenta anos; c) os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos. § 2º Não podem alistar-se como eleitores os estrangeiros e, durante o período do serviço militar obrigatório, os conscritos”. BRASIL. [Constituição (1988)].

<sup>425</sup> Art. 15 da Constituição Federal de 1988: “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”. BRASIL. [Constituição (1988)].

todos estão ou não sob o abrigo da cláusula de intangibilidade prevista no art. 60, §4<sup>o</sup><sup>426</sup>.

Outrossim, ao se analisar a Constituição Federal de 1988, verifica-se que ela foi o marco de uma notável expansão do sufrágio ativo, ao ser a primeira a estender o direito de voto aos analfabetos, ainda que de forma facultativa. Por outro lado, a CF/88 seguiu a tradição das constituições brasileiras no que tange à restrição dos direitos políticos, regulando a matéria de forma textualmente muito semelhante ao das Constituições anteriores<sup>427</sup>, com uma grande diferença: a Constituição de 1988 é a única a exigir o trânsito em julgado da condenação criminal para a restrição dos direitos políticos.

Nota-se que a CF/88 não especifica quais dos casos de restrição dos direitos políticos são de perda e de suspensão, como ocorreu em todas as Constituições brasileiras anteriores à exceção da Constituição (Emenda Constitucional) de 1969. Entretanto, a doutrina é relativamente consensual ao considerar, pela natureza do motivo da restrição, que as hipóteses elencadas nos incisos II, III e V configuram a suspensão – respectivamente, incapacidade civil absoluta, condenação criminal transitada em julgado e improbidade administrativa – e as hipóteses previstas nos incisos I e IV – respectivamente, cancelamento da naturalização e escusa de consciência –, configuram a perda dos direitos políticos, da mesma forma que disciplinava a questão o art. 144 da Constituição brasileira de 1967<sup>428</sup>.

Merece análise aqui também, a gênese do nosso atual dispositivo constitucional de restrição do sufrágio ativo dos condenados criminais. Ao se analisar os anais da Assembleia Nacional Constituinte (ANC) – que foi convocada pela Emenda Constitucional nº 26, de 1985<sup>429</sup> e funcionou de 1987 a 1988 –, verifica-se que os constituintes chegaram a levantar a questão da restrição do sufrágio ativo dos

---

<sup>426</sup> Art. 60, parágrafo 4º da Constituição Federal de 1988: “**Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:** I – a forma federativa de Estado; II – o voto direto, secreto, universal e periódico; III – a separação dos Poderes; IV – os direitos e garantias individuais”. BRASIL. [Constituição (1988)].

<sup>427</sup> MIRANDA, João Vitor Silva. Crítica à Suspensão do Direito Político Ativo das Pessoas Condenadas Criminalmente.

<sup>428</sup> GOMES, José Jairo. **Direito Eleitoral**.

<sup>429</sup> BRASIL. **Emenda Constitucional nº 26, de 1985**. Convoca Assembleia Nacional Constituinte e dá outras providências.

condenados criminais, mas o debate acerca dela foi realizado de forma bastante sucinta e com pouca densidade teórica.

Os trabalhos da Assembleia Nacional Constituinte se desenvolveram em 7 etapas, com 25 fases distintas no total, conforme previa o Regimento Interno da ANC<sup>430</sup>: começou por uma etapa preliminar (*i*), na qual houve a definição do regimento interno da ANC; após, passou-se à etapa das Subcomissões Temáticas (*ii*), na qual os relatores ficavam responsável por elaborar um anteprojeto, que passava por emendas e era consolidado em um único anteprojeto de cada Subcomissão; em seguida, passaram-se os anteprojetos das Subcomissões para as Comissões Temáticas (*iii*), nessa etapa eram realizadas às emendas aos anteprojeto da Subcomissão, elaborando-se substitutivos dos Relatores, emendas aos substitutivos, concluindo com o anteprojeto da Comissão; assim, os anteprojetos das Comissões Temáticas foram enviados à Comissão de Sistematização (*iv*), que ficava responsável por consolidar os anteprojetos das Comissões em um único anteprojeto da Constituição, momento no qual também se elaborava e discutia emendas e substitutivos; em seguida o anteprojeto da Constituição passou para o Plenário da ANC (*v*), onde ainda poderia ser emendado; depois passou-se para a Comissão de Redação (*vi*); e, como última etapa, o epílogo com a promulgação da Constituição de 1988 (*vii*)<sup>431</sup>.

Dessa forma, ao se elaborar o atual texto constitucional, a ANC funcionou dividida em diversas Subcomissões dentro das respectivas Comissões temáticas, nas quais houve a confecção de relatórios fundamentados com anteprojetos das matérias sob sua responsabilidade, com ou sem discussões prévias<sup>432</sup>. Assim, compulsando-

---

<sup>430</sup> Conforme se verifica no portal da Câmara dos Deputados, o Regimento Interno da Assembleia Nacional Constituinte de 1987, Resolução nº 2, aprovado em 19 de março de 1987, determinava, dentre outras medidas, o recebimento de sugestões de órgãos legislativos subnacionais, de entidades associativas e de tribunais, além das de parlamentares (Art. 13, §11); a realização de audiências públicas, pelas subcomissões, para ouvir a sociedade (Art. 14); a apreciação de ‘emendas populares com 30 mil assinaturas’ (Art. 24); a obrigatoriedade do voto nominal em matéria constitucional. O Regimento Interno da ANC foi alterado em 5 de janeiro de 1988, por meio da Resolução nº 3, de 1988, originada do Projeto de Resolução nº 21, de 1987. CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Publicações, Documentos e Mídia**: Regimento Interno ANC.

<sup>431</sup> No Portal da Câmara dos Deputados há um quadro ilustrativo das 7 etapas, com as 25 fases, nas quais se desdobraram os trabalhos da Assembleia Nacional Constituinte de 1987/1988. CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Portal da Constituição Cidadã**: etapas e fases.

<sup>432</sup> FERRARINI, Luigi Giuseppe Barbieri. **Cárcere & Voto**.

se esses anais, averígua-se que apenas uma emenda foi apresentada em defesa do direito ao voto dos condenados<sup>433</sup>, que foi realizada pela então Constituinte e Deputada Federal Anna Maria Rattes na Subcomissão dos Direitos Políticos, Direitos Coletivos e Garantias. A justificativa que a parlamentar utilizou para tal proposta ancorava-se na retirada da previsão da restrição dos direitos como pena acessória na reforma da Parte Geral do Código Penal ocorrida em 1984<sup>434</sup>, bem como pela redação do art. 38 do Código Penal<sup>435</sup> após a esta reforma.

---

<sup>433</sup> Justificativa da proposta de emenda ao Anteprojeto do relator: “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 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 1º 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 condenado 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”. BRASIL. Assembleia Nacional Constituinte (ANC). **Emendas ao Anteprojeto do Relator.**

<sup>434</sup> Ressalta-se que antes de reforma de 84 da parte geral do Código Penal, no art. 69 do CP, havia a previsão de penas acessórias no capítulo V, dentre elas a suspensão dos direitos políticos dos condenados a pena privativa da liberdade, enquanto durassem os efeitos da condenação. BRASIL. **Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940.** Código Penal.

<sup>435</sup> Art. 38 do Código Penal com a redação dada pela Lei nº 7.209, de 1984: “O preso conserva todos os direitos não atingidos pela perda da liberdade, impondo-se a todas as autoridades o respeito à sua integridade física e moral”. BRASIL. **Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940.** Código Penal.

Destaca-se também que a emenda recebeu parecer favorável naquela Subcomissão, sendo integralmente aprovada e incorporada ao anteprojeto do deputado Lysâneas Maciel, que teve o parecer elaborado nos seguintes termos:

Defende, em acerto, a ilustre Constituinte Anna Maria Rattes que, a partir do advento da lei nº 7.209/84, “nenhum condenado pode sofrer a imposição da pena acessória de suspensão de seus Direitos Políticos”, assistindo-lhe, conseqüentemente, o Direito de Votar, sendo alistado, ou de alistar-se, para aquela finalidade, em face de só existir proibição de alistamento dos que “estejam privados, temporariamente ou definitivamente, dos Direitos Políticos”. (Lei nº 1.733, de 14/07/65) Deduzindo-se, daí, que o preso só não poderá ser votado. Assim, conforme recomenda a oportuna Emenda, em dois casos perdem-se os direitos políticos: no cancelamento de naturalização por sentença judicial, ou no de incapacidade que a lei fixará as condições de requalificação dos direitos Políticos. Reconhecemos total procedência à argumentação expendida, e dela somos defensores vigorosos. Tanto que no Anteprojeto, em seu artigo 26, estabelecemos requintes mínimos de respeito à dignidade e integridade física e mental do detento, bem como de seu direito à assistência espiritual e jurídica, à sociabilidade, à comunicabilidade e ao trabalho produtivo e remunerado. Não poderíamos, portanto, negar-lhes o direito de alistamento e voto, que equivaleria a recusar-lhes o exercício de direitos políticos, como pena acessória, já recusada pela legislação. O parecer é pela aprovação da Emenda, em sua integridade.<sup>436</sup>

Deste modo, o anteprojeto da Subcomissão dos Direitos Políticos, dos Direitos Coletivos e Garantias que foi enviado para a Comissão da Soberania e dos Direitos e Garantias do Homem e da Mulher não previa qualquer forma de suspensão dos direitos políticos, prevendo apenas a possibilidade de perda desses direitos pelo cancelamento judicial da naturalização e pela incapacidade civil absoluta<sup>437</sup>.

Merece ser ressaltado, também, que na Subcomissão do Sistema Eleitoral e Partidos Políticos, enquanto se realizavam às audiências públicas, o cientista político Francisco Weffort foi ouvido pelos membros da Subcomissão, expondo que o voto deveria ser entendido como um direito do cidadão e um dever cívico, como “uma espécie de umbral de acesso à cidadania”. Nesse sentido o voto seria “uma afirmação

---

<sup>436</sup> BRASIL. Assembleia Nacional Constituinte (ANC). Subcomissão dos Direitos Políticos, dos Direitos Coletivos e Garantias. **Relatório e Anteprojeto**. Relator: Deputado Constituinte Lysâneas Maciel. p. 49.

<sup>437</sup> FERRARINI, Luigi Giuseppe Barbieri. **Cárcere & Voto**.

de vontade de participar dos destinos da Nação”, uma reivindicação de acesso a cidadania que deve ser tomada seriamente no sentido de sua universalidade<sup>438</sup>.

Quanto a quem deveria ter o direito a votar, Francisco Weffort destacou que todos os adultos considerados responsáveis e capazes de exprimir um juízo independente deveriam ter o seu direito ao voto assegurado. Deveria ser incluído, segundo Weffort, naqueles com possibilidade de votar analfabetos, soldados, religiosos, e presos, ainda que se pudesse colocar alguma restrição a elegibilidade destes, salientando expressamente que se poderia estabelecer critérios de inelegibilidade no caso dos presos<sup>439</sup>.

---

<sup>438</sup> Nas palavras de Weffort: “o primeiro tópico que gostaria de mencionar, a questão de quem vota, a questão de se o voto é facultativo ou se o voto é obrigatório. Gostaria de deixar clara a minha opinião que, no meu entendimento, **o voto é um direito do cidadão, o voto é uma espécie de umbral de acesso à cidadania, o voto é também um dever no sentido de que é um dever cívico**. Mas, no meu entendimento, não vejo como compatibilizar com uma concepção democrática a tradição brasileira, segundo a qual se estabelece a obrigatoriedade do voto. Penso que nós não podemos tratar o voto na mesma categoria do dever cívico que é, por exemplo, pagar impostos. Aquele que atrasa no pagamento de impostos terá que pagar uma multa, normalmente, em Estados democráticos, por falhar com certo dever em relação à comunidade, em relação à sociedade, em relação ao Estado. Parece-me que o voto é uma outra coisa. **O voto é uma afirmação de vontade de participar dos destinos da Nação. O voto é uma reivindicação de acesso à cidadania**. Não vejo como se possa estabelecer a noção do dever do voto, no sentido em que temos na tradição brasileira, acaba se criando uma multa ou um impedimento burocrático de qualquer natureza para aquele que não exerce o direito do voto. Portanto, acho que o voto deve ser facultativo. Isto há de significar, a meu ver, uma função educativa do ponto de vista democrático para o exercício do direito do voto, uma função educativa no sentido de que o cidadão consciente é aquele que também é consciente da responsabilidade das suas omissões. Não vejo como é que se possa já naquilo que é o primeiro degrau de acesso à participação democrática, estabelecer regulamentações do gênero que a tradição política brasileira tem definido nesse tópico” (grifos nossos). BRASIL. Assembleia Nacional Constituinte (ANC). Subcomissão do Sistema Eleitoral e Partidos Políticos. **Diário da Assembleia Nacional Constituinte (Suplemento)**. p. 27-29.

<sup>439</sup> Nas palavras proferidas por Weffort: “Segunda questão que eu gostaria de mencionar. Quem vota? Se o voto é facultativo, quem teria direito a voto? **A meu ver devem ter direito a voto todos aqueles que, segundo os critérios sociais e culturais prevalecentes na sociedade brasileira, adultos sejam considerados responsáveis e capazes de um juízo independente, a respeito das coisas. Isso inclui na sociedade brasileira todos os maiores de dezoito anos, sem discriminação como, aliás, é da lei atual contra os analfabetos** que penso eu, podem ser considerados, dado à capacidade de informação que todos os brasileiros têm nas condições atuais, informados e capazes de um juízo independente. **Penso, também, que não se deva estabelecer discriminação que dificulte o ingresso na cidadania de soldados, de religiosos e mesmo de pessoas que estejam por determinação judicial presas. O que se pode fazer é estabelecer critérios que qualifiquem não o acesso ao voto, mas critérios que qualifiquem a elegibilidade**. Nós poderíamos, por exemplo, e penso que isso é da prudência política e da prudência democrática exigir critérios mínimos de idade para que alguém se candidate à Presidência da República, como é da tradição, critérios mínimos de idade para que alguém se candidate ao Senado. **Podemos,**

A despeito da manifestação de Francisco Weffort na Subcomissão do Sistema Eleitoral e Partidos Políticos, o relator do anteprojeto desta Subcomissão não abordou especificamente a questão do direito ao voto dos presos, ainda que tenha abordado questões relativas à universalidade do sufrágio, ao alistamento e ao voto facultativo, e à impossibilidade de votar para os conscritos, para quem não soubesse se exprimir em língua portuguesa e para os privados de direitos políticos, nos casos previstos na Constituição, que não eram trazidos pelo anteprojeto<sup>440</sup>. Ainda nessa Subcomissão, foi proposta emenda para que constasse no texto que nenhum brasileiro seria excluído do alistamento eleitoral, dentre outros casos, por condenação criminal, proposta que foi rejeitada sem maiores justificativas<sup>441</sup>.

Embora na etapa de trabalho das Subcomissões Temáticas, havia um quadro relativamente favorável ao direito de voto dos presos, durante a tramitação por ocasião das Comissão Temática da Soberania e dos Direitos e Garantias do Homem e da Mulher, contudo, a situação se reverteu<sup>442</sup>. Nessa comissão, foi oferecida emenda que incluía um parágrafo ao anteprojeto prevendo que as restrições nos direitos civis e políticos impostas aos presos seriam aquelas decorrentes de sentença transitada em julgado, com a justificativa que somente se poderia impor restrições aos direitos dos presos, como penas acessórias, quando decorressem de sentença transitada em

---

**eventualmente, estabelecer critérios que impeçam, por exemplo, que um preso, embora eleitor, possa ser eleito.** Porque, sem querer fazer piada de mau gosto numa reunião de tal importância, é tal o número de presos em certas prisões que eles acabariam encontrando na eleição, uma maneira de sair da cadeia ou de descumprir um mandato da Justiça. **Esse umbral, essa porta de acesso à cidadania, que é o direito de voto, a meu ver, tem que ser tomado seriamente no sentido da sua universalidade**” (grifos nossos). BRASIL. Assembleia Nacional Constituinte (ANC). Subcomissão do Sistema Eleitoral e Partidos Políticos. **Diário da Assembleia Nacional Constituinte (Suplemento)**. p. 27-29.

<sup>440</sup> FERRARINI, Luigi Giuseppe Barbieri. **Cárcere & Voto**.

<sup>441</sup> A proposta de Emenda nº 4A0004-2 foi realizada pelo Deputado federal Constituinte Paulo Delgado, do PT-MG, prevendo a seguinte redação para o §2º do art. 2º do anteprojeto do relator, “Nenhum brasileiro será excluído do alistamento eleitoral por razões de sexo, raça, grau de instrução, fortuna, convicção política, fé religiosa, profissão e condenação criminal”, a qual foi rejeitada com o seguinte parecer do relator, “O autor propõe o alistamento obrigatório, o voto facultativo, e a não-exclusão de nenhum brasileiro do alistamento eleitoral, pelas razões que citou. Não concordamos com o alistamento obrigatório e indiscriminado, no que se refere aos condenados por crime comum. Por isso rejeitamos a emenda”. BRASIL. Assembleia Nacional Constituinte (ANC). Subcomissão do Sistema Eleitoral e Partidos Políticos. **Apresentação dos Pareceres do Relator às Emendas ao Anteprojeto**. Vol. 130, p. 5.

<sup>442</sup> FERRARINI, Luigi Giuseppe Barbieri. **Cárcere & Voto**.

julgado<sup>443</sup>. Assim, na apresentação do Anteprojeto desta Comissão para a próxima etapa da ANC, passou-se a prever, no art. 7º, §2º, a restrição dos direitos políticos como sanção penal, desde que prevista expressamente na sentença condenatória transitada em julgado<sup>444</sup>.

Já na Comissão de Sistematização, presidida por Afonso Arinos, verifica-se que – no primeiro anteprojeto de constituição, relatado pelo deputado federal constituinte Bernardo Cabral –, inicialmente constava no texto do Anteprojeto que a suspensão dos direitos políticos dos presos dependia de expressa menção na sentença penal condenatória transitada em julgado<sup>445</sup>. Quando o Anteprojeto foi transformado em Projeto de Constituição, mudou-se o texto para o art. 28, sem nenhuma alteração em sua redação<sup>446</sup>.

---

<sup>443</sup> Conforme consta à Emenda 100056-0 do Deputado Federal Constituinte Siqueira Campos, que teve a seguinte redação: “Acrescente-se ao anteprojeto aprovado pela Subcomissão dos Direitos e Garantias Individuais o seguinte § 21, renumerando-se os subsequentes: ‘§21 As restrições feitas ao preso, no que diz respeito aos seus direitos civis e políticos, serão aquelas decorrentes de sentença transitada em julgado.’ Justificação: Visando a função da pena que é readaptar o homem para o convívio social, estamos apresentando esta emenda, pois, não podemos admitir sejam feitas restrições, no que diz respeito aos seus direitos civis e políticos, exceto àquelas decorrentes de sentença transitada em julgado, quando esta impor penas acessórias”. BRASIL. Assembleia Nacional Constituinte (ANC). Comissão da Soberania e dos Direitos e Garantias do Homem e da Mulher. **Emendas Oferecidas à I - Comissão da Soberania e dos Direitos e Garantias do Homem e da Mulher**. Vol. 65, p. 15.

<sup>444</sup> Como constava no anteprojeto: “Art. 7º É vedada a cassação de direitos políticos, salvo em virtude de cancelamento da naturalização, por sentença judicial, e de incapacidade civil absoluta. §1º Não haverá sanção penal que importe a perda definitiva dos direitos políticos. §2º A aplicação da sanção penal de suspensão dos direitos políticos depende de sentença transitada em julgado, que a ela se refira explicitamente”. BRASIL. Assembleia Nacional Constituinte (ANC). Comissão da Soberania e dos Direitos e Garantias do Homem e da Mulher. **Parecer e Substitutivo**. Vol. 66, p. 9.

<sup>445</sup> Conforme constava no texto inicial do anteprojeto: “Art. 29 – É vedada a cassação de direitos políticos, salvo em virtude de cancelamento da naturalização, por sentença judicial, e de incapacidade civil absoluta. § 1º - Não haverá sanção penal que importe a perda definitiva dos direitos políticos. § 2º - A aplicação da sanção penal de suspensão dos direitos políticos depende de sentença transitada em julgado, que a ela se refira explicitamente”. BRASIL. Assembleia Nacional Constituinte (ANC). Comissão de Sistematização. **Anteprojeto de Constituição**. Vol. 219, p. 9.

<sup>446</sup> Não havendo nenhuma mudança para a redação anterior, a não ser o número do artigo: “Art. 28 - É vedada a cassação de direitos políticos, salvo em virtude de cancelamento da naturalização, por sentença judicial, e de incapacidade civil absoluta. §1º - Não haverá sanção penal que importe a perda definitiva dos direitos políticos. §2º - A aplicação da sanção penal de suspensão dos direitos políticos depende de sentença transitada em julgado, que a ela se refira explicitamente”. BRASIL. Assembleia Nacional Constituinte (ANC). Comissão de Sistematização. **Projeto de Constituição**. Vol. 226, p. 11.

Após, na fase de emendas e substitutivos ao Projeto, foram oferecidas as Emendas nº ES22242-2<sup>447</sup> e ES30373-2<sup>448</sup>, de autoria dos Deputados constituintes Tito Costa e Vasco Alves, respectivamente, que ressaltavam a importância da ampliação do direitos ao sufrágio dos condenados criminais. O relator apresentou parecer desfavorável às duas Emendas propostas: no parecer à emenda do Deputado Tito Costa aduziu que, como o substitutivo foi suprimido, a Emenda tinha perdido o objeto<sup>449</sup>; no parecer à Emenda do Deputado Vasco Alves expôs que o direito ao voto pressuporia interesses comunitários aos quais os presos não participariam e que o voto deles poderia ser facilmente manipulado pelo crime organizado e pelos agentes penitenciários<sup>450</sup>.

---

<sup>447</sup> A Emenda Modificativa ES22242-2 constava com a seguinte redação: “Artigo 15 - Passa a ter a seguinte redação: ‘A aplicação da sanção penal de suspensão das direitas políticos depende de sentença transitada em julgada, que a ela se refira explicitamente, não podendo proibir entanto o direito de voto’”. Como justificativa constou o seguinte texto: “Embora a atual redação já constitua um grande avanço posto que a suspensão só se dá quando explicitamente referida na sentença, temos que a comunidade carcerária, além de numerosa e tradutora de interesses próprios, não merece restrição quanto ao exercício do direito de voto. Aliás se todo o espírito moderno das leis penais são no sentido da ressocialização do detento, não merecendo inclusive maiores restrições dentro da ótica da lei de execução penal, a garantia de tal exercício seria um dos mais eficazes para contribuir para isso”. BRASIL. Assembleia Nacional Constituinte (ANC). Comissão de Sistematização. **Emendas Oferecidas em Plenário ao Substitutivo do Relator**. Vol. 236, p. 393.

<sup>448</sup> A Emenda Aditiva ES30373-2 constava com a seguinte redação: “Institui o direito de voto do presidiário. DISPOSITIVO EMENDADO - Acrescente-se mais um parágrafo ao artigo 6º do Projeto de Constituição. Art. 6º ... § ‘O preso terá direito de voto. Nenhuma restrição será feita ao preso, no que concerne aos seus direitos civis e políticos, que não aquelas decorrentes de sentença transitada em julgado’”. Como justificativa constou o seguinte texto: “O direito ao voto se justifica porque, ao encarcerado devem ser garantidos todos os direitos da vida civil para que o preso não venha a perder, de forma completa, o vínculo com o tecido social e, com isso, ficar sem condições de reintegração ao meio, que a verdadeira função da pena. Portanto, incabível e injustificável a supressão, ao preso, dos direitos decorrentes de sua condição de cidadão, salvo quando expressamente declarado por sentença que pode, hoje, impor penas acessórias, entre as quais eventuais restrições de direitos”. BRASIL. Assembleia Nacional Constituinte (ANC). Comissão de Sistematização. **Emendas Oferecidas em Plenário ao Substitutivo do Relator**. Vol. 238. p. 2329.

<sup>449</sup> Conforme consta no parecer do relator Bernardo Cabral sobre a ES22242-2: “O ilustre constituinte defende o direito de voto para ‘a comunidade carcerária’ e para isso deseja dar nova redação ao art. 15. Acontece que no nosso substitutivo suprimimos o aludido dispositivo e conseqüentemente, a emenda perdeu a razão de ser”. BRASIL. Assembleia Nacional Constituinte (ANC). Comissão de Sistematização. **Parecer sobre as Emendas ao Substitutivo do Relator**. Emenda 20792-0 a 28579-3. p. 187.

<sup>450</sup> Conforme consta no parecer do relator Bernardo Cabral sobre a ES30373-2 “A emenda visa a assegurar o direito de voto ao preso, alegando que o mesmo não deve perder o ‘vínculo com o tecido social’ . Acontece que o direito de voto pressupõe interesses comunitários dos quais o presidiário não participa. Além de que seu voto pode facilmente ser manipulado pela ‘falange vermelha’, pelo diretor do presídio, pelos guardas etc.”. BRASIL. Assembleia Nacional Constituinte (ANC). Comissão de Sistematização. **Parecer sobre as Emendas ao Substitutivo do Relator**. Emenda 28581-5 a 35111-7. p. 1355.

Após o parecer pela rejeição, a Emenda Aditiva nº ES30373-2 foi a votação com o Destaque nº 6715-87, na qual o constituinte Vasco Alves substabeleceu o Constituinte Paulo Ramos para defender a sua emenda. O Destaque do Constituinte pedia a inclusão do seguinte parágrafo: “o preso terá direito de voto”. A justificativa utilizada para a inserção desse novo parágrafo e, conseqüentemente, a defesa do voto do preso foi a notória situação do sistema penitenciário nacional; de forma que, ao se possibilitar o direito ao voto para os presos, os administradores públicos certamente dedicariam maior atenção aos problemas do sistema prisional<sup>451</sup>.

Então, após a manifestação do Constituinte Paulo Ramos, a palavra foi concedida ao Constituinte e relator Bernardo Cabral que se posicionou contra a Emenda, nos seguintes termos:

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 para o presídio? Como a emenda está incompleta, a relatoria vota contra<sup>452</sup>.

Após essa manifestação, a Emenda foi votada e rejeitada pela maioria da Comissão de Sistematização, por 60 votos contrários, 19 votos a favor e 1 abstenção do total de 80 votos<sup>453</sup>.

Ainda, o Constituinte Oswaldo Lima Filho, também, levantou uma questão sobre essa temática, expondo que, por força da redação do inciso III do art. 14<sup>454</sup>,

---

<sup>451</sup> Nas palavras do Constituinte Paulo Ramos: “Sr. Presidente, Sras. e Srs. Constituintes, o autor do Destaque Constituinte Vasco Alves, pediu-me para fazer a defesa do mesmo junto aos companheiros da Assembleia 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”. BRASIL. Assembleia Nacional Constituinte (ANC). Comissão de Sistematização. **Diário Da Assembleia Nacional Constituinte (Suplemento "C")**. p. 605.

<sup>452</sup> BRASIL. Assembleia Nacional Constituinte (ANC). Comissão de Sistematização. **Diário Da Assembleia Nacional Constituinte (Suplemento "C")**. p. 605.

<sup>453</sup> MIRANDA, João Vitor Silva. Crítica à Suspensão do Direito Político Ativo das Pessoas Condenadas Criminalmente.

<sup>454</sup> Ressalta-se que, à época, a redação que está hoje no art. 15, inciso III da CF/88 era prevista no art. 14, inciso III do anteprojeto de constituição.

qualquer parlamentar condenado, seja por crime doloso, seja por crime culposo, bem como por uma contravenção penal, poderia perder o seu mandato. Entretanto, essa questão acabou não sendo discutida naquele momento por questões processuais e regimentais<sup>455</sup>.

Ainda outras emendas foram apresentadas em relação aos direitos políticos dos presos, muitas delas com a justificativa de aperfeiçoamento da redação dos seus artigos. Algumas delas realmente alteravam apenas o aspecto formal de seu texto, já outras, a pretexto de uma alteração meramente formal, pretendiam alterar também o conteúdo material que disciplinava a matéria da restrição dos direitos políticos do condenados criminais<sup>456</sup>. Dessa forma, ao considerar algumas emendas que supostamente apenas aperfeiçoavam a redação e a técnica legislativa, chegou ao texto final da Comissão de Sistematização: “Art. 17. É vedada a cassação de direitos políticos, e sua perda ou suspensão dar-se-á nos casos de: [...] III - condenação penal, enquanto durarem seus efeitos”<sup>457</sup>.

Passando-se a etapa do Plenário da ANC, com as suas emendas de plenário e a confecção da redação final do texto do Projeto, foi apresentada a Emenda 2P02038-1 – que era uma emenda substitutiva integral do Título II do Projeto de Constituição com o objetivo de aprimorar o texto –, que alterou o termo “condenação

<sup>455</sup> Como se verifica neste trecho: “O SR. CONSTITUINTE OSWALDO LIMA FILHO: – Quero chamar atenção dos Srs. Constituintes para o seguinte: regimentalmente, apresentei à Comissão de Sistematização um destaque, dentro do prazo estabelecido. Visa ele à modificação do item III do art. 14. Saliento que esse gravíssimo defeito do Substitutivo só foi por nós encontrado após advertência do Constituinte Nelson Carneiro. Substitutivo prevê: ‘É vedada a cassação de direitos políticos, e a perda destes dar-se-á por motivo de condenação penal, enquanto durarem seus efeitos.’ Isto significa que qualquer parlamentar, federal ou estadual, condenado por crime doloso, por acidente de automóvel, por um caso criminal de vias de fato, condenado a pena alternativa, pode ter seu mandato cassado. É absurdo. É de defeito gravíssimo o que está no Substitutivo nº 2. Aqui está também a proposta de destaque que ofereci a emenda. À época, o Vice-Presidente da Comissão, Constituinte Aluizio Campos, apresentou emenda semelhante e sustentou sua legitimidade. A Comissão deve decidir se mantém ou não o texto com erronia gravíssima. O SR. PRESIDENTE (Fernando Henrique Cardoso): – Sr. Constituinte, V. Ex.<sup>a</sup> recoloca a mesma questão do Constituinte Aluizio Campos, já decidida. Não há o que decidir. Peço desculpas a V. Ex.<sup>a</sup>, mas a Mesa não tem outra alternativa. Se fosse supressivo, a Mesa teria meios de colocá-lo em votação. Ao se aprovar o destaque de V. Ex.<sup>a</sup> não se teria emenda para colocar no lugar. Vamos passar ao destaque ao art. 15.” BRASIL. Assembleia Nacional Constituinte. Comissão de Sistematização. **Diário Da Assembleia Nacional Constituinte (Suplemento "C")**. p. 606-607.

<sup>456</sup> FERRARINI, Luigi Giuseppe Barbieri. **Cárcere & Voto**.

<sup>457</sup> BRASIL. Assembleia Nacional Constituinte (ANC). Plenário. **Projeto de Constituição (A)**. Vol. 253. p. 13.

penal” para “condenação criminal” e recolocou o requisito do trânsito em julgado para a restrição dos direitos políticos dos condenados no texto do Projeto<sup>458</sup>.

Assim, com essa alteração no texto, a redação do inciso sobre a restrição dos direitos políticos foi aprovada na fase final da etapa do Plenário passando para o art. 14 do Projeto de Constituição<sup>459</sup>. Por fim, na Comissão de Redação alterou-se o número do artigo, passando do art. 14 para o 15, assentando a atual redação do *caput* que passou a conter a expressão “só se dará” ao invés de “dar-se-á”<sup>460</sup>.

Em suma, como se verificou ao longo da história constitucional brasileira, a discussão jurídica sobre a restrição aos direitos políticos dos presos foi bastante vaga e sucinta, predominando dois tipos centrais de argumentos: um de ordem ética, no sentido de que os presos não possuiriam idoneidade moral para votar em virtude de haverem quebrado o pacto ou o contrato social por meio do cometimento do seu crime<sup>461</sup>; outro de ordem prática, no sentido de que haveria dificuldades logísticas de se estabelecer uma sessão eleitoral dentro dos presídios ou de levar os presos até uma sessão eleitoral nos dias de pleito, dificuldade prática também manifestada no risco ou na possibilidade do voto dos presos ser facilmente manipulado em virtude do domínio que as facções criminosas exercem nos presídios ou mesmo pela influência

<sup>458</sup> A Emenda 2P02038-1 trouxe a seguinte redação: “Art. 16. É vedada a cassação de direitos políticos, e sua perda ou suspensão dar-se-á nos casos de:[...] III - condenação criminal transitada em Julgado, enquanto durarem seus efeitos”. BRASIL. Assembleia Nacional Constituinte (ANC). Plenário. **Emendas Apresentadas**. Vol. 255. p. 774-779.

<sup>459</sup> Com a seguinte redação: “Art. 14. É vedada a cassação de direitos políticos, e sua perda ou suspensão dar-se-á nos casos de: [...] III - condenação criminal transitada em julgado, enquanto durarem seus efeitos”. BRASIL. Assembleia Nacional Constituinte. Plenário. **Projeto de Constituição (C)**: redação final. Vol. 314. p. 16.

<sup>460</sup> “É vedada a cassação de direitos políticos, cuja perda ou suspensão só se dará nos casos de: [...] III - condenação criminal transitada em julgado, enquanto durarem seus efeitos”. BRASIL. Assembleia Nacional Constituinte. Plenário. **Projeto de Constituição (D)**: redação final. Vol. 316. p. 16.

<sup>461</sup> Aliás, nesse sentido é o que advogava Pontes de Miranda nos seus Comentários à Constituição de 1946, em suas próprias palavras: “A condenação criminal suspende, *qualquer que seja ela*, enquanto eficaz a sentença, os direitos políticos. Não só se a pena é restritiva da liberdade. O art. 135, §1º, II, fala de condenação criminal, enquanto durarem os seus efeitos. [...] Na Constituição Política do Império do Brasil, o art. 8º, 2º, entendia suspenso o exercício dos direitos políticos por sentença condenatória à prisão ou degrêdo. A Constituição de 1946, art. 135, §1º, II, fala de condenação. Não é a mesma coisa. Nem a *ratio legis* é a mesma. Ali, atendia-se à restrição à liberdade: prêso ou degradedado, não poderia votar, nem exercer direitos políticos; em conseqüência, bastariam os efeitos adiantados. Aqui, não: qualquer sentença condenatória basta; o fundamento é *ético*; em conseqüência, é preciso o trânsito em julgado”. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. **Comentários à Constituição de 1946**. p. 209.

exercida pelos agentes penitenciários<sup>462</sup>. Por outro lado, como se verificou nas discussões ocorridas na Assembleia Nacional Constituinte de 1987/1988 o direito ao voto deveria ser garantido aos presos, no intuito de que a participação deles na vida política nacional seria também uma forma de recuperá-los socialmente e prepará-los para uma futura reintegração na sociedade, bem como porque após a reforma da parte geral do Código Penal ocorrida em 1984 não haveria mais uma base legal para que houvesse a suspensão dos direitos políticos enquanto pena acessória da condenação criminal<sup>463</sup>. Desse modo, no próximo subcapítulo segue-se com o foco de decifrar o atual “estado da arte” da restrição do sufrágio ativo dos condenados no Brasil.

### 2.3 ATUAL “ESTADO DA ARTE” DA RESTRIÇÃO DO SUFRÁGIO ATIVO NO BRASIL

Neste subcapítulo, realizar-se-á a uma investigação sobre o atual “estado da arte” da restrição do sufrágio ativo no Brasil, analisando-se sucintamente (recortando apenas as partes importantes para o presente trabalho) os votos de um julgado recente do Supremo Tribunal Federal (Recurso Extraordinário 601.182) sobre a restrição dos direitos políticos quando há substituição de pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

De acordo com José Jairo Gomes, levantamento antigo feito pelo Tribunal Superior Eleitoral (TSE) divulgado em 2007, revelou que, naquela época, por volta de 503 mil brasileiros estavam privados dos direitos políticos. A maioria deles, cerca de 377 mil, por força de condenação criminal; aproximadamente 72 mil em virtude de prestação de serviço militar; 42 mil em razão de interdição por incapacidade civil; 972 pessoas por motivo de condenação em improbidade administrativa; 296 por terem optado por exercer os direitos políticos em Portugal; 176 por terem se recusado a prestação de serviço militar obrigatório e a prestação alternativa; por volta de 9.500, sem qualquer causa identificada<sup>464</sup>. Dados esses que já estão bastante defasados, mas que servem para se ter uma ideia de proporção e demonstrar que a condenação

---

<sup>462</sup> FERRARINI, Luigi Giuseppe Barbieri. **Cárcere & Voto**.

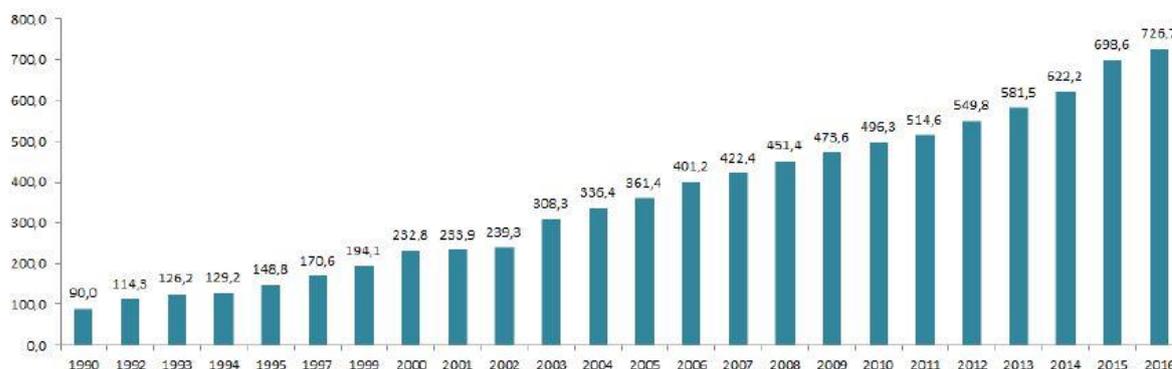
<sup>463</sup> MIRANDA, João Vitor Silva. Crítica à Suspensão do Direito Político Ativo das Pessoas Condenadas Criminalmente.

<sup>464</sup> GOMES, José Jairo. **Direito Eleitoral**. p. 39.

criminal é o motivo principal de restrição dos direitos políticos no Brasil por ampla margem: cerca de 5 vezes mais que o motivo que está em segunda colocação.

Embora atualmente não se tenha nenhum levantamento comparativo nesse sentido, de acordo com o Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (INFOPEN), o número de pessoas encarcerados subiu de 90 mil em 1990 para 726 mil em junho de 2016 (em números absolutos), o que se verifica no gráfico abaixo (gráfico 1).

Gráfico 1 – Número de pessoas presas no Brasil entre 1990 e 2016



Fonte: Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (INFOPEN)<sup>465</sup>

Ainda de acordo com o INFOPEN, em junho de 2016, ultrapassava-se o número de 352 pessoas presas por cada grupo de 100 mil habitantes no Brasil, conforme se verifica na tabela abaixo (tabela 1). Os números do levantamento abarcaram 1.422 unidades prisionais das 1.460 que estavam em funcionamento em 30 de junho de 2016 no país<sup>466</sup>. Por outro lado, o levantamento não levou em consideração os presos em albergue domiciliar<sup>467</sup> e os que estavam sob

<sup>465</sup> De acordo com o levantamento, com exceção dos anos de 2002 e de 2016, nos quais os dados utilizados fazem referência ao primeiro semestre, todos os demais dados se referem ao mês de dezembro de cada ano. Ainda, ressalta-se que não havia dados disponíveis para os anos 1996 e 1998. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E SEGURANÇA PÚBLICA. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias: INFOPEN (Atualizado junho de 2016)**. p. 9.

<sup>466</sup> De acordo com o levantamento, apenas 1.422 das 1.460 unidades prisionais do país concluíram o preenchimento do formulário online, por isso os dados das demais foram desconsiderados na conclusão da pesquisa. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E SEGURANÇA PÚBLICA. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias: INFOPEN (Atualizado junho de 2016)**.

<sup>467</sup> Conforme o previsto no Código Penal brasileiro são três os regimes de cumprimento da pena privativa de liberdade, como se verifica no art. 33 do CP, com a redação dada pela Lei nº 7.209, de

monitoramento eletrônico, ou seja, havia um número muito maior de pessoas sujeitas ao controle do sistema de justiça criminal do que o demonstrado nesses números. Há que se ter em mente também que o número de condenados criminais é muito maior que o número de presos (nos três regimes de cumprimento da pena privativa de liberdade), uma vez que as pessoas podem ser condenadas a penas privativas de liberdade (PPL), penas restritivas de direitos (PRD) e penas de multa<sup>468</sup>.

O levantamento ainda ressalta que, das aproximadamente 726 mil pessoas presas no Brasil em 2016, cerca de 689 mil estavam presas no Sistema Penitenciário Estadual; por volta de 36 mil estavam custodiadas nas delegacias e outros espaços administrados pelas Secretarias de Segurança Pública estaduais; e 437 pessoas estavam encarceradas no Sistema Penitenciário Federal. No mesmo ano, havia um déficit total em torno de 358 mil vagas e uma taxa de ocupação média<sup>469</sup> de 197,4% no sistema penitenciário nacional, conforme se verifica (tabela 1):

---

11 de julho de 1984: “A pena de reclusão deve ser cumprida em regime fechado, semiaberto ou aberto. A de detenção, em regime semiaberto, ou aberto, salvo necessidade de transferência a regime fechado. § 1º - Considera-se: a) **regime fechado** a execução da pena em estabelecimento de segurança máxima ou média; b) **regime semiaberto** a execução da pena em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar; c) **regime aberto** a execução da pena em casa de albergado ou estabelecimento adequado. § 2º - As penas privativas de liberdade deverão ser executadas em forma progressiva, segundo o mérito do condenado, observados os seguintes critérios [...]”.

BRASIL. **Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal.

<sup>468</sup> Segundo prevê o art. 32 do Código Penal brasileiro, com a redação dada pela Lei nº 7.209, de 11 de julho de 1984, são três as espécies de pena criminal: “As penas são: I - **privativas de liberdade**; II - **restritivas de direitos**; III - **de multa**”. **Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal.

<sup>469</sup> De acordo com o levantamento, a taxa de ocupação foi calculada pela razão entre o número total de pessoas privadas de liberdade e a quantidade de vagas existentes no sistema prisional. É importante de se ressaltar que no cálculo foram consideradas as pessoas privadas de liberdade nas carceragens das delegacias, embora não se tenha considerado as vagas existentes nestes espaços.

Tabela 1 – Pessoas privadas de liberdade

| Brasil - Junho de 2016                                 |                |
|--|----------------|
| <b>População prisional</b>                             | <b>726.712</b> |
| Sistema Penitenciário                                  | 689.510        |
| Secretarias de Segurança/<br>Carceragens de delegacias | 36.765         |
| Sistema Penitenciário Federal                          | 437            |
| <b>Vagas</b>   | <b>368.049</b> |
| <b>Déficit de vagas</b>                                | <b>358.663</b> |
| <b>Taxa de ocupação</b>                                | <b>197,4%</b>  |
| <b>Taxa de aprisionamento</b>                          | <b>352,6</b>   |

Fonte: Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (INFOPEN)<sup>470</sup>

De acordo com estimativas do IBGE, a população brasileira em 2016 estava em torno de 206 milhões de habitantes<sup>471</sup>. Ou seja, ao se cruzando esses dados tem-se que 0,35% da população brasileira encontrava-se em carceragens em 2016. Analisando-se os dados do Tribunal Superior Eleitoral (TSE), o número de eleitores em 2016 era de aproximadamente 146,5 milhões de pessoas<sup>472</sup>, o que dá o dado de que aproximadamente 0,5% do eleitorado brasileiro estava impedido de participar das eleições de seus representantes nesse ano.

É de se ter em conta, também, que a taxa de aprisionamento<sup>473</sup> do sistema penitenciário brasileiro tem aumentado em 157% entre 2000 e 2016 (gráfico 2), número que se seguir crescendo na mesma proporção tenderá a impedir uma parcela cada vez maior de pessoas da participação no processo eleitoral brasileiro, o que pode comprometer todo o regime democrático brasileiro.

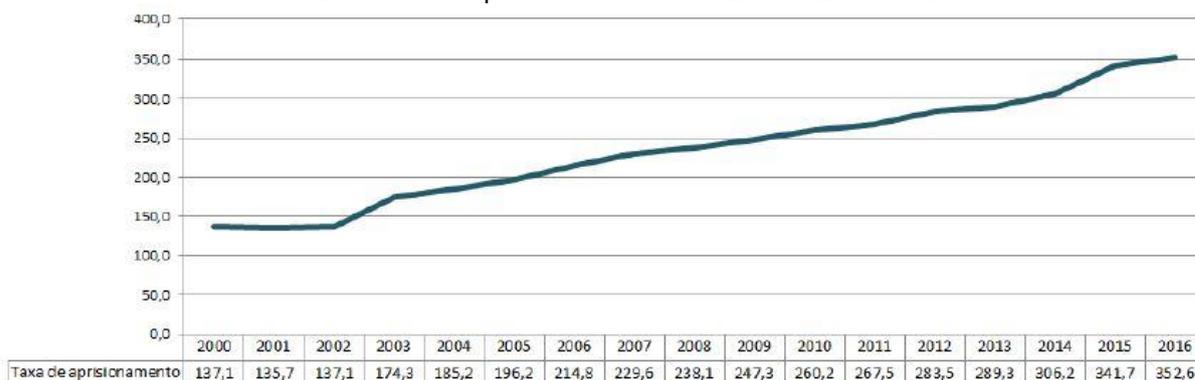
<sup>470</sup> MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E SEGURANÇA PÚBLICA. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias: INFOPEN (Atualizado junho de 2016)**. p. 7.

<sup>471</sup> INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (IBGE). **Estimativas da População Residente no Brasil e Unidades da Federação com Data de Referência em 1º de julho de 2016**.

<sup>472</sup> BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral (TSE). **Estatísticas do Eleitorado – Consulta por região/UF/município**.

<sup>473</sup> A taxa de aprisionamento é uma relação proporcional da quantidade de presos para cada grupo de 100 mil pessoas.

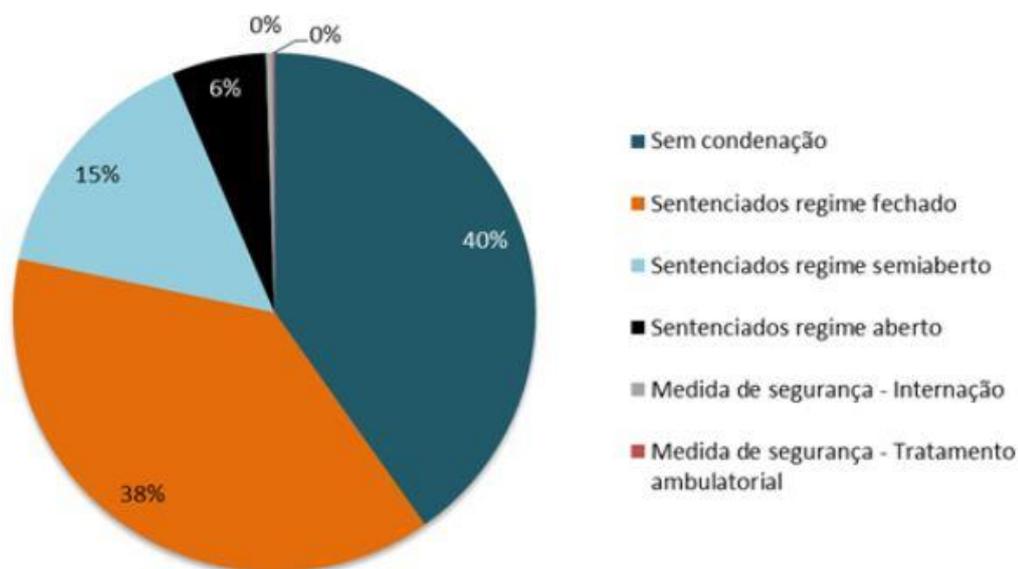
Gráfico 2 – Taxa de aprisionamento entre 2000 e 2016 no Brasil



Fonte: Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (INFOPEN)<sup>474</sup>

Ainda, o levantamento do INFOPEN traz o dado de que em de 2016 aproximadamente 40% das pessoas privadas de liberdade estavam sem condenação, 38% dos presos estavam cumprindo pena em regime fechado, 15% em regime semiaberto e 6% em regime aberto (gráfico 3).

Gráfico 3 – Presos por tipo de prisão e de regime de cumprimento da pena



Fonte: Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (INFOPEN)<sup>475</sup>

Ademais, pode-se também analisar o perfil da população prisional por diversos indicadores, tais como o gênero, a raça, o nível de escolaridade, a faixa etária

<sup>474</sup> BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias: INFOPEN (Atualizado junho de 2016)**. p. 12.

<sup>475</sup> BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias: INFOPEN (Atualizado junho de 2016)**. p. 13.

e o tipo de crime cometido, dentre outros. Para os fins e temática da pesquisa aqui desenvolvida, talvez seja interessante de se destacar que o INFOPEN traz o dado de que do número total de presos em 2016, 42.355 eram presas mulheres, o que representa 5,82% do total de presos, sendo que cerca de 94% dos presos no Brasil são homens<sup>476</sup>.

Quanto a faixa etária majoritária, o levantamento demonstra que 55% da população prisional é formada por jovens de 18 a 29 anos<sup>477</sup> – utilizando-se a classificação do Estatuto da Juventude (Lei nº 12.852/2013). Quanto a escolaridade, verifica-se que cerca de 74% da população carcerária brasileira não chegou a acessar o ensino médio, e dentre a parcela que chegou ao ensino médio, tendo o concluído ou não, tem-se mais 24% da população carcerária<sup>478</sup>. Quanto ao corte racial ou de cor, pode-se afirmar que 64% da população prisional é composta por pessoas negras, compreendendo-se como negras a soma dos pretos e pardos (gráfico 4)<sup>479</sup>.

Gráfico 4 – Presos por raça, cor ou etnia das pessoas presas e da população em geral



<sup>476</sup> BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias: INFOPEN (Atualizado junho de 2016)**.

<sup>477</sup> O que traz uma sobre representação dessa faixa etária na população prisional, conforme o levantamento: “Ao observarmos a participação dos jovens na população brasileira total, é possível afirmar que esta faixa etária está sobrerrepresentada no sistema prisional: a população entre 18 e 29 anos representa 18% da população total no Brasil<sup>28</sup> e 55% da população no sistema prisional no mesmo ano”. BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias: INFOPEN (Atualizado junho de 2016)**. p. 30.

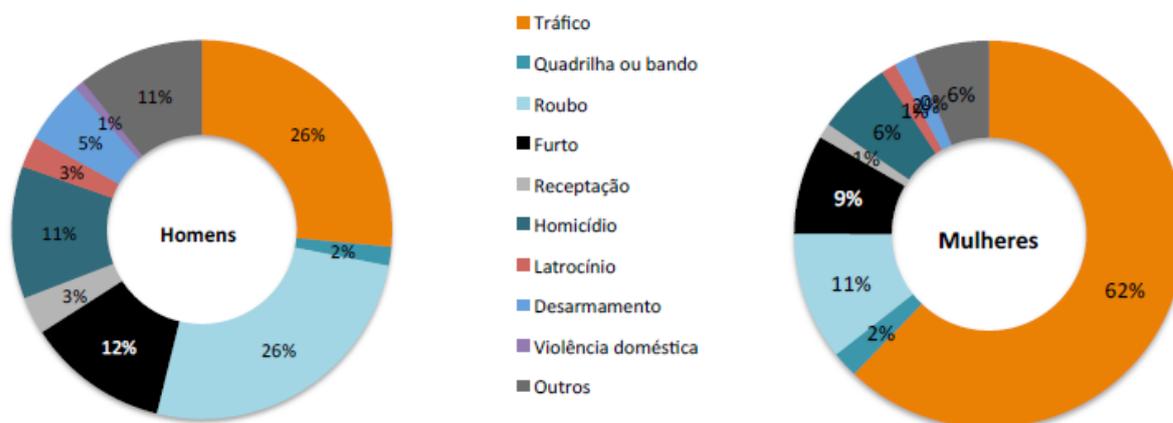
<sup>478</sup> BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias: INFOPEN (Atualizado junho de 2016)**. p. 34.

<sup>479</sup> Conforme traz o levantamento, a parcela da população negra nas prisões está sobrerrepresentada, haja vista que na população brasileira acima de 18 anos, com dados de 2015, a parcela de negros representava cerca de 53%. BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias: INFOPEN (Atualizado junho de 2016)**. p. 32.

Fonte: Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (INFOPEN)<sup>480</sup>

Por fim, verifica-se que no corte da população carcerária por tipo penal, são 5 os principais crimes cometidos por quem está preso: tráfico de entorpecentes com 28% das incidências, roubo e furto com 37 % e homicídio representando por volta de 11% dos crimes. Há também diferenças importantes de acordo com o gênero do preso, haja vista que dentre os homens os crimes da lei de drogas representam 26% do total e dentre as mulheres esse percentual chega a 62%. Já quanto aos crimes de roubo e furto, esses representam 38% das incidências nos presos masculinos e 20% dos crimes relacionados às mulheres, como se vê (gráfico 5):

Gráfico 5 – Presos por tipo penal e por gênero



Fonte: Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (INFOPEN)<sup>481</sup>

Partindo-se para a análise do atual “estado da arte” no Brasil, quanto à restrição dos direitos políticos ativos<sup>482</sup>, tem-se na doutrina e jurisprudência brasileiras que a restrição do direito ao voto é uma decorrência necessária e automática da condenação transitada em julgado para todo e qualquer tipo de crime (doloso e culposos) e para toda e qualquer tipo de pena (privativa de liberdade, restritiva de direito e de multa) e como tal prescindindo de decisão expressa e fundamentada nesse sentido do juízo por ocasião da condenação criminal.

<sup>480</sup> BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias: INFOPEN (Atualizado junho de 2016)**. p. 19.

<sup>481</sup> BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias: INFOPEN (Atualizado Junho de 2016)**. p. 43.

<sup>482</sup> Como já se verificou no subcapítulo anterior, a **capacidade eleitoral ativa** (ou sufrágio ativo) caracteriza-se principalmente, mas não só, pelo poder que o cidadão possui de votar, elegendo representantes ou fazendo diretamente as decisões políticas mais importantes da comunidade, através do plebiscito, do referendo e da lei de iniciativa popular, consoante o art. 14 da CF/88.

Isso é o que se verifica tanto na doutrina, quanto na jurisprudência pátria majoritárias, nas quais se costuma aduzir que a suspensão dos direitos políticos não seria uma pena acessória e sim apenas uma consequência que operaria de forma automática, como decorrência da condenação criminal transitada em julgado. E mais, advogando que se a Constituição não fez exceção alguma ou discriminou em quais tipos de crimes haveria ou não a possibilidade de restrição dos direitos políticos, ela deveria operar-se em todas as hipóteses de condenação criminal<sup>483</sup>.

A doutrina majoritária também sustenta que a suspensão dos direitos políticos seriam uma consequência direta e imediata da decisão condenatória com trânsito em julgado, não havendo necessidade alguma de manifestação expressa pelo juiz da condenação a respeito da incidência desta restrição. Expõe-se que os efeitos da suspensão dos direitos políticos por condenação criminal persistirão enquanto durarem as sanções impostas ao condenado, tendo total incidência durante o período de livramento condicional, bem como nas hipóteses de prisão albergue ou domiciliar, aplicando-se até mesmo em relação ao período de provas do sursis, por ser uma forma de cumprimento da pena criminal<sup>484</sup>; haja vista que a Constituição não distinguiria a suspensão dos direitos políticos pelas penas aplicadas e que o fundamento da suspensão seria eminentemente de natureza ética, decorrendo da inidoneidade do condenado<sup>485</sup>.

Segundo destaca Zilio, este efeito automático também se daria em qualquer espécie de condenação criminal, seja praticada de forma dolosa, seja de forma culposa, bem como ocorreria nas condenações oriundas de contravenções penais. Ademais, na atual *praxis* jurídica, a restrição dos direitos políticos dos condenados

---

<sup>483</sup> É o que se verifica neste trecho de Teori Zavascki: “A suspensão dos direitos políticos não é pena acessória, e sim consequência da condenação criminal: opera-se automaticamente, independentemente de qualquer referência na sentença. [...] O constituinte não fez exceção alguma: em qualquer hipótese de condenação criminal haverá suspensão dos direitos políticos enquanto durarem os efeitos da sentença. Trata-se de preceito extremamente rigoroso, porque não distingue crimes dolosos dos culposos, nem condenações a simples penas pecuniárias. Também não distingue crimes de maior ou menor potencial ofensivo ou danoso. A condenação por contravenção, que também é crime, acarreta, assim, o efeito constitucional”. ZAVASCKI, Teori Albino. Direitos políticos.

<sup>484</sup> DE MORAES, Alexandre. **Condenação Criminal e Suspensão dos Direito Políticos**.

<sup>485</sup> Como se vê neste trecho: “Não distingue a Constituição entre as penas ao impor a suspensão dos direitos políticos enquanto perduraram os seus efeitos. Como bem diz Pontes de Miranda, ‘o fundamento é ético’, já que o criminoso não é idôneo para participar dos negócios públicos”. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Comentários à Constituição Brasileira de 1988**.

também independeria da espécie de pena aplicada, operando-se tanto nas condenações com pena privativa de liberdade (reclusão, detenção e prisão simples), como nas com pena restritiva de direitos (prestação de serviços à comunidade, prestação pecuniária, interdição temporária de direitos, limitação de fim de semana) e nas com aplicação da pena de multa<sup>486</sup>.

Na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF), encontra-se também alguns julgados que vão nesse mesmo sentido, de modo que a norma do art. 15, III, que prevê a suspensão dos direitos políticos por condenação criminal transitada em julgado teria autoaplicabilidade com eficácia imediata independentemente de qualquer densificação legislativa<sup>487</sup>.

Há julgados também afirmando que ainda que haja a aplicação de substitutivos penais<sup>488</sup>, isto não impediria a suspensão dos direitos políticos dos condenados criminais. O motivo para essa restrição seria o de que a justificativa para a suspensão dos direitos políticos de um cidadão não seria o recolhimento a prisão, mas sim o juízo de reprovabilidade expresso na condenação criminal<sup>489</sup>.

Em sede de controle concentrado de constitucionalidade tem-se também a afirmação de que a suspensão dos direitos políticos com hipóteses previstas nos

<sup>486</sup> Nas palavras do autor: “Assim, tanto a condenação por pena privativa de liberdade (seja de reclusão, detenção ou prisão simples), como restritiva de direitos (prestação de serviços à comunidade, prestação pecuniária, interdição temporária de direitos, limitação de fim de semana) ou de multa implica a suspensão dos direitos políticos”. ZILIO, Rodrigo López. **Direito Eleitoral**. p. 116.

<sup>487</sup> Como se vê neste excerto: “**A norma inscrita no art. 15, III, da Constituição reveste-se de autoaplicabilidade, independentemente, para efeito de sua imediata incidência, de qualquer ato de intermediação legislativa.** Essa circunstância legitima as decisões da Justiça Eleitoral que declaram aplicável, nos casos de condenação penal irrecorrível, e enquanto durarem os seus efeitos, como ocorre na vigência do período de prova do sursis, a sanção constitucional concernente à privação de direitos políticos do sentenciado. Precedente: RE 179.502-SP (Pleno). [RMS 22.470 AgR, rel. min. Celso de Mello, j. 11-6-1996, 1ª T, DJ de 27-9-1996.]” (grifou-se). BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). **A Constituição e o Supremo**.

<sup>488</sup> Conforme destaca Santos, os substitutivos penais são aqueles mecanismos de política criminal utilizados com o objetivo de evitar e reduzir os efeitos negativos dos processos de criminalização e de execução penal, mediante a substituição da pena privativa de liberdade por mecanismos informais de controle social, incidindo nos fatos puníveis de leve e média gravidade, sob o fundamento de que uma intervenção penal mais gravosa produziria maior dano do que utilidade social nesses casos. SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal**.

<sup>489</sup> É o que se verifica neste trecho: “**A substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos não impede a suspensão dos direitos políticos.** No julgamento do RE 179.502/SP, rel. min. Moreira Alves, firmou-se o entendimento no sentido de que **não é o recolhimento do condenado à prisão que justifica a suspensão de seus direitos políticos, mas o juízo de reprovabilidade expresso na condenação.** [RE 577.012 AgR, rel. min. Ricardo Lewandowski, j. 9-11-2010, 1ª T, DJE de 25-3-2011.]” (grifou-se). BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). **A Constituição e o Supremo**.

incisos do art. 15 da Constituição Federal de 1988 incidiria não apenas na capacidade eleitoral passiva, mas também no direito ao sufrágio ativo. Nessas ações diretas afirmou-se, ademais, que não se deveria confundir as hipóteses de restrição dos direitos políticos, previstas no art. 15, com as hipóteses de inelegibilidades, previstas nos parágrafos 4º ao 9º do art. 14, tudo da CF/88. Por essa razão, não haveria inconstitucionalidade na cumulação entre a restrição dos direitos políticos e as inelegibilidades<sup>490</sup>.

Como se viu, apesar de esse ser o entendimento majoritário tanto na doutrina quanto na jurisprudência, é de se destacar que há também entendimentos divergentes. O STF reconheceu repercussão geral em sede recurso extraordinário (RE) 601.182 - MG<sup>491</sup> em 2011, recurso que tratava especificamente sobre a temática da suspensão dos direitos políticos nas hipóteses de substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos. Este processo foi julgado pelo Pleno do STF em 2019<sup>492</sup>, e embora por maioria tenha saído vitoriosa a tese de que a regra da suspensão dos direitos políticos é autoaplicável, tratando-se de consequência

<sup>490</sup> “A inelegibilidade tem as suas causas previstas nos §§ 4º a 9º do art. 14 da Carta Magna de 1988, que se traduzem em condições objetivas cuja verificação impede o indivíduo de concorrer a cargos eletivos ou, acaso eleito, de os exercer, e não se confunde com **a suspensão ou perda dos direitos políticos, cujas hipóteses são previstas no art. 15 da CR, e que importa restrição não apenas ao direito de concorrer a cargos eletivos (*ius honorum*), mas também ao direito de voto (*ius suffragii*)**. Por essa razão, não há inconstitucionalidade na cumulação entre a inelegibilidade e a suspensão de direitos políticos. [ADC 29; ADC 30 e ADI 4.578, rel. min. Luiz Fux, j. 16-2-2012, P, DJE de 29-6-2012.]” (grifou-se). BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). **A Constituição e o Supremo**.

<sup>491</sup> Conforme a ementa da decisão: “**DIREITOS POLÍTICOS – CONDENAÇÃO CRIMINAL – SUBSTITUIÇÃO DA PENA RESTRITIVA DA LIBERDADE PELA RESTRITIVA DE DIREITOS – ARTIGO 15, INCISO III, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL – ALCANCE – AFASTAMENTO DA SUSPENSÃO NA ORIGEM – REPERCUSSÃO GERAL CONFIGURADA. Possui repercussão geral a controvérsia sobre a suspensão de direitos políticos, versada no artigo 15, inciso III, da Constituição Federal, tendo em vista a substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos**” (grifou-se). BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno - meio eletrônico). **Repercussão Geral no Recurso Extraordinário (RE) 601.182 RG / MG - Minas Gerais**.

<sup>492</sup> Consoante se observa neste trecho: “O Tribunal, por maioria, apreciando o tema 370 da repercussão geral, deu provimento ao recurso extraordinário, nos termos do voto do Ministro Alexandre de Moraes, Redator para o acórdão, vencidos os Ministros Marco Aurélio (Relator) e Rosa Weber. Em seguida, por maioria, fixou-se a seguinte tese: ‘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’, nos termos do voto do Ministro Alexandre de Moraes, vencido o Ministro Marco Aurélio. Não participou da fixação da tese o Ministro Gilmar Mendes. Ausente, justificadamente, o Ministro Celso de Mello. Presidência do Ministro Dias Toffoli. Plenário, 08.05.2019.” BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Recurso Extraordinário (RE) 601.182 - Minas Gerais**.

imediate e automática da sentença penal condenatória<sup>493</sup>, é interessante de se percorrer em revista aos principais argumentos esgrimidos durante este processo.

No caso em concreto o réu foi condenado por crime de uso de documento falso (art. 304 do CP<sup>494</sup>), alegando que teria adquirido uma carteira de motorista sem saber da sua falsidade. Assim, ele foi condenado à pena de dois anos de reclusão, em regime aberto, tendo, contudo, a sua pena privativa de liberdade (PPL) substituída por duas penas restritivas de direito (PRD), conforme o art. 44 do CP<sup>495</sup>. O Tribunal de origem, Tribunal de Justiça de Minas Gerais (TJ-MG), em julgamento de apelação criminal, entendeu não ser aplicável ao caso concreto a suspensão dos direitos políticos, previstos no inciso III do art. 15 da CF/88, uma vez que houve a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

---

<sup>493</sup> Segundo a ementa da decisão: “PENAL E PROCESSO PENAL. SUSPENSÃO DOS DIREITOS POLÍTICOS. AUTOAPLICAÇÃO. CONSEQUÊNCIA IMEDIATA DA SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA TRANSITADA EM JULGADO. NATUREZA DA PENA IMPOSTA QUE NÃO INTERFERE NA APLICAÇÃO DA SUSPENSÃO. OPÇÃO DO LEGISLADOR CONSTITUINTE. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. 1. A regra de suspensão dos direitos políticos prevista no art. 15, III, é autoaplicável, pois trata-se de consequência imediata da sentença penal condenatória transitada em julgado. 2. A autoaplicação independe da natureza da pena imposta. 3. A opção do legislador constituinte foi no sentido de que os condenados criminalmente, com trânsito em julgado, enquanto durar os efeitos da sentença condenatória, não exerçam os seus direitos políticos. 4. No caso concreto, recurso extraordinário conhecido e provido”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Recurso Extraordinário (RE) 601.182 - Minas Gerais**.

<sup>494</sup> Art. 304 do Código Penal (delito de uso de documento falso): “Fazer uso de qualquer dos papéis falsificados ou alterados, a que se referem os arts. 297 a 302: Pena - a cominada à falsificação ou à alteração”. BRASIL. **Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal.

<sup>495</sup> Art. 44 do Código Penal, com a redação alterada pela Lei nº 9.714, de 1998: “As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando: I – aplicada pena privativa de liberdade não superior a quatro anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa ou, qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposo; II – o réu não for reincidente em crime doloso; III – a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente. § 1º (VETADO) § 2º Na condenação igual ou inferior a um ano, a substituição pode ser feita por multa ou por uma pena restritiva de direitos; se superior a um ano, a pena privativa de liberdade pode ser substituída por uma pena restritiva de direitos e multa ou por duas restritivas de direitos. § 3º Se o condenado for reincidente, o juiz poderá aplicar a substituição, desde que, em face de condenação anterior, a medida seja socialmente recomendável e a reincidência não se tenha operado em virtude da prática do mesmo crime. § 4º A pena restritiva de direitos converte-se em privativa de liberdade quando ocorrer o descumprimento injustificado da restrição imposta. No cálculo da pena privativa de liberdade a executar será deduzido o tempo cumprido da pena restritiva de direitos, respeitado o saldo mínimo de trinta dias de detenção ou reclusão. § 5º Sobrevindo condenação a pena privativa de liberdade, por outro crime, o juiz da execução penal decidirá sobre a conversão, podendo deixar de aplicá-la se for possível ao condenado cumprir a pena substitutiva anterior. BRASIL. **Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal.

O TJ-MG aduziu que não haveria qualquer incompatibilidade da pena restritiva de direitos com o pleno exercício dos direitos políticos, e que pela relevância desses direitos só se poderia tolhê-los em situações que materialmente inviabilizassem o seu exercício. O TJ-MG invocou, ainda, os princípios da isonomia, da dignidade da pessoa humana e da individualização da pena, concluindo pela manutenção dos direitos políticos do apenado, ainda que permanecesse sob os efeitos da condenação criminal, mediante o cumprimento de penas restritivas de direitos<sup>496</sup>.

Neste ponto, parece bastante interessante a fundamentação da decisão do TJ-MG principalmente por aduzir que não se pode fazer uma interpretação isolada e puramente literal do inciso III do art. 15 da CF/88. Pois em toda interpretação jurídica (de normas constitucionais ou infraconstitucionais), deve-se levar em conta o todo da Constituição, a sua unidade de sentido, como se aprofundará no último subcapítulo do presente trabalho.

Por sua vez, desta decisão do TJ-MG o Ministério Público Estadual de Minas Gerais recorreu ao Supremo Tribunal Federal. No parecer exarado pela Procuradoria-Geral da República (PGR), defendeu-se a tese de que o inciso III do art. 15 da Constituição Federal, teria estabelecido um mandado constitucional expresso de suspensão dos direitos políticos em qualquer caso de condenação criminal transitada em julgado. Essa norma se configuraria, segundo a PGR, uma norma de eficácia plena e de incidência imediata, de forma a não haver abertura ou necessidade de uma complementação legislativa, e, caso houvesse qualquer intermediação legislativamente regulamentando o inciso III, essa lei seria inconstitucional, essa seria inconstitucional, independentemente se a lei pretendesse restringir ou ampliar a interpretação da hipótese do inciso III do art. 15 da CF/88<sup>497</sup>.

---

<sup>496</sup> Como se vê neste trecho da decisão do TJ-MG: “Não é de se conceber que o réu seja alijado de sua condição de cidadão por insistência na interpretação puramente literal do dispositivo em referência [art. 15, inciso III da CF/88], e no substrato ético que a fundamenta, depois de árdua e corajosa modernização das políticas criminais” (grifos nossos). BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno - meio eletrônico). **Repercussão Geral no Recurso Extraordinário (RE) 601.182 RG / MG - Minas Gerais.**

<sup>497</sup> Como se vê neste trecho do Parecer da PGR: “O art. 15 - III é norma de eficácia plena; logo, independe, para efeito de sua imediata incidência e produção dos efeitos a que está vocacionado,

Dessa forma, expõe a PGR que não haveria diferença no montante da pena imposta, tampouco na natureza da sanção criminal, uma vez que o condenado teria ferido o pacto social ao cometer o crime, devendo ter a sua capacidade de cidadão diminuída em virtude deste ato, justificando-se, assim, a restrição de seus direitos políticos. Isto é, para a PGR, não seria a restrição da liberdade, com o recolhimento a prisão, que impediria o condenado de exercer os seus direitos políticos, mas, sim, o fato de que o condenado criminal teria rompido com o pacto social<sup>498</sup>.

Ademais, a PGR aduziu que o constituinte originário não teria estabelecido qualquer distinção em relação a pena imposta, tampouco dispôs que a segregação seria o fundamento da incidência da restrição dos direitos políticos, bem como que este dispositivo não comportaria uma interpretação restritiva de seu alcance<sup>499</sup>. Por isso, a restrição temporária dos direitos políticos não se revestiria de caráter arbitrário ou desproporcional, porque visaria a atender o interesse público<sup>500</sup>. Reiterou-se, por fim, que a restrição do art. 15, inciso III, tem como fundamento preservar a dignidade

---

de qualquer ato de intermediação legislativa; é norma de alta densidade. Aliás, **não há, sequer, abertura à complementação legislativa**, como ocorre com o art. 19-§9º, que prevê a possibilidade de lei complementar estabelecer outras hipóteses de inelegibilidade. Data vênua, eventual lei que tencione restringir ou ampliar as hipóteses de perda e suspensão dos direitos políticos seria inconstitucional” (grifou-se). MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. Procuradoria-Geral da República. **Parecer nº 001, de 02 de maio de 2019 ao Recurso Extraordinário nº 601182/MG**. p. 5.

<sup>498</sup> Nas palavras da PGR: “**O condenado criminalmente fere o pacto social e tem sua capacidade de cidadão diminuída**, daí a impossibilidade de votar e de ser votado; de participar e de influir na organização da vontade estatal, seja qual for a pena aplicada. A *ratio* é a condenação criminal e não a pena aplicada”. MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. Procuradoria-Geral da República. **Parecer nº 001, de 02 de maio de 2019 ao Recurso Extraordinário nº 601182/MG**. p. 6.

<sup>499</sup> *In verbis*: “o constituinte originário não estabeleceu qualquer distinção em relação a pena imposta àquele com condenação transitada em julgado, tampouco dispôs a segregação como elemento para a incidência da referida norma. Ao reverso, atribuiu tão somente à sentença condenatória transitada em julgado o fundamento para sustentar a suspensão dos direitos políticos, enquanto durarem seus efeitos. Em verdade, como dito, tratando-se de norma constitucional autoaplicável, além de não demandar ato do legislativo para sua incidência imediata, tampouco comporta interpretação que venha a restringir seu alcance”. BRASIL. Ministério Público Federal. Procuradoria-Geral da República. **Parecer nº 001, de 02 de maio de 2019 ao Recurso Extraordinário nº 601182/MG**. p. 6.

<sup>500</sup> Nas suas palavras: “Alegações acerca da inexistência de limitações materiais para que o apenado com restritiva de direitos exerça os direitos políticos ou, ainda, que o crime cometido não é grave, são metajurídicas e não elidem **a noção jurídica maior de que o condenado criminalmente rompe o pacto social**. Tanto é assim que a improbidade civil, em que não há a imposição de pena privativa de liberdade, igualmente suspende os direitos políticos, inclusive no hodierno mecanismo da Lei da Ficha Limpa”. MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. Procuradoria-Geral da República. **Parecer nº 001, de 02 de maio de 2019 ao Recurso Extraordinário nº 601182/MG**. p. 8.

da representação democrática, reservando os cargos públicos eletivos apenas para cidadãos insuspeitos<sup>501</sup>.

Os argumentos da Procuradoria Geral da República são interessantes e, como se viu, vão ao encontro do entendimento majoritário tanto da doutrina quanto da jurisprudência pátrias. De forma que podemos agrupar estes argumentos em torno de três ideias centrais: (i) a de que o constituinte originário não teria estabelecido distinções em relação a pena imposta ao condenado para que operasse a restrição dos direitos políticos, nem tinha a intenção de o fazer; (ii) a de que o art.15, inciso III seria uma norma de eficácia plena e autoaplicável, de forma que não caberia intermediação legislativa, ou, mesmo, ao judicial; (iii) a de que o condenado criminalmente feriria o pacto social e, por isso, teria justificada a diminuição na sua capacidade de ser cidadão, condição que o impossibilitaria de votar e ser votado.

Quanto ao acórdão do julgamento do Recurso Extraordinário propriamente dito, verifica-se que, de forma geral, no mesmo sentido dado pela PGR foram os votos da maioria do Ministros. Assim, formaram a maioria os Ministros Alexandre de Moraes – que se tornou o redator do acórdão – Ministro Edson Fachin, Ministro Luis Roberto Barroso, Ministra Cármen Lúcia, Ministro Ricardo Lewandowski e Ministro Gilmar Mendes.

Começando-se pelos votos que formaram a maioria, o Ministro Alexandre de Moraes (Redator) aludiu que a Constituição do Império foi a única carta constitucional brasileira a restringir a suspensão dos direitos políticos a determinados tipos de pena<sup>502</sup>, e que todas as demais constituições previram a suspensão dos direitos políticos como consequência da condenação criminal, independentemente das espécies de pena aplicada; que a única das cartas constitucionais brasileiras que

---

<sup>501</sup> Aqui, a PGR nitidamente faz referência a capacidade eleitoral passiva, ponto que merece referência, mas no qual não iremos nos aprofundar, uma vez que foge ao escopo do presente trabalho: “Como dito, o art. 15-III é autoaplicável – consequência direta e imediata da decisão condenatória transitada em julgado – **sendo sua ratio permitir que os cargos públicos eletivos seja reservados somente para os cidadãos insuspeitos, preservando-se a dignidade da representação democrática**, seja em relação ao direito de ser votado, seja para efeitos de continuidade de mandato eletivo”. BRASIL. Ministério Público Federal. Procuradoria-Geral da República. **Parecer nº 001, de 02 de maio de 2019 ao Recurso Extraordinário nº 601182/MG**. p. 10.

<sup>502</sup> Art. 8º da Constituição brasileira de 1824: “Suspende-so o exercicio dos Direitos Politicos I. Por incapacidade physica, ou moral. II. **Por Sentença condemnatoria a prisão, ou degredo, enquanto durarem os seus efeitos.**”. BRASIL. [Constituição (1824)].

previu que a restrição dos direitos políticos seria uma norma de eficácia limitada foi a Emenda Constitucional de 1969, uma vez que previu em seu parágrafo 2º a edição de uma lei complementar regulando a matéria<sup>503</sup>; que a Constituição atual do Brasil prevê a suspensão dos direitos políticos como consequência automática e inafastável da condenação criminal e que a suspensão dos direitos políticos duraria até a ocorrência da extinção da punibilidade, independentemente da reabilitação ou prova de reparação de danos, conforme previsto na súmula nº 9 do TSE<sup>504</sup>; que a jurisprudência da Suprema Corte seria no sentido de ser a restrição dos direitos políticos uma consequência imediata da condenação com trânsito em julgado; que, conforme advogava Pontes de Miranda nos Comentários à Constituição de 1946<sup>505</sup>, o fundamento da suspensão dos direitos políticos não seria a privação da liberdade, mas sim de ordem ética. Por fim, colacionou jurisprudência da Corte – RE 179.502/SP, de Relatoria do Min. Moreira Alves – que expunha: se o fundamento do inciso III art. 15 fosse a privação da liberdade, a suspensão dos direitos políticos deveria deixar de ter incidência quando houvesse o livramento condicional; dessa forma, se o fundamento da norma do inciso III fosse a impossibilidade material dos presos irem até as urnas exercerem os seus direitos políticos, só faria sentido justificar a suspensão do direito ao voto, mas não a do direito de ser votado; portanto, não seria o recolhimento à prisão que justificaria a restrição dos direitos políticos, mas, sim, o juízo de reprovabilidade expresso na condenação<sup>506</sup>.

---

<sup>503</sup> Art. 149 da Constituição brasileira de 1967, alterado pela Emenda Constitucional nº 1, de 1969: “Assegurada ao paciente ampla defesa, poderá ser declarada a perda ou a suspensão dos seus direitos políticos. [...] § 2º A perda ou a suspensão dos direitos políticos dar-se-á por decisão judicial: [...] c) por motivo de condenação criminal, enquanto durarem seus efeitos. § 3º **Lei complementar disporá sobre a especificação dos direitos políticos, o gozo, o exercício a perda ou suspensão de todos ou de qualquer deles e os casos e as condições de sua re aquisição**”. BRASIL. [Constituição (1967)].

<sup>504</sup> Súmula nº 9 do TSE: “A suspensão de direitos políticos decorrente da condenação criminal transitada em julgado cessa com o cumprimento ou a extinção da pena, independentemente de reabilitação ou de prova de reparação dos danos”. BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral (TSE). **Súmulas do Tribunal Superior Eleitoral**.

<sup>505</sup> Conforme já citado na nota de rodapé nº 458.

<sup>506</sup> Assim, o Ministro redator termina o seu voto apontando para a fixação da seguinte tese: “A regra de suspensão dos direitos políticos, prevista no art. 15, III, da Constituição Federal, é autoaplicável e consequência imediata da sentença penal condenatória transitada em julgado, independentemente da natureza da pena imposta (privativa de liberdade, restritiva de direitos, suspensão condicional da pena, dentre outras hipóteses)”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Recurso Extraordinário (RE) 601.182 - Minas Gerais**.

O Ministro Edson Fachin, por sua vez, aportou ao debate que, à luz do § 2º do art. 5º da CF/88, institui-se uma cláusula de abertura do ordenamento jurídico pátrio para os tratados e convenções internacionais. Desse maneira, o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (PIDCP)<sup>507</sup> teria sido incorporado ao ordenamento jurídico pátrio por este dispositivo, devendo a Suprema Corte interpretar o dispositivo constitucional do inciso III do art. 15, também, de acordo com os tratados de direitos humanos<sup>508</sup>. O Min. ainda expôs que a Corte Europeia de Direitos Humanos já se debruçou sobre questões deste tipo, especialmente nos casos *Hirst v. Reino Unido* e *Frodal v. Áustria*, e a mesma linha foi seguida pela Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso *Yatama vs. Nicarágua*, todos os casos assentando que a razoabilidade e a fundamentação dessas restrições devem estar previstas em lei<sup>509</sup>.

Por outro lado, Ministro Fachin frisou que apesar desses julgados em âmbito internacional, o STF possui precedentes próprios em linha diversa. Destacou-se que, no RE 179.502 julgado em 1995, de Relatoria do Min. Moreira Alves, ficou assentado que a suspensão dos direitos políticos se daria ainda quando o condenado cumprisse o período de provas da suspensão condicional da pena (*sursis penal*). Afirmou-se que a matéria suscitava fundada controvérsia e percepções distintas de um preceito constitucional, e, por fim, que o inciso III do art. 15 da CF/88 não parecia agasalhar uma interpretação que desse ao vocábulo “condenação” uma similitude com o modo

<sup>507</sup> O Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (PIDCP) foi adotado pela XXI Sessão da Assembleia Geral das Nações Unidas em 1966, entrando em vigor na ordem jurídica internacional em 1976, sendo ratificado pelo Brasil e internalizado na ordem jurídica interna em 1992.

<sup>508</sup> Dois trechos do voto do Ministro Edson Fachin sobre este ponto merecem ser transcrito *in verbis*: “É certo que o dispositivo constitucional tido por violado não deve ser lido de forma isolada. É preciso interpretá-lo à luz do disposto no art. 5º, LIV, e § 2º, no que, respectivamente, garante o direito ao devido processo legal e invoca os tratados de direitos humanos como guia de interpretação da própria Constituição Federal”; “Ao interpretar esse artigo, o Comitê de Direitos Humanos afirmou que qualquer restrição aos direitos políticos deve ter por base critérios objetivos e razoáveis (CCPR/C/21/Rev. 1/Add.7/par. 4). Além disso, reconheceu que é preciso que essas causas constem de leis as quais devem estabelecer precisamente quais são os critérios objetivos”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Recurso Extraordinário (RE) 601.182 - Minas Gerais**.

<sup>509</sup> Sobre este julgamento da Corte Interamericana de Direitos humanos, ressaltou o Ministro: “No julgamento do Caso *Yatama v. Nicarágua*, a Corte Interamericana assentou que a restrição do direito, nos termos do § 2º, deve (i) estar prevista em lei; (ii) não ser discriminatória; (iii) basear-se em critérios razoáveis; (iv) atender a um propósito útil e oportuno que a torne necessária para um imperativo interesse público; (v) ser proporcional a esse objetivo (Sentença de 23.06.2005, par. 206)”. Afirmou, ainda, que o critério de proporcionalidade deveria atender ao que dispôs a Corte Europeia no caso *Hirst v. Reino Unido*. Voto do Ministro Edson Fachin. BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Recurso Extraordinário (RE) 601.182 - Minas Gerais**.

pelo qual a sanção penal seria cumprida, isto é, defendeu que a suspensão dos direitos políticos se daria independentemente do tipo de pena criminal a ser cumprida. O Ministro Edson Fachin acompanhou, assim, a divergência aberta pelo Ministro Alexandre de Moraes<sup>510</sup>.

O Ministro Luís Roberto Barroso, por seu turno, aduziu que na teoria do Direito existiria uma divisão das questões jurídicas em casos fáceis e caos difíceis, e que a controvérsia do presente julgado se enquadraria nos casos fáceis, uma vez que a dicção da norma do inciso III do art. 15 seria inequívoca; que não se estaria diante de um princípio mas sim de uma regra, e que esta regra do inciso III seria bastante clara, apontando para condenações criminais transitadas em julgado, independentemente do tipo de pena aplicada. Afirmou-se que não se trataria de uma suspensão de direitos políticos com prazo ilimitado, mas, sim, uma restrição de direitos fundamentais expressamente prevista na Constituição brasileira de 1988. Por fim, o Min. Barroso encerrou o seu voto, afirmando que o limite da interpretação seria a possibilidade semântica da norma, e que a norma do presente caso não daria margens para dúvidas. Assim, também votou com a divergência aberta pelo Ministro Alexandre de Moraes<sup>511</sup>.

A Ministra Cármen Lúcia, em seu voto, afirmou que não seria plausível supor que somente o fato do recolhimento ao cárcere, e não o juízo de reprovabilidade expresso na condenação criminal, teria a capacidade de justificar o disposto no inciso III do art. 15. Desse modo, votou acompanhando o Ministro Redator<sup>512</sup>.

O Ministro Ricardo Lewandowski, por sua vez, defendeu que a restrição dos direitos políticos só se mostraria viável em nosso ordenamento jurídico nas hipóteses taxativamente elencadas – *numerus clausus* – no art. 15 da CF/88; ou seja, somente em situações excepcionais é que a Carta Magna admitiria a privação dos direitos políticos do cidadão e a condenação criminal transitada em julgado seria uma delas. Além disso, o Min. afirmou que, como o constituinte originário não fez nenhuma ressalva ou distinção, em qualquer hipótese de condenação criminal haveria de ser

---

<sup>510</sup> Voto do Ministro Edson Fachin. BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Recurso Extraordinário (RE) 601.182 - Minas Gerais.**

<sup>511</sup> Voto do Ministro Luís Roberto Barroso. BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Recurso Extraordinário (RE) 601.182 - Minas Gerais.**

<sup>512</sup> Voto da Ministra Cármen Lúcia. Idem.

aplicada a restrição dos direitos políticos. Nesse sentido, a norma prevista no inciso III do art. 15 seria um preceito extremamente rigoroso, pois não distingue crimes dolosos de culposos, tampouco as espécies de pena aplicada. Por fim, explanou que a restrição dos direitos políticos previstas no art. 15, inciso III, seria um dispositivo autoaplicável e automático, decorrência direta dos efeitos da condenação criminal. Assim, também votou com o Redator<sup>513</sup>.

O Ministro Gilmar Mendes, por seu turno, alegou que embora a conversão da pena restritiva de liberdade em restritiva de direitos seja uma medida alternativa, com o objetivo de evitar o aprisionamento de crimes de menor gravidade, isso não alteraria a natureza de sentença penal condenatória, mantendo todos os seus efeitos penais. Nesse sentido, o Min. aduziu que havia precedentes da Corte em casos de suspensão condicional da penal (*sursis penal*), instituto semelhante ao do caso em análise. Assim, votou com o Min. Redator<sup>514</sup>.

Passando-se, agora, aos votos vencidos, o Relator, Ministro Marco Aurélio, ressaltou, já de início, que se pagaria um preço módico por se viver em um Estado democrático de Direito, que esse preço seria o respeito irrestrito ao arcabouço normativo. Após, o Min. asseverou que cumpria definir naquele julgamento se a suspensão dos direitos políticos deveria ocorrer em toda e qualquer condenação criminal transitada em julgado, enquanto durassem os seus efeitos<sup>515</sup>.

Assim, o Min. Relator asseverou que a norma constitucional prevista no inciso III do art. 15 da CF/88 estaria assentada em um binômio: em primeiro lugar deveria haver uma condenação criminal transitada em julgado; em segundo lugar, deveria se pensar na impossibilidade de o condenado continuar no meio social, vindo a permanecer em restrição de liberdade. Nesse sentido, não se deveria conferir alcance irrestrito e peremptório à restrição dos direitos políticos por condenação criminal, caminhando-se para a conclusão razoável de que a suspensão dos direitos políticos só poderia ocorrer, quando o condenado viesse a ter a sua liberdade de ir e vir

---

<sup>513</sup> Voto do Ministro Ricardo Lewandowski. BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Recurso Extraordinário (RE) 601.182 - Minas Gerais.**

<sup>514</sup> Voto do Ministro Gilmar Mendes. *Idem.*

<sup>515</sup> Nas palavras do Ministro Marco Aurélio: “Cumprir definir: a suspensão dos direitos políticos ocorre considerada toda e qualquer condenação criminal transitada em julgado, enquanto durem seus efeitos?”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Recurso Extraordinário (RE) 601.182 - Minas Gerais.** p. 8.

cerceada pela condenação criminal. Isto é, quando o condenado viesse a ser beneficiado com a substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos, deveria ter assegurado o seu direito de participação ativa na comunidade política, predicado inerente à cidadania<sup>516</sup>.

Nesse sentido, o Ministro questionou, por exemplo, se se estivesse diante de uma condenação penal por lesões corporais culposas decorrentes de um crime de trânsito, poderia ser extraído do preceito constitucional que essa condenação exigiria também uma suspensão dos direitos políticos desse réu. Questionou-se se seria aceitável uma interpretação nesse sentido da Constituição cidadã, ao que respondeu que não. Para o Ministro, a única interpretação possível do inciso III do art. 15 seria aquela que inviabilizasse o exercício dos direitos políticos apenas com o recolhimento do condenado ao cárcere<sup>517</sup>.

Após, o Ministro Marco Aurélio colacionou doutrina de Dyrceu Aguiar Dias Cintra Junior que questionava se o direito de votar e ser votado seria uma das mais caras expressões da cidadania, teria o constituinte pretendido impor a sanção de limitação da cidadania indistintamente a todos os condenados. Isso implicaria impor a todos, igualmente, uma sanção acessória que, a depender do caso, teria efeitos mais severos que a própria sanção penal principal do delito. Ademais, asseverou que tal posição acarretaria considerar a suspensão dos direitos políticos uma pena adicional, por mais que se queira dar-lhe uma feição de mera decorrência automática da condenação.

Ainda, o Min. Relator expôs que essa interpretação, mais severa e abrangente do inciso III do art. 15 produzia um grave descompasso com o preceito da individualização da pena, que também possui assento constitucional e deve orientar não somente o legislador, mas também o aplicador da pena criminal. Destacou-se que ao se adotar esse interpretação extensiva e severa, se romperia, também, com o

---

<sup>516</sup> Voto do Min. Marco Aurélio. BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Recurso Extraordinário (RE) 601.182 - Minas Gerais.**

<sup>517</sup> Nas palavras do Ministro Marco Aurélio: “admitamos a condenação por lesões corporais culposas, um acidente de trânsito. Caminhar-se-á, da mesma forma, para conclusão sobre suspensão dos direitos políticos? Será esse o sentido de nossa Carta? Será que nossa Carta, numa interpretação socialmente aceitável, conduz a esse desiderato? A meu ver, não. A condenação criminal transitada em julgado, de que cogita o inciso III do art. 15, é aquela que inviabiliza, pelo recolhimento do condenado, o exercício dos direitos políticos”. Voto do Ministro Marco Aurélio. Idem.

critério da proporcionalidade que deve perpassar todo o ordenamento jurídico. Por fim, destacou que nada seria mais adequado do que restringir a suspensão dos direitos políticos a casos em que, por causa da condenação, o condenado estaria materialmente impossibilitado do exercício pleno de seus direitos de cidadania e isso ocorreria, efetivamente, apenas quando estivesse cumprindo pena privativa de liberdade<sup>518</sup>.

Na sequência, o Ministro destacou que além do regime fechado, ainda existem o regime semiaberto e aberto, questionando-se como se poderia conciliar a automaticidade da restrição dos direitos políticos para todo e qualquer crime com esses regimes menos gravosos de cumprimento de pena privativa de liberdade. Isto é, aduziu-se que ao se adotar a corrente majoritária se estaria a admitir que o réu seria reintroduzido ao convívio na comunidade política a qual pertence, não como um cidadão pleno, mas, sim, como um cidadão de segunda classe<sup>519</sup>, haja vista que, ainda, não poderia exercer os seus direitos políticos. Por fim, o Ministro Marco Aurélio terminou o seu voto no sentido de que se a pena criminal fosse convertida em restritiva de direitos, dever-se-ia afastar a incidência da suspensão dos direitos políticos previsto no inciso III do art. 15 da Constituição Federal<sup>520</sup>.

A Ministra Rosa Weber, no que lhe concerne, expôs que a questão a saber seria se uma condenação criminal conduziria ou não, automática e necessariamente, à suspensão dos direitos políticos dos condenados, ainda que não haja pena privativa

---

<sup>518</sup> Nas palavras de Dyrceu Aguiar Dias Cintra Junior: “Assim sendo, e afastada por completo a ideia de sanção que possa à primeira vista emergir do comando constitucional, nada mais adequado que restringir a suspensão dos direitos políticos a casos em que *por efeito da condenação*, ou, em outras palavras, *por causa dela*, veja-se o sentenciado materialmente impossibilitado do exercício pleno de seus direitos de cidadania, de votar e ser votado. E isto se dá, exclusivamente, quando esteja preso, cumprindo efetivamente pena privativa de liberdade, situação que torna inviável, na prática, o exercício dos direitos políticos”. CINTRA JUNIOR, Dyrceu Aguiar Dias apud Ministro Marco Aurélio. BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Recurso Extraordinário (RE) 601.182 - Minas Gerais**. p. 12.

<sup>519</sup> Num sentido bastante parecido com a ideia de a morte civil decorrente da pena de ostracismo. A “morte civil” era uma pena dos sistemas legais da antiguidade clássica e do medievo aplicada às pessoas condenadas por determinados crimes, em geral contra o próprio Estado ou contra a religião oficial deste. Consistia em retirar da pessoa todos os seus direitos civis e políticos, confiscando o seu patrimônio ou transmitindo-o aos seus herdeiros, como se a pessoa tivesse de fato morrido.

<sup>520</sup> Voto do Ministro Marco Aurélio. Idem.

de liberdade<sup>521</sup>. Assim, destacou que o pressuposto institucional norteador da resposta em questão só pode ser o da prevalência da Constituição Federal, que instituiu um Estado democrático de Direito assinalado pela busca da máxima efetividade dos direitos fundamentais. Além disso, ressaltou que o sufrágio possui um valor intrínseco e consagrado nos regimes democráticos contemporâneos<sup>522</sup>.

A ministra ressaltou, também, que a adequada interpretação do art. 15 no tocante à incidência automática da restrição de direitos políticos assume tônica extremamente sensível para a própria compreensão da democracia e da amplitude da proteção aos direitos políticos sob a égide da Constituição Federal; que a Constituição no caput do art. 15, primeiramente, veda a cassação dos direitos políticos, prevendo apenas cinco hipóteses para a perda e suspensão desses direitos; que os direitos políticos são delineados no art. 14 da CF/88, tratando da aptidão para votar (capacidade eleitoral ativa) e das condições de elegibilidade (capacidade eleitoral passiva); que o brasileiro que não se encontra no gozo dos seus direitos políticos não pode votar em eleições, plebiscitos ou referendos, tampouco se candidatar a cargos públicos eletivos, dentre outras limitações<sup>523</sup>.

A Ministra destacou, ainda, que os direitos políticos se configuram num conjunto de normas que disciplinam o exercício da soberania popular, e que há pelo menos três modos de exercício dos direitos políticos: pelo voto, pela elegibilidade e pelo exercício de fiscalização do poder público. Bem como asseverou a Ministra que embora o núcleo dos direitos políticos esteja nos atos de votar e ser votado em eleições, eles engendram uma gama bem maior de direitos como os de participar de

---

<sup>521</sup> Nas palavras da Ministra Rosa Weber: “Cumpra saber, mais **precisamente**, se a condenação criminal, uma vez transitada em julgado, conduz, ou não, automática e necessariamente à suspensão dos direitos políticos do condenado, ainda que a pena privativa de liberdade tenha sido substituída por pena restritiva de direitos” (grifo do original). BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Recurso Extraordinário (RE) 601.182 - Minas Gerais**. p. 35.

<sup>522</sup> Como ressaltou a Ministra Rosa Weber: “Há, nesse contexto, que reafirmar 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** [...] Penso que não pode a democracia – e os direitos subjetivos que são a condição para a sua efetividade – ser tratada, juridicamente, como conceito meramente abstrato, ideal vago ou simples prática retórica, sem densidade semântica e normativa apta a determinar, na vida prática da República, os modos de funcionamento do Estado e de relacionamento entre as instituições e os poderes” (grifos do original). BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Recurso Extraordinário (RE) 601.182 - Minas Gerais**. p. 36.

<sup>523</sup> Voto da Ministra Rosa Weber. Idem.

plebiscitos e referendos, a iniciativa popular de leis, a ação popular e os direitos de organizar e participar de partidos políticos; que os direitos políticos passivos se compõe de condições positivas de elegibilidade e causas negativas de inelegibilidades.

Ademais, expôs a Ministra que o dispositivo do art. 15 é endereçado ao legislador e que encerra uma vedação à cassação – ou uma garantia aos cidadãos de que não haverá cassação de seus direitos políticos – e uma autorização excepcional, ao admitir que a perda ou suspensão dos direitos políticos somente pode ocorrer nas hipóteses enumeradas nos incisos do art. 15 da CF/88. Ressaltou, também, que uma coisa é afirmar que a substituição da pena de privação de liberdade por restritiva de direitos não impede a suspensão dos direitos políticos, outra distinta é que a suspensão dos direitos políticos seria um efeito automático e necessário da condenação criminal<sup>524</sup>.

Ademais, a Ministra afirmou que a leitura sistemática das hipóteses de restrição dos direitos políticos aliada a expressa vedação da sua cassação no *caput* é sugestiva de que as limitações aos direitos políticos não configuram sanções penais em si mesmas, contudo devem ser vistas como decorrências de ordem práticas dessas hipóteses, até pelo fato de que a Constituição consagra não só a regra da legalidade estrita em matéria penal – que impede que haja sanção penal sem prévia cominação legal<sup>525</sup>–, bem como a regra de que a lei regulará a individualização das penas, dentre elas a de suspensão e interdição de direitos<sup>526</sup>.

Ainda, Rosa Weber aduziu que os efeitos da condenação criminal não são automáticos e dependem de motivação por ocasião da decisão condenatória, devendo a restrição de direitos políticos ser fundamentada tendo em conta a própria gravidade da restrição. Desse modo, não seria possível uma interpretação extensiva do dispositivo em tela, devendo haver a sua incidência, como regra geral, apenas quando a própria lei especificar a restrição dos direitos políticos, em razão do bem jurídico

---

<sup>524</sup> Voto da Ministra Rosa Weber. BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Recurso Extraordinário (RE) 601.182 - Minas Gerais**.

<sup>525</sup> Art. 5º, inciso XXXIX da Constituição Federal de 1988: “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”. BRASIL. [Constituição (1988)].

<sup>526</sup> Art. 5º, inciso XLVI da Constituição Federal de 1988: “a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes: [...] e) suspensão ou interdição de direitos”. BRASIL. [Constituição (1988)].

tutelado. Assim, a Ministra Rosa Weber negou provimento ao recurso extraordinário<sup>527</sup>.

Já o Ministro Luiz Fux, na antecipação de seu voto, aduziu que quando a lei é clara, cessa a interpretação (*in claris cessat interpretativo*). Expôs também o Min. que a vontade constitucional foi clara e coerente com toda a sua axiologia, não sendo por outra razão que o § 9º do art. 14 da CF/88 prevê a proibição administrativa e a moralidade para o exercício do mandato<sup>528</sup>. Ademais, Fux afirmou que o exemplo do Ministro Marco Aurélio de uma pessoa condenada por acidente de trânsito evidentemente não seria uma infração incompatível com o exercício de mandato político, entretanto que esse não era o caso sobre julgamento.

O Min. Fux defendeu, ainda na antecipação de seu voto, que mesmo as decisões da jurisdição constitucional têm que passar pelos critérios da razoabilidade e da proporcionalidade, de forma que realmente seria uma injustiça impedir o exercício do mandato de alguém que eventualmente tenha cometido uma lesão corporal culposa ou um delito de menor potencial ofensivo. Assim, o Ministro expôs que não haveria problema algum se o legislador ordinário, dentro de sua margem de apreciação, especificasse em quais casos a condenação criminal poderia levar a restrição dos direitos políticos, ainda que se considerasse o inciso III do art. 15 como sendo autoaplicável.

Por fim, Fux aduziu que a denominada “Lei da Ficha Limpa”<sup>529</sup> estabelece em quais crimes a gravidade seria suficiente para gerar a restrição dos direitos políticos, dentre eles os crimes contra a administração pública, lavagem de dinheiro, corrupção etc., que são crimes muito diversos de um mero acidente culposos de trânsito, como foi o exemplo trazido pelo Min. Marco Aurélio. Assim, o Min. Fux votou antecipadamente por acompanhar a divergência aberta pelo Min. Alexandre de

---

<sup>527</sup> Voto da Ministra Rosa Weber. Idem.

<sup>528</sup> Art. 14, § 9º da Constituição Federal de 1988: “Lei complementar estabelecerá outros casos de inelegibilidade e os prazos de sua cessação, a fim de proteger a proibição administrativa, a moralidade para o exercício do mandato, considerada a vida pregressa do candidato, e a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta. BRASIL. [Constituição (1988)].

<sup>529</sup> BRASIL. **Lei Complementar nº 135, de 4 de junho de 2010 (“Lei da Ficha Limpa”)**. Altera a Lei Complementar nº 64, de 18 de maio de 1990, que estabelece, de acordo com o § 9º do art. 14 da Constituição Federal, casos de inelegibilidade, prazos de cessação [...].

Moraes, mas entendendo que apenas os crimes previstos na “Lei da Ficha Limpa” deveriam gerar a restrição dos direitos políticos; ou seja, apenas a condenação criminal pelos crimes enumerados nessa lei deveria implicar a suspensão dos direitos políticos, no que tange tanto à elegibilidade quanto ao direito de votar<sup>530</sup>.

Já no voto propriamente dito, o Ministro Luiz Fux expôs que essa questão se trata de um verdadeiro *hard case* a ser solucionado pela Corte à luz das regras hermenêuticas que balizam a interpretação dos direitos fundamentais. Destacou-se que havia pelo menos três correntes interpretativas sobre o tema que poderiam ser assim sintetizadas: a) o art. 15, inciso III, seria norma autoaplicável e a suspensão dos direitos políticos efeito automático para toda e qualquer condenação criminal transitada em julgado, independentemente da pena aplicada; b) o art. 15, inciso III, embora uma norma autoaplicável e gerador da restrição automática dos direitos políticos deveria ser interpretado no sentido de conferir a máxima eficácia possível aos direitos fundamentais, razão pela qual a restrição desses direitos deveria ser sempre interpretada restritivamente – *exceptiones sunt strictissimoe interpretationis* –, e a restrição somente deveria ser aplicada quando incompatível com a pena imposta; c) o art. 15, inciso III, não seria autoaplicável, demandando uma regulamentação legal para a sua aplicação, tendo-se em conta uma interpretação sistemática da Constituição<sup>531</sup>.

O Ministro Fux, ainda, defendeu que mesmo se partindo da noção já consagrada da autoaplicabilidade do inciso III do art. 15 isso não impediria que o legislador ordinário, dentro de uma margem de apreciação, interpretasse a Constituição delimitando o âmbito de incidência fática da suspensão dos direitos políticos. Assim, o Min. ressaltou o papel do legislador democraticamente eleito na definição de *standards* gerais e abstratos que balizassem a atuação jurisdicional. Destacou Fux que a ponderação, em um Estado que leva a sério a democracia, deve ser realizada primariamente pelo legislador; nesse sentido, o inciso III do artigo 15 estaria mais de acordo com as normas de eficácia contida, na lição de José Afonso

---

<sup>530</sup> Voto do Ministro Luiz Fux. BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Recurso Extraordinário (RE) 601.182 - Minas Gerais.**

<sup>531</sup> Voto do Ministro Luiz Fux. Idem.

da Silva; isto é, as normas de eficácia contida são aquelas que teriam aplicabilidade imediata, porém poderiam ser restringidas por lei.

Por fim, o Min. Fux ressaltou que o legislador quando estabeleceu a Lei das Inelegibilidades<sup>532</sup> já delimitou um parâmetro de incidência da restrição dos direitos políticos na hipótese do inciso III do art. 15, enumerando um rol exaustivo de crimes que seriam capazes de gerar tanto a inelegibilidade quanto a suspensão do direito de voto, prudentemente excluindo desse rol crimes culposos, de menor potencial ofensivo e de ação penal privada. Assim, o Min. votou por dar provimento ao recurso, uma vez que o caso em concreto se tratava de um crime contra a fé pública (uso de documento falso) previsto dentro do rol de crimes que gerariam a suspensão dos direitos políticos de acordo com a LC 64/90<sup>533</sup>.

Após todos os votos terem sido proferidos, a exceção do Ministro Celso de Mello que estava ausente no julgamento, os Ministros da Suprema Corte debateram acerca de qual deveria ser a tese, então, a ser fixada naquele julgamento, mormente no intuito de ajustar se toda e qualquer condenação criminal deveria levar a suspensão automática dos direitos políticos. Expuseram que a suspensão dos direitos políticos seria uma pena gravíssima e que havia dúvidas sobre a proporcionalidade da restrição dos direitos políticos principalmente para os casos de crimes com pouca gravidade,

---

<sup>532</sup> Conforme previsto no art. 1º, inciso I, alínea “e” e no §4º da Lei Complementar 64/90, alterada pela Lei Complementar nº 135, de 4 de junho de 2010 (“Lei da Ficha Limpa”): “São inelegíveis: I - para qualquer cargo: [...] e) os que forem condenados, em decisão transitada em julgado ou proferida por órgão judicial colegiado, desde a condenação até o transcurso do prazo de 8 (oito) anos após o cumprimento da pena, pelos crimes: 1. contra a economia popular, a fé pública, a administração pública e o patrimônio público; 2. contra o patrimônio privado, o sistema financeiro, o mercado de capitais e os previstos na lei que regula a falência; 3. contra o meio ambiente e a saúde pública; 4. eleitorais, para os quais a lei comine pena privativa de liberdade; 5. de abuso de autoridade, nos casos em que houver condenação à perda do cargo ou à inabilitação para o exercício de função pública; 6. de lavagem ou ocultação de bens, direitos e valores; 7. de tráfico de entorpecentes e drogas afins, racismo, tortura, terrorismo e hediondos; 8. de redução à condição análoga à de escravo; 9. contra a vida e a dignidade sexual; e 10. praticados por organização criminosa, quadrilha ou bando”; “§ 4º A inelegibilidade prevista na alínea e do inciso I deste artigo não se aplica aos crimes culposos e àqueles definidos em lei como de menor potencial ofensivo, nem aos crimes de ação penal privada”. BRASIL. **Lei Complementar nº 64, de 18 de maio de 1990**. Estabelece, de acordo com o art. 14, § 9º da Constituição Federal, casos de inelegibilidade, [...].

<sup>533</sup> O Ministro Luiz Fux propôs a fixação da seguinte tese: “A suspensão de direitos políticos prevista no art. 15, III, da Constituição Federal revela natureza de norma autoaplicável, de ‘eficácia contida’, cuja extensão foi regulamentada pelo legislador infraconstitucional, nos termos da LC 64/90, art. 1º, I, ‘e’, c/c §4º, somente se operando a suspensão dos direitos políticos (elegibilidade, direito de voto e outros) nos crimes ali previstos”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Recurso Extraordinário (RE) 601.182 - Minas Gerais**.

culposos ou de menor potencial ofensivo. Por fim, a tese fixada pela Corte (tema 370) foi a seguinte: “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”<sup>534</sup>.

Após se ter pesquisado acerca da restrição do sufrágio ativo no direito comparada, bem como se ter passado em revista ao histórico constitucional pátrio dos direitos políticos e perquirido qual seria o atual “estado da arte” quanto a restrição dos direitos políticos ativos no Brasil, lançar-se-á algumas linhas-mestras no intuito de buscar uma interpretação mais constitucionalmente adequada ao tema no próximo subcapítulo.

#### 2.4 INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONALMENTE ADEQUADA

De início, talvez seja o momento aqui de se expressar uma opinião pessoal acerca da controvérsia objeto desse trabalho<sup>535</sup>. Por tudo o que foi exposto até aqui em relação da importância dos direitos políticos para o Estado constitucional e para o regime democrático que nele se conforma, este pesquisador formou a opinião de que, nos dias atuais, não haveria mais justificativas – seja de ordem teórica, seja de ordem prática – a amparar a restrição do sufrágio ativo de condenados criminais. Entretanto, existe um fato social e jurídico que se impõe: a Constituição brasileira de 1988 prevê expressamente essa possibilidade. Ou seja, até que eventualmente seja alterada a Constituição nesse particular, deve-se trabalhar com esta hipótese, harmonizando-a com o restante da Constituição e do ordenamento jurídico pátrio. Isto é o que se procurará fazer neste item do trabalho, perquirindo a possibilidade de se fazer uma interpretação da temática mais constitucionalmente adequada aos direitos humanos e fundamentais, tendo-se em conta tudo o que foi visto até aqui no trabalho.

Dito isso, como ressalta Duque, a Constituição deve estar aberta ao tempo, no sentido de que toda interpretação é sempre realizada no presente, de forma que toda a interpretação é uma nova leitura e aplicação das normas jurídicas a serem

---

<sup>534</sup> Conforme os debates e o extrato da ata da sessão de julgamento. BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Recurso Extraordinário (RE) 601.182 - Minas Gerais**.

<sup>535</sup> Acredita-se que esta explicação inicial é importante por questões de honestidade e transparência intelectual.

realizadas na atualidade, respondendo a uma gama de situações e problemas que se transformam ao longo da história, devendo adaptar-se às mudanças advindas do desenvolvimento da sociedade e do Direito<sup>536</sup>.

Assim, o ato de compreensão não deve ser pensando numa perspectiva unicamente subjetiva, mas, sim, inserida numa tradição jurídica intersubjetivamente verificável, na qual se realiza uma intermediação (*Vermittlung*) entre o passado e o presente dos institutos a serem interpretados na busca do desvelamento (*Unverborgenheit*) daquilo que ficou soterrado pela *práxis* irrefletida do cotidiano jurídico<sup>537</sup>, sem cair, contudo, em um originalismo metodológico:

Sendo um texto jurídico (cujo sentido, repita-se, estará sempre contido em uma norma que é produto de uma atribuição de sentido – *Sinngebung*) válido tão-somente se estiver em conformidade com a Constituição, a aferição dessa conformidade exige uma pré-compreensão (*Vorverständnis*) acerca do sentido de (e da) Constituição, que já se encontra, em face do processo de antecipação de sentido, numa co-pertença “faticidade-historicidade do intérprete e Constituição-texto infraconstitucional”. Um texto jurídico (um dispositivo, uma lei etc.) jamais é interpretado desvinculado da antecipação de sentido representado pelo sentido que o intérprete tem da Constituição<sup>538</sup>.

Ressalta-se que a questão da interpretação constitucional se manifesta quando uma questão jurídica precisa ser resolvida, no momento da concretização de textos jurídico-constitucionais. Revelando-se que não existe interpretação constitucional independentemente de problemas concretos. Nesse sentido, é tarefa da interpretação jurídica encontrar o resultado mais constitucionalmente adequado, fundamentando-o de forma racional e verificável, a fim de se estabelecer certeza jurídica e previsibilidade<sup>539</sup>. Dessa forma, o significado de um texto normativo seria o resultado de sua interpretação no momento de sua aplicação<sup>540</sup>, sendo que nenhuma

---

<sup>536</sup> DUQUE, Marcelo Schenk. **Curso de Direitos Fundamentais**.

<sup>537</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**.

<sup>538</sup> STRECK, Lenio Luiz. Bem Jurídico e Constituição. p. 304.

<sup>539</sup> HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**.

<sup>540</sup> Nunca é demais ressaltar a advertência feita por Lenio Streck, “quando se popularizou a assertiva de que texto não é igual à norma e que a norma é o produto da interpretação do texto (Friedrich Müller), nem de longe quer dizer que o texto não vale nada ou que norma e texto sejam ‘coisas à

norma constitucional deve ser interpretada de forma isolada; antes de tudo, a concretização deve ser realizada a partir da realidade a ser ordenada e de uma visão de conjunto e unidade do ordenamento jurídico<sup>541</sup>.

Frisa-se que a interpretação constitucional não possui uma natureza distinta da que se opera em outras áreas do Direito. Como toda a interpretação jurídica está estreitamente conexa com a aplicação e concretização do Direito<sup>542</sup>, não se destinando à mera enunciação abstrata de conceitos, ela se destina à conformação da realidade pela norma e da norma pela realidade, num círculo de compreensão<sup>543</sup>. Assim a interpretação Constitucional comportaria especialidades, mas não desvios em relação à interpretação jurídica em geral<sup>544</sup>. Ademais, entender e querer concretizar a Constituição enquanto força normativa implica aceitar quatro postulados básicos: o da unidade, o da identidade, o da efetividade e o da supremacia; nesse sentido, por si e pelos respectivos corolários, eles servem de balizas hermenêuticas que se projetam sobre os elementos clássicos de interpretação: gramatical, histórico, teleológico e sistêmico<sup>545</sup>.

Destaca-se, ainda, que concretizar um texto normativo é uma tarefa que pressupõe um entendimento prévio do todo da Constituição e do ordenamento jurídico

---

disposição do intérprete', ou, ainda, que o intérprete possui arbitrariedade para a 'fixação da norma' (sentido do texto)"; "se texto e sentido do texto não são a mesma coisa, tal circunstância não implica a afirmação de que estejam separados (cindidos) ou que o texto contenha a própria norma, mas, sim, que apenas há uma diferença (ontológica) entre os mesmos; é preciso compreender que a norma é o texto em forma de enunciados, em que o conteúdo veritativo não é nada mais do que a dimensão predicativa, isto é, *aquilo que se diz sobre ele*" (grifo do original). STRECK, Lenio Luiz.

**Lições de Crítica Hermenêutica do Direito.** p. 155.

<sup>541</sup> DUQUE, Marcelo Schenk. **Curso de Direitos Fundamentais.**

<sup>542</sup> Como destaca Häberle, não há normas jurídicas, que não sejam normas jurídicas interpretadas: "*Es gibt keine Rechtsnormen, es gibt nur interpretiert Rechtsnormen*". HÄBERLE, Peter. *Zeit und Verfassung.* In: DREIER, Ralf; SCHWEGMANN, Friedrich. **Probleme der Verfassungsinterpretation.** p. 293.

<sup>543</sup> Nas palavras de Streck: "Por intermédio do círculo hermenêutico conseguimos entender melhor a relação entre texto jurídico (lei, regra jurídica, princípio, preceito) e norma (sentido que se atribui ao texto)"; "Círculo hermenêutico quer dizer que sempre ingressamos em um 'processo' de compreensão com algo antecipado. [...] Círculo hermenêutico é condição de possibilidade para a compreensão. Se falo de uma inconstitucionalidade é porque antes já sei o que é uma Constituição, Direito constitucional, jurisdição constitucional, etc.". STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de Hermenêutica.** p. 29.

<sup>544</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional.**

<sup>545</sup> MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição.**

como um todo, bem como da realidade e do texto a ser interpretado<sup>546</sup>. Tornar consciente e fundamentar essas antecipações de sentido (*Vorverständnis*) corresponde ao mandamento primeiro de toda interpretação: “proteger-se contra o arbítrio de ideias e a estreiteza de hábitos de pensar imperceptíveis e dirigir o olhar ‘para as coisas mesmas’”<sup>547</sup>. Assim, a tarefa de interpretar a Constituição se impõe a todos os intérpretes e operadores do Direito – dentre eles, o legislador, o administrador, o juiz e a sociedade aberta ou pluralista<sup>548</sup> –, impondo-se a cada um deles a interpretação em seu âmbito próprio de competências e funções<sup>549</sup>.

Tem-se, também que toda interpretação constitucional deve considerar a unidade da Constituição, o seu conteúdo axiológico como um todo. Ou seja, a Carta Magna deve ser considerada como um todo unitário, uma vez que a unidade da Constituição é a chave da sua identidade. Nesse sentido, somente a partir de sua unidade/identidade é que se apreende a Constituição, materialmente falando<sup>550</sup>; de modo que, a conexão e interdependência dos elementos da Constituição demonstram que não se pode olhar somente um único texto normativo isolado, mas, sim, o todo da Constituição; de tal modo que as contradições entre textos constitucionais devem ser harmonizadas, bem como entre os textos constitucionais e os de direitos humanos consagrados na ordem internacional<sup>551</sup>.

Desse modo, também, é a lição de Eros Roberto Grau ao expor que não se deve interpretar a Constituição em tiras, aos pedaços, uma vez que assim como

<sup>546</sup> Consoante Lenio Streck: “quando se popularizou a máxima de que ‘interpretar é aplicar’ e que ‘interpretar é confrontar o texto com a realidade’, não significa que texto e realidade sejam coisas que subsistam por si só ou que sejam ‘apreensíveis’ isoladamente, sendo equivocado pensar, portanto, que interpretar é algo similar a ‘fazer acoplamentos entre um texto jurídico e os fatos’”. STRECK, Lenio Luiz. **Lições de Crítica Hermenêutica do Direito**. p. 155.

<sup>547</sup> HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**.

<sup>548</sup> Não se pode deixar de destacar, aqui, a proposta defendida por Häberle de uma interpretação constitucional pela e para uma sociedade aberta e pluralista (*Verfassungsinterpretation durch und für die offene und pluralistische Gesellschaft*). Dessa forma, deve-se ter em conta que a interpretação constitucional dos juizes e demais órgãos públicos não é, nem deve ser, a única possível. Os cidadãos e a opinião pública também constituem forças produtivas de interpretação/aplicação (*interpretatorische Produktivkräfte*) do Direito, ainda que seja como pré-intérpretes (*Vorinterpretieren*) do ordenamento jurídico e do texto constitucional. Assim, quem vive a norma também desempenha papel importante em interpretá-la ou pelo menos em (co)interpretá-la (*Wer die Norm ‘lebt’, interpretiert sie auch (mit)*). Isto é, a teoria da interpretação deve ser perpassada pela teoria democrática em uma sociedade aberta e pluralista. HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional**.

<sup>549</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**.

<sup>550</sup> MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**.

<sup>551</sup> HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**.

jamais se interpreta um texto normativo, mas sim o Direito como um todo, não se interpretam textos constitucionais isoladamente, mas, sempre, a Constituição, no seu conjunto e inteireza<sup>552</sup>. Ademais, esse postulado da unidade da Constituição exige do intérprete o relacionamento entre a parte e o todo mediante o emprego das categorias de ordem e unidade<sup>553</sup>, nesse mesmo sentido é a lição de Coelho:

Segundo essa regra de interpretação [a da unidade da Constituição], as normas constitucionais devem ser vistas não como normas isoladas, mas como preceitos integrandos num sistema unitário de regras e princípios, que é instituído na e pela própria Constituição. Em consequência, a Constituição só pode ser compreendida e interpretada corretamente se nós a entendermos como unidade, do que resulta, por outro lado, que em nenhuma hipótese devemos separar uma norma do conjunto em que ela se integra, até porque – relembre-se o círculo hermenêutico – o sentido da parte e o sentido do todo são interdependentes<sup>554</sup>.

Assim, tem-se que a noção de unidade da Constituição é uma especificação da interpretação sistemática, no intuito de impor ao intérprete o dever de harmonizar as tensões e contradições entre textos constitucionais. De tal modo que é na harmonização de sentido entre textos contrapostos que o intérprete deverá promover a concordância prática entre bens jurídicos tutelados, preservando o máximo possível de cada um deles<sup>555</sup>. Ademais, a Constituição possui uma função integradora do tecido político-social que serve, também, como critério de resolução de problemas jurídico-constitucionais; entendendo-se, por ela, que se deve dar preferência as soluções que favoreçam a integração política e social e o reforço da unidade política<sup>556</sup>.

O princípio da máxima efetividade decorre da incindibilidade da interpretação e aplicação dos textos normativos, devendo ser atribuído a um texto normativo de direito fundamental o sentido que maior eficácia lhe dê<sup>557</sup>. Isto é, efetividade significa a realização do Direito, a atuação prática do texto normativo, fazendo prevalecer no mundo da vida os valores e interesses tutelados pelo Direito. Relacionando, dessa

---

<sup>552</sup> GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. p. 159.

<sup>553</sup> ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**.

<sup>554</sup> COELHO, Inocêncio Mártires. **Interpretação Constitucional**. p. 101.

<sup>555</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. p. 327.

<sup>556</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**.

<sup>557</sup> MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**.

forma, o *dever-ser* do texto normativo com o *ser* da realidade social, devendo o intérprete ter compromisso com a maior efetividade dos direitos assegurados na Constituição<sup>558</sup>. Nessa perspectiva, preconiza-se a utilização da interpretação como forma de assegurar a otimização dos textos constitucionais que assegurem direitos, e também para maximizar a sua força normativa<sup>559</sup>.

Conforme aduz Juarez Freitas, para bem interpretar qualquer dispositivo da Constituição (ou em face dela), é necessário colocá-la, plasticamente, em harmonia com a totalidade axiológica do sistema constitucional, em consonância com os princípios, regras e valores de sorte a obter a máxima justiça possível<sup>560</sup>. Tratando mais especificamente da interpretação no que tange aos direitos políticos, José Afonso da Silva assim expõe:

O princípio que prevalece é o da plenitude do gozo dos direitos políticos positivos, de votar e ser votado. A pertinência desses direitos ao indivíduo, como vimos, é que o erige em cidadão. Sua privação ou a restrição do seu exercício configura exceção àquele princípio. Por conseguinte, a interpretação das normas constitucionais ou complementares relativas aos direitos políticos deve tender à maior compreensão do princípio, deve dirigir-se ao favorecimento do direito de votar e de ser votado, enquanto as regras de provação e restrição não de entender-se nos limites mais estreitos de sua expressão verbal, segundo as boas regras de hermenêutica<sup>561</sup>.

Assim, uma adequada interpretação dos direitos fundamentais – e como tais, dos direitos políticos – deve se pautar por maximizar o âmbito de proteção desses direitos. Nesse sentido, tem-se que é com essas lentes que deve ser observados os dispositivos do *caput* do artigo 14, que prevê os contornos gerais do direito de participação política (sufrágio ativo e passivo)<sup>562</sup>, e do *caput* do art. 15, que prevê a vedação da cassação de direitos políticos<sup>563</sup>. Por outro lado, as limitações aos direitos políticos devem ser interpretadas de forma restritiva, que é o caso dos dispositivos

---

<sup>558</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**.

<sup>559</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**.

<sup>560</sup> FREITAS, Juarez. **A Interpretação Sistemática do Direito**.

<sup>561</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. p. 381.

<sup>562</sup> Art. 14 da CF/88: “A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante: I - plebiscito; II - referendo; III - iniciativa popular”. BRASIL. [Constituição (1988)].

<sup>563</sup> Art. 15 da CF/88: “É vedada a cassação de direitos políticos, [...]”; BRASIL. [Constituição (1988)].

previstos nos parágrafos do art. 14<sup>564</sup> e nos incisos dos art. 15, todos prevendo formas de restrição ao exercício dos direitos políticos<sup>565</sup>.

Como destaca Zaffaroni, há que se ter em conta que a compreensão e a interpretação que se constrói dos textos jurídicos não é neutra, mas deve corresponder a um objetivo político e valorativo, que deve ser o de fortalecimento do Estado Constitucional e a contenção do arbítrio do poder punitivo<sup>566</sup>. Nesse sentido, a busca pela limitação do arbítrio e a racionalização do exercício do poder estatal sempre estiveram dentre as principais preocupações do fenômeno do constitucionalismo desde o estabelecimento de suas bases modernas<sup>567</sup>.

Nesse sentido, ressalta-se que, ainda que não conste expressamente no inciso III do art. 15 da CF/88 a exigência de lei regulamentando a suspensão dos direitos políticos nessa hipótese, pode-se chegar a essa mesma conclusão por meio de uma interpretação em harmonia com os incisos XXXIX e XLVI, ambos do art. 5º da Constituição brasileira de 1988, que dispõem sobre a garantia da legalidade estrita

<sup>564</sup> Apenas para citar alguns dos parágrafos do art. 14 da CF/88: “2º Não podem alistar-se como eleitores os estrangeiros e, durante o período do serviço militar obrigatório, os conscritos. § 3º São condições de elegibilidade, na forma da lei: I—a nacionalidade brasileira; II—o pleno exercício dos direitos políticos; III—o alistamento eleitoral; IV—o domicílio eleitoral na circunscrição; V—a filiação partidária; VI—a idade mínima de: a) trinta e cinco anos para Presidente e Vice-Presidente da República e Senador; b) trinta anos para Governador e Vice-Governador de Estado e do Distrito Federal; c) vinte e um anos para Deputado Federal, Deputado Estadual ou Distrital, Prefeito, Vice-Prefeito e juiz de paz; d) dezoito anos para Vereador. § 4º São inelegíveis os inalistáveis e os analfabetos. § 5º O Presidente da República, os Governadores de Estado e do Distrito Federal, os Prefeitos e quem os houver sucedido ou substituído no curso dos mandatos poderão ser reeleitos para um único período subsequente” BRASIL. [Constituição (1988)].

<sup>565</sup> Como se verifica na leitura da segunda parte do *caput* do art. 15 da CF/88 em conjunto com os incisos: “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”. BRASIL. [Constituição (1988)].

<sup>566</sup> Nesse sentido é bastante elucidativa a metáfora do dique de contenção utilizada por Zaffaroni: “O direito penal deve programar o exercício do poder jurídico como um *dique* que contenha o estado de polícia, impedindo que afogue o estado de direito. Entretanto, as águas do estado de polícia se encontram sempre em um nível superior, de modo que ele tende a ultrapassar o dique por transbordamento. Para evitar isso, deve o dique dar passagem a uma quantidade controlada de poder punitivo, fazendo-o de modo seletivo, filtrando apenas a torrente menos irracional e reduzindo sua turbulência, mediante um complicado sistema de comportas que impeça a ruptura de qualquer uma delas e que, caso isso ocorra, disponha de outras que reassegurem a contenção”. ZAFFARONI, Eugenio Raúl et al. **Direito Penal Brasileiro**. p. 156-157.

<sup>567</sup> Como se verificou na introdução do primeiro capítulo “As Bases do Estado contemporâneo”.

penal<sup>568</sup> e da necessidade de lei regulamentando a individualização da pena<sup>569</sup>. Ainda, há a previsão de que a lei pode regulamentar o exercício dos direitos políticos, no art. 23.2 da Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH)<sup>570</sup>, que foi incorporado ao ordenamento jurídico pátrio com *status* de norma supralegal<sup>571</sup>.

Há de se destacar, também, que ao se analisar os demais incisos do art. 15 da Constituição, verifica-se que nenhum deles faz menção expressa a necessidade ou possibilidade de lei regulamentadora das hipóteses contidas nos incisos, embora todos eles sejam regulados por legislação infraconstitucional. O primeiro inciso, que prevê a restrição dos direitos políticos por cancelamento da naturalização com sentença transitada em julgado, é regulamentado atualmente pelo art. 75 da Lei de

---

<sup>568</sup> Conforme o art. 5º, XXXIX, da CF/88: “**não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal**”. BRASIL. [Constituição (1988)]. Aliás, praticamente o mesmo texto é repetido no art. 1º do CP, com a redação dada pela Lei nº 7.209/84 : “Art. 1º - Não há crime sem lei anterior que o defina. **Não há pena sem prévia cominação legal**” (grifou-se). BRASIL. Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940.

<sup>569</sup> Art. 5º, XLVI, CF/88: “a **lei regulará a individualização da pena** e adotará, entre outras, as seguintes: **a)** privação ou restrição da liberdade; **b)** perda de bens; **c)** multa; **d)** prestação social alternativa; **e)** suspensão ou interdição de direitos”. BRASIL. [Constituição (1988)].

<sup>570</sup> Artigo 23 da Convenção Americana de Direitos Humanos: “**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 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 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**”. ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica).

<sup>571</sup> Conforme destaca Marinoni, com a atribuição de *status* de supralegalidade aos tratados internacionais sobre direitos humanos isso significou que passaram a existir dois parâmetros de controle e dois programas de validação de todo o Direito ordinário – que englobam não só a legislação ordinária, mas também o atuar da Administração Pública e as decisões proferidas pela jurisdição ordinária –, quais sejam: a Constituição e os tratados internacionais sobre direitos humanos. Assim, tanto a lei quando os atos administrativos e as decisões judiciais devem estar submetidos e compatibilizados, material e formalmente, com os direitos humanos previstos nos tratados internacionais. SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. Ainda, poder-se-ia utilizar aqui o conceito de “bloco de constitucionalidade”. Como destaca Barroso, a ideia de bloco de constitucionalidade foi desenvolvida no direito francês e serviria para identificar a existência de normas materialmente constitucionais que estejam fora do texto formal da Constituição. Assim, essa noção significa que as Constituições não se limitariam aos textos que as integram, mas incluiriam também outros textos normativos, em especial, os textos normativos internacionais sobre direitos humanos. BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**.

Migração (Lei nº 13.445/17) e pelo Decreto 9.199/17<sup>572</sup>. O inciso segundo, por sua vez, que trata da restrição dos direitos políticos por incapacidade civil absoluta, é regulado pelo art. 3º do Código Civil<sup>573</sup>. Já o inciso quarto, que trata da restrição aos direitos políticos por recusa ao cumprimento de uma obrigação a todos imposta e da prestação alternativa, é regulado, no caso do serviço militar obrigatório, pelo §1º do art. 143 da Constituição Federal<sup>574</sup>, pela Lei do Serviço Militar (Lei nº 4.375/64) e pelo seu regulamento no art. 244 (Decreto nº 57.654/66)<sup>575</sup>. Por fim, o quinto inciso, que prevê a restrição dos direitos políticos por improbidade administrativa, é complementado pelo §4º do art. 37 da Constituição<sup>576</sup> e pelo art. 12 da Lei 8.429/92<sup>577</sup>.

<sup>572</sup> A Lei de Migração trata da perda e da readquirição da nacionalidade nos arts. 75 e 76, e o Decreto 9.199/17 regulamenta a perda e readquirição da nacionalidade nos arts. 248 a 254. Isso é o que se vê no art. 75 da Lei de Migração: “O naturalizado perderá a nacionalidade em razão de condenação transitada em julgado por atividade nociva ao interesse nacional, nos termos do inciso I do § 4º do art. 12 da Constituição Federal. Parágrafo único. O risco de geração de situação de apatridia será levado em consideração antes da efetivação da perda da nacionalidade”. BRASIL. **Lei nº 13.445, de 24 de maio de 2017**. Institui a Lei de Migração; BRASIL. **Decreto nº 9.199, de 20 de novembro de 2017**. Regulamenta a Lei nº 13.445, de 24 de maio de 2017, que institui a Lei de Migração.

<sup>573</sup> Como se verifica no art. 3º do Código Civil, com a redação dada pela Lei nº 13.146/15: “São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil os menores de 16 (dezesseis) anos”. BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil.

<sup>574</sup> Conforme consta no art. 143 da CF/88: “Art. 143. O serviço militar é obrigatório nos termos da lei. **§1º Às Forças Armadas compete, na forma da lei, atribuir serviço alternativo aos que, em tempo de paz, após alistados, alegarem imperativo de consciência, entendendo-se como tal o decorrente de crença religiosa e de convicção filosófica ou política, para se eximirem de atividades de caráter essencialmente militar.** §2º As mulheres e os eclesiásticos ficam isentos do serviço militar obrigatório em tempo de paz, sujeitos, porém, a outros encargos que a lei lhes atribuir”. BRASIL. [Constituição (1988)].

<sup>575</sup> Como se vê no art. 244 do Regulamento da Lei do Serviço Militar: “Caberá ao Ministério da Guerra **o processamento e a solução dos casos em que brasileiros procurem eximir-se da prestação do Serviço Militar, com a perda de direitos políticos, nos termos do parágrafo 8º do Art. 141, combinado com o inciso II do parágrafo 2º do Art. 135, da Constituição da República.** Parágrafo único. Se o interessado fôr eximido e posteriormente desejar readquirir os seus direitos políticos, será obrigatoriamente incorporado em Organização Militar da Ativa, com a primeira classe a ser convocada, para a prestação do Serviço Militar inicial, após aprovado em inspeção de saúde e desde que tenha menos de 45 (quarenta e cinco) anos de idade”. BRASIL. **Decreto nº 57.654, de 20 de janeiro de 1966**. Regulamenta a lei do Serviço Militar (Lei nº 4.375, de 17 de agosto de 1964), retificada pela Lei nº 4.754, de 18 de agosto de 1965; BRASIL. **Lei nº 4.375, de 17 de agosto de 1964**. Lei do Serviço Militar.

<sup>576</sup> Como consta no art. 37, §4º da CF/88: “Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível”. BRASIL. [Constituição (1988)].

<sup>577</sup> Conforme se verifica no art. 12 da Lei de Improbidade Administrativa (com a redação dada pela Lei nº 12.120/09): “Independentemente das sanções penais, civis e administrativas previstas na

Com efeito, a individualização da pena significa que deve haver uma modulação da pena a ser aplicada no ato de punir, exigindo uma proporcionalidade da pena com gravidade do delito praticado e com a responsabilidade do seu autor, levando-se em consideração a necessidade de se adequar a sanção penal ao fato criminoso. Conforme destaca Salo de Carvalho, a doutrina aponta para três planos ou dimensões distintas da garantia da individualização da pena: o plano legislativo, o judicial e o administrativo (ou executivo). A primeira dimensão, a individualização da pena no plano do Poder Legislativo, seria identificada no processo de criminalização primária de condutas, ou seja, na criação dos tipos penais e na definição das espécies e quantidades mínimas e máximas da resposta penal ao delito. Dessa forma, a individualização da pena, nesta fase, atuaria como um critério orientador da atividade do legislador em matéria criminal, de forma a determinar a necessidade de previsão de sanções adequadas e proporcionais às condutas incriminadas<sup>578</sup>.

A segunda dimensão, a individualização da pena que se dá no plano do Poder Judiciário, ocorre no momento de se prolatar a condenação criminal, mais

---

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**: I - na hipótese do art. 9º, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, ressarcimento integral do dano, quando houver, **perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de oito a dez anos**, pagamento de multa civil de até três vezes o valor do acréscimo patrimonial 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 dez anos; 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. IV - na hipótese prevista no art. 10-A, **perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de 5 (cinco) a 8 (oito) anos** e multa civil de até 3 (três) vezes o valor do benefício financeiro ou tributário concedido. (Incluído pela Lei Complementar nº 157, de 2016). Parágrafo único. **Na fixação das penas previstas nesta lei o juiz levará em conta a extensão do dano causado, assim como o proveito patrimonial obtido pelo agente**". BRASIL. **Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992**. Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências.

<sup>578</sup> CARVALHO, Salo de. Princípio da individualização da pena. *In*: CANOTILHO, Joaquim José Gomes et al (org.). **Comentários à Constituição do Brasil**. p. 406.

especificamente no cálculo da pena. Como etapa final do juízo de reprovação de um ilícito criminal em concreto, exige-se análise de inúmeras circunstâncias legalmente fixadas no Código Penal<sup>579</sup>. Ressalta-se que ao dever de individualização da pena soma-se a regra que todas as decisões judiciais devem ser fundamentadas, conforme prevê o artigo 93, inciso IX da Constituição Federal<sup>580</sup>, de forma que a exposição dos motivos adotados para fundamentar a pena seja explicitada, esclarecida e posta a uma *accountability* democrática.

Aliás, a falta de fundamentação das decisões judiciais é tão grave do ponto de vista constitucional que a sanção estabelecida pela Constituição de 1988 é a nulidade<sup>581</sup>. Como destaca Nelson Nery, ainda que a Constituição brasileira não manifestasse expressamente a necessidade de fundamentação das decisões judiciais, a mesma consequência poderia ser extraída da própria noção de Estado de Direito. O autor ressalta, ainda, que fundamentar uma decisão significa que os juízes devem dar as razões, de fato e de direito, que lhes convenceram a decidir daquela forma. Desse modo, a fundamentação tem uma implicação não apenas formal, mas também substancial, uma vez que é na fundamentação que o Poder Judiciário expõe

---

<sup>579</sup> Como demonstra Salo de Carvalho, o Código Penal elenca quatro etapas de individualização judicial: 1ª) o estabelecimento da pena aplicável entre as cominadas (art. 59, I) – casos de previsão alternativa de penas; 2ª) a quantificação da pena nos limites previstos (art. 59, II c/c art. 68) a partir da avaliação das circunstâncias judiciais (art. 59, caput), das circunstâncias agravantes e atenuantes (arts. 61 a 66) e das causas especiais de aumento (majorantes) e de diminuição (minorantes) dispostas na parte geral e especial do Código e nas leis extravagantes; 3ª) a definição do regime inicial de cumprimento (art. 59, III c/c art. 33); e, se cabível; 4ª) a substituição da pena de prisão (art. 59, IV c/c arts. 44 e 60, § 2o). CARVALHO, Salo de. Princípio da individualização da pena. In: CANOTILHO, Joaquim José Gomes et al (org.). **Comentários à Constituição do Brasil**. p. 405-408.

<sup>580</sup> Art. 93, inciso IX, da CF/88: “**todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade**, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação”. BRASIL. [Constituição (1988)].

<sup>581</sup> Como destaca Nelson Nery Jr, “Interessante observar que normalmente a Constituição Federal não contém norma sancionadora, sendo simplesmente descritiva e principiológica, afirmando direitos e impondo deveres. Mas a falta de motivação é vício de tamanha gravidade que o legislador constituinte, abandonou a técnica de elaboração da Constituição, cominou no próprio texto constitucional a pena de nulidade. [...] O meu vezo em que incorrem alguns juízes e tribunais de não fundamentarem suas decisões acarreta hoje nulidade por infringência à CF”. NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do Processo na Constituição Federal**. p. 341.

a análise das questões colocadas sob julgamento, exteriorizando a base argumentativa da sua decisão<sup>582</sup>.

Em suma sobre a fundamentação, tem-se que em todas as decisões judiciais deve haver não só uma argumentação convincente dos motivos que levaram à definição do tipo e da quantidade de pena aplicada no caso em concreto, mas também deve ser explicitada e demonstrada as circunstâncias apontadas como idôneas à exasperação punitiva. Logo, não pode haver decisão judicial que não seja fundamentada e justificada argumentativamente no Direito<sup>583</sup>.

A terceira dimensão, a individualização na fase de execução da pena ou administrativa foi trazida pela reforma de 1984 que estabeleceu no Brasil o controle jurisdicional da execução da penal. Isso se deu para se alcançar uma maior efetivação dos direitos dos condenados durante o processo de execução da pena e para tutelá-los dos desvios e dos excessos praticados pela administração penitenciária, tendo em vista que historicamente foi nessa fase da persecução criminal que se verificava as maiores violações e lesões aos direitos e garantias individuais<sup>584</sup>.

Nesse mesmo sentido aponta também Gilmar Mendes ao comentar sobre a individualização da pena na progressão de regime para os crimes hediondos. Mendes expõe que a norma que prevê a individualização da pena fundamenta um direito subjetivo que não deve incidir só na previsão da pena em abstrato, mas também no momento da individualização em concreto da pena<sup>585</sup>.

---

<sup>582</sup> Nelson Nery Jr. ressalta também que o art. 489, parágrafo primeiro, do Código de Processo Civil de 2015 traz previsões sobre a fundamentação das decisões judiciais: “O CPC 489 §1.º fixou algumas indicações de falta de fundamentação da sentença, as quais podem ser resumidas em generalidades do texto da fundamentação e falta de enfrentamento dos argumentos que poderiam contrariar a decisão”. NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do Processo na Constituição Federal**. p. 335.

<sup>583</sup> CARVALHO, Salo de. Princípio da individualização da pena. *In*: CANOTILHO, Joaquim José Gomes et al (org.). **Comentários à Constituição do Brasil**.

<sup>584</sup> CARVALHO, Salo de. Princípio da individualização da pena. *In*: CANOTILHO, Joaquim José Gomes et al (org.). **Comentários à Constituição do Brasil**.

<sup>585</sup> Como se vê neste excerto: “Também é digno de lembrança o HC 82.959 (Rel. Min. Marco Aurélio), em que se discutiu a interpretação do disposto no art. 5º, inc. XLVI, da Constituição, no que diz com a natureza do princípio da individualização da pena. O entendimento segundo o qual a norma sobre a individualização destinava-se exclusivamente a balizar a ação do legislador, não tendo qualquer significado para a posição individual, esvaziava por completa eficácia da norma. É que, para fixar a

Nesse sentido, não se olvida que os presos estariam em uma relação de sujeição especial para com o Estado, entretanto isso não altera o fato de que os direitos fundamentais apenas são limitáveis quando tal restrição seja indispensável para a consecução de um interesse legítimo ao abrigo da ordem de valores albergada pela Constituição, bem como apenas quando a restrição passe no crivo da proporcionalidade<sup>586</sup>. Dito isso de outro modo, é de se exigir uma especial fundamentação jurídico-política de desvalor atribuído à conduta do condenado criminal para restringir-lhe os direitos políticos, restrição que se não for necessária, adequada e proporcional, em sentido estrito, não se coadunará com os fundamentos do Estado Constitucional contemporâneo<sup>587</sup>.

Ademais, ressalta-se que o argumento de que o inciso III do art. 15 da CF/88 seria uma norma autoaplicável e de eficácia plena, não necessitando, ou, mesmo, invalidando uma conformação legislativa<sup>588</sup>, não condizem com a atual dogmática dos direitos humanos e fundamentais e está em processo de gradual superação na doutrina pátria<sup>589</sup>. Nesse sentido, de acordo com a “teoria dos princípios” se, de um lado, não há norma constitucional completamente destituída de eficácia, por outro lado, todas as normas de direitos fundamentais são passíveis de restrição e

---

individualização da pena *in abstracto*, o legislador não precisaria sequer de autorização constitucional expressa. Bastaria aqui o critério geral do *nullum crimen, nulla poena sine lege*. Em verdade, a fórmula aberta parece indicar, tal como em relação aos demais comandos constitucionais que remetem à intervenção legislativa, que o princípio da individualização da pena fundamenta um direito subjetivo que não se restringe à simples fixação da pena *in abstracto*, mas que incide igualmente no momento da individualização concreta da pena”. MENDES, Gilmar Ferreira. **Estado de Direito e Jurisdição Constitucional**. p. 52.

<sup>586</sup> HÄBERLE, Peter. O Recurso de Amparo no Sistema Germânico de Justiça Constitucional.

<sup>587</sup> Nas palavras de Pedro Sá Machado: “Em qualquer caso, a restrição do bem jurídico ‘participação política’ nunca deveria traduzir-se auto-exequível”; “Não estamos com isto a afirmar que não é possível que uma norma constitucional restrinja imediata e diretamente um direito fundamental, estamos a afirmar que é conveniente haver uma ponderação ou uma valoração casuística no momento de se restringir o bem jurídico ‘participação política’ aos cidadãos-condenados”. MACHADO, Pedro Sá. Efeitos da condenação e direito de voto (num brevíssimo divagar à procura da justiça do caso concreto). **Revista Ballot**.

<sup>588</sup> Tanto a distinção dicotômica de Ruy Barbosa de normas autoaplicáveis (autoexecutáveis) e não-autoaplicáveis (não-autoexecutáveis) quanto a tricotômica de José Afonso da Silva de normas de eficácia plena, de eficácia contida e de eficácia limitada.

<sup>589</sup> É o que se verifica em Virgílio Afonso da Silva e Ingo Wolfgang Sarlet, dentre outros. SILVA, Virgílio Afonso da. O Conteúdo Essencial dos Direitos Fundamentais e a Eficácia das Normas Constitucionais. **Revista de Direito do Estado**; SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional.

regulamentação infraconstitucional<sup>590</sup>. Logo, carece de sentido, dentro da dogmática contemporânea dos direitos fundamentais, qualquer distinção das normas constitucionais – em especial normas sobre direitos fundamentais – baseadas nas diferenças e possibilidades de restrições e aplicabilidade, não havendo falar em normas constitucionais completamente destituídas de eficácia ou completamente imunes a restrições ou conformações frente às demais normas de direitos fundamentais, como ocorria nas concepções clássicas de eficácia das normas constitucionais anteriores a CF/88. De qualquer sorte e nos termos da Constituição, a aplicabilidade imediata no que tange aos direitos políticos só pode ser a de seu pleno exercício e a de suas garantias fundamentais – como a vedação a cassação de direitos políticos – e não a de suas restrições ou limitações<sup>591</sup>.

Assim, ao se colocar a interpretação atual do inciso III do art. 15, sob o critério da proporcionalidade, verifica-se que a interpretação dominante que prevê a suspensão do direito ao voto para todo e qualquer condenação criminal não é a mais constitucionalmente adequada por se revelar desproporcional, no sentido técnico-jurídico da palavra. Isto é, no atual “estado da arte” da restrição do sufrágio ativo dos presos no Brasil não há uma relação racional e congruente entre os meios utilizados e os fins pretendidos para que tal interpretação constitucional seja adotada.

Com efeito, fazendo-se uma análise criteriosa do preceito da proporcionalidade<sup>592</sup> para verificar se a atual restrição do direito ao voto é proporcional e, portanto, legítima à luz do Estado constitucional, deve-se, num primeiro passo, questionar-se qual é o âmbito de proteção e o núcleo essencial dos direitos políticos. Nesse sentido, pode-se constatar que o âmbito de proteção dos direitos políticos deve abarcar todas aquelas situações, posições subjetivas e competências relacionadas e

---

<sup>590</sup> Nesse sentido, Virgílio Afonso da Silva chega a expor que, no limite, não se pode diferenciar restrição de regulação, haja vista que toda regulação restringe o âmbito de proteção de um direito fundamental. SILVA, Virgílio Afonso da. O Conteúdo Essencial dos Direitos Fundamentais e a Eficácia das Normas Constitucionais. **Revista de Direito do Estado**.

<sup>591</sup> Como se verifica no §1º do art. 5º da Constituição Federal que prevê que são imediatamente aplicáveis as normas que instituem e garantem os direitos fundamentais e não as que os restringem, *in verbis*: “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”. BRASIL. [Constituição (1988)].

<sup>592</sup> De acordo com a teoria dos direitos fundamentais que foi aprofundada no item 1.2, que tratou sobre o regime jurídico dos direitos humanos e fundamentais.

que asseguram a participação ativa na formação da vontade política estatal<sup>593</sup>; abrangendo, assim, não só os direitos de votar – tanto em representantes quanto em plebiscitos e referendos – e ser votado para os diversos cargos políticos, mas também os direitos de iniciativa popular de leis e de ação popular para anular atos do governo que seriam lesivos ao patrimônio público<sup>594</sup>.

Ademais, ainda fariam parte desse âmbito de proteção de forma alargada aquelas liberdades e garantias conexas com outros direitos fundamentais, quais sejam: os direitos de liberdade de associação partidária, de liberdades de informação, expressão e opinião políticas, de liberdades de reunião e manifestação políticas, de petição aos órgãos públicos para receber informação ou requerer outras providências, dentre outros. Apesar desse amplo âmbito de proteção que é abarcado pelos direitos políticos, pode-se propor como elementos que compõem o núcleo essencial (*Wesensgehalt*) a ser salvaguardado deles os direitos de votar e ser votado, pois se configuram em elementos centrais da participação política sem os quais os direitos políticos ficariam esvaziados e perderiam qualquer utilidade constitucional<sup>595</sup>.

Assim, o próximo passo, seria o de avaliar se há uma finalidade legítima (*legitimer Zweck*) para a intervenção restritiva no âmbito de proteção dos direitos políticos. A questão aqui não é fácil, contudo, diferentemente do que ocorre com o direito ao sufrágio passivo, no qual parece haver uma relação mais direta entre o cometimento de determinados crimes contra a administração pública e a proibição de ocupar cargos públicos<sup>596</sup>; no que tange ao direito sufrágio ativo, não parece haver nenhuma ligação mais clara da restrição do direito de votar dos presos com uma finalidade legítima que traga algum benefício para a comunidade política. Em sentido contrário, poder-se-ia argumentar que a restrição do direito ao voto dos condenados

---

<sup>593</sup> Como destaca Sarlet, “Afinal, é mediante a fruição de direitos de participação política (ativos e passivos) que o indivíduo não será reduzido à condição de mero objeto da vontade estatal (mero súdito), mas terá assegurada a sua condição de sujeito do processo de decisão sobre a sua própria vida e a da comunidade que integra”. SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**.

<sup>594</sup> A exceção da possibilidade de propor ação popular (inciso LXXIII do art. 5º), os direitos políticos, em sentido estrito, foram previstos nos artigos 14 a 16 e o regime-jurídico constitucional dos partidos políticos foi contemplado no art. 17, tudo da Constituição Federal de 1988.

<sup>595</sup> Como se verificou no subcapítulo 1.2 (Regime Jurídico dos Direitos Humanos e Fundamentais).

<sup>596</sup> Principalmente no que tange àqueles crimes previstos pela “Lei da Ficha Limpa” (Lei Complementar nº 135 de 2010) que incluiu um rol de dez tipos de crime que estariam aptos a gerar inelegibilidade na Lei Complementar nº 64 de 1990 (“Lei das Inelegibilidades”).

poderia reduzir o cometimento de crimes ou aumentar a segurança pública, mas seria isso empiricamente verificável? Se sim, isso também se verificaria em crimes culposos e de menor potencial ofensivo? Em caso de tal assertiva não ser empiricamente verificável, então a conclusão que se impõe é a de que não há nenhuma finalidade legítima para a restrição do direito ao sufrágio ativo dos presos que não seja a mera previsão formal e genérica no inciso III do artigo 15 da Constituição<sup>597</sup>.

Passando-se à análise da adequação ou idoneidade (*Geeignetheit oder Eignung*), tem-se que a medida restritiva só será adequada se for capaz de atingir a finalidade legítima pretendida. Partindo-se do pressuposto de que há uma finalidade legítima pretendida – maximizar a segurança pública, por exemplo –, seria a restrição ao voto dos condenados adequada para reduzir, por si só, o cometimento de novos crimes? Se a finalidade legítima for apenas a reprovação penal<sup>598</sup>, a retribuição não deve ocorrer apenas na medida da culpabilidade do agente, de forma proporcional à ofensa? Ademais, pune-se o criminoso por quem ele é ou o ato que ele cometeu e o resultado que gerou? Por fim, se um dos intuitos da execução penal é o da ressocialização do preso<sup>599</sup>, a restrição do direito de voto não pode redundar no efeito

<sup>597</sup> Nas palavras de Sarlet: “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 dos 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”. SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. p. 721.

<sup>598</sup> É de se destacar que, como ressalta Juarez Cirino, as teorias unificadas da pena predominam na legislação, na jurisprudência e na doutrina penal do ocidente, no que não é diferente no Brasil: “No Brasil, o CP consagra as *teorias unificadas* ao determinar a aplicação da pena “*conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime*” (art. 59, CP): a *reprovação* exprime a ideia de *retribuição* da culpabilidade; a *prevenção* do crime abrange as modalidades de *prevenção especial* (correção e neutralização do autor) e de *prevenção geral* (intimidação e manutenção/reforço da confiança na ordem jurídica) atribuídas à pena criminal” (grifos do original). SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal**. p. 431.

<sup>599</sup> Conforme prevê a Lei de Execuções Penais (LEP). Art. 1º da LEP: “**A execução penal tem por objetivo** efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e **proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado**”; art. 10 da LEP: “A assistência ao preso e ao internado é dever do Estado, **objetivando prevenir o crime e orientar o retorno à convivência em sociedade**. Parágrafo único. A assistência estende-se ao egresso” (grifou-se). BRASIL. Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984. Institui a Lei de Execução Penal; conforme consta também da exposição de motivos da LEP: “14. Sem questionar profundamente a grande temática

oposto ao desejado, afastando o condenado de toda e qualquer participação política e do exercício ativo da cidadania? Ao não serem satisfatórias as respostas a essas perguntas, a medida restritiva ao direito de voto dos presos deve ser tida por desproporcional por carecer de adequação e idoneidade.

Passando-se a análise da necessidade (*Erforderlichkeit*), tem-se que a medida adequada somente será necessária, quando não estiver à disposição outros meios igualmente adequados que lesem menos o direito atingido. Desse modo, ainda que a restrição do direito de voto tenha uma finalidade legítima para a sociedade e que a medida seja adequada ou idônea, aqui, deve perquirir se não haveria nenhuma outra medida igualmente eficaz – ou ainda até mais eficaz – à disposição do Estado que seja menos interventiva no direito de voto dos condenados. Tampouco aqui parece haver respostas satisfatórias.

Há, também, que se aferir qual seria o custo social e político para a comunidade da adoção de medidas excessivamente restritivas do sufrágio ativo dos condenados. Nesse sentido, é inegável que privar uma parcela da população<sup>600</sup> da participação política gera um *deficit* representativo para uma sociedade que se pretende aberta, plural e democrática. Destarte, pode-se dizer que uma medida restritiva ao sufrágio ativo dos presos será desproporcional por ausência de necessidade sempre que ficar evidenciado que há outras medidas igualmente adequadas e capazes de obter o mesmo resultado, quanto à finalidade pretendida, que restrinjam em menor medida o âmbito de proteção dos direitos políticos<sup>601</sup>.

---

das finalidades da pena, curva-se o Projeto, na esteira das concepções menos sujeitas à polêmica doutrinária, ao princípio de que **as penas e medidas de segurança devem realizar a proteção dos bens jurídicos e a reincorporação do autor à comunidade**” (grifou-se). BRASIL. **Exposição de Motivos nº 213, de 9 de maio de 1983**: referente a lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984 (LEP); também buscando a ressocialização do apenado é a previsão art. 5, número 6 da CADH: “5. **Direito à integridade pessoal [...] 6. As penas privativas da liberdade devem ter por finalidade essencial a reforma e a readaptação social dos condenados**”. ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). **Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica)**.

<sup>600</sup> Conforme se apurou no item 2.3 deste trabalho (Atual “Estado da Arte” da Restrição do Sufrágio Ativo no Brasil), em junho de 2016 havia aproximadamente 726 mil pessoas presas no Brasil, o que ultrapassava o número de 352 pessoas presas por cada grupo de 100 mil habitantes (dados do INFOPEN).

<sup>601</sup> Consoante o exposto no item 1.2 deste trabalho (Regime Jurídico dos Direitos Humanos e Fundamentais).

Por fim, na etapa da aferição da proporcionalidade em sentido estrito (*Abwägungsgebote oder Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne*), tem-se que verificar se há uma justa medida entre os meios utilizados e os fins pretendidos (*Zweck-Mittel-Relation*), de modo a se ponderar os direitos fundamentais que estão em jogo. Aqui, deve se ter em mente que quanto mais intensa for a intervenção imposta ao sufrágio ativo dos condenados, tanto maior deve ser a fundamentação e a fundamentalidade formal e material dos fins a serem promovidos por esta intervenção com a Constituição<sup>602</sup>.

Por certo, não se quer reduzir aqui os direitos de participação política apenas ao pleito eleitoral<sup>603</sup>, entretanto carece de fundamentos fáticos e jurídicos o argumento de que os presos não poderiam exercer o seu direito ao sufrágio ativo por dificuldades logísticas e operacionais do Estado em implementar sessões eleitorais dentro dos presídios para atendê-los. Fáticos, pelos motivos de que nem todo o preso está cumprindo pena privativa de liberdade em regime fechado<sup>604</sup> e também porque o Estado poderia facilmente instituir, por lei, hipóteses de permissão de saída<sup>605</sup> ou de

---

<sup>602</sup> Como se verificou no item 1.2 deste trabalho (Regime Jurídico dos Direitos Humanos e Fundamentais).

<sup>603</sup> Não se pode olvidar que seria necessário ir além do que apenas facultar aos presos o acesso a uma urna eleitoral para efetivamente possibilitar-lhes uma real participação no processo democrático. Além disso, seria necessário possibilitar-lhes também informação sobre os candidatos e campanhas políticas para, assim, poderem chegar a uma compreensão autônoma e esclarecida sobre os candidatos e seus programas eleitorais. Situação que parece estar bastante longe da realidade carcerária brasileira, apesar de haver previsões na LEP assegurando o direito de contato com o mundo exterior dos presos: “Art. 41 – Constituem direitos do preso: [...] XV - contato com o mundo exterior por meio de correspondência escrita, da leitura e de outros meios de informação que não comprometam a moral e os bons costumes”. BRASIL. **Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984**. Institui a Lei de Execução Penal (LEP).

<sup>604</sup> Ademais, é pertinente de se considerar que, embora a pena privativa de liberdade seja a principal pena em âmbito criminal, ela não é a única pena aplicável aos condenados, tampouco é cumprida apenas e por completo em um regime fechado, haja vista que o Brasil adota um sistema progressivo de cumprimento de pena, conforme prevê o §2º do art. 33 do CP. Isto é, há outras penas abrangidas pela condenação criminal que não privam por completo a liberdade do condenado. Ressalta-se, portanto, que, para os condenados que não estejam em regime fechado de cumprimento de pena, não haveria nenhum ônus operacional ou financeiro maior para o Estado ao se possibilitar o direito de voto deles.

<sup>605</sup> A permissão de saída é disciplinada nos arts. 120 e 121 da Lei de Execução Penal (LEP): “Art. 120. Os condenados que cumprem pena em regime fechado ou semiaberto e os presos provisórios poderão obter permissão para sair do estabelecimento, mediante escolta, quando ocorrer um dos seguintes fatos: I - falecimento ou doença grave do cônjuge, companheira, ascendente, descendente ou irmão; II - necessidade de tratamento médico (parágrafo único do artigo 14). Parágrafo único. A permissão de saída será concedida pelo diretor do estabelecimento onde se encontra o preso”; “Art. 121. A permanência do preso fora do estabelecimento terá a duração necessária à finalidade da saída”. BRASIL. **Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984**. Institui a Lei de Execução Penal (LEP).

saída temporárias<sup>606</sup> para fins eleitorais. Jurídicos, haja vista que os direitos políticos são direitos fundamentais, e, enquanto tal, geram deveres objetivos de proteção e concretização por parte do Estado.

Assim, além da perspectiva subjetiva clássica dos direitos políticos – enquanto direitos negativos de defesa (*Abwehrrechte*) e direitos à prestação positiva (*Leistungsrechte*) –, os direitos políticos impõe – agora numa perspectiva objetiva – deveres de proteção (*Schutzpflicht*) que operam não só no sentido de defender os mecanismos de participação política já instituídos, mas também de forma a amparar a implementação, organização e estipulação de procedimentos para que os presos possam vir a exercer o seu direito subjetivo de votar na plenitude. Nesse sentido, a perspectiva objetiva dos direitos políticos determina aos poderes públicos uma atuação tanto numa esfera normativa (*normative Handlungen*) quanto fática (*faktische positive Handlungen*)<sup>607</sup>. Por isso, os órgãos públicos não podem utilizar-se do argumento de dificuldades legais ou logísticas para eximir-se de implementar a estrutura suficiente para possibilitar aos presos o exercício do seu direito de voto, e ao fazê-lo estão violando a proibição de proteção insuficiência (*Untermaßverbot*) dos direitos políticos. Desse modo, a perspectiva objetiva serve como reforço a ampliar o espaço protegido pela perspectiva subjetiva dos direitos políticos<sup>608</sup>.

---

<sup>606</sup> A saída temporária é disciplinada do art. 122 ao 125 da Lei de Execução Penal (LEP): “Art. 122. Os condenados que cumprem pena em regime semiaberto poderão obter autorização para saída temporária do estabelecimento, sem vigilância direta, nos seguintes casos: I - visita à família; II - frequência a curso supletivo profissionalizante, bem como de instrução do 2º grau ou superior, na Comarca do Juízo da Execução; III - participação em atividades que concorram para o retorno ao convívio social. § 1º A ausência de vigilância direta não impede a utilização de equipamento de monitoração eletrônica pelo condenado, quando assim determinar o juiz da execução. § 2º Não terá direito à saída temporária a que se refere o caput deste artigo o condenado que cumpre pena por praticar crime hediondo com resultado morte”; “Art. 123. A autorização será concedida por ato motivado do Juiz da execução, ouvidos o Ministério Público e a administração penitenciária e dependerá da satisfação dos seguintes requisitos: I - comportamento adequado; II - cumprimento mínimo de 1/6 (um sexto) da pena, se o condenado for primário, e 1/4 (um quarto), se reincidente; III - compatibilidade do benefício com os objetivos da pena”; “Art. 125. O benefício será automaticamente revogado quando o condenado praticar fato definido como crime doloso, for punido por falta grave, desatender as condições impostas na autorização ou revelar baixo grau de aproveitamento do curso. Parágrafo único. A recuperação do direito à saída temporária dependerá da absolvição no processo penal, do cancelamento da punição disciplinar ou da demonstração do merecimento do condenado”. BRASIL. **Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984**. Institui a Lei de Execução Penal (LEP).

<sup>607</sup> Consoante se verificou no item 1.2 deste trabalho (Regime Jurídico dos Direitos Humanos e Fundamentais).

<sup>608</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**.

Por tudo o que foi visto, não se trata de negar vigência ao inciso III do art. 15 da CF/88, mas sim de dar uma interpretação conforme para adequar a sua aplicação prática aos demais preceitos constitucionais e aos princípios basilares do Estado constitucional<sup>609</sup>. E, para isso, sequer é necessário alterar o texto normativo deste inciso constitucional, mudando-se apenas a compreensão da norma que se atribui a ele (*Sinngebung*); no sentido de que a norma do inciso III, art. 15 da Constituição, preveria uma condição de possibilidade para que se operasse a restrição do direito ao sufrágio ativo do presos, e não um mandado constitucional, em si mesmo, para que isso se realize.

Com efeito, quando se modifica o conteúdo de uma norma constitucional, mantendo-se intacto o seu texto, dá-se a isso o nome de mutação constitucional (*Verfassungswandel*). As mutações constitucionais resultam da transformação do sentido normativo do texto constitucional no processo de sua concretização; ou seja, ela é uma atualização da norma que abrange situações que não foram previstas inicialmente quando da promulgação do texto normativo, mas que se enquadram perfeitamente nele no momento da aplicação<sup>610</sup>. Conceito que parece se adequar bem ao caso em tela.

Desse modo, seria desejável que houvesse uma lei que lançasse os critérios básicos e estabelecesse em quais crimes haveria a possibilidade de o juiz penal realizar a restrição concreta do sufrágio ativo dos condenados, claro, procedendo fundamentadamente a uma individualização da pena de restrição dos direitos políticos, assim como já o faz com a pena principal<sup>611</sup>. De qualquer sorte, a interpretação jurídica deve procurar sempre maximizar os direitos fundamentais e os

---

<sup>609</sup> Princípios basilares que foram abordados no primeiro capítulo desta investigação: “As Bases do Estado Contemporâneo”.

<sup>610</sup> DUQUE, Marcelo Schenk. **Curso de Direitos Fundamentais**.

<sup>611</sup> Como destaca Zaffaroni, é apenas a partir de autores iluministas que a pena de privação de liberdade passou a ser a pena principal do direito penal, como se vê neste trecho: “A partir do século da razão, a coluna vertebral das penas passou a ser a privação de liberdade. Indo contra o que usualmente se crê, a prisão é um invento europeu bastante recente e difundido pelo neocolonialismo, pois antes do século XVIII era usada pelos devedores morosos e como prisão preventiva, isto é, à espera do julgamento. A privação de liberdade como pena central é um produto do Iluminismo, seja pela via do utilitarismo (para impor a ordem interna mediante a introjeção do vigilante) ou do contratualismo (como indenização ou reparação pela violação do contrato social)”. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **A Questão Criminal**. p. 61.

princípios basilares do Estado constitucional. O que não dever ser diferente por ocasião da interpretação do inciso III do art. 15 da CF/88. Como assevera Ingo Sarlet:

Cuidando-se de medida restritiva de direitos fundamentais e devendo tais medidas observar os requisitos da isonomia e da segurança jurídica, não apenas é legítimo como é mesmo desejável que o legislador estabeleça uma pauta geral a guiar e vincular, de partida, os órgãos jurisdicionais. A sua falta é que, no nosso entender, não poderia obstar a opção judicial, devidamente fundamentada, de ressaltar, no ato da sentença, que não se está suspendendo os direitos políticos, deixando nesse caso de oficiar a Justiça Eleitoral<sup>612</sup>.

Para contra-argumentar, poder-se-ia sustentar que no atual “estado da arte” do Brasil a restrição ao sufrágio ativo por condenação criminal não se revestiria de um caráter de pena criminal, mas sim de “efeitos automáticos da condenação” ou ainda de “consequência necessária” desta. Hipótese que não merece prosperar pelos seguintes motivos: (i) a suspensão de direitos políticos (no caso do inciso III do art. 15 da CF/88) ocorre em sede de juízo criminal, como decorrência de uma condenação penal por um fato punível praticado por um agente culpável<sup>613</sup>; (ii) para que se tratasse formalmente de um efeito automático da condenação criminal essa hipótese de restrição do direito ao voto deveria estar elencada nos arts. 91 e 92 do Código Penal, o que não ocorre, havendo previsão apenas da perda do cargo, função pública ou mandato eletivo (inciso I, art. 92 do CP)<sup>614</sup>; (iii) a Constituição Federal (inciso XLVI,

---

<sup>612</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. p. 722.

<sup>613</sup> Merece menção aqui, a posição de Kelsen para quem não há uma diferença ontológica entre a punição criminal e a civil, apenas uma diferença relativa de perspectiva, *in verbis*: “A diferença entre Direito civil e Direito criminal é uma diferença no caráter de suas respectivas sanções. Se considerarmos, porém, apenas a natureza externa das sanções, não poderemos encontrar quaisquer características distintivas”. “Mais fundamental é a diferença de propósito: ao passo que o Direito criminal tem como fim a retribuição ou, segundo a visão moderna, a coibição, *i.e.*, a prevenção, o Direito civil tem como fim a reparação. [...] Contudo, a diferença entre sanção civil e sanção criminal – e, conseqüentemente, entre Direito civil e Direito criminal – tem apenas um caráter relativo. [...] Assim, apesar da diferença que existe entre sanção criminal e sanção civil, a técnica social é fundamentalmente a mesma em ambos os casos”. KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. p. 71-72.

<sup>614</sup> Art. 92, do Código Penal brasileiro: “**São também efeitos da condenação: I** - a perda de cargo, função pública ou mandato eletivo: **a)** quando aplicada pena privativa de liberdade por tempo igual ou superior a um ano, nos crimes praticados com abuso de poder ou violação de dever para com a Administração Pública; **b)** quando for aplicada pena privativa de liberdade por tempo superior a 4 (quatro) anos nos demais casos. [...] **Parágrafo único** - Os efeitos de que trata este artigo não são automáticos, devendo ser motivadamente declarados na sentença”. BRASIL. **Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal.

art. 5º)<sup>615</sup> e o Código Penal (inciso III, art. 32)<sup>616</sup> preveem como espécies de pena a restrição/suspensão de direitos, casos em que se enquadra perfeitamente à suspensão do direito ao sufrágio; e, por fim, (iv) a suspensão de direitos políticos se amoldam ao conceito material de pena defendido pela doutrina, que aduz ser esta restrição um mero ato de poder que não possui explicação jurídica, mas sim política, impondo privação de direitos a seu destinatário<sup>617</sup>.

Ademais, antes da reforma de 1984 da parte geral do Código Penal brasileiro a suspensão dos direitos políticos estava legalmente prevista e constituída enquanto pena acessória de crimes nos quais havia condenação com pena privativa de liberdade<sup>618</sup>, que decorria da imposição da pena principal sem precisar ser expressamente declarada na sentença<sup>619</sup>. Como esses artigos foram expungidos do Código Penal com a reforma de 1984, não há mais previsão infraconstitucional para que se opere a suspensão dos direitos políticos como pena acessória da condenação criminal, que operaria sem a necessidade de expressa declaração na sentença. Por

<sup>615</sup> Art. 5º, XLVI, da CF/88: “a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes: **a)** privação ou restrição da liberdade; **b)** perda de bens; **c)** multa; **d)** prestação social alternativa; **e)** **suspensão ou interdição de direitos**”. BRASIL. [Constituição (1988)].

<sup>616</sup> Art. 32, do Código Penal brasileiro: “As penas são: I - privativas de liberdade; II - restritivas de direitos; III - de multa”. BRASIL. **Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal.

<sup>617</sup> É de se destacar também a advertência que faz Zaffaroni ao lembrar que o poder punitivo tende a procurar se libertar dos limites que lhe é imposto utilizando-se de álbis retóricos de modo a deixar de denominar como penas situações ou punições que claramente se enquadram nesse conceito. Como se vê neste excerto: “O Poder punitivo pode libertar-se de limites argumentando de várias maneiras, e não há exagero nessa afirmação, pois o engenho perverso que caracteriza seus discursos legitimadores é inusitadamente fértil. Um deles consiste em ocultar ou dissimular seu próprio caráter punitivo, o que continua fazendo mediante o expeditivo recurso de deixar de chamar de *penas às penas*”. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **A Questão Criminal**. p. 41.

<sup>618</sup> Conforme previsão do *caput* do art. 69, Inciso V cumulado com o inciso V do parágrafo único, do mesmo artigo, da parte revogada pela reforma de 84 do Código Penal: “Art. 67. **São penas acessórias**: I - a perda de função pública, eletiva ou de nomeação; II - as interdições de direitos; III - a publicação da sentença”; “Art. 69. São interdições de direitos: I - a incapacidade temporária para investidura em função pública; II - a incapacidade, permanente ou temporária, para o exercício da autoridade marital ou do pátrio poder; III - a incapacidade, permanente ou temporária, para o exercício de tutela ou curatela; IV - a incapacidade temporária para profissão ou atividade cujo exercício depende de habilitação especial ou de licença ou autorização do poder público: V - **a suspensão dos direito políticos**. Parágrafo único. Incorrem: [...] V - **na interdição a que se refere o inciso V, o condenado a pena privativa da liberdade, enquanto durarem os efeitos da condenação** (Redação dada pela Lei nº 6.416, de 1977)”; “Art. 70. A sentença deve declarar: [...] II - as interdições, nos casos do nº I, letras a e b, nº II, letras a e b, nº III, letras a, b e c, e n. IV, do parágrafo único do artigo anterior, fixando-lhes a duração, quando temporárias. Parágrafo único. **Nos demais casos, a perda de função pública e as interdições resultam da simples imposição da pena principal**” (grifou-se) . BRASIL. **Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal.

<sup>619</sup> Como se verifica no parágrafo único do art. 70 da parte revogada do CP acima transcrito.

tudo isso, não deve prosperar a hipótese de que a suspensão de direitos políticos do condenado criminal não se trata de uma espécie de pena acessória às penas principais da condenação criminal. Pena acessória que, entretanto, não possui mais base legal para a sua aplicação no Direito brasileiro<sup>620</sup>. E, assim sendo, a restrição do direito ao voto dos presos não pode operar sem suporte legal.

Também, poder-se-ia contra-argumentar a interpretação aqui defendida no sentido de que o inciso III do art. 15 da CF/88 nada trata sobre a possibilidade de restrição dos direitos políticos apenas de acordo com a natureza do crime cometido, com a pena cominada ou, ainda, com o bem jurídico ofendido, o que de fato está correto. Contudo, isso não quer dizer que a norma que se extrai desse inciso é uma mandado constitucional que vede uma conformação infraconstitucional que estabeleça distinções na aplicação da restrição do sufrágio de acordo com a pena imposta ou a natureza do crime, por exemplo.

Por certo, o processo político não é um processo liberto da Constituição<sup>621</sup>. Nesse sentido, o legislador ordinário está materialmente vinculado aos ditames da Constituição, principalmente no que diz respeito ao seu núcleo duro: os direitos humanos e fundamentais. Assim, a Constituição estabelece diretrizes para o Estado-legislador contendo mandados e proibições, ambos servindo como limitadores extremos da ação legislativa dentro dos quais existe uma ampla margem de conformação de possibilidades e de opções políticas. Deste modo, os conceitos de mandados e proibições podem ser substituídos pelos conceitos de necessidade e de impossibilidade. Isto é, quando há uma ordem ou mandado constitucional, aquilo é constitucionalmente necessário; quando há uma proibição constitucional, aquilo é constitucionalmente impossível; e quando a Constituição permite ao legislador certa

---

<sup>620</sup> Cabe mencionar, aqui, que ainda há a previsão da suspensão dos direitos políticos como pena acessória da condenação criminal em um diploma legislativo em vigor no Brasil, qual seja, a Lei das Contravenções penais: “Art. 12. **As penas acessórias são a publicação da sentença e as seguintes interdições de direitos:** I – a incapacidade temporária para profissão ou atividade, cujo exercício dependa de habilitação especial, licença ou autorização do poder público; II – **a suspensão dos direitos políticos**. Parágrafo único. Incurrem: a) na interdição sob nº I, por um mês a dois anos, o condenado por motivo de contravenção cometida com abuso de profissão ou atividade ou com infração de dever a ela inerente; b) **na interdição sob nº II, o condenado a pena privativa de liberdade, enquanto dure a execução do pena ou a aplicação da medida de segurança detentiva**”. BRASIL. Decreto-Lei nº 3.688, de 3 de outubro de 1941. Lei das Contravenções Penais.

<sup>621</sup> HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional**.

margem de conformação, aquilo é constitucionalmente possível e permitido<sup>622</sup>. Dessarte, pela leitura do inciso III do art. 15<sup>623</sup>, não parece ser constitucionalmente necessária, tampouco constitucionalmente impossível a restrição do sufrágio ativo dos condenados, só podendo se tratar de uma hipótese de permissão constitucional.

Destaca-se, ainda, conforme lembra José Afonso da Silva, que o próprio gozo dos direitos políticos ocorre por etapas ou por graus variados<sup>624</sup>: aos 16 anos de idade, o cidadão já pode se alistar tornando-se titular do direito de votar; depois, aos 18 anos, é obrigado a se alistar – tornando-se obrigatoriamente titular do direito de votar, se já não era – e passa a ter o direito de se candidatar para o cargo de vereador; aos 21 anos, por sua vez, o cidadão incorpora o direito de se eleger para os cargos de Deputado federal, Deputado estadual, Deputado distrital, Prefeito, Vice-prefeito e Juiz de paz; mais adiante, aos 30 anos, o cidadão obtém a possibilidade de se eleger para os cargos de Governador e Vice-governador; e, por fim, aos 35 anos o cidadão chega ao ápice da sua cidadania formal plena com o direito de se candidatar para a Presidência e Vice-presidência da República, e para o cargo de Senador<sup>625</sup>.

De mais a mais, ao se analisar, também, o art. 55 da Constituição Federal<sup>626</sup>, que trata das hipóteses de perda do mandato dos parlamentares – dos direitos políticos passivos, portanto –, faz sentido presumir que a condenação criminal transitada em julgado não leva, em todo e qualquer caso, a perda dos direitos políticos do condenado criminal, uma vez que a Constituição disciplinou em dois incisos distintos a perda do mandato por restrição dos direitos políticos e por condenação criminal. Se é verdade que nem toda restrição de direitos políticos decorre de uma condenação criminal, por outro lado, se toda condenação criminal fosse necessária e

<sup>622</sup> FELDENS, Luciano. **Direitos Fundamentais e Direito Penal**.

<sup>623</sup> “Art. 15. É vedada a cassação de direitos políticos, cuja perda ou suspensão só se dará nos casos de: [...] III—condenação criminal transitada em julgado, enquanto durarem seus efeitos“. BRASIL. [Constituição (1988)].

<sup>624</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**.

<sup>625</sup> Como se verifica nas alíneas do inciso VI do §3º do art. 14 da CF/88: “§3º São condições de elegibilidade, na forma da lei: [...] VI – a idade mínima de: a) trinta e cinco anos para Presidente e Vice-Presidente da República e Senador; b) trinta anos para Governador e Vice-Governador de Estado e do Distrito Federal; c) vinte e um anos para Deputado Federal, Deputado Estadual ou Distrital, Prefeito, Vice-Prefeito e juiz de paz; d) dezoito anos para Vereador“. BRASIL. [Constituição (1988)].

<sup>626</sup> Art. 55 da CF/88: “Perderá o mandato o Deputado ou Senador: [...] IV – que perder ou tiver suspensos os direitos políticos; [...] VI – que sofrer condenação criminal em sentença transitada em julgado“. BRASIL. [Constituição (1988)].

suficiente para gerar a restrição dos direitos políticos – como supõe o atual “estado da arte” no país –, não haveria necessidade de haver o inciso VI do art. 55 da Constituição Federal.

Nesse sentido, uma suspensão parcial ou não-integral de direitos políticos pode ser deduzida e fundamentada na própria teoria dos direitos fundamentais, nos critérios da proporcionalidade e, mesmo, de outros artigos da Constituição Federal, como visto acima. Ademais, basta que se olhe com atenção para o art. 14, quando trata das condições de elegibilidade no seu inciso II, do § 3º. Esse inciso faz referência expressa a um pleno exercício dos direitos políticos como condição de elegibilidade<sup>627</sup>. Assim, se há um pleno exercício dos direitos políticos, também há de se considerar a possibilidade de um exercício não-pleno ou parcial deles, o que possibilitaria uma modulação da restrição dos direitos políticos na interpretação do inciso III do art. 15 da Constituição Federal para se suspender apenas o sufrágio passivo, remanescendo o direito ao sufrágio ativo na condenação por crimes culposos ou de menor potencial ofensivo, por exemplo.

Ademais, conforme uma análise sistemática do todo do ordenamento jurídico, verifica-se que o preso deve conservar todos os direitos não atingidos pela perda da liberdade<sup>628</sup>, bem como que aos condenados devem ser assegurados todos os direitos não atingidos por lei ou pela sentença criminal<sup>629</sup>. Nesse sentido, nada mais coerente não só com a Constituição, mas também com o ordenamento jurídico como um todo, que o inciso III do art. 15 seja interpretado como uma condição necessária, mas não suficiente para gerar a restrição dos direitos políticos ativos dos condenados criminais<sup>630</sup>. Destacando-se que, esse tipo de interpretação, em nada alteraria a

---

<sup>627</sup> **Art. 14, CF/88** – “A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante: [...] § 3º São condições de elegibilidade, na forma da lei: I - a nacionalidade brasileira; II - **o pleno exercício dos direitos políticos**”. BRASIL. [Constituição (1988)].

<sup>628</sup> Art. 38, do Código Penal brasileiro: “O preso conserva todos os direitos não atingidos pela perda da liberdade, impondo-se a todas as autoridades o respeito à sua integridade física e moral”. BRASIL. **Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal.

<sup>629</sup> Art. 3º, da Lei nº 7.210/84 (LEP): “**Ao condenado e ao internado serão assegurados todos os direitos não atingidos pela sentença ou pela lei**. Parágrafo único. Não haverá qualquer distinção de natureza racial, social, religiosa ou política”. BRASIL. **Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984**. Institui a Lei de Execução Penal (LEP).

<sup>630</sup> De forma bastante semelhante ao que expõe Kelsen ao afirmar que o delito se caracteriza como uma condição da sanção, mas não necessariamente será a única condição para que a sanção se realize. KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**.

inelegibilidade dos condenados criminais, uma vez que para eles haveria a suspensão do sufrágio passivo nos casos em que incide as hipóteses previstas pela “Lei da Ficha Limpa”.

Destaca-se, igualmente, que há que se ter cuidado com a ideia de que ao cometer um crime, o condenado estaria ferindo o pacto social e isso justificaria a diminuição da sua “capacidade de cidadão”<sup>631</sup>, restringindo-se, assim, o seu direito ao sufrágio ativo; pois, no limite, essa ideia não é compatível com as bases do Estado constitucional contemporâneo, em especial com a teoria dos direitos humanos e fundamentais e com as prerrogativas inerentes à dignidade humana, que se atribuem à pessoa pela sua simples existência<sup>632</sup>. Da mesma forma, tem-se que o juízo de reprovabilidade expresso na condenação criminal, dentro dos marcos do Estado constitucional, só pode ser em relação à conduta delituosa ou ao tipo de injusto e não em relação à pessoa que cometeu determinado crime. Ou seja, é constitucionalmente inviável qualquer perspectiva que tente ver os condenados criminais como pessoas ou grupos perigosos, reprováveis ou inimigos do Estado, despossuídos de dignidade e respeito. Nesse ponto, deve-se conter qualquer movimento que vá em direção a um direito penal do autor<sup>633</sup>.

Portanto, ao se analisar a hipótese de restrição de direitos políticos dos condenados criminais, defende-se que a solução mais constitucionalmente adequada, seria aquela em que à norma contida no inciso III do art. 15 da Constituição necessitaria de uma lei que regulamentasse as hipóteses em que seria viável a

---

<sup>631</sup> Como foi visto no parecer da PGR no subcapítulo 2.3 (Atual “Estado da Arte” da Restrição do Sufrágio Ativo no Brasil).

<sup>632</sup> Conforme constatado na nota de rodapé 120, entende-se, aqui, a dignidade enquanto uma qualidade distintiva ou privilégio especial atribuído à pessoa humana que infunde consideração e respeito por parte do Estado e da comunidade.

<sup>633</sup> Como destaca Zaffaroni, “no plano da teoria política, é intolerável a categoria jurídica de *inimigo* ou *estranho* no direito ordinário (penal ou de qualquer ramo) de um Estado Constitucional de direito [...] o *inimigo da sociedade* ou *estranho*, quer dizer, o ser humano considerado como *ente perigoso* ou *daninho* e não como *pessoa com autonomia ética*, de acordo com a teoria política, só é compatível com um modo de Estado absoluto”. E segue o autor afirmando mais a frente: “A essência do tratamento diferenciado que se atribui ao *inimigo* consiste em que o direito *lhe nega sua condição de pessoa*. Ele só é considerado sob o aspecto de *ente perigoso ou daninho*. Por mais que a ideia seja matizada, quando se propõe estabelecer a distinção entre *cidadãos* (pessoas) e *inimigos* (não-pessoas), faz-se referência a seres humanos que são privados de certos direitos individuais, motivo pelo qual deixaram de ser considerados pessoas, e esta é a primeira incompatibilidade que a aceitação do *hostis*, no direito, apresenta com relação ao princípio do Estado de direito” (grifos do original). ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O Inimigo no Direito Penal**. p. 12 e 18.

suspensão do direito ao sufrágio ativo e, a contrário senso, explicitando os caso em que não se poderia restringir esse direito<sup>634</sup>. E enquanto tal inciso não for regulamentado pelo Parlamento, não se poderia suspender o direito ao sufrágio ativo de qualquer condenado criminal. É de se ter em mente, que as normas constitucionais são, em uma primeira medida, regramentos endereçados aos Poderes políticos (Legislativo, Executivo e Judiciário). Lembrando-se, também, do conceito de “vontade de Constituição”<sup>635</sup> ressaltado por Konrad Hesse:

Um ótimo desenvolvimento da força normativa da Constituição depende não apenas do seu conteúdo, mas também de sua *práxis*. De todos os partícipes da vida constitucional, exige-se partilhar aquela concepção anteriormente por mim denominada vontade de Constituição (*Wille zur Verfassung*). Ela é fundamental, considerada global ou singularmente<sup>636</sup>.

Isto é, a força normativa da Constituição e a sua máxima efetividade depende de uma *práxis* institucional e social que respeitem e concretizem a conformação material dela, tendo-se em conta que a própria razão de ser de uma Constituição é a disciplina do exercício de poder político – a organização da comunidade política – e a proteção dos direitos humanos e fundamentais<sup>637</sup>.

Com efeito, as práticas criminais brasileiras, salvo algumas e raras exceções, estão enclausuradas e ensimesmadas, permanecendo reféns de uma compreensão

<sup>634</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**.

<sup>635</sup> Para Hesse, a vontade de Constituição “procede de una triple raíz: Se basa en la conciencia de la necesidad y el valor específico de un orden objetivo y normativo inviolable que aleje a la vida de la arbitrariedad desmedida e informe. Se basa en la convicción de que este orden establecido por la Constitución es algo más que un orden exclusivamente fáctico, que se trata de un orden no sólo legítimo sino necesitado de continua legitimación. Se basa, en relación con eso último, en la conciencia de que este orden no puede tener la vigencia de una ley concebida por el intelecto al margen de la voluntad humana, sino que sólo puede adquirir y conservar su vigencia a través de actos de voluntad. Una voluntad así puede resultar operante porque la vida política, como todo en la vida humana, no se halla entregada sólo a la roma actuación de fuerzas aparentemente ineluctables, sino que estamos llamados a conformarla activamente, fijándonos y logrando objetivos en relación con ella. De ese modo incurriríamos inevitablemente en un desconocimiento de la totalidad de esta realidad, de su completa disposición individual, que precisamente no es solamente un problema de circunstancias ineluctables sino igualmente un problema de un orden a alcanzar, es decir, un orden normativo”. HESSE, Konrad. **Escritos de Derecho Constitucional**. p. 66.

<sup>636</sup> HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. p. 21.

<sup>637</sup> Nesse sentido, afirma Leite: “A expansão da força normativa da Constituição não decorre apenas dos elementos acima descritos, mas também da *práxis* constitucional, ou seja, da vivência da Constituição. Todos os entes públicos e privados, incluindo os cidadãos, devem ser guiados pela vontade de Constituição, *i.e.*, pela espontaneidade de agir e atuar conforme as normas constantes do Texto Constitucional”. LEITE, George Salomão. **Eficácia e Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. p. 88.

inautêntica das bases do Estado constitucional contemporâneo, tendo perdido as referências materiais da Constituição e dos tratados internacionais sobre direitos humanos. Assim, a normatividade constitucional trazida pela Constituição Federal de 1988, apoiada pelos sistemas internacionais de proteção dos direitos humanos, é um avanço que precisa ser compreendido, validado e tornado eficaz, e seu abandono provocaria um retrocesso normativo, um verdadeiro arbítrio decisório. Dessa forma, não deve a Constituição Federal ser emoldurada ou vista como possuidora de um caráter divino ou sacralizado, mas também não deve ser mergulhada num oceano de pré-compreensões inautênticas e obnubilada pela ignorância dos sujeitos na *práxis* cotidiana. Deve-se, pois, buscar a máxima efetivação da Constituição e do exercício dos direitos humanos e fundamentais<sup>638</sup>.

---

<sup>638</sup> GIACOMOLLI, Nereu José. **O Devido Processo Penal**.

### 3 CONCLUSÃO

O presente trabalho tinha como objetivo perseguir respostas para a seguinte pergunta-problema: a condenação penal pode significar uma restrição legítima à capacidade eleitoral ativa (sufrágio ativo) dentro do marco de um Estado democrático de Direito?

Com esse intuito, iniciou-se o primeiro capítulo verificando as bases do Estado Constitucional contemporâneo, capítulo que foi subdividido em 3 partes: a primeira abordando quais seriam as características do Estado de Direito contemporâneo; a segunda perquirindo sobre o regime democrático e como ele se insere no Estado de Direito; e, por fim, a terceira, versando sobre o regime jurídico diferenciado dos direitos humanos e fundamentais. Dessa maneira, esse capítulo procurou traçar o suporte epistemológico da presente pesquisa abordando as principais bases do Estado contemporâneo na concepção formulada a partir do segundo pós-guerra.

Nesse sentido, apontou-se como principais elementos constitutivos do núcleo dessa noção de Estado Constitucional contemporâneo: a) a vinculação do Estado a uma Constituição que possui supremacia no ordenamento jurídico; b) o princípio democrático regendo a organização da sociedade; c) um sistema de garantias e de direitos fundamentais calcados na dignidade da pessoa humana; d) os princípios da igualdade e da justiça social; e) a divisão de poderes e de funções do Estado; f) a noção de segurança jurídica; e, por fim, g) a regra da legalidade, na qual a lei serve também como instrumento de desdobramento e ação transformadora do conteúdo material da Constituição.

Após, buscou-se aprofundar brevemente no elemento democrático que os Estados contemporâneos possuem, identificando o regime democrático não só como um modo de articulação institucional (um regime de governo), mas também como uma prática social e política, ambos objetivando e se legitimando com a inclusão, a participação, a deliberação, o exercício e o controle do poder pelos cidadãos – governo do povo, pelo povo e para o povo –, revestindo-se como um conjunto de regras do jogo (aspecto instrumental) que visam a assegurar o bem comum (aspecto substancial), no melhor sentido de autodeterminação, autogoverno, autonomia e autocontrole da comunidade política por seus membros.

Aduziu-se, então, que a democracia iria muito além do voto periódico em eleições, sendo também uma prática cotidiana da política pelos cidadãos e, nessa

perspectiva, as instituições que promovem essa prática democrática desempenham um papel social bastante importante. Logo, os regimes serão tanto mais democráticos, ou melhor será a qualidade das democracias, quanto mais satisfizer esses requisitos mínimos. Por outro lado, pode-se dizer que o regime será menos democrático ou que haverá um “déficit democrático” quanto menos ou pior satisfizer esses requisitos traçados. Nesse sentido, alcançar um patamar democrático é apenas uma das etapas dessa linha evolutiva; consolidar e aperfeiçoar a própria qualidade da democracia é um novo e constante desafio dos Estados contemporâneos.

Finalizando o primeiro capítulo, verificou-se que os direitos humanos e fundamentais integram as bases axiológicas das comunidades políticas e de seus ordenamentos jurídicos, desdobrando-se em um aspecto subjetivo – que outorga aos titulares desses direitos um verdadeiro direito de defesa contra intervenções ilegítimas do poder público – bem como em um aspecto objetivo, no qual esses direitos possuem uma multifuncionalidade. Nesse aspecto objetivo, os direitos fundamentais possuem uma eficácia irradiante para todo o sistema jurídico e uma eficácia horizontal entre os cidadãos, além de uma função de organização e procedimento, atuando, ainda, como deveres de proteção ou imperativos de tutela por parte do Estado.

Ademais, verificou-se conceitos-chaves da teoria dos direitos fundamentais como o âmbito de proteção, o núcleo essencial, os limites e restrições, os limites às restrições e também o critério da proporcionalidade em suas três componentes parciais: a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito.

Nesse sentido, o primeiro capítulo foi importante na presente investigação, pois possibilitou averiguar as bases epistemológicas nas quais se encontra o atual “estado da arte” do sufrágio ativo, bem como demonstra uma tendência de continua expansão do direito ao voto que pode ser identificada ao longo da história recente dos governos representativos, ainda que sempre se possa problematizar a própria qualidade da democracia e qual foi o real legado de empoderamento popular proporcionado por essa expansão do direito ao voto.

Passando-se ao segundo capítulo, buscou-se aprofundar no debate acerca da restrição do sufrágio ativo – em especial, o direito ao voto. Assim, no primeiro item de tal capítulo, analisou-se a noção de cidadania e a sua relação com os direitos políticos, bem como os direitos políticos propriamente ditos e a sua subdivisão em sufrágio ativo e passivo, o direito de votar e de se eleger, respectivamente.

Em sequência, realizou-se uma investigação sobre a restrição do sufrágio ativo no Brasil – na Constituição atual e nas anteriores – e no direito comparado, bem como se analisou a fundamentação de casos concretos concernentes: dos votos de um julgado recente do Supremo Tribunal Federal brasileiro (Recurso Extraordinário 601.182, de 2019) sobre a restrição dos direitos políticos quando há substituição de pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, e de dois julgados da Corte Europeia de Direitos Humanos acerca da suspensão do direito de votar de condenados criminais (*case of Hirst v. The United Kingdom* e *case of Kulinski and Sabev v. Bulgaria*). E então, observou-se breves referências à legislação de alguns países no tocante à restrição dos direitos políticos dos presos em seus territórios e alguns apontamentos da Corte Interamericana de Direitos Humanos sobre o assunto em um caso (*case of Yatama v. Nicaragua*) no qual a suspensão do direito de votar não era o objeto principal da decisão, mas se toca no assunto de *obiter dictum*. Por fim, buscou-se verificar qual seria a interpretação constitucionalmente mais adequada para a resolução da pergunta-problema objeto do presente trabalho.

Durante toda a investigação desenvolvida e descrita, por conseguinte, foi-se chegando a algumas conclusões parciais. Talvez a primeira delas tenha sido a de que a evolução histórica tem visto uma expansão contínua do alcance do direito de sufrágio nos países democráticos desde o início dos Estados modernos. Ademais, concluiu-se que o direito de votar livremente nos candidatos de sua escolha configura-se a essência de todo regime democrático representativo, e que quaisquer restrições a esse direito atingem o coração da ideia de governo representativo, ainda que nem sempre sejam restrições ilegais ou ilegítimas.

Outrossim, o Estado constitucional contemporâneo, por definição, implica um compromisso simultâneo com os princípios da democracia e do constitucionalismo. Assim, as práticas jurídicas herdadas pela tradição devem passar por uma filtragem hermenêutico-constitucional, na qual o condenado não pode mais ser visto como aquele pária da sociedade que merece ser banido, ou como um cidadão de segunda classe; as práticas jurídico-políticas devem tratar de utilizar todos os esforços possíveis para trazê-lo novamente ao convívio harmônico na comunidade política e, nesse sentido, o direito ao voto pode ser um importante instrumento de reinserção social dos condenados. Isto é, toda e qualquer interpretação constitucional deve levar em conta o constitucionalismo moderno e o que ele nos legou: o Estado constitucional, o regime democrático e os direitos humanos e fundamentais.

Quanto à reinserção social dos condenados, por conseguinte, deve-se ter em conta ainda que, se um dos objetivos do aprisionamento é a posterior reinserção, como prevê a lei de execuções penais, o que seria melhor do que reestabelecer ao condenado os direitos políticos ativos para inseri-lo na sociedade, reconhecendo-o como cidadão e integrando-o novamente à comunidade política? Não restringir ou restituir o direito de voto daqueles que estão presos poderia ser um importante instrumento simbólico em apoio à ressocialização e ao reconhecimento social e político dessa parcela da população que quase nunca é lembrada e/ou objeto de políticas públicas.

É de primazia atentar-se, dessa maneira, à teoria de que, pela força normativa da Constituição, como princípio de interpretação constitucional, se deve dar prevalência para aquelas interpretações constitucionais que maximizem as normas de direitos humanos e fundamentais, uma vez que normas que estabelecem direitos humanos e fundamentais devem ser interpretadas extensivamente, de forma a ampliar a sua abrangência, e normas que preveem restrições devem ser interpretadas restritivamente. De mais a mais, na medida em que tratados e convenções de direitos humanos contêm garantias mais amplas que as previstas nas Constituições, deve-se priorizar a norma que maior proteção dê ao direito fundamental em tela, independentemente se ela for uma norma de direito constitucional ou internacional.

Do texto do art. 15 da Constituição – “É vedada a cassação de direitos políticos, cuja perda ou suspensão só se dará nos casos de: [...] III - condenação criminal transitada em julgado, enquanto durarem seus efeitos” –, pode-se retirar, claramente, algumas normas. Na primeira parte do *caput*, tem-se uma norma, com caráter de regra, que proíbe a cassação dos direitos políticos, por qualquer que seja o motivo ou a situação. Depois, ainda no *caput*, verifica-se que o exercício pleno dos direitos políticos deve ser a regra, mas que há uma autorização para a restrição dos direitos políticos em cinco hipóteses, uma delas a hipótese de condenação criminal transitada em julgado.

Essas hipóteses possuem, a nosso ver, um caráter de regra que restringe o direito fundamental à participação política, que é conformado por todo o capítulo dos direitos políticos (do artigo 14 ao 16) e em outros pontos esparsos da Constituição, de forma que cada um dos incisos possui leis e procedimentos próprios para configurarem a sua restrição. Dito de outro modo, verifica-se que o inciso III (objeto deste trabalho) é uma exceção à segunda parte do *caput* do art. 15 da CF/88 que

afirma, *a contrario sensu*, ser o exercício pleno dos direitos políticos a regra, e a restrição uma excepcionalidade no ordenamento jurídico. Ainda que se discorde, essa foi uma decisão do constituinte originário no sentido de abrir a possibilidade de restrição dos direitos políticos em determinados casos.

Chega-se a essa conclusão, também, ao se propor o seguinte questionamento: se não houvesse a previsão constitucional do inciso III do art. 15, seria possível fazer a restrição ao direito de voto nos casos de condenação criminal? Ou seria completamente vedada uma intervenção de tal monta nos direitos políticos? A resposta possível, de acordo com o que foi visto nesse trabalho, parece ser uma só: não seria possível fazer essa restrição, pois ela afetaria o núcleo essencial do direito fundamental e não haveria direito fundamental contraposto para justificar uma colisão (e a conseqüente ponderação) de direitos fundamentais nesse caso.

Assim, parece fazer sentido afirmar que o inciso III do art. 15 é uma norma que prevê uma faculdade – uma possibilidade – que deve ser conformada e pormenorizada por legislação infraconstitucional, não se tratando de uma restrição compulsória para todo e qualquer crime extraída diretamente da Constituição, e, sim, prestigiando a liberdade de conformação do legislador ordinário.

Ademais, a interpretação de que o constituinte não pretendeu obrigar, para toda e qualquer condenação criminal transitada em julgado, que haveria de ter conseqüentemente a restrição plena dos direitos políticos – sufrágio ativo e passivo –, independentemente de uma intervenção legislativa que disciplinasse o “quando” e o “como” dessa restrição, parece inclusive ser a mais constitucionalmente adequada, uma vez que o *caput* do art. 15 usa a formulação que a restrição dos direitos políticos “só se dará nos casos de ...”, lida no sentido de que apenas poderá ocorrer em tais hipóteses, como uma condição necessária, mas não suficiente para as restrições dos direitos políticos previstos nos incisos desse artigo. Logo, se correta essa leitura, tem-se de admitir que a Constituição não só legitima, mas também exige eventual intervenção legislativa com o propósito de disciplinar e concretizar os crimes e/ou os bens jurídicos nos quais a condenação criminal transitada em julgado legitimaria uma restrição dos direitos políticos ativos do cidadão.

Nesse sentido, é forçoso de se reconhecer que o art. 15 traz um rol exaustivo de hipóteses para a restrição de direitos políticos, não cabendo ao legislador ordinário ampliar este rol, mas sim pormenorizá-lo fixando critérios por lei como, aliás, ocorre em todos os outros quatro incisos do art. 15 da Constituição. Assim, apesar das

interpretações da corrente majoritária da doutrina e da jurisprudência pátrias resultarem na restrição do direito ao voto aos presos de forma ampla e irrestrita, essa não é a conclusão lógica a ser considerada, pois ela implicaria contradição em relação tanto ao conteúdo essencial dos direitos políticos quanto à utilidade constitucional e democrática desses direitos.

Destaca-se, portanto, que o argumento ético-jurídico utilizado pela maioria da doutrina pátria para a restrição dos direitos políticos não se sustenta no constitucionalismo contemporâneo, uma vez que a razão da garantia do direito ao sufrágio ativo dos cidadãos não é mais uma possível idoneidade moral dos cidadãos, nem sua capacidade econômica (que vige em modelos de voto restrito censitário) ou intelectual (que vige em modelos de voto restrito capacitário), mas sim sua própria condição de pessoa humana, de sujeito de direitos, e de cidadãos daquela comunidade política. Isto é, essa condição decorre diretamente da noção de que todo o poder emana do povo e da pessoa humana com autonomia, igual dignidade e respeito. Logo, os direitos políticos existem de modo a garantir a participação das pessoas no poder que os governa num sentido de autodeterminação da comunidade política; nesse sentido, é a participação popular que legitima o exercício do poder e não o poder que legitima a participação popular.

Dessa maneira, um bom parâmetro para verificar quais crimes a lei poderia disciplinar como passíveis de restrição dos direitos políticos por condenação criminal, poderia ser, a nosso ver, o mesmo rol previsto na “Lei da Ficha Limpa”, que prevê os crimes contra a economia popular, a fé pública, a administração pública e o patrimônio público; os contra o patrimônio privado, o sistema financeiro, o mercado de capitais e os previstos na lei que regula a falência; os contra o meio ambiente e a saúde pública; os eleitorais, para os quais a lei comine pena privativa de liberdade; os de abuso de autoridade, nos casos em que houver condenação à perda do cargo ou à inabilitação para o exercício de função pública; os de lavagem ou ocultação de bens, direitos e valores; os de tráfico de entorpecentes e drogas afins, racismo, tortura, terrorismo e hediondos; os de redução à condição análoga à de escravo; os contra a vida e a dignidade sexual; e, por fim, os praticados por organização criminosa, quadrilha ou bando. Esse parece ser um bom limite máximo para disciplinar a restrição de direitos políticos ativos, por motivos de integridade e coerência sistêmica, uma vez que já é o

parâmetro utilizado pelo ordenamento jurídico pátrio para a restrição dos direitos políticos passivos dos condenados criminais<sup>639</sup>.

Por outro lado, a suspensão dos direitos políticos jamais poderia se dar como uma decorrência automática e sem necessidade de fundamentação por ocasião da decisão judicial: primeiro, por ser uma restrição bastante intensa e desproporcional no direito fundamental do seu titular, o que exige um ônus argumentativo por parte do Estado na sua execução; segundo, porque, no momento em que há um número expressivo e crescente de população carcerária, essa restrição ao direito de voto pode gerar um “déficit” de representação popular em um regime representativo, como o é a atual democracia. Perspectivas essas que levam em consideração que tanto a concepção de Estado democrático de Direito contemporânea quanto a teoria dos direitos fundamentais impõem exigências de proporcionalidade e fundamentação para as restrições de direitos fundamentais, vedando que tais restrições ocorram de qualquer forma e sem enfrentar um ônus argumentativo para justificar a sua implementação.

É pertinente também considerar que, embora a prisão seja a principal pena criminal, ela não é a única pena aplicável tampouco é cumprida apenas em regime fechado, ou seja, em estabelecimentos prisionais com contato restrito com o mundo exterior. Ressalta-se, portanto, que, para os condenados que não estejam em regime fechado de cumprimento de pena, não haveria nenhum ônus operacional ou financeiro maior para o Estado ao restabelecer ou ao não restringir o direito de voto desses condenados. Em qualquer caso, poderia ser instituído por lei hipóteses que aproveitasse os institutos de permissão de saída ou de saída temporária, previstos na Lei de Execução Penal (LEP), também para uma finalidade eleitoral.

Não obstante, para que os presos em regime fechado possam realmente participar do processo democrático seria necessário muito mais do que apenas facultar-lhes a possibilidade de votar, seria necessário possibilitar-lhes também

---

<sup>639</sup> Sem se descuidar do debate em torno da questão da recepção ou não (inconstitucionalidade material) da Lei de Segurança Nacional (LSN, Lei nº 7.170 de 14 de dezembro de 1983.), um outro parâmetro que poderia ser utilizado seria suspensão do direito ao voto dos condenados criminais com trânsito em julgado apenas para os crimes eleitorais e os previstos em legislação específica que atentasse contra as instituições políticas e o regime representativo, tais como a Lei de Segurança Nacional (ou da Lei de Defesa do Estado democrático de Direito que vier a substituir a LSN).

informação sobre os candidatos e campanhas políticas para, assim, poderem chegar a uma compreensão esclarecida sobre os candidatos e seus programas eleitorais. Ou seja, dever-se-ia possibilitar, além do direito ao voto, um amplo acesso aos meios de informação, operação que parece estar bastante longe da realidade carcerária brasileira apesar de haver previsões normativas nesse sentido na lei de execução penal.

Porquanto, por uma exigência de segurança jurídica, acrescenta-se que, para a restrição de direitos políticos ativos, seria necessária a criação de critérios normativos gerais, ou seja, de uma lei que balizasse em quais casos poderia e em quais não poderia haver a restrição do direito ao voto, sendo perigoso ficar a cargo do órgão judicial, completamente livre de amarras para decidir, quando e como fará a restrição dos direitos políticos dos condenados criminais. Com efeito, como sugestão de *lege ferenda*, advoga-se que se se quiser, de fato e de acordo com o marco do Estado democrático de Direito, restringir os direitos políticos ativos dos condenados criminais, o Poder Legislativo deve editar uma lei prevendo os casos e as hipóteses criminais nas quais o juiz poderia fazê-lo por ocasião da condenação criminal, sempre de forma individualizada e fundamentada. Mas enquanto não houver essa lei, qualquer restrição nesse sentido careceria de legitimidade constitucional.

Por tudo isso e para sintetizar os aspectos tratados, parece-nos mesmo que uma interpretação constitucionalmente mais adequada não pode ser senão aquela que sujeita a aplicação da suspensão do direito ao voto previsto no inciso III do art. 15 da CF/88 ao escrutínio da garantia da individualização da pena e da proporcionalidade, de forma a evitar intervenções excessivas do Estado no núcleo essencial do direito fundamental ao voto, possíveis déficits democráticos na comunidade política brasileira, ou, ainda, proteção insuficiente das instituições políticas e democráticas do Estado Constitucional.

Nesse sentido, embora se necessite de um maior aprofundamento na investigação sociológica e de ciência política para se afirmar categoricamente isto, pode-se intuir que a mudança do entendimento jurídico aqui proposta acerca da restrição do direito de voto dos condenados criminais seria um caminho importante para dar maior visibilidade a um grupo social normalmente excluído do processo político, chamando a atenção da classe política brasileira para as problemáticas atuais e péssimas condições que enfrenta o sistema penitenciário. Basta se lembrar que antes do direito ao voto ser estendido às mulheres e à população afrodescendente,

como regra, não havia políticas públicas endereçadas ao atendimento das necessidades desses grupos sociais.

Doravante, elencar-se-á alguns problemas relativos à expansão do direito ao voto à comunidade carcerária não investigados pela presente pesquisa, contudo que merecem maiores aprofundamentos teóricos em futuras pesquisas, como: efeitos sociais, maneiras de operacionalização e consequências doutrinárias e jurisprudenciais. Cada parágrafo a seguir, portanto, disporá de uma dessas questões pertinentes.

Nas atuais condições do sistema carcerário brasileiro, dentro do qual há uma forte influência de facções criminosas, seria possível que essas facções instrumentalizassem o voto dos condenados? Talvez se possa mitigar essa influência assegurando o sigilo do voto nas seções eleitorais dentro dos presídios e também ao se fiscalizar de forma mais eficiente e rigorosa o financiamento ilícito de campanhas políticas.

Como operacionalizar as votações nos presídios e quais os custos financeiros que esse processo acarretaria? Deve-se analisar esse ponto levando-se em consideração que o Estado já deve – ou deveria – disponibilizar seções eleitorais nas unidades prisionais com pelo menos vinte presos provisórios aptos a votar, conforme o art. 44 da Resolução nº 23.554 de 2017 do TSE (Anexo II). Ademais, deve-se ressaltar que nem todo condenado cumpre a pena privativa de liberdade em regime fechado, de forma que muitos condenados poderiam exercer o seu direito ao voto em seções eleitorais comuns fora dos presídios.

Qual seria o paradigma criminológico predominante por trás da posição majoritária na doutrina e na jurisprudência quanto à fundamentação da restrição do direito ao voto para todo e qualquer condenado criminal? Seria interessante uma investigação no sentido de verificar se imperaria um paradigma da criminologia positivista, do homem delinquente enquanto uma pessoa com desvio moral patológico, ou, ainda, um da criminologia clássica, ou, talvez, uma ideia difusa e confusa de paradigmas criminológicos diferentes convivendo ao mesmo tempo.

Qual seria o efeito da seletividade penal associada à restrição dos direitos políticos dos condenados? Ou seja, seria proveitoso investigar como a restrição do direito ao voto afetaria de modo diferencial os distintos grupos sociais, em cortes, por exemplo, por etnia (cor ou raça), por gênero, por idade, por formação escolar, por crime cometido etc.

Qual poderia ser o benefício psicológico na ressocialização do apenado ao inseri-lo novamente dentro da categoria de cidadãos com direito ao voto? Uma investigação empírica seria relevante também nessa área.

Por fim, poderia ser instigante pesquisar sobre a questão do cabimento ou não de um mandato de injunção, dos demais remédios constitucionais ou ações diretas para solucionar a falta de legislação infraconstitucional no que tange à restrição do direito ao voto dos condenados criminais.

## **ANEXOS**

**Anexo I** – International Comparison of Felon Voting Laws.

**Anexo II** – Seção III da Resolução nº 23.554, de 18 de dezembro de 2017 do Tribunal Superior Eleitoral (TSE): Do Voto do Preso Provisório e dos Adolescentes em Unidades de Internação.

## REFERÊNCIAS

- ACEMOGLU, Daron; ROBINSON, James. **Por Que as Nações Fracassam**: as origens do poder, da prosperidade e da pobreza. Trad. Cristiana Serra. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.
- AFRICAN UNION (AU). **About the African Union**. Disponível em: <https://au.int/en/overview>. Acesso em: 20 dez. 2019.
- AGRA, Walber de Moura. Art. 1º, II – A Cidadania. *In*: CANOTILHO, Joaquim José Gomes et al (org.). **Comentários à Constituição do Brasil**. 1. ed. Editora Saraiva, 2013.
- ALEXY, Robert. **Teoría de los Derechos Fundamentales**. Trad. Carlos Bernal Pulido. 2. ed. reimpr. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2012.
- ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores LTDA., 2011.
- ALMAGRO CASTRO, David; SARLET, Ingo Wolfgang. Los derechos políticos en España y Brasil: una aproximación en perspectiva comparada. **Estudios Constitucionales**, v. 11, n. 1, p. 381-424, 2013.
- ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. Coimbra: Almedina, 2017.
- ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 10. ed. ampl. e atual. Malheiros, 2009.
- AZAMBUJA, Darcy. **Teoria Geral do Estado**. 4. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Globo, 2008.
- BARBOSA, Leonardo Augusto de Andrade. **História Constitucional Brasileira**: mudança constitucional, autoritarismo e democracia no Brasil pós-1964. 3 reimpr. Brasília: Câmara dos Deputados, 2018.
- BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- BARZOTTO, Luis Fernando. **A Democracia na Constituição**. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2003.
- BILDER, Richard. An overview of international human rights law. **Guide to International Human Rights Practice**. 4th Ed., Hurst Hannum, ed., p. 3-18, 2010.
- BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. **Teorias Sobre a Justiça**: apontamentos para a história da filosofia do direito. Editora Juarez de Oliveira, 2000.
- BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Nova ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BOBBIO, Norberto. **Liberalismo e Democracia**. Trad. Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Brasiliense, 2000<sup>a</sup>.

BOBBIO, Norberto. **Teoria Geral da Política**: a filosofia política e as lições dos clássicos. Rio de Janeiro: Campus, 2000<sup>b</sup>.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. 11. ed. São Paulo: Malheiros Editora LTDA., 2005.

BONAVIDES, Paulo. **Teoria do Estado**. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros editores LTDA., 2003.

BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. **Escritos Sobre Derechos Fundamentales**. Trad. Juan Luis Requejo Pagés e Ignacio Villaverde Menéndez. Baden-Baden: Nomos, 1993.

BRASIL. Assembleia Nacional Constituinte (ANC). Comissão da Soberania e dos Direitos e Garantias do Homem e da Mulher. **Emendas Oferecidas à I - Comissão da Soberania e dos Direitos e Garantias do Homem e da Mulher**. Vol. 65, 1987. Brasília: Câmara dos Deputados. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/internet/constituicao20anos/DocumentosAvulsos/vol-65.pdf>. Acesso em: 20 dez. 2019.

BRASIL. Assembleia Nacional Constituinte (ANC). Comissão de Sistematização. **Emendas Oferecidas em Plenário ao Substitutivo do Relator**. Vol. 236, 1987. Brasília: Câmara dos Deputados. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/internet/constituicao20anos/DocumentosAvulsos/vol-236.pdf>. Acesso em: 20 dez. 2019.

BRASIL. Assembleia Nacional Constituinte (ANC). Comissão de Sistematização. **Emendas Oferecidas em Plenário ao Substitutivo do Relator**. Vol. 238. Brasília: Câmara dos Deputados, 1987. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/internet/constituicao20anos/DocumentosAvulsos/vol-238.pdf>. Acesso em: 20 dez. 2019.

BRASIL. Assembleia Nacional Constituinte (ANC). Comissão de Sistematização. **Parecer sobre as Emendas ao Substitutivo do Relator**. Emenda 20792-0 a 28579-3. Brasília: Câmara dos Deputados, 1987. Disponível em: [https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes\\_Brasileiras/constituicao-cidada/o-processo-constituente/comissao-de-sistematizacao/FASEO\\_parecer1SIM\\_parte\\_inicial.pdf](https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes_Brasileiras/constituicao-cidada/o-processo-constituente/comissao-de-sistematizacao/FASEO_parecer1SIM_parte_inicial.pdf). Acesso em: 20 dez. 2019.

BRASIL. Assembleia Nacional Constituinte (ANC). Comissão de Sistematização. **Parecer sobre as Emendas ao Substitutivo do Relator**. Emenda 28581-5 a 30682-1. Brasília: Câmara dos Deputados, 1987. Disponível em: [https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes\\_Brasileiras/constituicao-cidada/o-processo-constituente/comissao-de-](https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes_Brasileiras/constituicao-cidada/o-processo-constituente/comissao-de-)

sistematizacao/Pginasde379\_FASEO\_parecer2SIM\_parte1.pdf. Acesso em: 20 dez. 2019.

BRASIL. Assembleia Nacional Constituinte (ANC). Comissão da Soberania e dos Direitos e Garantias do Homem e da Mulher. **Parecer e Substitutivo**. Vol. 66, 1987. Brasília: Câmara dos Deputados. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/internet/constituicao20anos/DocumentosAvulsos/vol-66.pdf>. Acesso em: 20 dez. 2019.

BRASIL. Assembleia Nacional Constituinte (ANC). Comissão de Sistematização. **Anteprojeto de Constituição**. Vol. 219, 1987. Brasília: Câmara dos Deputados. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/internet/constituicao20anos/DocumentosAvulsos/vol-219.pdf>. Acesso em: 20 dez. 2019.

BRASIL. Assembleia Nacional Constituinte (ANC). Comissão de Sistematização. **Diário Da Assembleia Nacional Constituinte (Suplemento "C")**. 1987. Brasília: Senado Federal. Disponível em: [http://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/constituante/9b\\_Sistematizacao.pdf](http://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/constituante/9b_Sistematizacao.pdf). Acesso em: 20 dez. 2019.

BRASIL. Assembleia Nacional Constituinte (ANC). Comissão de Sistematização. **Projeto de Constituição**. Vol. 226, 1987. Brasília: Câmara dos Deputados. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/internet/constituicao20anos/DocumentosAvulsos/vol-226.pdf>. Acesso em: 20 dez. 2019.

BRASIL. Assembleia Nacional Constituinte (ANC). **Emendas ao Anteprojeto do Relator**. Subcomissão Dos Direitos Políticos, Direitos Coletivos e Garantias. 1987. Brasília: Senado Federal. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/internet/constituicao20anos/DocumentosAvulsos/vol-75.pdf>. Acesso em: 20 dez. 2019.

BRASIL. Assembleia Nacional Constituinte (ANC). Plenário. **Emendas Apresentadas**. Vol. 255. Brasília: Câmara dos Deputados, 1988. Disponível em: [https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes\\_Brasileiras/constituicao-cidada/o-processo-constituente/plenario/vol255\\_centrao\\_aprovadas.pdf](https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes_Brasileiras/constituicao-cidada/o-processo-constituente/plenario/vol255_centrao_aprovadas.pdf). Acesso em: 20 dez. 2019.

BRASIL. Assembleia Nacional Constituinte (ANC). Plenário. **Projeto de Constituição (A)**. Vol. 253. Brasília: Câmara dos Deputados, 1988. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/internet/constituicao20anos/DocumentosAvulsos/vol-253.pdf>. Acesso em: 20 dez. 2019.

BRASIL. Assembleia Nacional Constituinte (ANC). Plenário. **Projeto de Constituição (C)**: redação final. Vol. 314. Brasília: Câmara dos Deputados, 1988. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/internet/constituicao20anos/DocumentosAvulsos/vol-314.pdf>. Acesso em: 20 dez. 2019.

BRASIL. Assembleia Nacional Constituinte (ANC). Plenário. **Projeto de Constituição (D)**: redação final. Vol. 316. Brasília: Câmara dos Deputados, 1988. Disponível em:

<https://www.camara.leg.br/internet/constituicao20anos/DocumentosAvulsos/vol-316.pdf>. Acesso em: 20 dez. 2019.

BRASIL. Assembleia Nacional Constituinte (ANC). **Resolução nº 2 de 1987**. Dispõe sobre o Regimento Interno da Assembleia Nacional Constituinte. Disponível em: [https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes\\_Brasileiras/constituicao-cidada/publicacoes/regimento-interno-da-assembleia-nacional/resolucao-2-1987](https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes_Brasileiras/constituicao-cidada/publicacoes/regimento-interno-da-assembleia-nacional/resolucao-2-1987). Acesso em: 20 dez. 2019.

BRASIL. Assembleia Nacional Constituinte (ANC). **Resolução nº 3 de 1988**. Altera o Regimento Interno da Assembleia Nacional Constituinte. Disponível em: [https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes\\_Brasileiras/constituicao-cidada/publicacoes/regimento-interno-da-assembleia-nacional/resolucao-3-1987](https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes_Brasileiras/constituicao-cidada/publicacoes/regimento-interno-da-assembleia-nacional/resolucao-3-1987). Acesso em: 20 dez. 2019.

BRASIL. Assembleia Nacional Constituinte (ANC). Subcomissão do Sistema Eleitoral e Partidos Políticos. **Apresentação dos Pareceres do Relator às Emendas ao Anteprojeto**. Vol. 130, 1987. Brasília: Câmara dos Deputados. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/internet/constituicao20anos/DocumentosAvulsos/vol-130.pdf>. Acesso em: 20 dez. 2019.

BRASIL. Assembleia Nacional Constituinte (ANC). Subcomissão do Sistema Eleitoral e Partidos Políticos. **Diário da Assembleia Nacional Constituinte (Suplemento)**. 1987. Brasília: Senado Federal. Disponível em: <http://imagem.camara.gov.br/imagem/d/pdf/sup102anc23jul1987.pdf#page=27>. Acesso em: 20 dez. 2019.

BRASIL. Assembleia Nacional Constituinte (ANC). Subcomissão dos Direitos Políticos, dos Direitos Coletivos e Garantias. **Relatório e Anteprojeto**. Relator: Deputado Constituinte Lysâneas Maciel. 1987. Brasília: Câmara dos Deputados. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/internet/constituicao20anos/DocumentosAvulsos/vol-76.pdf>. Acesso em: 20 dez. 2019.

BRASIL. **Ato Institucional nº 5, de 13 de dezembro de 1968**. São mantidas a Constituição de 24 de janeiro de 1967 e as Constituições Estaduais; O Presidente da República poderá decretar a intervenção nos estados e municípios, sem as limitações previstas na Constituição, suspender os direitos políticos de quaisquer cidadãos pelo prazo de 10 anos e cassar mandatos eletivos federais, estaduais e municipais, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1968. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/AIT/ait-05-68.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/AIT/ait-05-68.htm). Acesso em: 20 dez. 2019.

BRASIL. [Constituição (1824)]. **Constituição Política do Imperio do Brazil**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao24.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm). Acesso em: 20 dez. 2019.

BRASIL. [Constituição (1891)]. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. Disponível em:

[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/Constituicao91.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao91.htm). Acesso em: 20 dez. 2019.

BRASIL. [Constituição (1934)]. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/Constituicao34.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao34.htm). Acesso em: 20 dez. 2019.

BRASIL. [Constituição (1937)]. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao37.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao37.htm). Acesso em: 20 dez. 2019.

BRASIL. [Constituição (1937)]. **Lei Constitucional nº 9 de 28 de fevereiro de 1945**. Altera a Constituição Federal de 1937. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/LCT/LCT009.htm#art1](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/LCT/LCT009.htm#art1). Acesso em: 20 dez. 2019.

BRASIL. [Constituição (1946)]. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao46.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm). Acesso em: 20 dez. 2019.

BRASIL. [Constituição (1967)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao67.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm). Acesso em: 20 dez. 2019.

BRASIL. [Constituição (1967)]. **Emenda Constitucional nº 1 de 17 de outubro de 1969**. Edita o novo texto da Constituição Federal de 24 de janeiro de 1967. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Emendas/Emc\\_anterior1988/emc01-69.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc01-69.htm). Acesso em: 20 dez. 2019.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

BRASIL. **Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992**. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Promulgação. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/D0592.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0592.htm). Acesso em: 25 jun. 2019.

BRASIL. **Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992**. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/D0678.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm). Acesso em: 25 jun. 2019.

BRASIL. **Decreto nº 9.199, de 20 de novembro de 2017**. Regulamenta a Lei nº 13.445, de 24 de maio de 2017, que institui a Lei de Migração. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2017/Decreto/D9199.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/Decreto/D9199.htm). Acesso em: 20 dez. 2020.

BRASIL. **Decreto nº 57.654, de 20 de janeiro de 1966.** Regulamenta a lei do Serviço Militar (Lei nº 4.375, de 17 de agosto de 1964), retificada pela Lei nº 4.754, de 18 de agosto de 1965. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/D57654.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D57654.htm). Acesso em: 20 dez. 2020.

BRASIL. **Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940.** Código Penal (CP). Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto-Lei/Del2848.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848.htm). Acesso em: 20 dez. 2019.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.688, de 3 de outubro de 1941.** Lei das Contravenções Penais. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto-Lei/Del3688.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3688.htm). Acesso em: 20 dez. 2020.

BRASIL. **Emenda Constitucional nº 26, de 1985.** Convoca Assembleia Nacional Constituinte e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Emendas/Emc\\_anterior1988/emc26-85.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc26-85.htm). Acesso em: 20 dez. 2019.

BRASIL. **Exposição de Motivos nº 213, de 9 de maio de 1983:** referente a lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984 (LEP). Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1980-1987/lei-7210-11-julho-1984-356938-exposicaodemotivos-149285-pl.html>. Acesso em: 25 jun. 2019.

BRASIL. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE). **Estimativas da População Residente no Brasil e Unidades da Federação com Data de Referência em 1º de julho de 2016.** Brasília. Disponível em: <https://www.ibge.gov.br/estatisticas/sociais/populacao/9103-estimativas-de-populacao.html?edicao=17283&t=downloads>. Acesso em: 21 dez. 2019.

BRASIL. **Lei Complementar nº 5, de 5 de abril de 1970.** Estabelece, de acordo com a Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969, art. 151 e seu parágrafo único, casos de inelegibilidades, e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/LCP/Lcp05.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LCP/Lcp05.htm). Acesso em: 20 dez. 2019.

BRASIL. **Lei Complementar nº 64, de 18 de maio de 1990.** Estabelece, de acordo com o art. 14, § 9º da Constituição Federal, casos de inelegibilidade, prazos de cessação, e determina outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/LCP/Lcp64compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LCP/Lcp64compilado.htm). Acesso em: 20 dez. 2019.

BRASIL. **Lei Complementar nº 135, de 4 de junho de 2010 (“Lei da Ficha Limpa”).** Altera a Lei Complementar nº 64, de 18 de maio de 1990, que estabelece, de acordo com o § 9º do art. 14 da Constituição Federal, casos de inelegibilidade, prazos de cessação e determina outras providências, para incluir hipóteses de inelegibilidade que visam a proteger a probidade administrativa e a moralidade no exercício do mandato. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/LCP/Lcp135.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/LCP/Lcp135.htm). Acesso em: 20 dez. 2019.

BRASIL. **Lei de 16 de dezembro de 1830 (Codigo Criminal do Imperio do Brazil).** Manda executar o Codigo Criminal. Disponível em:

[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/LIM/LIM-16-12-1830.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/LIM/LIM-16-12-1830.htm). Acesso em: 20 dez. 2019.

BRASIL. **Lei nº 4.375, de 17 de agosto de 1964**. Lei do Serviço Militar. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L4375.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L4375.htm). Acesso em: 20 dez. 2020.

BRASIL. **Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984**. Institui a Lei de Execução Penal (LEP). Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L7210.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7210.htm). Acesso em: 21 dez. 2019.

BRASIL. **Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992**. Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L8429.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8429.htm). Acesso em: 20 dez. 2020.

BRASIL. **Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999**. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Brasília, DF: Presidência da República, 1999. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L9784.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9784.htm). Acesso em: 14 nov. 2019.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm). Acesso em: 20 dez. 2020.

BRASIL. **Lei nº 13.445, de 24 de maio de 2017**. Institui a Lei de Migração. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2017/Lei/L13445.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/Lei/L13445.htm). Acesso em: 20 dez. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). **A Constituição e o Supremo**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/artigoBd.asp?item=248>. Acesso em: 20 dez. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 347 - Distrito Federal**. Relator(a): Min. Marco Aurélio, julgado em 09/09/2015, Processo Eletrônico DJe-031, Publicado em 19/02/2016. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>. Acesso em: 20 dez. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Recurso Extraordinário (RE) 601.182 - Minas Gerais**. Relator: Min. Marco Aurélio. Redator do acórdão: Min. Alexandre de Moraes. Julgamento: 08/05/2019, data de publicação DJE 02/10/2019 - Ata nº 145/2019. DJE nº 214, divulgado em 01/10/2019. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2687885>. Acesso em: 20 dez. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno - meio eletrônico). **Repercussão Geral no Recurso Extraordinário (RE) 601.182 RG / MG - Minas Gerais**. Relator(a): min. Marco Aurélio. Julgamento: 03/03/2011. Disponível em:

<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=601182&classe=RE-RG&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>. Acesso em: 21 dez. 2019.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral (TSE). **Estatísticas do Eleitorado – Consulta por região/UF/município**. Brasília. Disponível em: <http://www.tse.jus.br/eleitor/estatisticas-de-eleitorado/consulta-quantitativo>. Acesso em: 21 dez. 2019.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral (TSE). **Súmulas do Tribunal Superior Eleitoral**. Disponível em: [http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/home/banco\\_imagens/flash/LegislacaoEleitoral2012/sumulas\\_tse.pdf](http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/home/banco_imagens/flash/LegislacaoEleitoral2012/sumulas_tse.pdf). Acesso em: 20 dez. 2019.

BUENO, José Antônio Pimenta (Marquês de São Vicente). **Direito Público Brasileiro e Análise da Constituição do Império**. Typographia Imp. e Const. de J. Villeneuve, 1857.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Portal da Constituição Cidadã**: etapas e fases. Disponível em: [https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes\\_Brasileiras/constituicao-cidada/o-processo-constituente/o-processo-constituente](https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes_Brasileiras/constituicao-cidada/o-processo-constituente/o-processo-constituente). Acesso em: 20 dez. 2019.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Publicações, Documentos e Mídia**: Regimento Interno ANC. Disponível em: [https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes\\_Brasileiras/constituicao-cidada/publicacoes/regimento\\_interno\\_anc](https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes_Brasileiras/constituicao-cidada/publicacoes/regimento_interno_anc). Acesso em: 20 dez. 2019.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos Fundamentais e Direito Privado**. 2 reimpr. Coimbra: Almedina, 2009.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 2003.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes et al. **Comentários à Constituição do Brasil**. Editora Saraiva, 2013.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes; MOREIRA, Vital. **Constituição da República Portuguesa Anotada**, Coimbra: Coimbra Ed.; São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

CARVALHO, José Murilo de. **Cidadania no Brasil**: o longo caminho. 5. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2004.

CARVALHO, Salo de. Princípio da Individualização da Pena. *In*: CANOTILHO, Joaquim José Gomes et al (org.). **Comentários à Constituição do Brasil**. 1. ed. Editora Saraiva, 2013. p. 405-408.

COELHO, Inocêncio Mártires. **Interpretação Constitucional**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

COMPARATO, Fábio Konder. A nova cidadania. **Lua Nova**, São Paulo, nº 28-29, p. 85-106, abr. 1993. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0102-64451993000100005&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-64451993000100005&lng=en&nrm=iso). Acesso em: 27 aug. 2020. <http://dx.doi.org/10.1590/S0102-64451993000100005>.

COMPARATO, Fábio Konder. Variações sobre o Conceito de Povo no Regime Democrático. **Estudos Avançados**. São Paulo, v. 11, n. 31, p. 211-222, dez. 1997. Disponível em: [https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0103-40141997000300013&script=sci\\_arttext&tlng=pt](https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0103-40141997000300013&script=sci_arttext&tlng=pt). Acesso em 22 maio 2019.

COULANGES, Fustel de. **A Cidade Antiga**: estudo sobre o culto, o direito e as instituições da Grécia e de Roma. Trad. Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martin Claret, 2009.

COUNCIL OF EUROPE. European Court of Human Rights (Fifth Section). **Case of Kulinski and Sabev v. Bulgaria**. Strasbourg, Judgment: 21 July 2016. Disponível em: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-164959>. Acesso em: 1º out. 2019.

COUNCIL OF EUROPE. European Court of Human Rights (Grand Chamber). **Case of Hirst v. The United Kingdom**. Strasbourg, Judgment: 6 October 2005. Disponível em: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-70442>. Acesso em: 1º out. 2019.

COUNCIL OF EUROPE. European Court of Human Rights (Grand Chamber). **Case of Scoppola v. Italy (Nº. 3)**. Strasbourg, Judgment: 22 May 2012. Disponível em: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-111044>. Acesso em: 1º out. 2019.

COUNCIL OF EUROPE. **Human Rights Convention**. 1950. Disponível em: <https://www.coe.int/en/web/human-rights-convention>. Acesso em: 20 dez. 2019.

COUNCIL OF EUROPE. **Protocol to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms as amended by Protocol Nº. 11**. Disponível em: <https://www.coe.int/en/web/conventions/search-on-treaties/-/conventions/rms/090000168006377c>. Acesso em: 1º out. 2019.

DAHL, Robert Alan. **Sobre a Democracia**. Trad. de Beatriz Sidou. Brasília: UNB, 2001.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 19. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1995.

DEUTSCHLAND (ALEMANHA). [Constituição (1949)]. **Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland (GG)** (Lei Fundamental para a República Federal da Alemanha). Disponível em: <https://www.bundestag.de/gg>. Acesso em: 21 out. 2019.

DEUTSCHLAND (ALEMANHA). **Strafgesetzbuch (StGB) (Código Penal Alemão)**. Strafgesetzbuch in der Fassung der Bekanntmachung vom 13. November 1998 (BGBl. I S. 3322), das zuletzt durch Artikel 62 des Gesetzes vom 20. November 2019 (BGBl. I S. 1626) geändert worden ist. Disponível em: <https://www.gesetze-im->

internet.de/stgb/BJNR001270871.html#BJNR001270871BJNG001602307. Acesso em: 21 dez. 2019.

DHAMI, Mandeep K. La Política de Privación del Sufragio a los Presos: ¿una amenaza para la democracia? Valdivia: **Revista de Derecho**, vol. XXII, n 2, dic. 2009, p. 121 - 135. Disponível em: [http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-09502009000200007&lang=pt](http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09502009000200007&lang=pt). Acesso em: 14 dez. 2019.

DÍAZ, Elías. Estado de Derecho y Derechos Humanos. **Novos Estudos Jurídicos**, v. 11, n. 1, p. 09-26, 2008. Disponível em: <http://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/download/418/360>. Acesso em: 14 abr. 2019.

DUQUE, Marcelo Schenk. **Curso de Direitos Fundamentais: teoria e prática**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

DUQUE, Marcelo Schenk. **Direito Privado e Constituição: "Drittwirkung" dos direitos fundamentais: construção de um modelo de convergência à luz dos contratos de consumo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

ESPAÑA (ESPANHA). [Constituição (1978)]. **Constitución Española**. Disponível em: <https://boe.es/legislacion/documentos/ConstitucionCASTELLANO.pdf>. Acesso em: 21 out. 2019.

FELDENS, Luciano. **Direitos Fundamentais e Direito Penal: a constituição penal**. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

FERRAJOLI, Luigi. Pasado y Futuro del Estado de Derecho. **Revista Internacional de Filosofía Política**. Año 2001, Número 17. 2001.

FERRARINI, Luigi Giuseppe Barbieri. **Cárcere & Voto: a morte social pela suspensão de direitos políticos do condenado**. Editora D'Plácido, 2019.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Constituinte: assembleia, processo, poder**. Editora Revista dos Tribunais, 1985.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Comentários à Constituição Brasileira de 1988**. Vol. 1. São Paulo: Sarava, 1990.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos Humanos Fundamentais**. 14. ed. São Paulo, 2012.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. **Direito Penal Português: parte geral II, as consequências jurídicas do crime**. Reimp. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. Perda da Liberdade: os direitos dos presos. **Revista de Direito Penal**, nº 29, 1989. Disponível em: [http://www.fragoso.com.br/wp-content/uploads/2017/10/20171003013008-perda\\_liberdade.pdf](http://www.fragoso.com.br/wp-content/uploads/2017/10/20171003013008-perda_liberdade.pdf). Acesso em: 09 jan. 2020.

FRANCE (FRANÇA). Secrétariat Général du Gouvernement. **Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789**. Disponível em (no original): <https://www.legifrance.gouv.fr/Droit-francais/Constitution/Declaration-des-Droits-de-l-Homme-et-du-Citoyen-de-1789>; ou disponível em (no português): [http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/direitos-humanos/declar\\_dir\\_homem\\_cidadao.pdf](http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/direitos-humanos/declar_dir_homem_cidadao.pdf). Acesso em: 26 maio 2019.

FREDES, Andrei Ferreira. Hirst vs. The United Kingdom. **Revista Brasileira de Direitos Fundamentais & Justiça**, v. 9, n. 30, p. 180-190, 2015.

FREITAS, Juarez. **A Interpretação Sistemática do Direito**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

FRYDMAN, Benoit. **O Fim do Estado de Direito**: governar por standards e indicadores. Trad. Mara Beatriz Krug. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2016.

GAUER, Ruth Maria Chittó. **Constituição e Cidadania**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014.

GIACOMOLLI, Nereu José. **O Devido Processo Penal**: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica. 2014.

GOMES, José Jairo. **Direito Eleitoral**. 14. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2018.

GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**: (interpretação e crítica). 19. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2018.

GRIMM, Dieter. Die Zeit. Ausgabe: 40/2001. **Die Karriere eines Boykottaufrufs** (A carreira de uma convocação ao boicote). 2001. Disponível em: [https://www.zeit.de/2001/40/Die\\_Karriere\\_eines\\_Boykottaufrufs](https://www.zeit.de/2001/40/Die_Karriere_eines_Boykottaufrufs). Acesso em: 08 nov. 2019.

GUEDES, Néviton. Art. 14. A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos [...] *In*: CANOTILHO, Joaquim José Gomes et al (org.). **Comentários à Constituição do Brasil**. 1. ed. Editora Saraiva, 2013. p. 657-674.

HÄBERLE, Peter. **Direitos Fundamentais no Estado Prestacional**. Trad. Fabiana Okchstein Kelbert, Michael Dietmar Donath. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional**: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da constituição. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2002.

HÄBERLE, Peter. O Recurso de Amparo no Sistema Germânico de Justiça Constitucional. **Direito Público**, v. 1, n. 2, 2003.

HÄBERLE, Peter. Zeit und Verfassung. *In*: DREIER, Ralf; SCHWEGMANN, Friedrich. **Probleme der Verfassungsinterpretation**. 1976.

HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1991.

HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**. Tradução (da 20ª edição alemã) de Luís Afonso Heck. SA Fabris Editor, 1998.

HESSE, Konrad. **Escritos de Derecho Constitucional**. Centro de Estudios Constitucionales: Madrid, 1992.

JELLINEK, Georg. **A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão: contribuição para a história do direito constitucional moderno**. Organização, estudo introdutório e tradução de Emerson Garcia. São Paulo: Atlas, v. 2, 2015.

KELSEN, Hans. **A Democracia**. São Paulo: Martin Fontes, 2000.

KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. Trad. de Carlos Borges. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LEITE, George Salomão. **Eficácia e Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2020.

LOUREIRO, Isabel Maria. **A Revolução Alemã: 1918-1923**. São Paulo: Editora Unesp, 2005.

MACHADO, Pedro Sá. Efeitos da condenação e direito de voto (num brevíssimo divagar à procura da justiça do caso concreto). **Revista Ballot**. Rio de Janeiro: UERJ. Vol. 1 nº 2 set./dez. 2015. pp. 71-81. Disponível em: <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/ballot/article/view/22005>. Acesso em: 21 dez. 2019.

MARQUES, Teresa Cristina de Novaes. **O Voto Feminino no Brasil**. 2. ed. Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2019.

MARTINS, Leonardo. **Cinquenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão**. Montevideo: Fundação Konrad Adenauer, 2005.

MAUNZ, Theodor; DÜRIG, Günter; HERDEGEN, Matthias. **Grundgesetz Kommentar**. GG Art. 1 Abs. 1 Rn. 21-23. 2009.

MAURER, Hartmut. **Contributos para o Direito do Estado**. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Direito Internacional Público: parte geral**. 8. Ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Direitos Humanos & Cidadania: à luz do direito internacional**. Campinas: Minelli, 2002.

MELO FRANCO, Afonso Arinos de. **A Câmara dos Deputados: síntese histórica**. 2. ed. Brasília: Centro de Documentação e Informação, Coordenação de Publicações, 1978.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade**: estudos de direito constitucional. 2. ed. rev. ampl. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Estado de Direito e Jurisdição Constitucional: 2002-2010**. 1. ed. 2. tir. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

MENDES, Gilmar Ferreira. Os Direitos Fundamentais e Seus Múltiplos Significados na Ordem Constitucional. **Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional**, n. 8, p. 131-142, 2004: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/1983624.pdf>. Acesso em: 07 out 2019.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

MENEZES, Anderson de. **Teoria Geral do Estado**. 8 ed. rev. e atual. por José Lindoso. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2009.

MILL, John Stuart. **Considerações sobre o Governo Representativo**. Trad. Denise Bottmann. Porto Alegre: L&PM, 2018.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E SEGURANÇA PÚBLICA. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias: INFOPEN (Atualizado junho de 2016)**. Brasília: Departamento Penitenciário Nacional, 2017. Disponível em: [http://depen.gov.br/DEPEN/noticias-1/noticias/infopen-levantamento-nacional-de-informacoes-penitenciarias-2016/relatorio\\_2016\\_22111.pdf](http://depen.gov.br/DEPEN/noticias-1/noticias/infopen-levantamento-nacional-de-informacoes-penitenciarias-2016/relatorio_2016_22111.pdf). Acesso em: 21 dez. 2019.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. Procuradoria-Geral da República. **Parecer nº 001, de 02 de maio de 2019 ao Recurso Extraordinário nº 601182/MG**. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/pgr/documentos/RE601182.pdf>. Acesso em: 20 dez. 2019.

MIRANDA, João Vitor Silva. Crítica à Suspensão do Direito Político Ativo das Pessoas Condenadas Criminalmente. **Revista de Ciências do Estado**, v. 2, n. 2, 2017.

MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

MOLINARO, Carlos Alberto. **Dignidade e Interculturalidade**. Breve Comunicação Preparada para o Seminário “Dignidade da Pessoa Humana: Interloquções” FADIR/PPGP/PUCRS. Setembro, 2008.

MOLINARO, Carlos Alberto. Dignidade, Direitos Humanos e Fundamentais: uma nova tecnologia disruptiva. **Rev. Bioética y Derecho**, Barcelona, n. 39, p. 103-119,

2017. Disponível em: [http://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1886-58872017000100007&lng=es&nrm=iso](http://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1886-58872017000100007&lng=es&nrm=iso). Acesso em: 17 jul. 2019.

MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat, Baron de. **O Espírito das Leis**. Trad. Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martin Claret, 2010.

MORAES, Alexandre de. **Condenação Criminal e Suspensão dos Direito Políticos**. 2017.

MÜLLER, Friedrich. **Quem é o Povo?**: a questão fundamental da democracia. Trad. Peter Naumann. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

NABAIS, José Casalta. A Face Oculta dos Direitos Fundamentais: os deveres e os custos dos direitos. **Revista Direito Mackenzie** 3, nº 2. 2002.

NAÇÕES UNIDAS NO BRASIL. **A Carta das Nações Unidas**. Brasília, DF, 2018. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/carta/>. Acesso em: 20 dez. 2019.

NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do Processo na Constituição Federal**. 13. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

NETO, Jayme Weingartner. Existe a Única Resposta Jurídica Correta?. **Direito e Democracia**, Canoas, v. 5, n. 1, p. 85-120, 1º sem. 2004.

NEVES, Marcelo. Constitucionalização Simbólica e Desconstitucionalização Fática: mudança simbólica da Constituição e permanência das estruturas reais de poder. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano.33, n. 132, p. 321-330, out./dez. 1996.

NEVES, Marcelo. (Não) Solucionando Problemas Constitucionais: transconstitucionalismo além de colisões. **Lua Nova**, São Paulo, n. 93, p. 201-232, 2014.

NICOLAU, Jairo. **Eleições no Brasil**: do Império aos dias atuais. Rio de Janeiro: Zahar, 2012<sup>a</sup>.

NICOLAU, Jairo Marconi. **Sistemas Eleitorais**. 6. ed. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2012<sup>b</sup>.

NOGUEIRA, Octaciano. **Constituições Brasileiras**: 1824. vol. I. 3. ed. Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2015.

NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos Fundamentais e Justiça Constitucional**. reimp. Lisboa: AAFDL Editora, 2019.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (PIDCP)**. 1966. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/D0592.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0592.htm). Acesso em: 25 jun. 2019.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). **Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica)**. 1969. Disponível em: [http://www.cidh.org/Basicos/Portugues/c.Convencao\\_Americana.htm](http://www.cidh.org/Basicos/Portugues/c.Convencao_Americana.htm). Acesso em: 25 jun. 2019.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH). **Caso Yatama vs. Nicarágua**. Sentença de 23 de jun. de 2005. Disponível em: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_127\\_por.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_127_por.pdf). Acesso em: 20 dez. 2019.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). **Sobre a OEA**. Disponível em: [http://www.oas.org/pt/sobre/quem\\_somos.asp](http://www.oas.org/pt/sobre/quem_somos.asp). Acesso em: 20 dez. 2019.

PARMEGGIANI, Tatiana Bruhn. **Cidadania da União Europeia no Processo de Europeização**: em defesa da cidadania pós-nacional. Belo Horizonte: Arraes Editora, 2020.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Ciudadanía y Definiciones**. 2002. Disponível em: <http://www.cervantesvirtual.com/research/ciudadana-y-definiciones-0/007a5d80-82b2-11df-acc7-002185ce6064.pdf>. Acesso em: 21 dez. 2019.

PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos Humanos**. 9. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Editora Saraiva, 2016.

POLETTI, Ronaldo. **Constituições Brasileiras**: 1934. vol. III. 3. ed. Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2015.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários à Constituição de 1946**. Tomo IV. 3. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1960.

PORTO, Walter Costa. **Constituições Brasileiras**: 1937. vol. IV. 3. ed. Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2015.

PORTUGAL. **Código Penal de 1982, Versão Consolidada Posterior a 1995**. Decreto-Lei n.º 400 de 23 de Setembro de 1982. Disponível em: [http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei\\_print\\_articulado.php?tabela=leis&nid=109&nversao=&tabela=leis](http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_print_articulado.php?tabela=leis&nid=109&nversao=&tabela=leis). Acesso em: 21 out. 2019.

PORTUGAL. [Constituição (1976)]. **Constituição Da República Portuguesa – VII Revisão Constitucional [2005]**. Disponível em: <https://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>. Acesso em: 21 out. 2019.

PRISON STUDIES. **WORLD PRISON BRIEF DATA**. Londres, 2019. Disponível em: <https://www.prisonstudies.org/>. Acesso em: 10 dez. 2019.

PROCON.ORG. **International Comparison of Felon Voting Laws**. Disponível em: <https://felonvoting.procon.org/view.resource.php?resourceID=000289>. Acesso em 20 dez. 2019.

REVERBEL, Carlos Eduardo Dieder. Os Tribunais Constitucionais e a Dignidade da Legislação. In: MARTINI, Sandra Regina; JAEGER JUNIOR, Augusto; REVERBEL, Carlos Eduardo Dieder (org.). **O Movimento do Saber: uma homenagem para Cláudia Lima Marques**. Porto Alegre: Gráfica e Editora RJR, 2017. p. 395-400.

REVERBEL, Carlos Eduardo Dieder. **Reforma Política e Eleições: retrospecto, diagnóstico e alternativas para o Brasil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

REVERBEL, Carlos Eduardo Dieder; CHEVTCHIK, Mellany. O Berço dos Direitos Sociais: cem anos da constituição mexicana e alemã. **Revista do TRE-RS**, Porto Alegre, RS, ano 24, n. 46, p. 52-76, jan./jun. 2019. Disponível em: [http://bibliotecadigital.tse.jus.br/xmlui/bitstream/handle/bdtse/5739/2019\\_rev\\_trers\\_a\\_24\\_n46.pdf?sequence=1#page=49](http://bibliotecadigital.tse.jus.br/xmlui/bitstream/handle/bdtse/5739/2019_rev_trers_a_24_n46.pdf?sequence=1#page=49). Acesso em: 20 nov. 2019.

RUBIO, David Sánchez. **Encantos e Desencantos dos Direitos Humanos: de emancipações, libertações e dominações**. Trad. de Ivone Fernandes, Helena Henkin. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2014.

SABOIA, Gilberto Vergne. O Brasil e o sistema internacional dos direitos humanos. **Textos do Brasil**, 1998.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal: parte geral**. 7. ed. rev. atual. ampl. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 12. ed. rev. atual. e ampl. 2. tir. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015a.

SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição e Proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais (RBCCRIM)**. São Paulo, n. 47, p. 60-122, mar./abr. 2004.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 9. ed. rev. atual. 2. tir. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Maquiavel, “O Príncipe” e a Formação do Estado Moderno**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang; NETO, Jayme Weingartner. **Constituição e Direito Penal: temas atuais e polêmicos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2016.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. ampl. São Paulo: Saraiva, 2015b.

SARMENTO, Daniel. **O Neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. Filosofia e teoria constitucional contemporânea**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 113-146, 2009.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 23<sup>a</sup>. ed., rev. e atualizada nos termos da Reforma Constitucional (até a Emenda constitucional n. 42, de 19.12.2003, publicada em 31.12.2003). São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2. ed. 2. tir. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

SILVA, Virgílio Afonso da. O Conteúdo Essencial dos Direitos Fundamentais e a Eficácia das Normas Constitucionais. **Revista de Direito do Estado**, v. 4, p. 23-51, 2006.

SOUZA JÚNIOR, Cezar Saldanha. **A Crise da Democracia no Brasil**: aspectos políticos. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

SOUZA JÚNIOR, Cezar Saldanha. **A Supremacia do Direito no Estado Democrático e Seus Modelos Básicos**. 2002. Tese para exame de livre-docência – Departamento de Direito do Estado, Faculdade de Direito de São Paulo, Universidade de São Paulo (USP), São Paulo, 2002<sup>a</sup>.

SOUZA JÚNIOR, Cezar Saldanha. **Consenso e Tipos de Estado no Ocidente**. Editora Sagra Luzzatto, 2002<sup>b</sup>.

SOUZA JÚNIOR, Cezar Saldanha; REVERBEL, Carlos Eduardo Dieder. **O Tribunal Constitucional Como Poder**. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

STRECK, Lenio Luiz. Bem Jurídico e Constituição: da proibição de excesso (Übermaßverbot) à proibição de proteção deficiente (Untermaßverbot) ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais. **Boletim da Faculdade de Direito Universidade de Coimbra**, v. 80, p. 303-345, 2004.

STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de Hermenêutica**: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do Direito. Belo Horizonte: Letramento, 2017.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 7. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.

STRECK, Lenio Luiz. **Lições de Crítica Hermenêutica do Direito**. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2016.

STRECK, Lenio Luiz. **O que é Isto**: o senso incomum?. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017.

STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luís Bolzan de. **Ciência Política e Teoria do Estado**. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2010.

UGGEN, Christopher; SHANNON, Sarah; MANZA, Jeff. **State-Level Estimates of Felon Disenfranchisement in the United States, 2010**. Washington, D. C.: The

Sentencing Project, 2012. Disponível em: <<http://www.sentencingproject.org/wp-content/uploads/2016/01/State-Level-Estimates-of-Felon-Disenfranchisement-in-the-United-States-2010.pdf>>. Acesso em 21 dez. 2019.

UNIÃO EUROPEIA (UE). **Directiva 94/80/CE do Conselho, de 19 de dezembro de 1994.** 1994. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=celex:31994L0080>. Acesso em: 26 dez. 2020.

UNITED STATES OF AMERICA (USA). The Library of Congress. **Gettysburg Address.** Disponível em: <http://www.loc.gov/exhibits/gettysburg-address/ext/trans-nicolay-inscribed.html>. Acesso em: 17 jul. 2019.

UNITED STATES OF AMERICA (USA). The U.S. National Archives and Records Administration. **The Constitution of the United States.** 1787/1788. Disponível em: <https://www.archives.gov/founding-docs/constitution>. Acesso em: 13 jun. 2019.

UNITED STATES OF AMERICA (USA). **The Virginia Declaration of Rights.** 1776. Disponível em: <https://www.archives.gov/founding-docs/virginia-declaration-of-rights>. Acesso em: 13 jun. 2019.

VOßKUHLE, Andreas. **Defesa do Estado Constitucional Democrático em Tempos de Populismo.** Tradução Peter Naumann. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

WEFFORT, Francisco C. (org.). **Os Clássicos da Política**, 1. vol. São Paulo: Editora Ática, 2005.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **A Questão Criminal.** Tradução Sérgio Lamarão. 1. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2013.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl et al. **Direito Penal Brasileiro:** primeiro volume – teoria geral do direito penal. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O Inimigo no Direito Penal.** Tradução de Sérgio Lamarrão. 3. ed. 3. reimp. Rio de Janeiro: Revan, 2015.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El Derecho Dúctil:** ley, derechos, justicia. Tradução de Marina Gascón. 7. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2007.

ZAVASCKI, Teori Albino. Direitos políticos: perda, suspensão e controle jurisdicional. **Revista de Informação Legislativa.** v. 31, 2014. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/176217/000487825.pdf?sequence=1>. Acesso em: 20 dez. 2019.

ZILIO, Rodrigo López. **Direito Eleitoral.** Porto Alegre: Verbo Jurídico, v. 1, 2016.

## ANEXO I – International Comparison of Felon Voting Laws<sup>640</sup>

|     |                | No Restriction<br>(felons can vote even while in prison)        | Selective Restriction<br>(some felons may be banned from voting while in prison)        | Complete Ban on Voting While in Prison<br>(felons can vote upon release from prison)        | Postrelease Restrictions<br>(felons are banned from voting even after release from prison)        |
|-----|----------------|---|---|---|---|
|     |                | 21 Countries  | 14 Countries  | 10 Countries  | 4 Countries   |
| 1.  | Argentina      |   |   | X   |   |
| 2.  | Armenia        |   |   |   | X   |
| 3.  | Australia      |   | X   |   |   |
| 4.  | Austria        | X   |   |   |   |
| 5.  | Belgium        |   | X   |   | X <sup>1</sup>  |
| 6.  | Bosnia         |   | X   |   |   |
| 7.  | Brazil         |   |   | X   |   |
| 8.  | Bulgaria       |   |   | X   |   |
| 9.  | Canada         | X   |   |   |   |
| 10. | Chile          |   |   |   | X   |
| 11. | Croatia        | X   |   |   |   |
| 12. | Czech Republic | X   |   |   |   |
| 13. | Denmark        | X   |   |   |   |
| 14. | Estonia        |   |   | X   |   |
| 15. | Finland        | X   |   |   |   |
| 16. | France         |   | X   |   |   |
| 17. | Germany        | X   | X <sup>2</sup>  |   |   |
| 18. | Greece         |   | X   |   |   |
| 19. | Hungary        |   |   | X   |   |
| 20. | Iceland        | X   | X <sup>3</sup>  |   |   |
| 21. | India          |   |   | X   |   |
| 22. | Ireland        | X   |   |   |   |
| 23. | Israel         | X   |   |   |   |
| 24. | Italy          |   | X   |   |   |
| 25. | Latvia         | X   |   |   |   |
| 26. | Lithuania      | X   |   |   |   |
| 27. | Luxembourg     |   | X   |   |   |
| 28. | Macedonia      | X   |   |   |   |
| 29. | Malta          |   | X   |   |   |
| 30. | New Zealand    |   |   | X   |   |
| 31. | Norway         | X   |   |   |   |
| 32. | Poland         |   | X   |   |   |
| 33. | Portugal       |   | X   |   |   |
| 34. | Romania        |   | X   |   |   |
| 35. | Russia         |   |   | X   |   |
| 36. | San Marino     |   |   | X   |   |
| 37. | Serbia         | X   |   |   |   |
| 38. | Slovenia       | X   |   |   |   |
| 39. | Spain          | X   |   |   |   |
| 40. | South Africa   | X   |   |   |   |
| 41. | Sweden         | X   |   |   |   |
| 42. | Switzerland    | X   |   |   |   |
| 43. | United States  |   | X <sup>4</sup>  |   | X <sup>4</sup>  |
| 44. | United Kingdom |   |   | X   |   |
| 45. | Ukraine        | X   |   |   |   |
|     |                | 21  | 14  | 10  | 4   |
|     |                | <b>No Restriction</b><br>(felons can vote even while in prison) | <b>Selective Restriction</b><br>(some felons may be banned from voting while in prison) | <b>Complete Ban on Voting While in Prison</b><br>(felons can vote upon release from prison) | <b>Postrelease Restrictions</b><br>(felons are banned from voting even after release from prison) |

<sup>640</sup> PROCON.ORG. **International Comparison of Felon Voting Laws**. Disponível em: <<https://felonvoting.procon.org/view.resource.php?resourceID=000289>>. Acesso em 20 dez. 2019.

- <sup>1</sup> Belgium bans felons from voting after release if sentence was over seven years.
  - <sup>2</sup> Germany bans felons from voting only in rare cases if ordered by the court.
  - <sup>3</sup> Iceland bans from voting those felons whose prison sentence is at least four years.
  - <sup>4</sup> The United States bans felons from voting in some states but not in others. Two states (Maine and Vermont) permit felons to vote while in prison. For a full listing of US state laws view our chart [State Felon Voting Laws](#).
- 

### Sources:

1. Brandon Rottinghaus, PhD, "Incarceration and Enfranchisement: International Practices, Impact, and Recommendations for Reform" (209KB)  [www.ifes.org](http://www.ifes.org), July 1, 2003 [Argentina, Armenia, Australia, Belgium, Brazil, Bulgaria, Canada, Chile, Croatia, Czech Republic, Denmark, Estonia, France, Greece, Hungary, India, Ireland, Israel, Italy, Lithuania, Macedonia, Malta, Romania, Russia, Serbia, Slovenia, South Africa, Sweden, Switzerland, United Kingdom, Ukraine]
2. American Civil Liberties Union (ACLU), "Out of Step with the World: An Analysis of Felony Disenfranchisement in the US and Other Democracies" (647KB)  [www.aclu.org](http://www.aclu.org), May 2006 [Austria, Bosnia, Finland, Luxembourg, Poland, Portugal]
3. *Electoral (Disqualification of Sentenced Prisoners) Amendment Act 2010* (214KB)  [legislation.govt.nz](http://legislation.govt.nz), Dec. 15, 2010 [New Zealand]
4. Isobel White, "Prisoners' Voting Rights" (290KB)  [www.parliament.uk](http://www.parliament.uk), Nov. 6, 2012 [Germany, Iceland, Latvia, Norway, San Marino, Spain]

**ANEXO II - Resolução nº 23.554 do TSE, de 18 de dezembro de 2017<sup>641</sup>****CAPÍTULO V – DA TRANSFERÊNCIA TEMPORÁRIA DE ELEITORES****Seção III – Do Voto do Preso Provisório e dos Adolescentes em Unidades de Internação**

Art. 42. Os juízes eleitorais, sob a coordenação dos tribunais regionais eleitorais, deverão disponibilizar seções eleitorais em estabelecimentos penais e em unidades de internação tratadas pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, a fim de que os presos provisórios e os adolescentes internados tenham assegurado o direito de voto.

Parágrafo único. Para efeito desta resolução, consideram-se:

I - presos provisórios: as pessoas recolhidas em estabelecimentos penais sem condenação criminal transitada em julgado;

II - adolescentes internados: os maiores de 16 (dezesseis) e menores de 21 (vinte e um) anos submetidos a medida socioeducativa de internação ou a internação provisória, nos termos da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, que dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente;

III - estabelecimentos penais: todas as instalações e os estabelecimentos onde haja presos provisórios;

IV - unidades de internação: todas as instalações e unidades onde haja adolescentes internados.

Art. 43. Os presos provisórios e os adolescentes internados que não possuírem inscrição eleitoral regular deverão, para votar, ser alistados ou ter a situação de sua inscrição regularizada até 9 de maio de 2018.

§ 1º As novas inscrições ficarão vinculadas à zona eleitoral cuja circunscrição abranja o estabelecimento em que se encontram os presos provisórios e os adolescentes internados.

---

<sup>641</sup> BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral (TSE). **Resolução nº 23.554, de 18 de dezembro de 2017**. Dispõe sobre os atos preparatórios para as Eleições 2018. Capítulo V: da transferência temporária de eleitores. Seção III: Do Voto do Preso Provisório e dos Adolescentes em Unidades de Internação. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/legislacao-tse/res/2017/RES235542017.html>>. Acesso em 20 dez. 2019.

§ 2º Os serviços eleitorais mencionados no caput serão realizados nos estabelecimentos em que se encontram os presos provisórios e os adolescentes internados, por meio de procedimentos operacionais e de segurança adequados à realidade de cada local, definidos em comum acordo entre o juiz eleitoral e os administradores dos referidos estabelecimentos.

Art. 44. A seção eleitoral destinada exclusivamente à recepção do voto nos estabelecimentos penais e nas unidades de internação de adolescentes deverá conter no mínimo 20 (vinte) eleitores aptos a votar.

§ 1º Quando o número de eleitores não atingir o mínimo previsto no caput, os tribunais regionais eleitorais deverão avaliar a possibilidade de agregação da seção para um local mais próximo, a fim de viabilizar o exercício do voto dos mesários e funcionários do estabelecimento eventualmente transferidos para essa seção eleitoral.

§ 2º Os tribunais regionais eleitorais deverão definir a forma de recebimento de justificativa eleitoral nos estabelecimentos penais e nas unidades de internação de adolescentes.

Art. 45. A transferência de eleitores para as seções instaladas na forma do art. 34 poderá ser feita no período de 17 de julho a 23 de agosto de 2018.

§ 1º A opção de transferência para as seções poderá ser efetuada mediante formulário, com a manifestação de vontade do eleitor e sua assinatura.

§ 2º Os administradores dos estabelecimentos penais e das unidades de internação encaminharão aos cartórios eleitorais, até a data estabelecida no termo de cooperação mencionado no art. 49 desta resolução, a relação atualizada dos eleitores que manifestaram interesse na transferência, acompanhada dos respectivos formulários e de cópias dos documentos de identificação com foto.

§ 3º O eleitor habilitado a votar na seção eleitoral instalada em estabelecimento penal e em unidade de internação de adolescentes estará impedido de votar na sua seção eleitoral de origem.

§ 4º O eleitor habilitado nos termos deste artigo, se posto em liberdade, poderá, até o dia 23 de agosto de 2018, cancelar a habilitação para votar na referida seção, com reversão à seção de origem.

§ 5º Os eleitores submetidos a medidas cautelares alternativas à prisão, atendidas as condições estabelecidas no deferimento da medida, ou que obtiverem a

liberdade em data posterior a 23 de agosto de 2018, poderão, observadas as regras de segurança pertinentes:

I - votar na seção em que foram inscritos no estabelecimento; ou

II - apresentar justificativa na forma da lei.

§ 6º A Justiça Eleitoral deverá comunicar, com antecedência mínima de 15 (quinze) dias, as datas definidas neste artigo aos partidos políticos, à Defensoria Pública, ao Ministério Público, à Seccional da Ordem dos Advogados do Brasil, às secretarias e aos órgãos responsáveis pela administração do sistema prisional e pelo sistema socioeducativo nos Estados e no Distrito Federal, assim como à autoridade judicial responsável pela correição dos estabelecimentos penais e de internação.

Art. 46. As mesas receptoras de votos e de justificativa deverão funcionar em locais previamente definidos pelos administradores dos estabelecimentos penais e das unidades de internação de adolescentes.

Art. 47. Os membros nomeados para compor as mesas receptoras nos estabelecimentos penais e nas unidades de internação de adolescentes, bem como os agentes penitenciários e os demais servidores dos referidos estabelecimentos, poderão, até o dia 23 de agosto de 2018, requerer a transferência de seu local de votação para a seção eleitoral na qual atuarão.

Art. 48. O Tribunal Superior Eleitoral poderá firmar parcerias com o Conselho Nacional de Justiça, o Conselho Nacional do Ministério Público, o Departamento Penitenciário Nacional, o Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, o Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente, a Defensoria Pública da União, a Secretaria Especial dos Direitos Humanos, o Conselho Nacional dos Direitos Humanos e o Conselho Nacional de Secretários de Justiça, Cidadania, Direitos Humanos e Administração Penitenciária, sem prejuízo de outras entidades, para o encaminhamento de ações conjuntas que possam assegurar o efetivo cumprimento dos objetivos desta seção.

Art. 49. Os tribunais regionais eleitorais deverão firmar, até 12 de março de 2018, termo de cooperação técnica com o Ministério Público, a Defensoria Pública, a Seccional da Ordem dos Advogados do Brasil e as secretarias e órgãos responsáveis pela administração do sistema prisional e pelo sistema socioeducativo da infância e da juventude nos Estados e no Distrito Federal, sem prejuízo de outras entidades que possam cooperar com as atividades eleitorais objeto dos artigos desta seção.

Parágrafo único. Os termos de cooperação técnica deverão contemplar, pelo menos, os seguintes tópicos:

I - indicação dos locais em que se pretende instalar as seções eleitorais, com o nome do estabelecimento, endereço, telefone e contatos do administrador, a quantidade de presos provisórios ou de adolescentes internados, e as condições de segurança e lotação do estabelecimento;

II - promoção de campanhas informativas com vistas a orientar os presos provisórios e os adolescentes internados quanto à obtenção de documentos de identificação e à opção de voto nas seções eleitorais instaladas nos estabelecimentos;

III - previsão de fornecimento de documentos de identificação aos presos provisórios e aos adolescentes internados que manifestarem interesse em votar nas seções eleitorais;

IV - garantia da segurança e da integridade física dos servidores da Justiça Eleitoral nos procedimentos de alistamento de que trata o § 2º do art. 43 e de instalação das seções eleitorais;

V - garantia do funcionamento das seções eleitorais;

VI - sistemática a ser observada na nomeação dos mesários;

VII - previsão de não deslocamento, para outros estabelecimentos, de presos provisórios e de adolescentes internados cadastrados para votar nas respectivas seções eleitorais, salvo por força maior ou deliberação da autoridade judicial competente.

Art. 50. Compete à Justiça Eleitoral:

I - criar, até o dia 16 de julho de 2018, no Cadastro Eleitoral, os locais de votação em estabelecimentos penais e unidades de internação de adolescentes;

II - nomear, até o dia 28 de agosto de 2018, os membros das mesas receptoras de votos e de justificativas com base no estabelecido no acordo de que trata o art. 49;

III - promover a capacitação dos mesários;

IV - fornecer a urna e o material necessário à instalação da seção eleitoral;

V - viabilizar a justificativa de ausência à votação nos estabelecimentos objeto desta seção, observados os requisitos legais;

VI - comunicar às autoridades competentes as condições necessárias para garantir o regular exercício da votação.

Art. 51. Fica impedido de votar o preso que, no dia da eleição, tiver contra si sentença penal condenatória com trânsito em julgado.

Parágrafo único. Na hipótese prevista no caput, os juízos criminais deverão comunicar o trânsito em julgado à Justiça Eleitoral para que seja consignado no Caderno de Votação da respectiva seção eleitoral o impedimento ao exercício do voto do eleitor definitivamente condenado.

Art. 52. Nas seções eleitorais de que trata esta seção, será permitida a presença dos candidatos, na qualidade de fiscais natos, e de um fiscal de cada partido político ou coligação.

§ 1º O ingresso dos candidatos e dos fiscais nas seções eleitorais depende da observância das normas de segurança do estabelecimento penal ou da unidade de internação de adolescentes.

§ 2º A presença dos fiscais, por motivo de segurança, ficará condicionada, excepcionalmente, ao credenciamento prévio no cartório eleitoral.

Art. 53. A listagem dos candidatos deverá ser fornecida à autoridade responsável pelo estabelecimento penal e pela unidade de internação de adolescentes, que deverá providenciar a sua afixação nas salas destinadas às seções eleitorais para o exercício do voto pelos presos provisórios ou adolescentes internados.

Art. 54. Compete ao juiz eleitoral definir com a direção dos estabelecimentos penais e das unidades de internação de adolescentes a forma de veiculação de propaganda eleitoral entre os eleitores ali recolhidos, observadas as recomendações da autoridade judicial responsável pela correição dos referidos estabelecimentos e unidades.