



A AUSÊNCIA DE DIREITOS POLÍTICOS DA POPULAÇÃO PENITENCIÁRIA EM UMA ANÁLISE COMPARADA

Luiz Guilherme Arcaro Conci
Júlia Teixeira Rodrigues

RESUMO

O artigo tem por objetivo principal definir o tratamento dado aos direitos políticos de fragmento da população penitenciária, que diz respeito àqueles presos definitivamente, em decorrência de condenação penal transitada em julgado. Para tanto serão utilizados conceitos jurídicos da jurisprudência, tanto brasileira quanto internacional. Como objetivo secundário, se propõe um questionamento acerca das consequências das previsões legais mapeadas, através de uma análise da sua convencionalidade e constitucionalidade.

Palavras-Chave: Direito Constitucional, Direitos Políticos, população penitenciária

- Professor da Faculdade de Direito e Coord. do Curso de Especialização em Direito Constitucional da Pontifícia Univ. Católica de São Paulo (PUC-SP); Professor do PEPG em Direito (Mestrado e Doutorado) e do PEPG em Governança Global e Políticas Públicas Internacionais da PUC-SP (Mestrado Profissional); Mestre e Doutor em Direito pela PUC-SP; Livre-Docente em Direito pela PUC-SP. Estágio Pós-Doutoral no Instituto de Direito Parlamentar da Universidad Complutense de Madri. Foi professor visitante contratado nas universidades de Bolonha, Turim, Messina, Medelin, Perugia e Talca. Professor Titular de Teoria do Estado da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo - Autarquia Municipal.
- Advogada. Graduada pela Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP) e em Filosofia pela Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo (FFLCH-USP). Mestre em Direito Constitucional também pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Mestranda na Law School da Stanford University na área de Direito Internacional, com conclusão prevista para junho de 2024. Autora de capítulos de livros e artigos jurídicos.

1 INTRODUÇÃO

Liberdade é um conceito complexo e multifacetado, que já foi abordado, de uma maneira ou de outra, por muitos pensadores que se propõe a produzir conteúdo filosófico. Atualmente, adiciona-se a dificuldade de repensar o que significa ser livre em um mundo desconstruído pelos rápidos avanços tecnológicos.

Dentro deste recorte, uma das facetas da expressão da liberdade que foi inegavelmente impactada pelo desenvolvimento de tecnologias modernas é a liberdade política. O desafio da década parece ter se consolidado como a tarefa de reaprender a fazer política em um cenário no qual a manipulação de eleitores ganhou outro patamar, com o advento das redes sociais (CHEN, 2018; COMMON, 2018).

Em meio a esse complicado cenário, o principal objetivo do presente trabalho é abordar o tema dos direitos políticos com enfoque para o tratamento dado a um fragmento da população penitenciária, que diz respeito àqueles presos definitivamente, em decorrência de condenação penal transitada em julgado e se encontram impedidos de exercer seus direitos políticos. Portanto, o presente artigo não se propõe a analisar a situação dos presos provisórios, cuja situação envolve outros desafios no que toca ao exercício dos direitos políticos (FERREIRA, 2020).

O presente artigo se dedicará, em um primeiro momento, a uma breve análise do que seriam de fato direitos políticos, passando inclusive por uma retrospectiva histórica. Isto para que, em um segundo momento, possa ser definido o tratamento jurídico dos Direitos Políticos da população penitenciária no Brasil, com base na legislação vigente e passada.

Também foi feita uma análise da questão do ponto de vista de direito estrangeiro e internacional, utilizando-se casos de cortes internacionais, com enfoque em decisões da Corte Europeia de Direitos Humanos e Corte Interamericana de Direitos Humanos, além de comentários acerca da legislação de outros países sobre o tema

A inclusão do ponto de vista internacional também foi de extrema importância para viabilizar uma análise voltada para a inconveniência - além de inconstitucionalidade - das previsões em comento. Assim, este artigo também se dedica a analisar as potenciais inconstitucionalidades ou inconveniências na legislação que suspende os direitos políticos da população penitenciária, principalmente de um ponto de vista de Direitos Humanos.

Dada a complexidade e multidisciplinariedade dos questionamentos acerca da potencial inconstitucionalidade e/ou inconveniência, o presente trabalho não se propõe a apresentar soluções peremptórias e imutáveis, mas sim a provocar a reflexão sobre tais temas, especialmente tendo em vista sua relevância social.

Ao final, é proposta uma provocação relacionada às possíveis consequências sociais da ausência de direitos políticos.

2 CONSIDERAÇÕES INICIAIS – DEFININDO OS DIREITOS POLÍTICOS

Os direitos políticos são uma classe de direitos fundamentais que surgiu para assegurar que haja um controle da atuação governamental, através da capacidade de participação política dos cidadãos. São mais bem definidos como direitos de participação política.

Nesse sentido, cabe discriminar um pouco melhor o que seria participação política. Para Bobbio, Matteucci e Pasquino:

A primeira forma, que poderíamos designar com o termo presença, é a forma menos intensa e mais marginal de Participação política; trata-se de comportamentos essencialmente receptivos, ou passivos, como a presença em reuniões, a exposição voluntária a mensagens políticas, etc., situações em que o indivíduo não põe qualquer contribuição pessoal. A segunda forma poderíamos designá-la com o termo ativação: aqui o sujeito desenvolve, dentro ou fora de uma organização política, uma série de atividades que lhe foram confiadas por delegação permanente, de que é incumbido de vez em quando, ou que ele mesmo pode promover. Isto acontece quando se faz obra de proselitismo, quando há um envolvimento em campanhas eleitorais, quando se difunde a imprensa do partido, quando se participa em manifestação de protesto, etc. O termo participação, tomado em sentido estrito, poderia ser reservado, finalmente, para situações em que o indivíduo contribui direta ou indiretamente para uma decisão política. Esta contribuição, ao menos no que respeita a maior parte dos cidadãos, só poderá se dar de forma direta em contextos políticos muito restritos; na maioria dos casos a escolha é indireta e se expressa na escolha do pessoal dirigente, isto é, do pessoal investido de poder por certo período de tempo para analisar alternativas e tomar decisões que vinculem toda a sociedade. (BOBBIO; MATTEUCCI; PASQUINO, 1998).

Para os fins deste artigo, trataremos Participação Política em seu sentido estrito, ou seja, por meio da escolha, mediante sufrágio, de representantes políticos.

Importante também estabelecer uma distinção entre sufrágio e voto.

Nas palavras de José Afonso da Silva, com relação à Constituição de 1988: “(...) as palavras sufrágio e voto são empregadas comumente como sinônimos. A Constituição, no entanto, dá-lhes sentidos diferentes, especialmente, no seu artigo 14, por onde se vê que o sufrágio é universal e o voto é direto e secreto e tem valor igual. A palavra voto é empregada em outros dispositivos, exprimindo a vontade num processo decisório. Escrutínio é outro termo com que se confundem as palavras sufrágio e voto. É que os três se inserem no processo de participação do povo no governo, expressando: um, o direito (sufrágio), outro, o seu exercício (o voto), e o outro, o modo de exercício (o escrutínio).” (SILVA, 1998).

O sufrágio representa tanto a capacidade de votar, quanto a de ser votado. No entanto, sempre que tratarmos da capacidade para exercer Direitos Políticos pela população penitenciária, se remeterá especificamente a capacidade de votar, devido à incompatibilidade de exercer um cargo político para as pessoas nessa situação, estabelecida em decisões como AP 396-QO , RE 225.019 e RE 179.502-SP.

Importante ressaltar que os direitos políticos, de maneira geral, encontram-se compreendidos dentre os requisitos para preenchimento dos patamares mínimos de dignidade

e, justamente por isso, suscitaram previsão na Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948. Apesar de há muito terem sido previstos e pacificados, a quase-universalização desses direitos é fato recente na história das sociedades modernas (BOBBIO; MATTEUCCI; PASQUINO, 1998: 889).

Fato esse que é ainda mais chocante devido à grande relevância das garantias relacionadas a tais direitos. Não pode haver plenitude dos direitos civis e sociais na ausência dos direitos políticos, o que suscita o questionamento se a falta de direitos políticos da população penitenciária não significaria uma inviabilidade da garantia plena de direitos civis e sociais de toda essa parcela da população. Trata-se de questionamento de extrema relevância e que será trabalhado ao longo deste artigo.

3 HISTÓRICO DOS DIREITOS POLÍTICOS NO BRASIL

As atuais previsões constitucionais acerca dos Direitos Políticos são resultado de uma evolução histórico-constitucional. Analisar essa evolução é imprescindível para que se possa retirar quaisquer conclusões acerca da validade do atual sistema. Nas palavras de Vera Chaia:

Portanto, será por meio de eleições que a autoridade escolhida pelo voto popular poderá agir em nome de outros e que sua representação será legitimada. Daí a importância de conhecermos a história da extensão do voto no Brasil, pois ela representa a busca no aprimoramento da representação política e a ampliação do significado da participação (CHAIA, 2010).

O começo da história dos Direitos Políticos no Brasil foi marcado por uma “democracia de fachada”, onde poucos realmente conseguiam votar, sendo que estes na realidade não tinham plena liberdade para exercer esse privilégio:

Durante o Império, logo após a Proclamação da Independência do Brasil em relação a Portugal, em 1822, é que poderemos deparar com o processo eleitoral, que consistia no seguinte: o voto era a descoberto e oral, como maneira de controlá-lo. Os analfabetos possuíam o direito ao voto, e eles constituíam a grande maioria da população brasileira daquele período (70% a 80%). A eleição era feita em dois momentos: primeiro havia a escolha dos eleitores que participariam da votação e, num segundo momento, escolhiam-se os eleitos propriamente ditos. O imperador escolhia os senadores a partir de uma lista tríplice. Eram considerados eleitores somente os indivíduos do sexo masculino, maiores de 25 anos e que tivessem uma renda líquida anual de 100 mil réis. Os eleitores do 2º escrutínio teriam de ter todos esses requisitos, mais uma renda de 200 mil réis (CHAIA, 2010).

Portanto, grande parte da população, composta de mulheres e indivíduos que não auferissem renda suficiente, eram excluídos completamente do processo, sendo que aqueles que de fato podiam participar, tinham de fazê-lo de maneira pública e oral e, portanto, passível de controle e constrangimento.

Posteriormente, em 1881, foi introduzida no ordenamento a Lei do Censo (também conhecida como Lei Saraiva - Decreto nº 3.029, de 9 de janeiro de 1881), que estabeleceu o voto direto em seu art. 1º, abolindo o sistema de escolha indireta que vinha sendo praticado desde 1821.

Entretanto, apesar de a mencionada Lei introduzir o voto direto (importante conquista no sentido de garantir uma democracia participativa), impossível não perceber o retrocesso em restringir a possibilidade de voto apenas àqueles que possuíssem renda superior a vinte mil réis (Art. 2º E' eleitor todo cidadão brasileiro, nos termos dos arts. 6º, 91 e 92 da Constituição do Imperio, que tiver renda líquida annual não inferior a 200\$ por bens de raiz, industria, commercio ou emprego).

A mudança subsequente veio com a Constituição de 1891, promulgada no contexto de alteração da forma de governo brasileiro, que passou de monarquia a república. Mencionado diploma, apesar de ter extinguido a imposição de renda mínima para exercício do voto, manteve a exclusão de diversas categorias de sociedade, como as mulheres, a população de rua e os analfabetos (art. 70, Constituição de 1891). Essa Carta, importante mencionar, já contava com a previsão de suspensão de direitos políticos por condenação criminal (art. 70, Constituição de 1891).

A Constituição de 1934, por sua vez, veio para introduzir ainda mais avanços do ponto de vista da garantia do direito ao voto: foram incluídos no rol dos votantes as mulheres, que já haviam adquirido tal direito como o Código Eleitoral de 1932 (Decreto no. 21.076/1932), e foi estabelecido o voto obrigatório e secreto. Apesar disso, os analfabetos e a população de rua foram novamente excluídos dessa modalidade de participação política (art. 108, Constituição de 1934).

Além disso, também foi mantida a suspensão dos direitos por condenação criminal, dessa vez melhor discriminados como somente direitos políticos (art. 110, Constituição de 1934). A mudança representa um avanço em relação à Constituição anterior, que suspendia indeterminadamente os direitos dos prisioneiros. Pontes de Miranda teceu interessante consideração a respeito:

A Constituição de 1934 evitou a grave confusão, em que a Constituição de 1891 incorreta, e considerar suspensão, perda e reaquisição de direitos de cidadão brasileiro casos que só se referiam a direitos políticos. Não distinguia ela a nacionalidade e capacidade política. A Constituição de 1891 falava em suspensão por incapacidade física ou moral, que não compreendia bem, nem nunca se compreendeu (MIRANDA, 1960).

A Constituição em questão nasceu durante a vigência do Código Eleitoral de 1932, que também criou a Justiça Eleitoral, em uma tentativa de acabar com o controle do processo eleitoral pela política local.

No entanto, com o Estado Novo ocorreu uma estagnação da evolução da história política no Brasil. Toda participação política foi extinta e o governo de Getúlio Vargas passou a determinar o preenchimento dos cargos políticos de maneira autoritária.

Em 1945, com a queda de Getúlio Vargas e o processo de redemocratização, essa estagnação teve fim: a Carta de 1946 revogou a antiga exclusão da população de rua da participação política, a despeito de ainda ter mantido tanto a exclusão dos analfabetos (art. 132, Constituição de 1946), quanto a antiga previsão de suspensão dos direitos políticos daqueles com condenação criminal (art. 135, Constituição de 1946).

Em 1964 ocorre mais uma vez uma interrupção do processo evolutivo dos direitos políticos no Brasil com o regime autoritário da Ditadura Militar. A partir de 1970 começa um processo de redemocratização que culmina, em 1988, com a Constituição Cidadã:

A ordem constitucional inaugurada em 5 de outubro de 1988 estabeleceu um patamar de direitos políticos até então absolutamente inédito. Hoje, os brasileiros dispõem não apenas do direito a votar nos seus dirigentes, como lhes é também assegurada a participação política em mecanismos decisórios típicos da democracia direta, como o plebiscito e o referendo. Além disso, a Carta democrática contempla a possibilidade de iniciativa popular de proposição legislativa, pela qual os cidadãos podem propor ao Congresso Nacional projeto de lei sobre diversos temas, inclusive quanto ao processo político (SIMON, 2008: 4).

Desde una perspectiva de ejercicio efectivo de la democracia, estos valores se expresan como garantía de la soberanía popular, por medio del sufragio universal y del voto directo y secreto, con valor igual para todos, como dispuesto en el artículo art. 14, caput, de la Constitución brasileña. Son estos requisitos esenciales para el desarrollo de elecciones imparciales y sin ninguna especie de coacción, preservando el derecho de cada ciudadano de elegir libremente a su candidato y expresar sus opiniones políticas, sin exclusiones por sexo, religión, raza, ingresos, etc. (FIGUEIREDO, 2009: 152-204).

Curioso notar que mesmo a Carta de 1988 também manteve a suspensão dos direitos políticos nos casos de condenação criminal:

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;

Dito isto, passa-se a análise de tal fenômeno do ponto de vista do cenário internacional, de forma a identificar similaridades e divergência com o atual sistema brasileiro.

4 CONTEXTO INTERNACIONAL E ESTRANGEIRO ACERCA DESSES TEMAS

Previsões desse tipo não são exclusividade do contexto brasileiro. Na Argentina os presos também estão impedidos de votar, de acordo com o artigo 19.2. do Código Penal

Nacional: “A inabilitação absoluta importa: 2º. A privação do direito eleitoral” (tradução livre. Original em espanhol: La inhabilitación absoluta importa: 2º. La privación del derecho electoral); e 3. e), do Código Eleitoral Nacional: “Quem está excluído. Estão excluídos do registro eleitoral: e) Os condenados por delitos dolosos a pena privativa de liberdade, e, por sentença executória, pelo prazo da condenação” (tradução livre. Original em espanhol: Quiénes están excluidos. Están excluidos del padrón electoral: e) Los condenados por delitos dolosos a pena privativa de la libertad, y, por sentencia ejecutoriada, por el término de la condena).

O mesmo ocorre na Guatemala, onde o Código Penal prevê, em seu artigo 59, que: “A pena de prisão traz consigo a suspensão dos direitos políticos, durante o tempo da condenação, ainda que esta seja comutada, a não ser quando obtida sua reabilitação” (tradução livre. Original em espanhol: La pena de prisión lleva consigo la suspensión de los derechos políticos, durante el tiempo de la condena, aunque ésta se conmute, salvo que obtenga su rehabilitación).

Na Nicarágua, também há previsão constitucional para essa suspensão, com o adicional que também foram englobados os interditados civilmente: “art. 47.- (...) Os direitos de cidadão se suspendem por imposição de pena corporal grave ou penas acessórias específicas, e por sentença executória de interdição civil” (tradução livre. Original em espanhol: arto. 47.- (...) Los derechos ciudadanos se suspenden por imposición de pena corporal grave o penas accesorias específicas, y por sentencia ejecutoriada de interdicción civil).

Na Ásia, encontramos situação parecida na Índia, cujo “Representation of the People Act”, de 1951, prevê em seu artigo 62(5), que os presos em qualquer caráter, menos os presos preventivos, não poderão votar nas eleições:

Ninguém poderá votar em eleições caso esteja confinado em prisão, quer sob sentença de restrição de liberdade, transporte ou qualquer outra, ou caso esteja sob custódia legal da polícia: contanto que nada previsto nesta subseção se aplicará para pessoas em detenção preventiva sob qualquer lei vigente atualmente (tradução livre. Original em inglês: No person shall vote at any election if he is confined in a prison, whether under a sentence of imprisonment or transportation or otherwise, or is in the lawful custody of the police: Provided that nothing in this sub-section shall apply to a person subjected to preventive detention under any law for the time being in force).

Também podem ser encontradas previsões ainda mais rigorosas nos ordenamentos da América Latina. Em El Salvador, ocorre a suspensão de todos os direitos do cidadão, previstos no artigo 72, da Constituição, nos casos de auto de prisão formal, sendo que esses direitos são perdidos com a condenação, de acordo com os artigos 73 e 74 da Constituição, que somente poderão ser recuperados com reabilitação declarada pela autoridade competente.

No Chile, de forma ainda mais agravada, a simples acusação já implica na suspensão do direito de sufrágio, como estabelece o artigo 16 da Constituição, que prevê que: “O direito de sufrágio se suspende: 2º.- Por estar a pessoa acusada de delito que implique em pena de privação de liberdade ou por delito que a lei qualifique como conduta terrorista” (tradução

livre. Original em espanhol: El derecho de sufragio se suspende: 2º.- Por hallarse la persona acusada por delito que merezca pena aflictiva o por delito que la ley califique como conducta terrorista).

Na America Latina também podem ser encontrados exemplos mais inclusivos no que toca ao direito de voto de detentos. Na Colômbia o direito de voto da população penitenciária foi previsto para garantir o sufrágio universal e está consubstanciado no artigo 57 da Lei 65 de 1993:

Artigo 57. VOTO DOS DETENTOS. – Os detentos privados da liberdade, se reunirem os requisitos previstos em lei, poderão exercer o direito ao sufrágio em seus respectivos centros de reclusão. O Registro Nacional do Estado Civil facilitará os meios para exercício desse direito. Se proíbe o proselitismo político no interior das penitenciárias e cadeias, tanto de terceiros quanto dos próprios detentos (tradução livre. Original em espanhol: Artículo 57. VOTO DE LOS DETENIDOS. – Los detenidos privados de la libertad si reúnen los requisitos de ley podrán ejercer el derecho al sufragio en sus respectivos centros de reclusión. La Registraduría Nacional del Estado Civil facilitará los medios para el ejercicio de este derecho. Se prohíbe el proselitismo político al interior de las penitenciarias y cárceles, tanto de extraños como de los mismos internos).

O assunto foi, inclusive, tema de decisão da corte constitucional do país (Ref: Expediente T-35144. Actor: SONIA EUCARIS BOTERO RAMIREZ. Magistrado Ponente: Dr. EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ), que estabeleceu que as condições para que os detentos exerçam participação política devem ser garantidas pelo Estado, que não pode usar como justificativa para não assegurar esse direito, por exemplo, o fato de haver poucos votantes em determinada penitenciária.

Nos países europeus em geral há uma tendência para admitir um espectro de votantes cada vez mais amplo. Isso se deve em grande parte ao fato de a maioria dos Estados europeus serem signatários da Convenção Europeia de Direitos Humanos, respeitando, portanto, as decisões da Corte relacionada, que considerou, conforme se tratará mais a fundo a seguir, que regras gerais que impeçam a participação política são uma violação dos direitos humanos.

Apesar disso, no Reino Unido, região que suscitou discussão sobre o assunto na Corte Europeia de Direitos Humanos, ainda persistem as proibições para encarcerados votarem, de acordo com a “section 3 of the Representation of the People Act”. Apesar do debate em torno desta questão ter sido reavivado algumas vezes nos últimos quinze anos, a verdade é que, até o momento, a mencionada exclusão permanece plenamente em efeito (JOHNSTON, 2020).

Na Espanha, por outro lado, todos aqueles que estejam presos e cuja condenação não especifique suspensão dos direitos políticos podem votar, e deverão fazê-lo pelo correio, com base no artigo 25 da Constituição espanhola.

Por outro lado, na Alemanha, a lei apenas permite suspensão dos direitos políticos por ordem judicial (art. 45 do Código Penal alemão). Na França, a população penitenciária há alguns anos passou a poder, inclusive, votar nas eleições para a União Europeia (ROBERT, 2019).

Em suma, existe muita variação entre os países acerca do tema, apesar de estar mais pacificado nos Tribunais de Direitos Humanos, conforme se analisará ainda nesse artigo.

5 INCONSTITUCIONALIDADE OU INCONVENCIONALIDADE?

Inicialmente se fará uma análise da validade da suspensão dos direitos políticos da população penitenciária de um ponto de vista internacional, analisando sua convencionalidade, para posteriormente determinar se além disso a suspensão também é inconstitucional, não só pelo fato do Brasil ser signatário de tratados como a Convenção Interamericana de Direitos Humanos, mas também de um ponto de vista do direito interno puro:

O relacionamento entre o direito interno dos estados nacionais partes do SIDH com o direito regional passa, recentemente, por um processo de coordenação, que exige instrumentos hábeis para estabelecer esse contato. O controle de convencionalidade vem se tornando esse meio de contato, tendo como paradigma o direito internacional dos direitos humanos produzido no continente (CONCI, 2012).

No plano do direito nacional a constitucionalidade de uma norma é determinada de maneira hierárquica:

O paradigma desse controle se consubstancia na lógica da hierarquia, é dizer, a partir de um sistema jurídico supra infra ordenado desde a Constituição, em que a condição de validade das normas de hierarquia inferior, seja no plano material, seja no plano formal, depende de uma relação de ordenação com as de hierarquia superior. O descompasso com essa relação de supra infra ordenação leva ao fenômeno de inconstitucionalidade, que tem no Poder Judiciário uma voz importante na organização do ordenamento jurídico nacional (CONCI, 2012).

Já no direito internacional a validade de uma norma é determinada pelo seu grau de protetividade, em homenagem ao objetivo maior e inicial do sistema internacional de proteger os direitos humanos:

Para o controle de convencionalidade, como se propõe, não importa serem os tratados internacionais superiores às leis ou às constituições, segundo uma perspectiva estrutural ou formal. Esse tema, inclusive, não altera em nada a construção de um modelo de jurisdição convencional hígido. A relação de validade se estabelece a partir de um critério material, de maior proteção, sendo a declaração de inconvencionalidade possível somente quando a proteção derivada do direito internacional dos direitos humanos seja mais efetiva ou estabeleça restrições menos profundas aos direitos humanos atingidos pelo ato interno. Como veremos, o que impõe a invalidação do ato nacional não é a mera contrariedade com um tratado internacional ou com a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Essa declaração de inconvencionalidade deriva, unicamente, da proteção menos efetiva ou de restrições mais salientes aos direitos humanos pelos atos internos. Caso isso não ocorra, a contrariedade não importa de inconvencionalidade (CONCI, 2012).

Não é de surpreender, portanto, duas Cortes Internacionais haverem se manifestado de maneira desfavorável à suspensão de direitos políticos. Enquanto no primeiro exemplo, envolvendo a Corte Europeia de Direitos Humanos, foi analisada especificamente a questão dos direitos políticos da população penitenciária, no segundo exemplo, que envolve decisão proferida pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, a análise, apesar de envolver também a suspensão de direitos políticos, teve enfoque na suspensão de direitos da população indígena.

O primeiro exemplo é da Corte Europeia de Direitos Humanos, que no caso *Hirst vs. United Kingdom* se manifestou de maneira a declarar suspensões generalizadas dos direitos políticos de presos como violadoras de direitos humanos, apesar de fazer uma ressalva que tal suspensão poderia ocorrer em casos específicos.

No caso em comento, o autor, John Hirst, que foi proibido, pelo seção 3 do Ato de Representação do Povo de 1983, de votar nas eleições parlamentares locais, iniciou procedimentos perante a Corte Europeia de acordo com a seção 4 do Ato de Direitos Humanos de 1998, buscando uma declaração que a previsão legal seria incompatível com a Convenção Europeia de Direitos Humanos.

A Corte Europeia de Direitos Humanos então, condenou o Reino Unido a pagar uma indenização ao Sr. John Hirst, que teve seu direito de sufrágio impedido, ao mesmo passo que considerou que a suspensão dos direitos políticos da população penitenciária de maneira indiscriminada e generalizada é contrária à Convenção Europeia de Direitos Humanos:

Uma restrição tão geral, automática e indiscriminada a um direito tão vitalmente importante da Convenção deve ser vista como fora do escopo de qualquer margem aceitável de apreciação, não importa quão larga tal margem seja, e como incompatível com o Artigo 3 do Protocolo nº 1 (tradução livre. Original em inglês: Such a general, automatic and indiscriminate restriction on a vitally important Convention right must be seen as falling outside any acceptable margin of appreciation, however wide that margin might be, and as being incompatible with Article 3 of Protocol No. 1) – UNIÃO EUROPÉIA. CORTE EUROPÉIA DE DIREITOS HUMANOS. CASE OF HIRST v. THE UNITED KINGDOM (No. 2). Grand Chamber (Application no. 74025/01). STRASBOURG, 6 de outubro de 2005.

Para a Corte, não há motivos para suspender os direitos políticos dessas pessoas, sendo que elas continuam a gozar de todos os direitos fundamentais protegidos pela Convenção:

Não há fundamento prático para negar o direito de voto aos prisioneiros (presos em prisão preventiva votam) e presos em geral continuam a gozar dos direitos fundamentais garantidos pela Convenção, exceto pelo direito à liberdade. Com relação ao direito ao voto, não há espaço na Convenção para a antiga ideia de “morte cívica” que se encontra por trás da proibição de prisioneiros condenados votarem (tradução livre. Original em inglês: There are no practical grounds for denying prisoners the right to vote (remand prisoners do vote) and prisoners in general continue to enjoy the fundamental rights guaranteed by the Convention, except for the right to liberty. As to the right to vote, there is no room in the Convention for the

old idea of “civic death” that lies behind the ban on convicted prisoners’ voting). - UNIÃO EUROPÉIA. CORTE EUROPÉIA DE DIREITOS HUMANOS. CASE OF HIRST v. THE UNITED KINGDOM (No. 2). Grand Chamber (Application no. 74025/01). STRASBOURG, 6 de outubro de 2005.

O julgamento em questão foi seguido de uma série de outros com o mesmo teor, que, com algumas variações, receberam as mesmas determinações e resultaram em diversas condenações para o Reino Unido perante essa Corte. A Corte Europeia de Direitos Humanos elaborou, inclusive, uma compilação dos casos com o mesmo teor analisados (http://www.echr.coe.int/Documents/FS_Prisoners_vote_ENG.pdf).

O segundo exemplo, da Corte Interamericana de Direitos Humanos, envolveu o julgamento de questão relativa aos direitos políticos de população indígena, que havia sido impedida de participar plenamente em eleições. No caso em questão, a CIDH proferiu o seguinte comando:

A Corte entende que, de acordo com os artigos 23, 24, 1.1 e 2 da Convenção, o Estado tem a obrigação de garantir o gozo dos direitos políticos, o que implica que a regulação do exercício de tais direitos e sua aplicação sejam de acordo com o princípio da igualdade e não discriminação, e deve adotar as medidas necessárias para seu pleno exercício. Tal obrigação de garantir não se cumpre com a simples expedição de normativa que reconheça formalmente tais direitos, mas também requer que o Estado adote todas as medidas para garantir seu pleno exercício, considerando a situação de debilidade ou desvantagem em que se encontram os integrantes de certos grupos sociais (tradução livre. Original em espanhol: La Corte entiende que, de conformidad con los artículos 23, 24, 1.1 y 2 de la Convención, el Estado tiene la obligación de garantizar el goce de los derechos políticos, lo cual implica que la regulación del ejercicio de dichos derechos y su aplicación sean acordes al principio de igualdad y no discriminación, y debe adoptar las medidas necesarias para garantizar su pleno ejercicio. Dicha obligación de garantizar no se cumple con la sola expedición de normativa que reconozca formalmente dichos derechos, sino requiere que el Estado adopte las medidas necesarias para garantizar su pleno ejercicio, considerando la situación de debilidad o desvalimiento en que se encuentran los integrantes de ciertos sectores o grupos sociales) - CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Yatama vs. Nicaragua. Sentença de 23 de junho de 2005. § 201.

No caso analisado, a Corte Interamericana de Direitos Humanos concluiu que as estipulações locais com relação à participação política da população indígena não atingiam o patamar de proteção conferido pela Convenção Interamericana de Direitos Humanos, sendo, portanto, menos protetivos. Nesse sentido, mencionadas estipulações estariam passíveis de controle de convencionalidade, dentro dos limites impostos a tal mecanismo acima expostos.

Conclui-se, portanto, em uma interpretação por analogia da decisão acima, que a suspensão indiscriminada e generalizadas dos direitos políticos da população penitenciária também é incompatível com as previsões da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, por oferecer um patamar de protetividade menor do que o estabelecido pelos artigos 23, 24, 1.1 e 2 Convenção Interamericana de Direitos Humanos:

Artigo 1. 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.

Artigo 2. 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 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.

Artigo 24. Igualdade perante a lei

Todas as pessoas são iguais perante a lei. Por conseguinte, têm direito, sem discriminação, a igual proteção da lei.

Como signatário da Convenção Interamericana de Direitos Humanos (Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992), o Brasil tem o dever de realizar o controle de convencionalidade das previsões do seu direito interno. Conclui-se, portanto, que os comandos legais do ordenamento brasileiro que suspendem direitos políticos dos encarcerados são inconventionais, por serem menos protetivos que as previsões dos artigos 23, 24, 1.1 e 2 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos que tutelam esses direitos⁶⁹.

Feitas essas considerações, cabe analisar se a inconstitucionalidade da previsão legal em pauta se limita ao fato de ela não se afinar com Convenção de Direitos Humanos da qual o Brasil é signatário, ou se também encontra respaldo no ordenamento normativo nacional.

⁶⁹ Em que pese se tratar de outra questão jurídica, mas muito próxima da discutida, o mesmo regime jurídico se aplica aos adolescentes, entre 16 e 18 anos, a cumprir medida socioeducativa, que tenham se inscrito para exercer o direito/dever de sufrágio (Moreira; Santos, 2023).

A Constituição Federal, em homenagem à democracia, consagrou em seu artigo 14 que “a soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos (...)”.

O dispositivo em questão encontra fundamento, inclusive, em cláusulas pétreas, previstas no art. 60, § 4º, ou seja, o voto direto, secreto, universal e periódico e os direitos e garantias individuais. A participação política não pode ser encarada como nada menos do que um direito individual, por ser a efetivação máxima da participação do povo, detentor verdadeiro do poder soberano, no andamento do Estado. Democracia, o sistema adotado pelo Brasil, não existe sem a participação popular. Portanto, não é cabível limitação a esse direito que não seja embasada na necessidade de proteger algum outro direito de maior importância.

No entanto, a própria Constituição, em patente violação aos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da individualização da pena, da personalidade da pena e da proporcionalidade, e aparentemente sem a motivação de proteger quaisquer outros direitos, determinou a suspensão indiscriminada dos direitos políticos nos casos de condenação criminal.

Parece, portanto, plausível concluir que a previsão legal, além de ser inconveniente, também é inconstitucional, por não se afinar com cláusulas pétreas da Constituição brasileira.

6 CONCLUSÃO

Partindo do pressuposto que a previsão legal em tela realmente é inconstitucional, além de inconveniente, a manutenção desses dispositivos ao longo da história constitucional brasileira parece motivada por algo que não se limita a motivos jurídicos ou de segurança pública.

Uma análise de todo o contexto social que circunda o tema, aponta para o real, e quem sabe até mesmo torpe, motivo de existir dessa previsão: a visão social das pessoas que compõem a população carcerária. No entanto, o rigor jurídico, baseado na dignidade da pessoa humana, não pode permitir que justificativas vazias como esta embasem a limitação das garantias de direitos.

As consequências da violação a tais garantias poderiam ser objeto de um estudo independente e amplo, dado sua complexidade. É fato que o fato de que a população penitenciária é amplamente negligenciada pelo Estado:

No entanto, enquanto o Estado e a própria sociedade continuarem negligenciando a situação do preso e tratando as prisões como um depósito de lixo humano e de seres inservíveis para o convívio em sociedade, não apenas a situação carcerária, mas o

problema da segurança pública e da criminalidade como um todo tende apenas a agravar-se.

A sociedade não pode esquecer que 95% do contingente carcerário, ou seja, sua esmagadora maioria é oriunda da classe dos excluídos sociais, pobres, desempregados e analfabetos, que, de certa forma, na maioria das vezes, foram “empurrados” ao crime por não terem tido melhores oportunidades sociais. Há de se lembrar também que o preso que hoje sofre essas penúrias no ambiente prisional será o cidadão que dentro em pouco estará de volta ao convívio social, novamente no seio dessa própria sociedade.

Cabe ressaltar que o que se pretende com a efetivação e a aplicação das garantias legais e constitucionais na execução da pena, assim como o respeito aos direitos do preso, é que seja respeitado e cumprido o princípio da legalidade, corolário do Estado democrático de Direito, tendo como objetivo maior o de instrumentalizar a função ressocializadora da pena privativa de liberdade, no intuito de reintegrar o recluso ao meio social, visando assim obter a pacificação social, premissa maior do Direito Penal (ASSIS, 2007: 74-78).

Cabe aqui, portanto, uma provocação, bem resumida por Dias:

Essa situação conspirou diretamente para formação do PCC, impulsionado pela vontade de se sentir representado daqueles que eram excluídos da representatividade social em quase todos os aspectos: “Esses elementos, somados ao aumento vertiginoso da população carcerária paulista na década de 1990, a transformações administrativas e políticas, econômicas e sociais, nacionais e internacionais, e à corrupção no sistema penitenciário, formaram o caldo que deu origem ao PCC, que nasce e cresce nas brechas deixadas pela omissão do poder público (DIAS, 2011: 218).

Será que há uma correlação entre a impossibilidade de parte da população penitenciária de exercer pressão política através do voto e o surgimento e fortalecimento de movimentos paraestatais de representação desses indivíduos?

REFERÊNCIAS

ASSIS, R. D. de. A realidade atual do sistema penitenciário brasileiro. Revista CEJ, Brasília, Ano XI, n. 39, out./dez. 2007.

BASTOS, C. S. R. e MARTINS, I. G. Comentários à Constituição do Brasil, São Paulo: Saraiva, 1989.

BAZÁN, V. Corte Interamericana de Derechos Humanos y Cortes Supremas o Tribunales Constitucionales latinoamericanos: el control de convencionalidad y la necesidad de un

diálogo interjurisdiccional crítico, *Revista Europea de Derechos Fundamentales*. Valencia, Espanha, n. 16, 2º semestre, 2010.

BOBBIO, N.; MATTEUCCI, N.; PASQUINO, G. *Dicionário de Política*, Brasília: Editora Universidade de Brasília. 11ª edição, 1998.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AP 396-QO. Rel. min. Cármen Lúcia, julgamento em 26-6-2013, Plenário, DJE de 4-10-2013.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RE 225.019. Rel. Min. Nelson Jobim, julgamento em 8-9-1999, Plenário, DJ de 26-11-1999.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RMS 22.470-AgR. Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 11-6-1996, Primeira Turma, DJ de 27-9-1996.

CHAIA, V. A longa conquista do voto na história política brasileira. Disponível em: <http://www.pucsp.br/fundasp/textos/downloads/O_voto_no_Brasil.pdf>. Acesso em 01/12/2020.

CHEN, Adrian. Cambridge Analytica and Our Lives Inside the Surveillance Machine. *The New Yorker*. Disponível em: <<https://www.newyorker.com/tech/annals-of-technology/cambridge-analytica-and-our-lives-inside-the-surveillance-machine>>. Visto em 28/11/2023.

COÊLHO, M. V. F. *Direito eleitoral e processo eleitoral*. 2ª edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

COLÔMBIA. SUPREMA CORTE. Ref: Expediente T-35144. Actor: SONIA EUCARIS BOTERO RAMIREZ. Magistrado Ponente: Dr. EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ. Acesso em 01/11/2020: < <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1994/T-324-94.htm>>.

COMMON, MacKenzie F. *LSE Business Review: Facebook and Cambridge Analytica: let this be the high-water mark for impunity*. Disponível em: < <http://eprints.lse.ac.uk/88964/1/businessreview-2018-03-22-facebook-and-cambridge-analytica-let-this.pdf>>. Visto em 01/12/2020.

CONCI, L. G. A. *Controle de convencionalidade e constitucionalismo latino-americano*. 2012. Dissertação (Doutorado em Direito). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, PUC/SP, Brasil. São Paulo.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Yatama vs. Nicaragua. Sentencia de 23 de junio de 2005. § 201

DIAS, C. C. N. Estado e PCC em meio às tramas do poder arbitrário nas prisões. *Tempo Social*, revista de sociologia da USP, v. 23, 2011, n. 2. Página 218.

FERREIRA, Lara Marina. A restrição inconstitucional dos direitos políticos dos presos provisórios no Brasil. Em: *Proposições para o Congresso Nacional: reforma política [recurso eletrônico] / organização de Ana Cláudia Santano ... [et al.] - Brasília: Transparência Eleitoral, 2020.*

FIGUEIREDO, M. La evolución Político-Constitucional de Brasil. Em: ALCALÁ, Humberto Nogueira (Org.), *La Evolución Político-Constitucional de América del Sur 1976-2005*. Chile: Centro de Estudios Constitucionales de Chile, 2009.

GOMES, J. J. *Direito eleitoral*. 6ª edição. São Paulo: Atlas, 2011.

JOHNSTON, Neil. Prisoners' voting rights: developments since May 2015. House of Commons Library – Briefing Paper Number 07461, 2020.

LIESA, C. R. F. La proliferación de tribunales internacionales en el espacio iberoamericano. *Revista Electrónica Iberoamericana*. v. 2, n. 2, pp. 11-22, 2008.

MIRANDA, P. de. *Comentários à Constituição dos Estados Unidos do Brasil*. II Tomo, 1934. Rio de Janeiro: Editora Guanabara, 1960.

MOREIRA, Thiago Oliveira. SANTOS, Maria Eduarda. A (não) concretização do direito político ao voto das pessoas em situação de cárcere provisório no RN durante as eleições de 2022. In.: MOREIRA, Thiago et. al. (Orgs.). *Anais do IIº CBDA: inovação e Sociedade*, 2023. Natal: Polimatia, 2023, p. 73–81.

NEVES, M. *Trasnconstitucionalismo con especial referencia a la experiencia latinoamericana*. Em: VON BOGDANDY, Armin; FERRER MAC-GREGOR, Eduardo; MORALES ANTONIAZZI, Mariela (Coord.). *La justicia constitucional y su internacionalización. ¿Hacia un ius constitutionale commune en América Latina?* Ciudad de Mexico: UNAM.

PINTO, M. El principio pro homine. Criterios de hermenéutica y pautas para La regulación de los derechos humanos. Em: La aplicación de los tratados de derechos humanos por los tribunales locales. Buenos Aires: Ediar, Centro de Estudios Legales y Sociales- Editorial del Puerto, 1997.

PIOVESAN, F. Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional. 13ª edição. São Paulo: Saraiva, 2012.

PIOVESAN, F. Direitos Humanos e Justiça Internacional. 3ª edição. São Paulo: Saraiva, 2012.

RAMIREZ, S. G. El control judicial interno de convencionalidad. Revista IUS – Revista Científica del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla, n. 28, julho-dezembro, 2011.

RAMÍREZ, S. G. La Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Universidad Nacional Autónoma de México, D.F., México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2001.

ROBERT, Aline. French jailbirds to vote in EU elections for first time. Euractiv, 2019. Disponível em: <<https://www.euractiv.com/section/eu-elections-2019/news/prisoners-called-to-vote-in-the-european-elections-for-the-first-time/>>. Acesso em 28/11/2023.

SILVA, J. A. da. Curso de Direito Constitucional Positivo. São Paulo: Malheiros Editores, 1998.

SIMON, P. Direitos Políticos – O longo e (ainda) inacabado processo de aperfeiçoamento da democracia brasileira. 2008. Disponível em: <<http://www12.senado.gov.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/outras-publicacoes/volume-ii-constituicao-de-1988-o-brasil-20-anos-depois.-o-exercicio-da-politica/direitos-politicos-o-longo-e-ainda-inacabado-processo-de-aperfeiçoamento-da-democracia-brasileira>>. Acesso em 01/12/2020.

TRINDADE, A. A. C. A Interação entre o direito internacional e do direito interno na proteção dos direitos humanos. Arquivos do Ministério da Justiça, Brasília, v. 46, n. 182, p. 31, jul./dez. 1993.

TRINDADE, A. A. C. A proteção internacional dos direitos humanos e o Brasil (1948-1997): as primeiras cinco décadas. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2ª edição, 2000.

TRINDADE, A. A. C. Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos. Vol. I. Porto Alegre: SAFE, 2.003.

TRINDADE, A. A. C. Desafios de la protección internacional de los derechos humanos al final del siglo XX. Em: Seminario sobre Derechos Humanos, San José, Costa Rica: IIDH, 1997.

UNIÃO EUROPÉIA. CORTE EUROPÉIA DE DIREITOS HUMANOS. CASE OF HIRST v. THE UNITED KINGDOM (No. 2). Grand Chamber (Application no. 74025/01). STRASBOURG, 6 de outubro de 2005

WOOD, E.; BLOOM, R. De Facto Disenfranchisement. American Civil Liberties Union and Brennan Center for Justice at New York University School of Law. Disponível em: <<http://www.brennancenter.org/sites/default/files/legacy/publications/09.08.DeFacto.Disenfranchisement.pdf?>>. Acesso em 01/12/2020.

THE LACK OF POLITICAL RIGHTS OF THE PRISON POPULATION IN A COMPARATIVE ANALYSIS

ABSTRACT: the present paper aims mainly at defining how the political rights of a fragment prison population, related to those arrested on a permanent manner, due to with convictions subject to *res judicata*, are handled. In order to do that, both the Brazilian and international legal framing of such rights will be analyzed. The secondary objective of this paper is to analyze the consequence of the legal framework identified, specifically regarding its constitutionality and conventionality.

Keywords: Constitutional Law, Political Rights, prison population.