09

PROCESSO CP Nº 4.128/96
ASSUNTO: VOTO DOS PRESOS. EMENDA CONSTITUCIONAL. CAMPANHA NACIONAL. PROPOSTA DO CONSELHEIRO FEDERAL RENATO GOMES NERY (MT).
RELATOR: CONS. A. NABOR A. BULHÕES

RELATÓRIO:

I. O em. Conselheiro Federal RENATO GOMES NERY, da Delegação do Estado de Mato Grosso, dirigiu expediente ao em. Presidente do Conselho Federal da OAB em que, após analisar detidamente a deplorável condição do presidiário no Brasil, indica, em face do disposto no art. 5º, III, da Constituição Federal, seja feita

> "... a devida análise técnica da matéria e se for ela aprovada pelo Conselho, concitamos que seja apresentada uma Emenda Constitucional junto ao Congresso Nacional, bem como que seja feito uma campanha nacional a respeito do assunto. Esta será certamente uma das grandes contribuições da OAB para o restabelecimento da dignidade da pessoa humana no Brasil".

II. As razões da indicação, inspiradas em trabalho da Drª. MARIA DA GRAÇA DINIZ BELOV, membro da Comissão Nacional de Direitos Humanos da OAB, estão expostas às fls. 02 a 07 e 09 à 33 dos autos, e de cuja conclusão se extrai:

> "**O VOTO DO PRESO** - Que o Brasil necessita de uma política sólida, séria, coerente e prática para o Sistema Carcerário não existem dú-

vidas. Que o Sistema Prisional precisa ser reformado, também, não há dúvidas. Entretanto, falta vontade política para que isto aconteça. Os segregados não têm voz e nem representação, encontrando na rebelião o único meio de serem ouvidos. Os presos são um zero à esquerda. Ninguém se importa com eles. Constituem um estorvo que foi abandonado nas prisões, como os escravos eram jogados nas masmorras, num passado remoto, para morrerem de maus tratos, de doenças, de fome e de abandono.

Em que pese não haver a pena de morte formal no Brasil, não há como negar que aqui milhares de pessoas foram condenadas a uma pena de morte lenta, dolorosa e contínua e, dentre elas, estão os detentos. Os presos não são frutos do acaso, eles surgiram no seio da sociedade que os produziu, os embalou, os encarcerou e os esqueceu.

O problema existe e precisa ser enfrentado e resolvido para que a dignidade da pessoa humana não seja apenas uma letra morta nos textos das leis. Enquanto os encarcerados não tiverem alguma coisa para dar, ninguém olhará por eles. O Brasil é o paraíso do 'dando que se recebe'. Cremos que a solução poderá vir se se encontrar uma forma de fazer com que os políticos se comprometam com os problemas do Sistema Prisional Brasileiro.

A sentença criminal transitada em julgado gera automaticamente, enquanto durar os seus efeitos, a perda dos direitos políticos do condenado, conforme estabelece o inciso III do artigo 15 da Constituição Federal. Os presos e os cidadãos em geral, fora dessa hipótese, não perdem os seus direitos políticos, a não ser por outro motivo previsto na Constituição. O fundamento de tal norma, segundo alguns constitucionalistas, advém simplesmente de não ser 'ético já que o criminoso não é idôneo para participar dos negócios públicos', como afirmou Pontes de Miranda, citado por Ives Gandra Martins, em Comentários à Constituição do Brasil, vol. II, pág. 595.

Será, também, que é ético aprisionar as pessoas e dar-lhes o tratamento que lhes é dispensado nas penitenciárias, cadeias e presídios públicos por este Brasil afora, como já relatamos acima. Cremos que esta situação possa ser revertida, restaurando-se parte dos di-

reitos políticos dos condenados ao se ***permitir que eles possam somente votar, mas não serem votados***. Não cremos que exista inconveniente algum, uma vez que o menor de até 16 anos e os analfabetos, também, não podiam votar e, hoje, votam, sem, entretanto, poderem ser votados. Se temos dois cidadãos que podem, por exemplo, ser chamados de 2ª categoria, por que não termos, também, um terceiro.

A Drª. Maria da Graça Diniz Belov, membro da Comissão Nacional de Direitos Humanos da OAB é a mentora da idéia, aqui esposada, a respeito do que denominamos de voto do preso. Segundo ela, não seriamos os primeiros a adotá-la e a colocá-la em prática, uma vez que o voto do preso já é uma realidade, por exemplo, nos Estados Unidos da América e não consta que a situação dos presos lá seja, ao menos, parecida com a dos segregados brasileiros" (fls. 05 a 07).

III. É o relatório, no essencial.

VOTO:

IV. Senhor Presidente. Senhores Conselheiros. A matéria submetida a este eg. Conselho pelo em. Conselheiro Federal RENATO NERY é de relevância evidentíssima.

Estabelece o art. 38 do Código Penal que "o preso conserva todos os direitos não atingidos pela perda da liberdade, impondo-se a todas as autoridades o respeito a sua integridade física e moral". Por igual, o art. 3º da Lei de Execução Penal (Lei nº 7.210/89), assegura ao condenado e ao internado todos os direitos não atingidos pela sentença ou pela lei.

Conforme SILVA FRANCO, em Temas de Direito Penal, RT, 1986, pág. 101, a partir das premissas de que o direito de liberdade é um dos direitos fundamentais assegurados pela Constituição Federal a toda e qualquer pessoa, e de que o princípio da legalidade, também de nível constitucional, viabiliza ao cidadão o direito de liberdade pessoal frente ao poder punitivo do Estado, questiona-se a respeito da posição que deve ser reconhecida ao indivíduo despojado dessa liberdade, em virtude de uma condenação.

De conseqüência, indaga o em. Jurista: ficaria ele, porque sem liberdade, à disposição do Estado-Administração? Seria ele um cidadão de segunda categoria, a quem se garantiria apenas o direito de continuar vivo? Ou, em verdade, embora privado de sua liberdade, continuaria sob o abrigo do princípio da legalidade -- que disciplinaria ainda o cumprimento da pena e não somente sua cominação ou sua aplicação -- e das garantias que devem cercar o devido processo legal?

Reportando-se ao passado, destaca que durante largo espaço de tempo reconheceu-se existir uma relação especial de poder entre a administração penitenciária e o preso, relação essa cuja característica mais relevante era a da absoluta dependência deste àquela. A relação especial de poder significava "uma concepção de discricionalidade, como um domínio de não legalidade, como um mundo em que a administração só presta homenagem aos imperativos da conveniência e da oportunidade", como observava ANABELA MIRANDA RODRIGUES em a Posição Jurídica do Recluso da Execução da Pena Privativa de Liberdade.

Este enfoque foi perdendo o conteúdo e, atualmente, já se reconhece que a execução penal não é um "espaço vazio de direito", um "hiato de legalidade", mas um momento que está também submetido ao princípio da legalidade.

Daí a conclusão inafastável de que a aplicação do princípio constitucional da legalidade, como garantia executiva, implica assim o reconhecimento de que o preso não pode ser manipulado pela administração prisional, como se fosse um objeto; de que, não obstante a perda de sua liberdade, é ainda sujeito de direitos (direito à vida, à integridade física, ao trabalho remunerado, à educação, à saúde etc., em resumo, à dignidade humana) e, por isso, conserva todos aqueles cujo gozo e exercício não dependem imediatamente da própria liberdade.

V. Nesse contexto, tem-se que os arts. 38 do Código Penal e 3° da Lei de Execução Penal, filiaram-se aos melhores princípios de justiça e política criminal. O mesmo não aconteceu com a Constituição de 1988 que, no seu art. 15, III, teria estabelecido expressa sanção de suspensão dos direitos políticos do cidadão -- em suas dimensões ativa (direito de votar) e passiva (direito de ser votado) -- em decorrência de condenação criminal transitada em julgado.

VI. Interpretando o citado dispositivo constitucional (art. 15, III), o col. STF assentou, por maioria de votos, ao julgar o RE n° 179.502-6/SP, sendo Relator o Min. MOREIRA ALVES:

> "Em face do disposto no artigo 15, III, da Constituição Federal, a suspensão dos direitos políticos se dá ainda quando, com referência ao condenado por sentença criminal transitada em julgado, esteja em curso o período da suspensão condicional da pena".

VII. Para a Suprema Corte, com a superveniência da nova ordem constitucional (1988), operou-se, no que concerne à privação da cidadania por efeito de condenação penal transitada em julgado, uma substancial transformação. Ao contra-

rio do que dispunha o art. 149, § 3°, da revogada Carta Política de 1969, a vigente Constituição não mais reclama, para efeito de imediata incidência da norma inscrita em seu art. 15, III, ulterior edição de lei complementar.

VIII. Entendeu a maioria da Suprema Corte que, hoje, sendo outra a realidade normativa, torna-se inquestionável reconhecer, ante o que prescreve o art. 15, III, da Carta Política de 1988, que se reveste de auto-aplicabilidade o preceito constitucional em questão: a condenação penal transitada em julgado implica, desse modo, como necessário efeito jurídico, a suspensão temporária de direitos políticos, ainda que favorecido o condenado com o benefício legal do *sursis*.

Com efeito, a privação temporária da cidadania, motivada pela existência de condenação penal, implicaria a suspensão de importantes prerrogativas jurídicas outorgadas pelo Sistema Político aos cidadãos, projetando-se tanto na dimensão ativa (atingindo o *jus suffragii*) quanto na dimensão passiva (afetando a elegibilidade).

A conclusão do aresto proferido pelo Supremo Tribunal Federal -- contra os magníficos votos dos Ministros SEPÚLVEDA PERTENCE, MARCO AURÉLIO, MAURÍCIO CORRÊA e OCTÁVIO GALLOTTI -- é, pois, no sentido de que essa privação temporária de direitos políticos derivaria da regra inscrita no art. 15, III, da Carta Federal, que constituiria preceito revestido de suficiente densidade, revelando-se, por isso mesmo, cláusula dotada de eficácia plena e de aplicabilidade direta, integral e imediata.

A divergência liderada pelo em. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, a partir de interpretação sistemática da Constituição, não divisava automaticidade na suspensão dos direitos políticos, em razão de condenação terminal transitada em julgado, a teor do art. 15, III, da Carta Política. As razões de

seu convencimento estão expostas com clareza e objetividade nos seguintes excertos de seu magnífico voto:

> "Em síntese, parti da verificação de que, no art. 55, para o fim de perda do mandato parlamentar, distinguiram-se a hipótese de suspensão de direitos políticos - quando a perda do mandato pende apenas de um ato declaratório da Mesa das Casas do Congresso Nacional - da de perda do mandato legislativo por condenação criminal - quando dependerá a cassação de decisão constitutiva da Casa Legislativa, assegurado amplo direito de defesa ao condenado, a afastar, portanto, qualquer idéia de automaticidade.
>
> Esse contencioso parlamentar seria de pomposa inutilidade, com todas as vênias, se toda condenação criminal - fosse ela pelo crime de dano, de adultério ou de lesões corporais culposas por imperícia - devesse levar à suspensão de direitos políticos e, conseqüentemente, à perda do mandato parlamentar, eis que dificilmente, se conceberia um sistema constitucional onde o mandatário político pudesse continuar a sê-lo, embora despido de direitos políticos.
>
> Responderam-me com Norberto Bobbio: os preceitos aludidos (art. 55, incisos IV, VI, §§ 2° e 3°) seriam normas especiais em relação ao art. 15, inciso III, da Constituição. Se estivéssemos a fazer um exercício de pura lógica formal, nenhuma objeção. Mas não é com lógica formal pura, **data venia**, que se chega à solução constitucional em caso de tal gravidade.
>
> Em primeiro lugar, partir da premissa de que no art. 15, inciso III a norma é de eficácia plena e aplicabilidade imediata, **data venia**, é uma petição de princípio. É isso que se trata de indagar, e nem sempre é possível saber da eficácia de uma norma constitucional pela literalidade de um dispositivo solitário. Muitas vezes, a necessidade da regulamentação advém do sistema da Constituição, embora a letra do preceito constitucional, aparentemente, seja a de uma regra de eficácia imediata.

> Mas, para afirmar que os preceitos aludidos no art. 55 constituiriam norma especial, teve-se então, que reconhecer, proclamar, descobrir que se cogitaria de um privilégio a mais do mandato parlamentar.
>
> Ora, Srs. Ministros, numa Constituição republicana, onde for possível interpretar o seu sistema como coerente com a isonomia que está à base da república e avessa a privilégios, será esta a minha tendência.
>
> Prerrogativa do parlamentar, prerrogativa do mandato legislativo é a imunidade formal, é a licença prévia da Casa Legislativa sobre se consente, ou não, na instauração ou seqüência de um processo. E por que essa licença prévia? Porque, do processo criminal - cuja sorte penderá, uma vez concedida a licença, da decisão independente do Poder Judiciário, e cuja eficácia advirá apenas de ser uma sentença judicial, poderá decorrer a suspensão de direitos políticos, a perda de mandato do parlamentar. Mas, uma vez concedida essa licença, choca-me que se venha criar um segundo privilégio: autoriza-se o processo, mas, se as coisas correrem mal e o Deputado acabar condenado, então se vai analisar a sua situação, podendo continuar a exercer o seu mandato, e, conseqüentemente, no exercício do mais conspícuo dos direitos políticos, que é o da representação."

IX. Nada obstante, tendo prevalecido o posicionamento da maioria, tem-se que o tratamento dado pela Constituição ao cidadão sujeito a condenação transitada em julgado é socialmente injusto, politicamente equivocado e juridicamente inadmissível em face dos princípios fundamentais que informam e fundam nosso Estado democrático de direito (art. 1º, II e III-CF).

Razoável seria sido a suspensão dos direitos políticos do condenado, na situação prevista no multicitado art. 15, III-CF, apenas quanto à dimensão passiva de sua cidadania (a elegibilidade), pois incompatível o exercício desse direito com o estado de privação da liberdade: aqui a sus-

pensão dos direitos políticos obstruiria o acesso aos mandatos eletivos e aos cargos públicos (quanto a estes, v. Lei nº 8.112/90, art. 5º, II). Nenhuma razão, todavia, parece existir para a obstrução da cidadania do condenado em sua dimensão ativa (o direito de votar), pois o exercício deste direito se compatibiliza perfeitamente com o seu *status poenalis*.

Pelas razões suso alinhadas, o condenado por decisão transitada em julgado deveria ter sido tratado como os analfabetos e os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos (art. 14, § 1º, II, *a* e *c*, da Constituição Federal), os quais, embora inelegíveis, podem exercitar (são titulares do voto facultativo) o direito político ativo. Com razão, no ponto, MARIA DA GRAÇA DINIZ COSTA BELOV, para quem:

> "... o exercício do voto manteria o preso vinculado à vida política do seu país, à certeza de que ainda é um cidadão e de que importa à sociedade, o que ele pensa, pois, seria ele também responsável pelas mudanças sociais. Talvez, aí, esteja uma possibilidade latente de promover mudanças no próprio sistema penitenciário, vinculando-o a uma política pública-criminal e penitenciária mais humana e justa" (Deve o presidiário votar?, Jornal do Conselho Federal - Especial Direitos Humanos/1996, pág. 06).

Mas, em que pesem as pertinentes considerações da indicação e as portentosas objeções contidas nos votos vencidos proferidos no RE nº 179.502-STF, o certo é que, assentado o alcance do art. 15, III-CF pela Suprema Corte do País (art. 102, *caput*-CF), razão assiste à indicação ao propor a intervenção conformadora do legislador constituinte para a alteração da esdrúxula situação a que submetido o condenado por sentença transitado em julgado.

X. Ante o exposto, voto no sentido de acolher a indicação do em. Conselheiro Federal RENATO GOMES NERY para que a Ordem dos Advogados do Brasil se empenhe na alteração da Constituição Federal, mediante proposta de emenda que ofereço, em ordem a devolver-se ao condenado a dimensão ativa de sua cidadania (*jus suffragii*), direito cujo gozo e exercício não dependem imediatamente da própria liberdade.

Rio de Janeiro-RJ, 19 de maio de 1997

A. NABOR A. BULHÕES
Cons. Federal

PROPOSTA DE EMENDA CONSTITUCIONAL

Emenda Constitucional nº , de 1997

Revoga o inciso III do art. 15, insere uma alínea no inciso II do § 1º do art. 14 e altera a redação do § 4º do art. 14, todos da Constituição Federal.

As Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, nos termos do art. 60, § 3º, da Constituição Federal, promulgam a seguinte emenda constitucional:

Artigo 1º. Inclua-se uma alínea, a ser enumerada como alínea d), no inciso II do § 1º do art. 14 da Constituição Federal, com a seguinte redação:

Art. 14. .....
§ 1º. .....
II. .....
a) .....
b) .....
c) .....
d) os condenados por decisão transitada em julgado, enquanto durarem seus efeitos.

Artigo 2º. O § 4º do art. 14 da Constituição Federal passa a vigorar com a seguinte redação:

Art. 14. .....
§ 4º. São inelegíveis os inalistáveis, os analfabetos e os condenados por decisão transitada em julgado, enquanto durarem seus efeitos.

Artigo 3°. Fica revogado o inciso III do art. 15 da Constituição Federal, passando o inciso IV do referido dispositivo constitucional a ser numerado como inciso III.

Brasília-DF, de de 1997

A Mesa da Câmara dos Deputados:

A Mesa do Senado Federal: