

EXMO. SR. PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA

DANIEL SARMENTO, Procurador Regional da República na Procuradoria Regional da República da 2ª Região e **SILVANA BATINI DE GÓES**, Procuradora Regional Eleitoral no Estado do Rio de Janeiro, vêm oferecer a presente **REPRESENTAÇÃO** visando a que V. Exa, com fundamento no disposto no art. 102, I, “a”, 102, § 1º e 103, § 2º, da Constituição Federal, e nos preceitos das Leis 9.868/99, 9.882/99 e 12.063/2009, proponha **AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO**, cumulada com **ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL** e com **AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE** no Supremo Tribunal Federal, objetivando que a Corte:

(a) reconheça a omissão inconstitucional do Tribunal Superior Eleitoral em adotar as providências de índole normativa e administrativa voltadas à viabilização do exercício do direito de voto dos presos provisórios no Brasil;

(b) realize interpretação conforme a Constituição dos artigos 136 e 141 da Lei nº 4.737/65 (Código Eleitoral), para assentar que eles não se aplicam, respectivamente, à instalação de sessão eleitoral em estabelecimentos prisionais e à votação nestes estabelecimentos;

(c) realize interpretação conforme a Constituição do 91 da Lei nº 9.504/97, para afirmar que ele não se aplica à transferência de domicílio eleitoral do voto do preso provisório;

A Representação tem suporte nos fatos e fundamentos expostos a seguir:

DOS FATOS

A Constituição da República é absolutamente clara a propósito do reconhecimento do direito ao voto do preso provisório. A Carta de 1988 consagra a universalidade do direito de sufrágio (art. 14, *caput*), e determina a suspensão dos direitos políticos apenas após “a condenação criminal transitada em julgado, enquanto durarem os seus efeitos”. (art. 15, inciso IV). Não bastasse, vigora no Brasil o princípio constitucional da presunção de inocência (art. 5º, LVII), que se afigura francamente incompatível com a suspensão generalizada do direito de voto dos presos ainda não condenados por sentença criminal transitada em julgado.

Não obstante, aos presos provisórios brasileiros vem sendo sistematicamente denegada a possibilidade de exercício deste direito fundamental, em razão da omissão da Justiça Eleitoral brasileira em adotar as medidas necessárias à sua viabilização.

Com efeito, na maior parte dos Estados da Federação, a Justiça Eleitoral não tem instalado urnas eleitorais nos estabelecimentos prisionais, nem tampouco adotado qualquer outra medida que possibilite o voto dos presos provisórios, cassando, na prática, o seu direito fundamental ao sufrágio. De acordo com o “*Relatório sobre a situação do direito ao voto dos presos provisórios – 2008*” elaborado pela Associação dos Juízes para a Democracia (doc. 1), não foram instaladas quaisquer urnas nos estabelecimentos prisionais de Alagoas, Bahia, Distrito Federal, Espírito Santo, Goiás, Mato Grosso do Sul, Minas Gerais, Pará, Paraná, Piauí, Rondônia, Roraima, Santa Catarina e Tocantins¹.

¹ A Associação dos Juízes para a Democracia informou que não obteve dados relativos aos Estados de São Paulo e Paraíba.

O mesmo Relatório menciona os Estados do Acre, Amapá, Amazonas, Ceará, Maranhão, Mato Grosso, Pernambuco, Rio de Janeiro, Rio Grande do Sul, Rio Grande do Norte e Sergipe, como aqueles em que, no pleito eleitoral de 2008, teria sido viabilizado o voto do preso provisório, em um número limitadíssimo de estabelecimentos prisionais. Contudo, pelos modestíssimos números colacionados naquele documento, percebe-se que se tratou de uma experiência muito restrita e embrionária, pois foi assegurada a possibilidade de voto a apenas poucas centenas de indivíduos em todo o país, dentro de um universo de mais de 200.000 presos provisórios².

No âmbito do Tribunal Regional Eleitoral do Estado de São Paulo, houve requerimento administrativo, formulado pelo ilustre Procurador Regional Eleitoral, Dr. Luis Carlos dos Santos Gonçalves, no sentido de realização de uma experiência piloto de voto dos presos provisórios na eleição a ser realizada em 2010, que seria posta em prática em alguns estabelecimentos prisionais, indicados por comissão de estudos a ser instituída por aquela Corte. Contudo, tal requerimento foi indeferido pelo Tribunal, em sessão administrativa realizada no dia 16 de junho de 2009 (doc. 2).

Este gravíssimo quadro de ofensa aos direitos políticos essenciais dos presos provisórios pode em parte ser debitado ao egrégio Tribunal Superior Eleitoral. Com a devida vênia, aquela excelsa Corte Superior, nos atos normativos que vem periodicamente expedindo para disciplinar a realização de cada eleição, não tem determinado à Justiça Eleitoral que adote todas as providências necessárias à viabilização do voto do preso provisório, mas apenas reconhecido uma hipotética faculdade de que isso seja feito no âmbito dos Tribunais Regionais Eleitorais.

Com efeito, a primeira manifestação do TSE a tratar do voto do preso provisório foi a Resolução nº 20.471/99, que resultou de decisão

² De acordo com os dados colacionados pelo Conselho Nacional de Justiça, em junho de 2009 o Brasil tinha 209.773 presos provisórios, o que representa 44,68% do total da população carcerária no Brasil, que era de 469.546 presos.

proferida no Processo Administrativo nº 18.352/CE (doc. 3). Tratava-se de Consulta formulada pelo Presidente do TRE/CE sobre a possibilidade de instalação de seções eleitorais especiais em estabelecimentos prisionais. O Tribunal respondeu afirmativamente à consulta, afirmando ser **possível** a instalação de tais seções eleitorais, respeitados os limites impostos pelo art. 136 do Código Eleitoral, que estabelece o número mínimo de 50 eleitores para instituição das mesmas.

Posteriormente, as Resoluções do TSE 20.997/2002 (art. 49, Parágrafo único), 21.633/2004 (art. 30), 22.154/2006 (art. 17) e 22.712/2008 (art. 19) – (docs. 4 a 7) -, que disciplinaram, respectivamente, os pleitos eleitorais de 2002, 2004, 2006 e 2008, previram a possibilidade de instalação de sessões eleitorais em estabelecimentos prisionais. Contudo, a redação dos referidos atos normativos dá a entender que não existe obrigação da Justiça Eleitoral de instituir seções eleitorais nos estabelecimentos prisionais com presos provisórios, mas sim uma mera faculdade. Neste sentido, é emblemática a redação do art. 19 da Resolução nº 22.712/2008, último ato normativo que cuidou da matéria, que reza:

*“Art. 19. Os juízes eleitorais, sob a coordenação dos tribunais regionais eleitorais, **poderão** criar seções eleitorais especiais em penitenciárias, a fim de que os presos provisórios tenham assegurado o direito de voto.”*

Ademais, em sucessivas decisões, o TSE tem ora se omitido do dever de exigir dos demais órgãos da Justiça Eleitoral o respeito ao sagrado direito de voto do preso provisório, ora adotado uma perspectiva extremamente formalista sobre a questão, impondo obstáculos praticamente insuperáveis ao exercício de tal direito, de forma a torná-lo verdadeira letra-morta.

Com efeito, ao apreciar a Petição nº 1.122/DF, em que a União de Solidariedade Cristã São Francisco de Assis requeria a instalação de seção eleitoral em estabelecimento prisional em Brasília, o TSE, para indeferir o pedido, assentou: *“Quanto à possibilidade de os presos provisório votarem*

nas eleições deste ano, observo que isso dependerá de haver sido instalada seção nos estabelecimentos penitenciários e os interessados terem efetuado o pedido de transferência” (Resolução 21.160, decisão relatada pelo Min. Fernando Neves, doc. 8).

Posteriormente, o TSE analisou a Consulta nº 834/DF, formulada pelo então Vice-Procurador-Geral Eleitoral Paulo da Rocha Campos, em que se indagava:

“1. Pode o juiz eleitoral, em ano de eleições, deixar de instalar seção eleitoral especial em presídio que possua mais de 50 presos provisórios (portanto no pleno gozo de seus direitos políticos) com domicílio eleitoral no Estado em que estão recolhidos, diante do que dispõem os artigos 15, III, da Constituição da República; 136 do Código Eleitoral, e as Resoluções 20.471/99 e 20.997/2002 do TSE?

2. O preso provisório, para exercer seu direito constitucional de voto, é obrigado a transferir seu título eleitoral da cidade em que possui residência, família e inscrição eleitoral (domicílio eleitoral histórico) para a cidade em que localizado o estabelecimento prisional onde está recolhido provisoriamente? Em caso afirmativo, essa transferência deve observar o prazo de 150 dias de antecedência previsto no art. 91 da Lei 9.504/97?

3. Como deve proceder o Tribunal Regional Eleitoral para garantir o exercício do voto ao preso que está no gozo de seus direitos políticos? Está o Tribunal impedido de providenciar a destinação de urnas eletrônicas para estabelecimentos prisionais com mais de 50 eleitores em condições de votar, sem que tenha havido prévia transferência da inscrição eleitoral?”

A resposta à Consulta, que consubstanciou a Resolução nº 21.804, não apreciou todas as questões formuladas, omitindo-se, por exemplo, quanto à obrigatoriedade de instalação de seções eleitorais em

estabelecimentos com mais de 50 presos provisórios. O TSE, em decisão lavrada pelo Ministro Humberto Gomes de Barros, limitou-se a afirmar (doc. 9):

“O tema foi apreciado neste Tribunal: Res. TSE nºs. 21.160, de 1º. 8.2002, e 21.633, de 19.2.2004, ambas da relatoria do Min. Fernando Neves. A última dispõe sobre os atos preparatórios, recepção de votos e garantias eleitorais para as eleições do corrente ano.

A transferência do título deverá observar o art. 91 da Lei 9.504/97.

Quanto à primeira parte do terceiro item, tenho que o Tribunal Regional haverá de agir nos termos do art. 136 do CE. Portanto, o diretor da instituição, com a brevidade necessária, deverá notificar o Tribunal sobre a presença dos eleitores em condições de votar.

A resposta à segunda parte da questão é afirmativa, nos moldes das resoluções citadas.”

Mais recentemente, a Corte Superior Eleitoral apreciou o requerimento do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, que postulava ao TSE que fosse *“recomendado aos Juízes eleitorais a instalação de seções eleitorais dentro dos presídios visando garantir que os presos provisórios dos Estados da Federação possam exercer o direito constitucional do voto a partir das próximas eleições de 2006”* (Petição no Protocolo nº 14.201/2005 – DF). A decisão, relatada pelo Ministro Caputo Mendes, consignou que a questão já estaria equacionada através de resoluções anteriores da Corte, bem como destacou estarem *“os procedimentos atinentes à instalação de seções eleitorais nesses estabelecimentos prisionais afetos à competência dos tribunais regionais eleitorais”* (Resolução nº 22.190, doc. 10)

Note-se, portanto, que, de acordo com o entendimento do TSE, para que o preso provisório possa votar, é necessário que os seguintes requisitos estejam cumulativamente satisfeitos:

a) Haja instalação de seção eleitoral no estabelecimento prisional em que está ele custodiado, o que depende de decisão do TRE do respectivo Estado – e a grande maioria das Cortes Eleitorais Regionais tem se omitido nesta questão, ou, no máximo, se limitado a garantir o direito de voto a uma inexpressiva minoria da população carcerária provisória, através de “experiências-piloto”, que contemplam pouquíssimos estabelecimentos prisionais.

b) Só pode haver esta instalação de seção eleitoral se o estabelecimento contar com mais de 50 eleitores devidamente registrados (art. 136 do Código Eleitoral).

c) Cada preso provisório, para poder votar, deve requerer a transferência do seu domicílio eleitoral para a localidade onde se situa o estabelecimento prisional, com pelo menos 150 dias de anterioridade em relação à data da eleição (art. 91 da Lei 9.504/97).

É desnecessário frisar que a imposição de tais condições – decorrente de uma interpretação excessivamente rígida e formalista da legislação eleitoral, absolutamente insensível diante do quadro empírico subjacente aos textos legais, e divorciada dos valores constitucionais pertinentes - cria embaraços quase insuperáveis para o voto do preso provisório.

Sabe-se, por exemplo, que grande parte dos estabelecimentos em que estão custodiados os presos provisórios possui menos de 50 detentos. Evidentemente, o preso provisório não tem nenhum controle sobre esta situação, pois é o Estado quem define o local do seu encarceramento.

Ademais, se esta regra for seguida, ficará ao completo arbítrio das autoridades públicas encarregadas da movimentação dos presos a definição sobre a possibilidade do exercício do direito fundamental de votar de cada um. Quando o Poder Público não quiser que determinado preso ou grupo de presos participe de uma eleição, basta alocá-lo ou providenciar a sua

transferência para estabelecimento em que haja menos de 50 potenciais eleitores. Por tais razões, revela-se inconstitucional a aplicação aos presos provisórios do disposto no art. 136 do Código Eleitoral, por importar em restrição desproporcional ao seu direito ao sufrágio. Reza o referido preceito:

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

Não bastasse, a imposição de que as transferências de domicílio eleitoral só possam ser feitas até 150 dias antes da data das eleições também cria problemas praticamente insuperáveis para grande parte dos presos provisórios. É que a movimentação destes presos costuma ocorrer com grande frequência. Além das transferências, há novas prisões, assim como solturas, que ocorrem a todo tempo. Neste quadro, este prazo de 150 dias compromete a possibilidade de voto de boa parte dos presos provisórios, por razões completamente alheias à sua vontade, que são da responsabilidade exclusiva do próprio Estado, e ainda pode inviabilizar o voto dos que obtiveram soltura neste interregno. Dita exigência consta no art. 91 da Lei 9.504/97, que dispõe:

“Art. 91. Nenhum requerimento de inscrição eleitoral ou de transferência será recebido dentro de 150 (cento e cinquenta) dias anteriores à data da eleição.”

Não se ignora a necessidade operacional de que a Justiça Eleitoral tenha, com certa antecedência, os nomes dos eleitores que votarão em cada seção. Contudo, não se pode condicionar de modo absoluto a fruição de direitos fundamentais de uma minoria estigmatizada, como os presos provisórios, às conveniências administrativas da Justiça Eleitoral. Aqui, justifica-se a flexibilização do calendário eleitoral no que tange à mudança do domicílio eleitoral do preso provisório, de forma que, sem inviabilizar a realização eficiente das eleições, não se comprometa tão intensamente a

possibilidade de voto do cidadão custodiado. Uma ponderação de interesses, pautada pelo princípio da proporcionalidade, conduz à necessidade de fixação de um prazo menor de anterioridade da mudança de domicílio para os presos provisórios – 30 dias parece aos signatários uma solução razoável. Na ausência de lei específica sobre a questão, o TSE, pautado pelas balizas axiológicas definidas pelo STF, poderá estabelecer este prazo em resolução, desde que o faça a partir de perspectiva que atribua o devido peso constitucional ao direito fundamental ao voto do preso provisório.

Finalmente, também não pode ser aplicada à votação dos presos provisórios a regra constante no art. 141 do Código Eleitoral, que reza:

“Art. 141. A força armada conservar-se-á a cem metros da seção eleitoral e não poderá aproximar-se do local de votação, ou nele penetrar, sem ordem do presidente da mesa.”

É evidente que as singularidades de uma votação ocorrida no interior de um estabelecimento prisional, e a imperativa necessidade de garantia, neste contexto, da segurança de todos os envolvidos, justificam a não aplicação deste preceito à hipótese. Aliás, as Resoluções do TSE que autorizaram a instalação de seções eleitorais em estabelecimentos prisionais nos pleitos de 2002, 2004, 2006 e 2008 foram expressas ao afastarem a aplicação desta norma legal na hipótese.

Por outro lado, no tema do voto do preso provisório é pertinente uma observação histórico-sociológica: sabe-se que, em geral, a inclusão política leva à melhoria das condições de vida daqueles que antes eram excluídos. Ela permite que as demandas dos novos incluídos sejam levadas em consideração no espaço público, especialmente no âmbito dos Poderes Executivo e Legislativo, e, com isso, tende a proporcionar mais respeito também a outros direitos fundamentais dos membros deste grupo, além dos estritamente políticos. Este fenômeno explica em parte, por exemplo, o advento do Estado do Bem-Estar Social em países democráticos, em que a extensão do direito de sufrágio às classes subalternas, até então excluídas politicamente pelo voto

censitário, é tida como um dos fatores decisivos para a conquista dos direitos sociais³.

Ora, sabe-se que a situação dos estabelecimentos prisionais no Brasil é absolutamente calamitosa. As instalações são, em geral, precaríssimas e insalubres; o espaço disponível para cada preso é insuficiente para as necessidades humanas mais básicas; os abusos e a violência são corriqueiros etc. Em suma, o quadro é de gravíssima e generalizada violação à dignidade humana do preso.

Será que a sistemática exclusão política dos presos provisórios no Brasil não contribuiu para a persistência deste quadro tão desalentador? Será que o voto, e o “empoderamento” que ele gera, não pode ser fator decisivo para superação da calamitosa situação dos estabelecimentos prisionais no Brasil?

E os obstáculos invocados contra a implementação prática do voto dos presos provisórios são perfeitamente superáveis. Veja-se, neste sentido, o testemunho do Juiz Eleitoral João Batista Damasceno e do Delegado de Polícia Orlando Zaccone, que foram responsáveis pela única seção eleitoral que funcionou em estabelecimento prisional no Estado do Rio de Janeiro nas eleições de 2008 – a 52ª Delegacia Polícia, em Nova Iguaçu, correspondente à 179ª Seção da 27ª Zona Eleitoral:

“Com a instalação da 179ª Zona Eleitoral na sede da 52ª DP, muitos mitos foram desconstituídos. O primeiro se referia à falta de segurança para exercício do direito de voto. Demonstrou-se que na instituição estatal encarregada de acautelamento do preso provisório não se poderia falar em falta de segurança, As hipóteses de formação de curral eleitoral e de que unidos os presos poderiam formar um

³ Cf. T. H. Marshall. *Citizenship and Social Class*. London: Dumbleday, 1963.

*partido marginal foram, pelo resultado da votação, debeladas.*⁴

Em suma, a ordem constitucional impõe a superação dos obstáculos reais e a desconsideração dos imaginários, que vêm sendo invocados para postergar indefinidamente o exercício do direito/dever de voto pelo preso provisório no Brasil, e é papel do Supremo Tribunal Federal, como guardião da Constituição, assegurar a fruição efetiva deste direito, diante da inércia inconstitucional da Justiça Eleitoral.

Não se ignora que existem certas especificidades e dificuldades operacionais no voto do preso provisório, que demandam regulamentação própria, relacionadas a aspectos como as providências para transferência de domicílio eleitoral dos presos, o calendário eleitoral, a fiscalização da votação e o acesso dos detentos à propaganda eleitoral. É exatamente por isso que se pretende seja formulado pedido ao STF, para que determine ao TSE a elaboração de resolução sobre o tema, a ser aplicada já nas eleições que ocorrerão em outubro de 2010.

DO DIREITO

I- O Cabimento das Ações

a) A possibilidade de cumulação de ação no controle abstrato de normas

Todos os temas abordados na Representação compõem um mesmo quadro empírico-normativo, atinente à violação sistemática do direito de voto do preso provisório no Brasil. Por isso, é altamente conveniente a sua discussão num único processo judicial, até para evitar-se o risco de decisões conflitantes.

⁴ “O Voto do Preso no RJ: Uma análise do processo eleitoral”. In: *Juízes para a Democracia*, Ano 12 – nº 46, jun/nov. 2008, p. 11 (doc. 10).

Há, na questão, uma dimensão típica de ação direta de inconstitucionalidade por omissão, tendo em vista a caracterização da mora do TSE no seu dever de adotar as medidas necessárias ao cumprimento da Constituição, no que tange à garantia de voto dos presos provisórios.

Outro aspecto do problema pode ser enfrentado em sede de Ação Direta de Inconstitucionalidade – o pedido de interpretação conforme a Constituição do art. 91 da Lei 9.504/97. Já o pedido de interpretação conforme a Constituição dos arts 136 e 141 da Lei nº 4.737/65, por versar sobre atos normativos anteriores à Carta de 88, só poderia ser apreciado, em sede de jurisdição constitucional abstrata, através da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental.

O caso, portanto, é de cumulação de ações, estando presentes todos os seus requisitos legais de admissibilidade (art. 292 do CPC): os pedidos são compatíveis entre si; o STF é competente para o conhecimento de todos deles; e é possível processá-los pelo mesmo rito - o da Ação Direta de Inconstitucionalidade (Lei 9.868/99), que pode ser concebido como uma espécie de “rito ordinário” na jurisdição constitucional abstrata.

Quanto a este último aspecto, cabe observar que os procedimentos da ADI por Omissão, da ADI e da ADPF são praticamente idênticos. Daí a possibilidade de cumulação, com a adoção do rito da ADI, que, pelos prazos maiores que adota em relação à ADPF, tende a proporcionar uma oportunidade mais ampla para debates.

Caso V. Exa. entenda impossível esta cumulação de pedidos, nada obsta que sejam elaboradas três ações distintas, desde que se indique, em cada uma delas, a existência das demais, e se solicite a distribuição de todas ao mesmo Relator, pela evidente necessidade de que sejam processadas e julgadas conjuntamente.

b) O Cabimento da ADI por Omissão

A Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão é cabível quando os órgãos competentes omitirem-se, total ou parcialmente, do seu dever de adotarem as providências necessárias à efetivação de norma constitucional (art. 103, § 2º, CF). Até a recentíssima edição da Lei nº 12.063/2009, o entendimento majoritário era no sentido de que apenas as omissões de índole normativa ensejavam a propositura desta ação constitucional, mas não aquelas de cunho administrativo⁵, muito embora dita restrição não estivesse explicitada no texto constitucional. Contudo, a referida lei foi expressa ao prever a ação em caso de “*omissão inconstitucional total ou parcial quanto ao cumprimento de dever constitucional de legislar ou quanto à adoção de providência de índole administrativa*” (art. 12-B, inciso I).⁶

No que tange às omissões de índole normativa, é certo que elas não se restringem àquelas imputáveis ao Poder Legislativo. Como ressaltou Luis Roberto Barroso, “*também caberá a fiscalização da omissão inconstitucional em se tratando de atos normativos secundários, como regulamentos ou instruções, de competência do Executivo, e até mesmo, eventualmente, de atos próprios dos órgãos judiciários*”.⁷

Na hipótese presente, podem ser vislumbradas uma omissão normativa e outra administrativa do TSE, que vêm tornando ineficaz a norma constitucional que assegura o direito de voto do preso provisório. Tal norma, por sua vez, pode ser extraída da interpretação conjugada dos arts. 14, *caput*, e 15, inciso III, do texto constitucional⁸.

⁵ Cf. ADIn 19, Rel. Min. Aldir Passarinho, DJu 14/04/1989.

⁶ Cumpre destacar que, mesmo antes da edição desta lei, Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coleho e Paulo Gustavo Gonnet Branco já ressaltavam a possibilidade de propositura de ADI por Omissão diante da inércia na adoção de providências de natureza administrativa que pudessem frustrar a concretização constitucional (cf. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 1.136/1.137)

⁷ Luis Roberto Barroso. *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 203.

⁸ Neste ponto, há que se recordar que a norma jurídica não se confunde com o texto que a consagra. A norma é o produto da interpretação do texto e não o objeto sobre o qual recai o ato de interpretar. Daí porque, há situações em que é necessário conjugar diversos enunciados normativos para extração de uma norma, como também há hipóteses em que mais de uma norma pode ser inferida de um único enunciado.

A omissão normativa concerne à inexistência de resolução da Corte Superior Eleitoral disciplinando o voto do preso provisório. Como foi salientado acima, as dificuldades operacionais que o exercício deste direito enseja demandam a edição de regulamentação própria, uma vez que a legislação eleitoral em vigor foi elaborada ignorando completamente as especificidades desta situação. Há questões importantes a serem equacionadas no âmbito normativo, concernentes a aspectos como as providências para transferência de domicílio eleitoral dos presos, a necessidade de flexibilização de prazos no calendário eleitoral, a fiscalização da votação, medidas de segurança, mecanismos de acesso dos detentos à propaganda eleitoral, etc. E a competência normativa do TSE está prevista nos arts. 1º, Parágrafo único, e 32, IX, do Código Eleitoral.

Já a omissão administrativa é relativa à atuação do TSE, que vem sistematicamente se abstendo de impor aos demais órgãos da Justiça Eleitoral a obrigatoriedade da adoção de todas as medidas necessárias à viabilização do exercício do direito de voto do preso provisório, em todo o país. Como salientado acima, aquela Corte, em sucessivas resoluções e decisões administrativas, tem deixado transparecer o equivocado entendimento de que seria simples faculdade dos TREs instalar ou não seções eleitorais nos estabelecimentos prisionais com presos provisórios.

Cumprе salientar que, embora o TSE seja órgão do Poder Judiciário, ele também desempenha função de natureza administrativa, atinente à preparação, organização e administração das eleições. No caso presente, discute-se não a atividade jurisdicional da Corte, mas sim o desempenho de função eminentemente administrativa da Justiça Eleitoral. Por isso, aplicam-se à hipótese o art. 103, § 2º, da Constituição, e 12-H, § 1º, da Lei 12.063/2009, que prevêm a fixação de prazo de 30 dias pelo STF, para que seja sanada a omissão inconstitucional pelo órgão administrativo responsável.

Contudo, mesmo que assim não se entenda, é certo que a jurisprudência do STF vem flexibilizando a orientação de que não cabe a

fixação de prazo na ADI por Omissão, quando a mora seja imputável a agente político. Assim, no julgamento da ADI 3.862-3⁹, o Tribunal estabeleceu o prazo de 18 meses para que o Congresso Nacional editasse a lei complementar prevista no art. 18, § 4º, da Constituição Federal. E, no caso presente, há a necessidade de que as providências do TSE sejam adotadas a tempo de viabilização da participação dos presos provisórios no pleito eleitoral de outubro de 2010, sob pena de reiteração da grave violação aos direitos fundamentais destes cidadãos, o que justifica o estabelecimento de um parâmetro temporal para atuação daquela Corte.

Por outro lado, diante da controvérsia em torno do cabimento de ação direta de inconstitucionalidade por omissão em caso de inércia administrativa, seria recomendável que, neste ponto, fosse formulado ao STF um pedido subsidiário, para que a postulação correspondente fosse admitida como ADPF pela Corte, caso esta considere incabível a sua apreciação em sede de ADI por Omissão.

c) O Cabimento da Ação Direta de Inconstitucionalidade

Não há dúvida de que cabe a Ação Direta de Inconstitucionalidade para formular pedido de interpretação conforme a Constituição ou de declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto de preceito de lei federal, editado posteriormente à Lei Maior, como prevê expressamente o art. 28, Parágrafo único, da Lei 9.868/99.

No caso, pretende-se que seja formulado o pedido de interpretação conforme a Constituição do art. 91 da Lei 9.504/97, para que o STF reconheça a inconstitucionalidade da sua incidência sobre a transferência de domicílio eleitoral dos presos provisórios, uma vez que a aplicação do dispositivo neste caso enseja restrição desarrazoada e desproporcional ao

⁹ Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ 06.09.2007.

direito de voto daqueles cidadãos brasileiros. É indiscutível o cabimento de Ação Direta de Inconstitucionalidade nesta hipótese.

d) O Cabimento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental

A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, prevista no art. 102, § 1º, da Constituição Federal, e regulamentada pela Lei nº 9.882/99, volta-se contra atos dos Poderes Públicos que importem em lesão ou ameaça de lesão aos princípios e regras mais relevantes da ordem constitucional.

A doutrina reconhece a existência de duas modalidades diferentes de ADPF¹⁰: a autônoma, que representa uma típica modalidade de jurisdição constitucional abstrata, desvinculada de qualquer caso concreto; e a incidental, que pressupõe a existência de uma determinada lide intersubjetiva, na qual tenha surgido uma controvérsia constitucional relevante.

A ADPF cuja propositura ora se requer é de natureza autônoma. Para o seu cabimento, é necessário que estejam presentes os seguintes requisitos: (a) exista lesão ou ameaça a preceito fundamental, (b) causada por ato dos Poderes Públicos, e (c) não haja nenhum outro instrumento apto a sanar esta lesão ou ameaça. Estes três requisitos estão plenamente configurados no caso, em relação ao pedido de interpretação conforme à Constituição dos arts. 136 e 141 da Lei nº 4.737/65 (Código Eleitoral), para excluir da sua incidência a hipótese do voto do preso provisório.

Com efeito, a instituição de embaraço desproporcional ao exercício do voto do preso provisório, imposta pelos arts. 136 do Código Eleitoral, afronta diversas normas constitucionais que, pela sua magna importância em nosso sistema constitucional, qualificam-se como preceitos

¹⁰ Veja-se, a propósito, os artigos que compõem a obra organizada por André Ramos Tavares e Walter Claudius Rothenburg . *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental*. São Paulo: Atlas, 2001; e Luis Roberto Barroso. *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 2004, p. 247-249.

fundamentais. É o caso das cláusulas que consagram o Estado Democrático de Direito (art. 1º, *caput*), a cidadania (art. 1º, II), a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), a soberania popular (art. 1º, Parágrafo único), a vedação de discriminações odiosas (art. 3º, IV), o princípio da igualdade (art. 5º, *caput*), o princípio da proporcionalidade (art. 5º, LIV), a presunção de inocência (art. 5º, LVII), o direito ao sufrágio universal (art. 14, *caput*), e a previsão de suspensão dos direitos políticos apenas em caso de “*condenação criminal transitada em julgado, enquanto durarem os seus efeitos*” (art. 15, III). E a incidência sobre o voto do preso provisório da proibição da presença de agentes públicos armados a menos de 100 metros da seção eleitoral, prevista no art. 141 do Código Eleitoral, ofende o direito fundamental à segurança (art. 6º, CF), bem como o princípio constitucional da razoabilidade (art. 5º, LIV), os quais também se qualificam como preceitos fundamentais.

Por outro lado, esta lesão a preceitos fundamentais é causada por atos do Poder Público que se revestem de natureza normativa. São preceitos legais, cuja incidência na hipótese discutida nesta Representação importa na criação de obstáculo manifestamente desproporcional ao exercício do direito de voto da maior parte dos presos provisórios (art. 136 do Código Eleitoral), ou impede que as eleições nos estabelecimentos prisionais possa ocorrer de forma segura (art. 141 do mesmo diploma).

No que concerne à inexistência de outro meio para sanar a lesividade, o melhor entendimento quanto ao pressuposto da subsidiariedade da ADPF (art. 4º, § 1º, Lei 9.882/99) é o de que ele se configura sempre que inexistirem outros instrumentos, no âmbito do controle abstrato de constitucionalidade, aptos ao equacionamento da questão constitucional suscitada¹¹. Neste sentido, decidiu o STF:

“13.Princípio da subsidiariedade (art. 4º, § 1º, da Lei nº 9.882/99): inexistência de outro meio eficaz de sanar a

¹¹ Neste sentido, cf. Luis Roberto Barroso. *O Controle Abstrato de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 227; Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 1097/1102.

lesão, compreendido no contexto da ordem constitucional global, como aquele apto a solver a controvérsia constitucional relevante de forma ampla, geral e imediata.

14. A existência de processos ordinários e recursos extraordinários não deve excluir, 'a priori', a utilização da argüição de descumprimento de preceito fundamental, em virtude da feição marcadamente objetiva desta ação” (ADPF nº 33/PA, Rel. Min. Gilmar Mendes)

Na hipótese, não há qualquer outro instrumento no âmbito do controle abstrato de normas que possa ensejar a interpretação conforme a Constituição dos arts. 136 e 141 da Lei nº 4.737/65, tendo em vista a orientação jurisprudencial pacífica do STF, no sentido do descabimento de ADI para impugnação de atos normativos anteriores à Constituição. Aliás, existe expressa previsão na Lei nº 9.882/99 sobre o cabimento da ADPF para questionamento de normas anteriores à Constituição (art. 1º, Parágrafo único, I).

Portanto, presentes todos os seus pressupostos, não há dúvida sobre o cabimento da ADPF na hipótese.

II - O Direito de Voto do Preso Provisório, Democracia, Igualdade e Presunção de Inocência

O sufrágio universal é condição necessária – ainda que não suficiente – para que um Estado possa ser qualificado de democrático¹².

Com efeito, é uma idéia básica do regime democrático a de que os governados devem poder participar dos processos de construção da vontade dos governos. O autogoverno popular, que é a espinha dorsal do

¹² Cf. Robert A. Dahl. *Sobre a Democracia*. Trad. Beatriz Sidou. Brasília; Editora UnB,

regime democrático, exige a inclusão política de todos aqueles que estão submetidos ao poder estatal, assegurando-lhes a possibilidade de influírem na tomada das decisões politicamente relevantes. É assim que se legitima democraticamente o exercício do poder do Estado: para que se justifique a submissão de todos à autoridade estatal, cumpre assegurar a plena capacidade de cada um de participar na formação da vontade coletiva, através do reconhecimento do direito de voto a todos, em igualdade de condições – *one man, one vote*.

Quando se denega o direito de voto ao preso provisório, ou quando este direito é tratado como um mero privilégio, a ser concedido discricionariamente, de acordo com as avaliações de conveniência e oportunidade da Justiça Eleitoral, compromete-se seriamente a integridade do princípio democrático, que pressupõe a plena inclusão política do povo.

Tal exclusão desvela o preconceito que existe contra os presos na sociedade, que os não os vê como pessoas merecedores do mesmo respeito e da mesma consideração. Ela “naturaliza” a violação dos direitos fundamentais dos presos, atingindo a sua dignidade humana. A mensagem subjacente a tal exclusão é a de que os presos “não contam” na sociedade, e a sua consequência prática é o agravamento das violações dos seus outros direitos. A exclusão política aprofunda a exclusão social e alimenta o quadro de sistemática violação de praticamente todos os direitos dos presos.

Sabe-se, com efeito, que a prisão importa em sérias restrições a direitos fundamentais, notadamente à liberdade de locomoção. Contudo, no sistema constitucional brasileiro, até o trânsito em julgado de sentença condenatória, a prisão não implica em qualquer restrição ao exercício de direitos políticos (cf. art. 15, III, CF). Por isso, enquanto não transitar em julgado a decisão penal condenatória, o preso desfruta plenamente dos seus direitos políticos, cabendo ao Estado, que o mantém encarcerado, o dever de assegurar a efetividade deste direito.

O STF tem entendido que, por força do princípio constitucional da presunção de inocência, até o trânsito em julgado da condenação penal, sequer é possível impedir o registro de candidaturas a cargos eletivos (ADPF nº 144/DF). Não é preciso concordar com a tese para notar a incongruência que existe em, de um lado, reconhecer o direito político dos presos provisórios de concorrerem aos pleitos eleitorais – o *jus honorum* –, e, do outro lado, denegar-se, na prática, o seu direito político de votar – o *jus suffragium*.

O tema do direito de voto dos presos já foi objeto de manifestações de diversas instituições internacionais ligadas aos direitos humanos, bem como de decisões de tribunais e cortes constitucionais de outros países. A tendência clara é de considerar-se que até mesmo a recusa ao direito de voto de presos já condenados definitivamente viola direitos humanos fundamentais.

O Comitê de Direitos Humanos da ONU, por exemplo, no seu Comentário Geral nº 25, de 12 de julho de 1996, a propósito do direito ao voto, previsto no art. 25 da Convenção sobre os Direitos Civis e Políticos, destacou expressamente: “*Pessoas que forem privadas da liberdade, mas que ainda não foram condenadas, não devem ser excluídas do exercício do direito de votar*”.

Já a Suprema Corte norte-americana, no julgamento do caso *O’Brien v. Skinner*¹³, proferido em 1973, considerou que violava o princípio constitucional da igualdade (*equal protection of the law*) a legislação do Estado de Nova Iorque que permitia o voto do cidadão ausente do seu domicílio eleitoral (*absentee ballot*) para um amplo grupo de pessoas, mas não o assegurava para presos provisórios e condenados por crimes de menor potencial ofensivo (*pretrial detainees and convicted misdemeanants*). O *Chief Justice* Burger, em seu voto condutor, afirmou que os prisioneiros no caso “*não estavam impedidos de votar, exceto pela razão de não terem a possibilidade física – no sentido mais literal – de comparecer às urnas no dia da eleição*”. Para ele, isto implicaria violação à Constituição, já que tais presos

¹³ 414 U.S. 1973

“simplesmente não eram autorizados a usar o voto de ausentes e não tinham acesso a nenhum outro meio alternativo para votarem, embora estivessem legalmente qualificados para o voto.”

A Suprema Corte do Canadá também se pronunciou sobre a questão no caso *Sauvé v. Canadá*¹⁴, em que ela reconheceu a inconstitucionalidade de lei federal que negava o direito de voto aos presos. Nas palavras da Corte,

“A legitimidade das leis e a obrigação de obedecê-las fluem diretamente do direito de cada cidadão votar. Negar aos prisioneiros o direito de voto é perder um importante meio de ensinar a eles os valores democráticos e de responsabilidade social. A nova teoria política do governo que permite os representantes eleitos excluírem politicamente um segmento da população não tem lugar numa democracia construída sobre os princípios da inclusão, igualdade e participação dos cidadãos...

A idéia de que certas classes de pessoas não são moralmente aptas a votarem e participarem no processo de elaboração das leis é antiga e obsoleta ... A negação do direito ao voto que toma por base a falta de valor moral é incompatível com o respeito pela dignidade humana de cada pessoa que está no coração da democracia canadense e da Carta.”

Da mesma forma, a Corte Constitucional Corte sul-africana debruçou-se sobre o tema, no julgamento do caso *CCT 8/99*, no qual se discutia se a Comissão Eleitoral do país tinha ou não a obrigação de assegurar o direito de voto aos presos provisórios e aos condenados. A decisão foi no sentido afirmativo e contém belos trechos, cuja transcrição aqui se justifica:

“A universalidade do voto é importante não apenas para a nacionalidade e democracia. O voto concedido a cada cidadão é

¹⁴ (2002) 3.S.C.R 519, 2002 SCC 68.

uma marca de dignidade e personalidade. Literalmente, ele significa que todo mundo conta. Num país de grandes disparidades de riqueza e poder, ele declara que quem quer que seja, rico ou pobre, todos pertencemos a mesma democrática nação da África do Sul; que os nossos destinos estão conectados numa mesma comunidade política. Direitos não podem ser limitados sem justificativa e a legislação que lida com a cidadania política deve ser interpretada em favor da inclusão e não da exclusão” (...)

Existe uma variedade de formas através das quais o voto dos presos pode ser assegurado na prática. Urnas podem ser postas nos presídios ou outros meios de voto especial podem ser providenciados para os presos. Os presos são, literalmente, uma população cativa, vivendo de uma maneira disciplinada e em ambiente monitorado de perto, sendo frequentemente contados e recontados. A Comissão Eleitoral vai ter pouca dificuldade em garantir que aqueles aptos ao voto sejam registrados e obtenham a oportunidade de votar (...)

O Parlamento não pode, pelo seu silêncio, privar qualquer prisioneiro do direito de votar. Nem este silêncio pode ser interpretado como atribuindo poder quer à Comissão Eleitoral, quer a esta Corte, para decidir que categorias de prisioneiros pode ser privada do voto e qual não pode. O dever da Comissão Eleitoral é administrar as eleições e não determinar o eleitorado; ela deve decidir o ‘como’ da votação, não o ‘quem’. Da mesma forma, a função desta Corte é assegurar que os direitos fundamentais e os processos democráticos sejam protegidos”.

Finalmente, o tema do voto dos presos foi também examinado pela Corte Europeia de Direitos Humanos, no caso *Hirst v. The United Kingdom*, em que se discutiu a compatibilidade entre a legislação eleitoral britânica, que vedava o direito de voto aos presos condenados, e a Convenção Europeia de

Direitos Humanos. A resposta da Corte Européia foi negativa. Para aquele respeitado Tribunal, *“a exclusão do voto imposta aos prisioneiros condenados à prisão é desproporcional. Isso tem em vista o fato de que ela priva um amplo grupo de pessoas do voto; que ela é aplicada de forma automática, sem levar em consideração a duração da pena ou a gravidade do crime. E que os resultados são arbitrários e anômalos, dependendo do cronograma das eleições”*.

Neste quadro, não se justifica, sobretudo no marco da ordem constitucional de 88, que se alicerça sobre as idéias de dignidade humana, democracia e igualdade, a continuidade da prática de exclusão política do preso provisório.

III- Proporcionalidade, Estado Democrático de Direito e o art. 136 da Lei nº 4.737/65

O sistema eleitoral infraconstitucional foi concebido de uma forma que ignora solenemente o imperativo moral e constitucional de garantia do direito de voto ao preso provisório. Daí que alguns preceitos que compõem este sistema, conquanto válidos e legítimos de modo geral, revelam-se inconstitucionais quando aplicados à situação singular do voto do preso provisório, por importarem em restrições desproporcionais a este direito fundamental.

É este o caso do art. 136 do Código Eleitoral, que impõe como requisito para a instalação de seção eleitoral em vilas, povoados ou estabelecimentos de internação coletiva, a presença de pelo menos 50 eleitores. O objetivo perseguido pelo legislador, de economia de meios escassos, é absolutamente legítimo. Contudo, a perseguição de tal objetivo não priva do direito de voto os demais eleitores que residam nestas localidades não servidas por seções eleitorais. Estes eleitores apenas têm de se deslocar para a seção mais próxima, já que não estão legalmente impedidos do exercício da sua liberdade de locomoção.

Contudo, no caso dos presos provisórios, não é isso que ocorre. Como eles estão privados da liberdade de locomoção, e o voto no sistema eleitoral brasileiro é sempre presencial, só há duas formas de viabilizar o exercício do seu direito/dever de votar: ou se instalam urnas eleitorais nos estabelecimentos prisionais, ou tais presos têm de ser conduzidos até alguma outra seção eleitoral. A segunda hipótese, contudo, é certamente mais custosa do que a primeira, pela necessidade de meios de transporte, escolta, etc, e envolve riscos significativos à segurança, em que não seria razoável incorrer, sobretudo em um dia de eleição.

Portanto, a aplicação do art. 136 do Código Eleitoral à hipótese em discussão implica em violação ao princípio da proporcionalidade em sentido estrito, que exige que as vantagens decorrentes de uma medida estatal para bens jurídicos juridicamente protegidos sobrepuje os ônus que esta mesma medida impõe a outros bens jurídicos constitucionalmente tutelados.

Com efeito, a vantagem que advém da aplicação do art. 136 do Código Eleitoral aos estabelecimentos prisionais resume-se à economia de recursos, decorrente da instalação de um número menor de seções eleitorais. Porém, tomando como parâmetro a tábua de valores subjacente à Constituição, é evidente que tal benefício não compensa a lesão ao direito fundamental ao voto dos presos provisórios, haja vista a centralidade da democracia e dos direitos humanos no sistema constitucional brasileiro, bem como a obsessiva preocupação do constituinte com a inclusão política e social dos grupos vulneráveis.

Esta violação à Constituição torna-se ainda mais evidente quando se constata que cabe ao Poder Público decidir os estabelecimentos prisionais em que ficam custodiados os presos provisórios. Com isso, a aplicação do art. 136 do Código Eleitoral permite às autoridades públicas selecionar quais presos não poderão votar, bastando, para isso, alocá-los em instituições sem o número mínimo de eleitores exigido pelo referido preceito. Não é necessário enfatizar que tal possibilidade afronta a mais não poder a idéia de Estado Democrático de Direito.

IV- O Princípio da Proporcionalidade e o art. 91 da Lei 9.504/97

O art. 91 da Lei 9.504/97 dispõe que o requerimento de mudança de domicílio eleitoral só pode ser recebido até 150 dias antes da data do pleito. Ele revogou o art. 55, inciso I, do Código Eleitoral, que fixava o prazo em questão em 100 dias antes da data da eleição.

Este prazo, aplicado à situação dos presos provisórios, compromete seriamente a possibilidade de exercício do direito de voto por eles, tendo em vista a grande frequência com que ocorrem as transferências para outros estabelecimentos, assim como a realização de novas prisões e de solturas. Tais medidas, diferentemente das demais alterações de domicílio, não são voluntárias, mas impostas pelo Estado ao detento.

Ademais, nos demais casos, a restrição contida no art. 91 da Lei 9.504/97 não impede o direito de voto, pois aquele que não postula a transferência de seu título tempestivamente, continua podendo votar na seção correspondente ao domicílio eleitoral anterior. Evidentemente, o mesmo não se dá com o preso provisório, que, por não ter a faculdade de sair da prisão para votar no seu domicílio eleitoral originário, fica absolutamente impedido de exercitar o seu direito/dever político.

Por outro lado, o prazo previsto no ato normativo em questão foi instituído objetivando, por um lado, coibir mudanças oportunistas de domicílio eleitoral, às vésperas da eleição, e, por outro, propiciar o tempo hábil para que a Justiça Eleitoral possa adotar, sem atropelos, as medidas cabíveis visando à transferência do título e do local de votação, antes da data do pleito.

Ora, o primeiro destes objetivos não se aplica ao caso, uma vez que é evidente que ninguém praticaria alguma conduta objetivando ser preso, apenas para alterar o próprio domicílio eleitoral.

Quanto ao segundo, cabem duas observações. Em primeiro lugar, considerando todos os meios e tecnologia de que dispõe a Justiça Eleitoral, não é necessário tanto tempo – 150 dias – para que as medidas necessárias sejam adotadas, visando à viabilização do voto do preso provisório no local em que estiver custodiado. Daí porque, a medida não sobrevive ao teste do *subprincípio da necessidade*, que é um dos componentes do princípio da proporcionalidade, e que impede que medidas restritivas de direito sejam adotadas, sempre que outras, mais brandas, possam atingir ao mesmo objetivo colimado.

Ademais, a medida também não sobrevive ao teste do *subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito*, uma vez que o ganho que ela acarreta, em termos de maior folga para a Justiça Eleitoral possibilitado pela adoção deste prazo tão dilatado, não compensa as severas restrições que ela enseja ao direito fundamental de voto do preso provisório e ao princípio democrático.

Percebe-se com clareza a possibilidade de adoção de prazo muito mais curto para a transferência de domicílio do preso provisório percebe-se através de uma analogia. De acordo com o art. 55, Parágrafo 2º, do Código Eleitoral, esta exigência de prazo não é aplicável “*quando se tratar de transferência de título eleitoral de servidor público civil, militar, autárquico, ou de membro de sua família, por motivo de remoção ou transferência*”¹⁵.

Ora, se é possível dispensar o prazo no caso de transferência ou remoção de servidores, certamente isto também ocorre em relação aos presos provisórios.

Aliás, a *ratio* que justifica tal exceção também se aplica, *a fortiori*, à transferência de título eleitoral do preso provisório, eis que resultante de alteração no domicílio de caráter absolutamente involuntário.

¹⁵ Entende o TSE que esta regra continua em vigor após a edição da Lei 9.504/97 (cf. Ag. Inst. nº 4.762/RJ, Rel. Min. Francisco Peçanha Martins, j. 24.08.2004)

E se é inconstitucional a aplicação do prazo de 150 dias, previsto no ato normativo em discussão, à transferência de título eleitoral do preso provisório, o mesmo raciocínio vale para o prazo de 100 dias, estabelecido pelo art. 55, I, do Código Eleitoral, que valia antes do advento da Lei 9.504/97, e foi revogado pelo seu art. 91.

Os signatários até consideram que não é inconstitucional, *a priori*, a estipulação de um outro prazo, muito mais reduzido, a ser aplicado para a transferência dos presos provisórios. À falta de lei específica, seria possível a fixação deste prazo pelo TSE, na resolução a ser editada para disciplinar as singularidades envolvidas no voto do preso provisório.

V- Princípio da Razoabilidade, Direito à Segurança e o art. 141 do Código Eleitoral

O art. 141 do Código Eleitoral, visando a salvaguardar a liberdade do eleitor no exercício do seu direito de votar, impediu a presença de agentes públicos armados a menos de 100 metros da seção eleitoral.

A aplicação desta norma nas votações realizadas no interior de estabelecimentos prisionais é manifestamente desarrazoada, gerando graves riscos à segurança. É inegável a necessidade da presença de policiais e agentes penitenciários armados no interior dos estabelecimentos prisionais inclusive no dia de eleições, no afã de proteger todos aqueles envolvidos na votação, inclusive os próprios presos, bem como a sociedade de modo geral, reduzindo o risco de fugas, rebeliões ou outros incidentes.

Tão óbvia é a constatação da inviabilidade de aplicação do art. 141 do Código Eleitoral nas votações em estabelecimentos prisionais, que todos os atos normativos do TSE que cuidaram, até agora, do voto do preso provisório, excepcionaram a incidência do ato normativo em questão nesta hipótese.

VI – Justificativas para uma Enérgica Intervenção da Jurisdição Constitucional na Hipótese

Discute-se atualmente, na academia e na sociedade, a legitimidade democrática do ativismo judicial no exercício da jurisdição constitucional, em razão da chamada “dificuldade contramajoritária”¹⁶ do Poder Judiciário, que decorre do fato dos juizes, apesar de não serem eleitos, poderem sobrepor as suas decisões àquelas do legislador escolhido pelo povo.

Não cabe discutir aqui esta intrincada questão da Teoria Constitucional. Cumpre, todavia, apontar que estão presentes no caso diversas circunstâncias que apontam no sentido da plena legitimidade de uma enérgica intervenção do STF na questão em debate:

a) A Constituição Federal é claríssima sobre o direito/dever de voto dos presos provisórios. Não é necessária, na hipótese, nenhuma construção hermenêutica mais polêmica ou sofisticada, para chegar-se a esta insofismável conclusão.

b) O caso diz respeito a um pressuposto básico da democracia, que é a garantia do exercício dos direitos políticos. Não há, portanto, qualquer tensão entre jurisdição constitucional e democracia, em hipótese em que o escopo da primeira é exatamente a efetivação do princípio democrático e do sufrágio universal¹⁷.

c) Os presos, inclusive os provisórios, são uma minoria profundamente estigmatizada no processo político¹⁸. A proteção dos direitos

¹⁶ A expressão “dificuldade contramajoritária” foi cunhada em obra clássica da teoria constitucional norte-americana: Alexander Bickel. *The Least Dangerous Branch*. New Haven: Yale University Press, 1964.

¹⁷ Mesmo os autores ditos procedimentalistas, que desconfiam da jurisdição constitucional, reconhecem a importância do seu papel quando se trate de proteger os pressupostos de funcionamento da democracia. Na linha procedimentalista, as obras clássicas são: John Hart Ely. *Democracy and Distrust*. Cambridge: Harvard University Press, 1980, e Jürgen Habermas. *Direito e Democracia entre facticidade e validade*. 2 v. Trad. Flávio Beno Siebeneichler, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

¹⁸ A idéia de maior ativismo judicial no controle de constitucionalidade em casos envolvendo a proteção de minorias estigmatizadas já assentou raízes na jurisprudência norte-americana, desde a famosa nota de

das minorias vulneráveis, que são vítimas de preconceito no âmbito político, é indiscutivelmente uma das funções mais essenciais da jurisdição constitucional, que está especialmente qualificada para exercê-la, exatamente pelo seu caráter contramajoritário.

d) Já transcorreu prazo muito acima do razoável para que fosse assegurado o direito de voto do provisório, sem que, nem o Parlamento, nem a Justiça Eleitoral, o tenham feito. A Constituição de 1988 já completou mais de 21 anos de vigência, e, antes dela, as demais Cartas brasileiras, desde 1891, já previam este direito, e ele não foi minimamente concretizado até o momento. Esta inaceitável demora é mais um fator a legitimar o ativismo judicial na hipótese¹⁹.

VI – O Pedido de Liminar

Os pressupostos para a concessão de Medida Liminar estão presentes no caso versado nesta Representação, o que justifica a formulação do pedido competente, em eventual ação que venha a ser ajuizada por V. Exa.

Com efeito, o *fumus boni iuris* consubstancia-se na plausibilidade das teses jurídicas sustentadas nesta Representação, que apontam no sentido da grave violação da Constituição, por omissão e por ação, na ausência de providências voltadas à viabilização do direito de voto do preso provisório, e ainda na incidência, sobre a hipótese, dos arts. 136 e 141 do Código Eleitoral, e 91 da Lei 9.504/97.

O *periculum in mora*, por seu turno, evidencia-se na necessidade de que haja decisão sobre o caso, com a necessária anterioridade em relação

rodapé nº 4 do Justice Stone, elaborada no julgamento pela Suprema Corte do famoso caso *Carolene Products v. United States* (30 U.S. 144 (1938)).

¹⁹A idéia do transcurso do tempo, sem a atuação dos atores originariamente competentes para a concretização da Constituição, como fator legitimador da jurisdição constitucional, é explorada por Walther Claudius Rothenburg. *Inconstitucionalidade por Omissão e Troca de Sujeito*. São Paulo: RT. 2005.

ao pleito eleitoral de outubro de 2010, de forma a evitar que, mais uma vez, ocorra grave violação aos direitos fundamentais dos presos provisórios e atentado à democracia. Cabe, neste ponto, salientar que o fato do direito fundamental ao voto dos presos provisórios vir sendo violado há muito tempo não retira a urgência de que seja posto um fim a esta situação de grave afronta à Constituição.

Por tudo isso, e considerando o fato de que o julgamento do mérito das ações que envolvem a jurisdição constitucional abstrata tem levado no STF vários anos, sugerem os signatários que seja formulado pedido de medida liminar ao STF para:

(a) reconhecer a mora inconstitucional do TSE em concretizar a norma constitucional que assegura ao preso provisório o seu direito/dever de votar, e, em razão disto, determinar àquela egrégia Corte que adote as medidas necessárias à viabilização do pleno exercício deste direito, já no pleito eleitoral de outubro de 2010, inclusive com a edição de resolução para disciplina da questão;

(b) afastar, por interpretação conforme a Constituição, a possibilidade de aplicação dos arts. 136 e 141 do Código Eleitoral e do art. 91 da Lei 9.504/97, respectivamente sobre a instalação de seções eleitorais em estabelecimentos prisionais, votações ocorridas nestes estabelecimentos e transferência de título eleitoral decorrente de prisão não definitiva, transferência ou soltura de preso provisório. No que concerne à transferência de título eleitoral, deve-se afastar, também, a aplicação à hipótese do art. 55, I, do Código Eleitoral, que regulava a matéria até ser revogado pelo art. 91 da Lei 9.504/97.

DO PEDIDO

Diante do exposto, esperam os signatários que V. Exa. acolha a presente Representação e proponha no STF Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, cumulada com Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental e Ação Direta de Inconstitucionalidade, com os seguintes pedidos definitivos:

a) seja reconhecida a mora inconstitucional do TSE em concretizar a norma constitucional que assegura ao preso provisório o seu direito/dever de votar, e, em razão disto, seja determinado àquela egrégia Corte que adote todas as medidas, inclusive de caráter normativo, necessárias à viabilização do pleno exercício deste direito, no prazo de 30 dias, ou subsidiariamente, em prazo razoável, que permita o voto em questão já no pleito eleitoral de outubro de 2010;

b) seja realizada interpretação conforme a Constituição do art. 136 do Código Eleitoral, para assentar que ele não se aplica à instalação de seções eleitorais em estabelecimentos prisionais com presos provisórios;

c) seja realizada interpretação conforme a Constituição do art. 141 do Código Eleitoral, para declarar que ele não se aplica às votações ocorridas no interior de estabelecimentos prisionais;

d) seja feita interpretação conforme a Constituição do art. 91 da Lei 9.504/97, para estabelecer que nem ele, nem o art. 55, inciso I, do Código Eleitoral, que tratava anteriormente da matéria, podem ser aplicados à transferência de título eleitoral decorrente da prisão não definitiva, transferência ou soltura de preso provisório.

Caso V. Exa. entenda impossível ou inconveniente a cumulação de ações ora sugerida, solicita-se a propositura de três ações distintas para equacionamento da questão – uma Ação Direta de Inconstitucionalidade atinente ao pedido “a” *supra*; uma Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental relativa aos pedidos “b” e “c”; e uma Ação Direta de Inconstitucionalidade concernente ao pedido “d”. Nesta hipótese, entendem os

signatários que a propositura das demais ações deve ser noticiada em cada uma das petições iniciais, e que deve haver, ainda, pedido de distribuição delas ao mesmo Relator, bem como de tramitação e julgamento conjuntos.

Rio de Janeiro, 06 de novembro de 2009.

DANIEL SARMENTO
Procurador Regional da República

SILVANA BATINI GÓES
Procuradora Regional Eleitoral do
Estado do Rio de Janeiro