

SESSÃO ADMINISTRATIVA DO TRE-SP, DATADA DE 16 DE JUNHO DE 2009. DELIBERAÇÃO SOBRE O VOTO DO PRESO PROVÍSÓRIO. REPRESENTAÇÃO FORMULADA PELA PROCURADORIA REGIONAL ELEITORAL DE SÃO PAULO

00:38 - O Presidente do TRE: MARCOS CESAR MÜLLER VALENTE

Entra em julgamento o Protocolado 955/2007, da Procuradoria Regional Eleitoral, uma representação, a propósito da inclusão eleitoral do preso provisório. A inclusão dos presos provisórios no processo eleitoral, no processo de votação. A eminente Procuradoria pretende se manifestar e tem a palavra.

01:18 – O Procurador Regional Eleitoral: LUIZ CARLOS DOS SANTOS GONÇALVES

Senhores julgadores, essa é uma questão, para nós talvez a mais importante na tarde de hoje.

A Justiça Eleitoral tem uma função constitucional bastante peculiar, porque ela ao mesmo tempo é Judiciário, quando julga as controvérsias e, num certo sentido, nas Resoluções do TSE há um conteúdo normativo, mas a justiça eleitoral tem uma função administrativa, que é organizar as eleições.

E quando ela age como administração pública, ela não age como Poder Judiciário, ela age como administração pública. E nesse sentido, nós do Ministério Público entendemos que é nossa função, nos termos do artigo 129, II, da Constituição, “zelar pelo efetivo respeito dos poderes públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nessa Constituição, promovendo as medidas necessárias à sua garantia.”

Desde o ano passado, quando assumi esse honroso cargo que ora ocupo, nós iniciamos uma série de procedimentos que batizamos de inclusão eleitoral. E foi em nome desses procedimentos que nós, já por reiteradas vezes, provocamos aqui a Justiça Eleitoral, esse TRE, com relação, por exemplo, ao acesso de pessoas portadoras de deficiência às urnas eleitorais e fizemos recomendação também com relação à propaganda eleitoral para as pessoas surdas, enfim, nós entendemos que a inclusão eleitoral é um ato de cidadania.

Nosso primeiro norte foi, e continua sendo, as pessoas portadoras de deficiência e aí nós tomamos conhecimento de uma outra situação de inclusão eleitoral que a nosso ver é impostergável, que é a questão dos presos provisórios.

Os presos provisórios detêm direitos políticos. A Constituição é muito clara ao suspender os direitos políticos dos presos condenados definitivamente. E, portanto, essa mesma Procuradoria Regional Eleitoral que aqui pugna, incessantemente, pela aplicação da lei, pela aplicação rigorosa da lei, se vê aqui, no exercício de sua missão constitucional para dizer: este órgão da administração pública, a Justiça eleitoral de S. Paulo deve, de alguma maneira, promover o direito de voto dos presos provisórios.

Nós entendemos que essa é, na verdade, uma missão de realização de direitos fundamentais. Há um direito fundamental claro e insofismável, por ninguém questionado: o preso só tem suspensos seus direitos políticos quando condenado definitivamente. Enquanto não houver essa condenação definitiva, o preso provisório tem direitos políticos: ele pode ser votado e ele pode votar.

No bojo dessa nossa política de inclusão eleitoral, realizamos uma audiência pública com diversas instituições da sociedade civil. Veio a Defensoria Pública, veio a Igreja, veio associações de juízes, enfim. Nós realizamos um belíssimo evento e ficamos encarregados de reapresentar a esse Tribunal um pleito que já havia sido apresentado anteriormente.

Eu me lembro bem que nessa apresentação anterior, um dos grandes argumentos para o indeferimento era que nosso pedido estava sendo feito muito próximamente as eleições. Então, nesse ano nos antecipamos e, se não me falha a memória, em fevereiro desse ano não eleitoral, nós fizemos um pedido para que essa Justiça Eleitoral organize e dê início de algum modo, a essa realização de direitos fundamentais.

Então, esse é um dos casos nos quais o Ministério Público Eleitoral funciona quase como um porta-voz da sociedade civil. Houve, como disse, Defensoria Pública, associações, uma série de organizações não governamentais, pessoas que lutam pelos direitos humanos, direitos fundamentais, vieram até nós, nós demos vazão a esse pleito e acreditamos nesse pleito. É um direito fundamental e tem que ser realizado.

A Constituição tem que ser cumprida, mesmo quando nós, o que é uma franquia da cidadania, achamos que a solução constitucional não é a melhor: “Olha, aqui, talvez, a Constituição tenha sido exagerada”. Mas nós temos que cumprir a Constituição. A Constituição é nosso norte. É a Constituição que nos dá o poder de estarmos aqui hoje, exercendo respectivamente nossos papéis. Eu só estou aqui porque a Constituição

quer. Vossas Excelências estão aqui porque a Constituição quer. E a Constituição quer que o preso vote, que o preso provisório vote.

Nós fizemos um pedido, e se for permitido um auto-elogio, nós fizemos um pedido muito razoável. Nós entendemos que há dificuldades de monta na realização desse direito fundamental. Nosso pedido não era que, nas eleições de 2010, os 200 mil presos provisórios de S. Paulo passassem a votar. Não era esse o nosso pedido. Nosso pedido é que fosse feita uma experiência piloto. Que a assessoria, que a administração desse Tribunal escolhesse algum presídio de presos provisórios, nos quais esses presos eventualmente teriam lá uma permanência maior, para a realização de uma experiência piloto.

Nós sabemos que há dificuldades de toda a ordem. O preso é provisório, então ele pode sair a qualquer momento. Há necessidade de verificação do período eleitoral de transferências. Nós sabemos que há dificuldades em relação à composição dos mesários, nós sabemos que há dificuldades em relação à fiscalização...

Nós estamos cientes disso.

Mas eu acredito que essas dificuldades são transponíveis.

E eu trago aqui o seguinte depoimento, quase um repto a essa Justiça. A Justiça Eleitoral de S. Paulo é a mais importante do Brasil. Nós não podemos abrir mão de um protagonismo que é nosso e de ninguém mais. Agora, em cinco ou seis Estados os presos já começaram a votar. Inclusive naquele que hoje é o maior presídio do Brasil, que fica em Porto Alegre, a Justiça Eleitoral de lá já começou o procedimento de voto dos presos provisórios. Já fizeram lá uma experiência piloto, já chegaram a conclusões do que dá pra fazer e o que não dá pra fazer, onde pode estender, onde não pode estender.

O TSE regulamentou a questão. Ele disse que o preso deve votar, sempre que possível e os Estados devem fazer essa verificação da possibilidade.

Então, é o repto dessa Procuradoria: se isso foi possível no maior presídio do Brasil, se 5 (eu não tenho o número exato, aqui) ou 6 outros Estados da Federação já iniciaram...Vejam, o Rio Grande do Sul não é um Estado pequeno. Porquê que a Justiça Eleitoral de S. Paulo, porquê que a administração eleitoral abre mão desse protagonismo? E abre mão num sentido negativo, que causa aflição na sociedade civil, porque diz respeito a direitos fundamentais.

Então, nessa audiência pública que nós realizamos lá, as pessoas disseram o seguinte: “Nós vamos levar a questão à Corte Interamericana dos Direitos Humanos, contra o TRE-SP”. E a nossa voz foi muito ponderada: você não vai fazer isso coisa nenhuma. Antes disso nós queremos propiciar ao TRE-SP, tempestivamente, oportunidade para que ele se manifeste, oportunidade para que ele analise a questão e indique as possibilidades, indique as dificuldades para, num diálogo construtivo com a sociedade civil, iniciar esse procedimento.

Vejam: é a dinâmica dos direitos fundamentais. Eu tenho certeza que se nós fôssemos lá, num centro de detenção provisória, e talvez perguntássemos aos presos: vocês querem votar? Provavelmente eles diriam: “Não, nós queremos sair daqui, queremos que nossos recursos sejam apreciados, nós queremos defensores públicos, nós queremos instalações penitenciárias condignas...”. Eles não querem votar.

Mas vejam a dinâmica dos direitos fundamentais. A famosa eficácia horizontal dos direitos fundamentais: eles são informadores da sociedade. Mesmo um desinteresse eventual do titular daquele direito não exonera os poderes públicos de atuar no sentido de realizar os direitos fundamentais.

Então nós estamos conscientes das dificuldades. A nossa proposta não é demagógica: “nunca houve e agora, ano que vem, 200 mil vão votar...”

Não é isso.

O que nós propusemos foi, que essa Corte fizesse uma comissão de estudos, que essa Corte indicasse os lugares mais propícios, que essa Corte fizesse uma experiência piloto...

Eu tenho certeza que voluntariado não faltará para compor os mesários. Eu tenho certeza que os partidos políticos indicarão seus representantes.

O receio da contaminação política... o receio da contaminação política pelo crime organizado existe, mas aí eu vou me permitir dizer a V. Exas: existe dentro dos presídios e existe fora dos presídios. O fenômeno do crime organizado ocorre lá dentro e ocorre aqui fora. Aqui fora também nós temos também notícias. Eu vou lembrar a V. Exas., no Rio de Janeiro, no qual em certas comunidades o crime organizado determinou que esse ou aquele candidato fosse eleito.

Portanto, é o nosso pleito de que essa Corte ...As razões administrativas apresentadas são ponderáveis, são as mesmas do outro ano e eu pergunto se não está na hora da gente exercer um pouco mais de protagonismo e dar um primeiro passo.

11:45 - O Presidente do TRE: MARCOS CESAR MÜLLER VALENTE

Eu mantenho a minha decisão indeferitória dessa postulação. Já havia em outra oportunidade postulado igual, aí, conforme os interessados e eu vou...

Há aqui uma manifestação da nossa Secretaria Geral, da nossa Diretora Geral, que eu vou sintetizar e acrescentar mais alguns argumentos.

Diz aqui a informação da diretora: Trata-se de representação arrolada pela Douta Procuradoria Regional Eleitoral de São Paulo, do Ministério Público Federal, objetivando a implementação do voto aos presos provisórios no Estado. A entidade esclarece que em interpretações anteriores foram indeferidos, em virtude dos seguintes argumentos

O prazo para o deferimento da inscrição eleitoral, por transferência, encerrava, já estava encerrado naquela oportunidade. Se providenciada seção eleitoral em estabelecimento prisional, os prazos para transferência de seção se encerravam por volta do mês de maio do ano eleitoral.

Quem se transferisse para a seção instalada em um estabelecimento prisional e fosse solto ou, digo eu também, transferido, deveria se dirigir ao local da prisão para votar.

As mesas receptoras de voto devem ser compostas preferencialmente por eleitores da seção eleitoral, então deveriam ser os próprios presos, isso diz a Diretora Geral, com uma conclusão que não é totalmente correta.

A votação poderia ocorrer sem fiscalização caso os partidos políticos não nomeassem fiscais (art. 131 do Código Eleitoral). Exigência de policiamento ostensivo junto às seções eleitorais poderia influir na liberdade do voto.

A seguir, a Procuradoria reconheceu expressamente que os itens I, II e III dificultavam a efetivação do voto do preso. Aí tem a questão do prazo também que esclareço no momento adequado, mais pra frente. O que, entende, não acontecia com as demais, vez que os mesários não precisam ser necessariamente presos, que a fiscalização é ônus dos partidos políticos, que podem ou não exercer esse direito, que os presos estão acostumados com policiamento ostensivo. Ademais, aduz que os óbices I, II, e III, ainda que reais e efetivos, foram superados em outras unidades da federação.

Assim, indica locais para a instalação das seções, indica determinados lugares que teriam o privilégio de poder votar.

Instalada a se manifestar, a Assessoria de Planejamento Estratégico das Eleições elucidou que as objeções apontadas pela Procuradoria Regional Eleitoral constam dos pareceres tais e quais, cujas cópias vieram aqui com os autos. Em seguida, registra que como a própria requerente admite, as questões relativas à inscrição eleitoral, à vinculação do eleitor perante a seção, são óbices de caráter relevante e no entender daquela assessoria, insuperáveis. No que toca a composição da mesa receptora, objeção que aquela unidade entende superável, de fato os mesários não precisam ser necessariamente detentos, sendo possível o concurso de mesários voluntários

Com relação à designação de fiscais por parte dos partidos políticos a assessoria informa que é um *munus* porém essa Diretoria Geral entende que a fiscalização partidária é uma segurança para a Justiça Eleitoral, não podendo ser abdicada em nenhuma hipótese, uma vez que a ela está agregada a imagem ...; urna eletrônica que deverá obrigatoriamente...

Por fim, registra que no entender da peticionária os detentos estão habituados com o policiamento ostensivo. Contudo, dentro da seção eleitoral estariam na condição de eleitores, não de condenados provisoriamente, podendo a presença da força armada ser considerada como um agente cerceador da liberdade de sufrágio.

Assim, manifestou-se a Diretoria Geral pelo indeferimento.

Eu devo lembrar, com a devida vênia, que quem está preso provisoriamente, salvo algum desvio de processo, está preso por ordem judicial. Não se trata de prisão irregular, trata-se de prisão conforme o processo legal, salvo evidentemente aqueles que tenham um prazo...

De outro lado, eu vejo dificuldades enormes, intransponíveis. Os presos podem, ou serem soltos – e eu me pergunto como eles iriam comparecer ao presídio para votar. Alguns dizem, com certo exagero, que é quase tão difícil entrar numa cadeia quanto sair dela. É preciso segurança. É preciso segurança.

De outro lado, há transferências no seio do próprio sistema penitenciário, de uma prisão para outra. Mas ainda: eu não vejo como se possa recrutar mesários, salvo aqueles indicados por algumas entidades que se revelam engajadas nesse processo eleitoral e também a fiscalização, a fiscalização será extremamente dificultosa num lugar desse, porque, convenhamos, nós sabemos que é extremamente constrangedor, difícil, o ingresso numa penitenciária. É difícil e as pessoas as vezes manifestam insegurança. Aliás, poucas pessoas fizeram isso. Só nós juízes que

frequentamos cadeias, mas é muito raro que um cidadão já tenha estado nesses lugares.

E sobretudo, sobretudo, me preocupa a tranquilidade social. Estão sendo indicados aqui alguns presídios. Eu me pergunto se de outros presídios, os presos, sobretudo aqueles que não são, não estão no caminho da recuperação, não irão protestar por tratamento igual. “Porque estamos sendo discriminados?”; “porque na Detenção Provisória de Pinheiros, um lugar sabidamente perigoso, se vai votar e em outros lugares não se pode votar?”

São argumentos válidos. Mas, sobretudo, o que eu não vejo é condições reais de implantar isto. Provavelmente teremos problemas sérios, a inquinar de alguma suspeição o próprio processo eleitoral e, talvez, não conseguiremos concretizar essa idéia.

Veja-se o que disse o TSE, foi citado aqui: recolher os votos dos presos provisórios quando possível, quando possível. Nós nunca tivemos aqui em S. Paulo essa implementação. E é bom lembrar que São Paulo, como em tudo, é o recordista absoluto de presos. Nós temos aqui penitenciárias funcionando superlotadas e Casas de Detenção Provisória e presídios, em suma, sem condições de implementar um serviço desses.

Eu tenho para mim que é um momento histórico sim para esse Tribunal e concito Vossas Excelências que, afinal de contas, se trata de manter o meu voto, a meditar sobre isso, eu sei que há votos discordantes aqui, mas estaremos assumindo, perante a sociedade, que reclama por segurança, um grave posicionamento. Está em discussão.

19:10 – O Juiz Eleitoral WALTER DE ALMEIDA GUILHERME

V. Exa fala que há votos discordantes porque nós já conversamos muito sobre isso, não é?

Eu já manifestei minha discordância com esse pensamento de V. Exa, muito bem exposto, não há dúvida.

Eu parto de um ponto de vista que a mim parece intransponível. A Constituição outorgou um direito há 21 anos, em que ela está em vigor. É um dispositivo de eficácia plena, nunca exigiu regulamentação. Portanto, é de eficácia imediata, assim que promulgada a Constituição. Será que a Constituição estatuiu um monstrengo jurídico, um direito absolutamente incapacitado de ser efetivado? Todos os argumentos que V. Exa. citou aí são todos absolutamente pertinentes, da enorme dificuldade que teríamos em fazer com que os presos provisórios votassem.

Mas existe um argumento conceitual e doutrinário: como negar direito ao preso que a Constituição assegura? Vamos negar por uma hipotética ou pretensa ou até razoável inexecutabilidade?

Mas se fosse tão inexecutável assim não teriam os outros Estados.... Evidentemente que S. Paulo tem duas três vezes presos provisórios que os demais Estados. Mas se fosse assim os outros Estados também não teriam se abalançado a fazer com que se cumpra a Constituição!

Quanto tempo nós vamos deixar de fazer cumprir a Constituição? Vamos postular para que uma emenda à Constituição venha a dizer que o preso provisório não vote. Muito bem, faremos isso. Mas por quanto tempo e até quando?

Eu converso com todos.. eu converso... Aqui no Tribunal eu converso com todos, os funcionários... A maioria é contra. A maioria daqui é contra, dadas essas dificuldades.

Eu nas aulas eventuais que eu profiro, palestras, etc, eu sempre dou um jeito de fazer uma pergunta ao auditório. E surpreendentemente a maioria dos que eu consultei diz que não, que o preso não deve votar. Não é o contrário, que o preso não deve votar.

Mas a gente percebe por trás desse argumento, posso estar errando, é claro, um certo ranço de que o preso não tem direito algum. Que o preso não deve votar. Imagine, o preso deve ser morto, deve ficar preso indefinidamente! Quanto mais votar, que luxo é esse?

Aqueles que me respondem... é claro, nunca me disseram isso, mas eu posso captar uma certa indisposição com o direito do preso.

Eu não vou defender preso, nem atacar preso. Eu tenho uma Constituição a cumprir, há vinte e um anos! Uma Constituição que se alega, contra ela, uma possível inexecutabilidade, uma possível incapacidade de transformar isso em realidade.

Bom, claro, esse não é um argumento de peso, porque existe proposta de emenda constitucional para tudo, mas existe uma proposta do Senador Pedro Simon, homem de respeito, que garante o voto ao condenado, até querem mudar a Constituição para dar voto ao condenado, evidentemente mantendo o voto do preso provisório.

Dificuldade de alistamento, dificuldade de angariar mesário, dificuldade de fazer o preso entender que deve votar, porque, realmente, é verdade, talvez a maioria nem se interesse por votar.

Mas aí nós estamos avançando num plano maior. Você abre mão de um direito, vale a pena abrir mão de um direito, porque o destinatário abre

mão desse direito de votar porque ele quer a liberdade... isso é o de menos para ele.

Já me disseram, vamos ter um partido do PCC nas penitenciárias. Mas teremos lá e teremos aqui. A infiltração do PCC e outros grupos criminosos na sociedade é muito grande. E nem é tão maior assim nas cadeias do que fora das cadeias. Afinal, os crimes cometidos pelo PCC são cometidos por gente que está fora das cadeias. Então fico preocupado com isso. Eu até me proporia, claro se surgisse e quando surgisse a oportunidade, fazer uma audiência pública, para a sociedade. Se bem que, aí nós teríamos aquele dilema: vamos ouvir a voz das ruas, Joaquim Barbosa, ou vamos ouvir a voz da lei, Gilmar Mendes?

Talvez a voz das ruas não seja tão favorável ao voto do preso. Talvez seja mesmo contrária ao voto do preso. Porque talvez a maioria do povo quer a pena de morte, a maioria do povo quer o esquartejamento, aplaude a tortura...Eu não estou criticando essa gente que pensa assim, não estou não.

Mas, provavelmente, a maioria do povo diga: Isto é demais, isso é a prova de que o Brasil não tem conserto. Em vez de tomar conta da sociedade, em vez de cuidar da segurança, se mete a dar voto ao preso. Talvez a sociedade pense assim. Esta seria a voz das ruas? Não sei, claro que não sei se é essa a voz das ruas.

Mas eu volto ao ponto inicial: quando vamos cumprir uma Constituição? Vamos descumpri-la? Será que os constituintes criaram efetivamente um direito de absoluta impossibilidade de ser viabilizado?

Há alguma vantagem em dar o voto ao preso? Talvez haja a vantagem da inclusão social. Talvez o preso, então, se mostre mais consciente da sua vida fora do presídio, votando e talvez isto ajude na sua forma de socialização? Não sei. Aliás eu sempre disse para mim mesmo, quando as pessoas me perguntam. Eu sou absolutamente descrente da pena como fator de socialização, do jeito como ela é cumprida no país. Ou alguém acredita no contrário? Aquela velha máxima: entra lá e sai muito pior. Isso é verdadeiro ou não é? Entra lá fazendo o primário, sai formado na faculdade, como se diz... Isso é verdadeiro ou não é?

Parece ser absolutamente verdadeiro. Mas temos que prender, é o único jeito, não vamos deixar à solta nas ruas.

Mas então, é uma forma de inclusão, acho importante isso. Embora o meu argumento central é um argumento jurídico.

Não vejo condição de não aplicar a Constituição, com argumentos ponderáveis da dificuldade, mas dificuldades que podem ser transpostas

ou, pelo menos que se experimente se elas podem ser transpostas ou não.

Chegando-se à conclusão: impossível, a Constituição outorgou um direito que não é possível ser viabilizado, então vamos tirar esse direito da Constituição.

Esses são argumentos que eu uso para mim, uso para quem me consulta, eventuais debates, etc., tenho sempre usado esses argumentos.

Eu estou convencido de que é o momento de fazer com que este Tribunal ... eu concordo com esse protagonismo... São Paulo tem que sair à frente. Já não saiu à frente porque outros Estados... Alguém pode dizer: isso não é sair a frente, isso é sair atrás. Ao contrário, isso é um retrocesso, os Estados que deram direito ao preso é que estão errados. Nós vamos ser protagonistas negando o direito ao preso. Eu penso ao contrário

26:35 – O Juiz Eleitoral PAULO ALCIDES

Sr. Presidente, eu estou aqui ouvindo atentamente as ponderações, ouvi de Vossa Excelência, do ilustre Procurador, do Des. Walter Guilherme mas uma coisa me surgiu... até fiz um comentário aqui, com o Juiz Flávio Yarshell...

Eu estou meio afastado do Direito Penal há muito tempo, principalmente dessa parte de execução de pena, como é que são os regimes, a situação em si das cadeias hoje em dia, eu estou muito afastado, eu conheço pelos jornais e outras matérias relacionadas.

Mas ao que me consta, ou pelo menos do que eu me recordo, eu não vejo como o preso vai participar da campanha política. Aí eu me pergunto: vai votar, vai votar como, votar em quem? Porque não tem televisão, não tem acesso à propaganda eleitoral, não tem acesso ao debate eleitoral, ao debate público.

Eu vejo essa situação, se monta, se mexe com a estrutura e se coloca o voto à disposição do preso, mas o preso vai votar como e em quem?

Aí vem aquele problema das gangues, PCCs e outras coisas mais. Acaba votando influenciado por outras pessoas, por outras determinações, por outras contingências.

Eu não sei se realmente... Eu entendo essa preocupação do Des. Walter Guilherme com relação à não aplicação da Constituição. Mas ao que me consta, não será nem a primeira nem a última regra constitucional que

não é aplicada. Veja o exemplo dos juros de 12% que até hoje estão no papel, ao mesmo tempo...

[já foi revogado!]

Já foi revogado, mas foi revogado agora. Mas isso foi agora.

Mas tem uma série de coisas constitucionais que não se aplicam. Estão lá para figurarem como uma norma constitucional, mas não se aplica.

Essa questão do preso, que tem direito de voto porque não foi condenado mas... é complicado.

Eu entendo essa preocupação, se fazer um plano piloto, eu acho interessante, eu não sei se isso pode ser feito de uma maneira pré-eleitoral. Tentar, de alguma forma implementar essa questão, agora, eu acho que deve ser levado muito em conta esse problema relacionado à campanha eleitoral em si.

Se nós que somos nós já temos essa campanha eleitoral, os eleitores de uma forma geral já não aguentam porque é só televisão, esse debate, eu quer dizer, já há um desinteresse, eu fico imaginando o desinteresse do preso, de ficar, se tivesse acesso, se é que tem, de ficar ouvindo debate eleitoral, publicidade eleitoral, orientações de partidos, programas de partidos.

Então, fica muito distante da realidade, o exercício legítimo do direito de voto, esse direito de opção, esse direito de escolha, o voto consciente e tentar ver se o preso vai ter esse voto consciente.

Eu acho que, no momento, diante dessa situação, esse é um complicador, que, no meu modo de ver, nesse momento, inibe o acolhimento dessa pretensão, embora seja favorável.

Eu só gostaria de saber como isso seria aplicado. Eu acho que se fizer um estudo pré-eleitoral a respeito de como isso se desenvolveria, e principalmente com relação à participação do preso com relação à campanha eleitoral, aí se poderia tentar imaginar o conhecimento disso tudo.

Então, por estas razões, com a devida vênia do Desembargador Walter Guilherme, eu estou acompanhando Vossa Excelência.

31:40 – O Juiz Presidente MARCOS CÉSAR MÜLLER VALENTE

Continua em discussão.

31:42 - O Juiz Eleitoral GALDINO TOLEDO

Parece que o caso é típico de colidência de direitos. Provavelmente o constituinte quando não excluiu o direito de voto do preso provisório não imaginou as conseqüências dessa exclusão. Muita coisa é colocada na Constituição sem se saber no quê que vai dar, como a história dos juro de 12%, como todos os direitos sociais que nós temos, o direito à saúde, o direito à educação, são regras quase programáticas, de efetividade quase que nenhuma. O Estado sob o ponto de vista de exercer efetivamente aquelas regras, aqueles direitos sociais garantidos é praticamente incapaz de fazê-lo. Até agora a próxima, a última, que é a regra da razoabilidade da duração do processo judicial, que também é mais uma mera regra programática, incapaz de ser realizada.

É evidente que há um direito garantido de voto, mas esse direito não é exeqüível na totalidade. Não há como se prestigiar o direito de apenas alguns, sob pena de ao invés de se propiciar abrangência maior, se está criando castas.

Existem pessoas que gostariam de votar e estão em hospitais. Será que nós teríamos também que garantir aí seções eleitorais em hospitais para que essas pessoas pudessem votar. Afinal de contas elas também estão impedidas contra a vontade de se eleger.

Sem contar que existem prazos específicos para a inscrição de determinada seção, então só o preso que estivesse naquela seção até maio poderia votar. Aquele que fosse preso no dia seguinte, não votaria, o que fosse preso dois dias antes, dentro do limite do prazo, também ficaria impedido.

Então na realidade, nós não estamos aumentando, não estamos incluindo, estamos favorecendo alguns. Os que estão presos há mais tempo votam, os que não estão, ficam sem votar, não me parece exeqüível, ao longo da minha experiência. Eu participo do processo eleitoral desde o tempo das cédulas, das apurações. Eu não vejo, não há inclusive a possibilidade de que se promova a fiscalização da própria propaganda eleitoral dentro dos presídios, quem é que pode garantir que não haverá propaganda, porque o Estado é incapaz de fiscalizar.

A segurança, quem é que garante que não haverá uma ordem externa dizendo: “aqui tem 200 presos, tem que ter 200 votos para fulano de tal, se não tiver, alguém vai morrer?”

É muito fácil saber quantos votos são, porque, afinal de contas, o eleitorado lá é pacífico e a gente sabe quem votou e quem não votou

Respeitando o entendimento do Des. Walter Guilherme, a preocupação da Douta Procuradoria, eu acho que é um caso típico de colidência de direitos. E o direito da sociedade, nesse caso, de preservar sua segurança suplanta, eventualmente, o direito de um preso de poder votar. Então eu acompanho Vossa Excelência.

34:27 – O Juiz Eleitoral FLÁVIO YARSHELL

Eu não sei se tenho alguma coisa para falar, de útil aqui, a não ser manifestar minha própria dúvida, Sr. Presidente. Mas, de qualquer modo, eu acho melhor aqui que já manifeste o voto, ainda que não totalmente convicto disso.

Eu, aqui, enquanto ouvia as considerações, localizei aqui na *internet* o voto, dado pelo Min. Celso de Mello na ADPF 45, em que ele, a propósito da implementação de políticas públicas, ele tratou extensamente da chamada reserva do possível. Dizendo que, na verdade, o Estado não pode criar artificialmente obstáculos à implementação de políticas de direitos fundamentais, justamente como forma de se escusar, ele próprio cria obstáculos e diz que não pode implementar. E a tal da reserva do possível, diz S. Exa. se traduz num binômio que compreende a razoabilidade da pretensão individual e de outro lado a existência de disponibilidade financeira do Estado para tornar efetivas as prestações positivas.

São situações um pouco diferentes, mas acho que muito do que foi construído aqui por S. Exa. se aplica ao caso

Eu não ponho em dúvida, Sr. Presidente, a existência do direito fundamental. Isso está fora de dúvida. A questão me parece que é de colidência de direitos fundamentais. Também a segurança, e outros dos valores devotados também são direitos fundamentais.

E também há essa questão do limite do que é possível, porque é possível que se vá a corte “X, Y, Z”, e se imponha ao Brasil determinada sanção pelo descumprimento de uma norma que impõe um direito fundamental, o reconhecimento de um direito fundamental..

A questão é saber como se implementa isso. A idéia do plano piloto ela é razoável sob uma perspectiva pragmática, mas ela acaba brigando com o próprio conceito. Se o conceito é válido, o conceito não pode comportar

plano piloto. Seria talvez uma forma de superar as dificuldades operacionais que constituiriam um limite à reserva do possível.

Então, eu, me sentindo até constrangido pelo meu despreparo para falar, porque as vozes mais experientes aqui é que devem prevalecer. Eu tenho receio de dar uma manifestação. Eu sou muito honesto, peço licença para falar isso, muito teórico a respeito. Eu não gostaria de proferir um voto divorciado da realidade. Por outro lado eu não gostaria aqui de ser porta voz da negação de um direito fundamental. Mas, para resumir, Sr. Presidente, e concluir, eu me convenci de que os óbices materiais opostos à efetivação desse direito fundamental, por hora justificam a sua não implementação.

Faço isso com grande dúvida. Com grande dúvida, que tenho certeza foi a dúvida que também inspirou V. Exa., mas que também não nos impede de julgar.

Então, eminentes pares, eu sigo o voto dado pelo Eminente Presidente.

38:30 – O Juiz Eleitoral BATISTA PEREIRA

Eu acho que vou ser um pouquinho mais radical, na interpretação que se está dando ao texto constitucional.

Eu, desculpa, mas eu não vejo esse direito exsurgir nitidamente do texto constitucional. O sistema que nós adotamos aqui sempre foi o do voto obrigatório. Esse sistema, pós 88, obrigatório parcial. Após 88, ele ficou mais parcial ainda. Porque essa parcialidade? Porquê os acima de 70 estão dispensados sem justificativa alguma. E depois se criou a possibilidade de 16 a 18 anos, voto facultativo.

A tendência moderna do direito eleitoral é levar à facultatividade. A questão da obrigatoriedade é um fenômeno sociológico que não resistirá muitos anos mais nas sociedades modernas. Tudo aquilo que é chato, é obrigatório, tem que fazer por força da lei, normalmente há uma reprimenda, quando não há protestos generalizados. Desde as priscas eras se elegeu o *Jacaré* no Rio de Janeiro, lembram-se disso. Aqui se elegeu o *Biro-Biro*. *Cacareco*. O Jacaré que era *Cacareco*. Aqui o Biro-Biro. São votos de protesto.

Uma vez conversando com pessoas do nosso nível, não jurídico, mas nosso nível social, num ambiente social, evidentemente, num clube, tinha umas 12 pessoas e o Enéas tinha tido um milhão e meio de votos. Levou aquele sujeito do Rio de Janeiro que se transferiu para S. Paulo só pra fazer de conta, com 240 votos, voto proporcional, saiu deputado federal, que depois abandonou o partido. Como levou também a Havanir junto. E

eu quando comecei a perguntar, ali dentro dos que estavam presentes, como é que esse sujeito teve um milhão e meio de votos? Dos 12 que estavam presentes, 8 haviam votado nele de protesto, contra a classe política. Então, isso eu quero na verdade deixar claro que essa questão da obrigatoriedade é complicado.

Agora, aqui está se partindo do seguinte pressuposto: a Constituição não deixa claro que quem está preso provisoriamente tem o direito de votar. Ou se só quem está condenado definitivamente que está com seus direitos suspensos politicamente. Isso ela diz.

A verdade é que a lei eleitoral... Não, eu estou indo no conceito mesmo, com a devida vênia. Eu não tenho receio nenhum, de nenhuma corte internacional, não em relação à exequibilidade, exequibilidade eu acho até que nós teríamos como contornar, até na identificação e uma série de outros fatores. O que eu vejo é o seguinte: o que diz a lei eleitoral? Ninguém pode ser preso, a não ser em flagrante delito, naquelas horas que tem de antes da eleição e 24 depois dela. Isso para garantir, evidentemente que, é uma norma antiga, vem lá do Código Eleitoral, mas é pra garantir que, logicamente que não se faça ...eu sei que ele matou... prende o sujeito.

Então, a não ser em flagrante delito. A própria legislação reconhece isso, que pode ser preso em flagrante delito. Só faltava essa também, então os assaltos iam pulular no dia das eleições... não posso ser preso, tô assaltando e tô levando.

Então não me parece, não me parece que ela garante, a norma em si, a não ser por uma construção hermenêutica, que eu respeito, que foi feita aqui, dizendo o seguinte: olha, só o condenado que tá com os direitos políticos suspensos. Daí porque eu parto da seguinte premissa: enquanto não condenado eu tenho direito de voto. Não é verdadeira a premissa, desculpe. Porque se eu for preso em flagrante às cinco horas da manhã, dou um tiro na minha mulher, na minha casa, e a polícia vai lá, nem começou a seção eleitoral, estou preso em flagrante, vou ficar preso e ninguém me garante o voto. Porque a própria lei diz que eu não tenho o voto, tanto é que ela fala, salvo quem for preso em flagrante. Quer dizer, se da... se eu tiver uma ordem judicial naquele período que permeia entre o início, antes do início da eleição, até depois da eleição, nem por ordem judicial eu posso ser preso. A polícia pode me escoltar, até passar as horas pra depois me prender. É isso que ela garante.

Agora, me desculpe, falar que desse conceito, que diz, olha, só o condenado que está com os direitos políticos suspensos, daí eu infiro que, tiro a interpretação de que todos aqueles que não estão condenados definitivamente, teriam direitos ao voto, como se está propondo, me desculpe, não me parece uma verdade absoluta. Eu acho que não. Eu acho que aqueles que estão presos por ordem judicial, antes do período,

ou aqueles que são presos em flagrante delito durante o período, não terão direito de voto. Eu vejo pelo conceito, não tô vendo pela exequibilidade, não.

(...omissis)

Na verdade é o seguinte, eu não tiro do conceito essa, desculpe, essa obrigatoriedade ou esse direito de inclusão social. Eu não tiro isso. Não tiro.

Inúmeras pessoas... É por isso que nós temos a justificativa eleitoral. O voto é obrigatório mas, se eu posso que, se eu não estiver no meu domicílio eleitoral, eu justifico. Mesmo se eu não justificar eu tenho três dias depois das eleições para justificar. Se eu não o fizer vou ser multado, pago a multa, estou quites outra vez

A lei permite uma série de situações que, na verdade, abrandam o rigorismo da chamada obrigatoriedade do voto eleitoral.

É dentro disso é que se construiu esse conceito, a meu ver ele não é expresso, ele é tirado de uma interpretação que, me desculpe, eu não comungo com ela. Eu acho que, não só porque falou GALDINO, quantas e inúmeras pessoas estão em nosocomios, operadas, terminais, conscientes ainda e que poderiam votar e nós não estamos preocupados com ela. Não sei nem se são, não fiz um estudo, se são em número condizente a qual colégio eleitoral, que fica absolutamente impossibilitado, até por recomendação médica. A pessoa está muito bem, o médico diz “OK”, não vai poder sair de casa, repouso, lhe dou um atestado e ela vai justificar com um atestado e acabou. Ela não teria uma forma de obrigatoriedade.

Fazer nascer dessa construção interpretativa, eu não digo que não é inteligente, é inteligente, uma forma, aí sim, me desculpe o que eu vou falar, como uma forma de pseudamente dizer que nós estamos incluindo essa turma, que nós estamos permitindo a esses cidadãos que tem a sua vida tolhida por alguma forma de delito, etc, estamos abrigando-os nesse direito fundamental que eles teriam de voto, eu, me desculpe, mas eu acho que isso não corresponde à realidade

A uma, se Vossas Excelências me permitirem, porque eu não vou tomar mais tempo, a uma, porque, nós sabemos, no nosso *metier* do dia-a-dia que, hoje, pra um sujeito ir pra cadeia – e todos nós sabemos disso, os juízes criminais sabem disso – o sujeito, pra ficar preso, o crime tem que ser de uma gravidade tamanha ou porque já os antecedentes não recomendam. Quer dizer, se o sujeito está preso é porque não houve mesmo outra alternativa, normalmente se livra solto.

Há uma tendência, isso o Dr. LUIZ CARLOS sabe melhor do que eu, há uma tendência de minimização do Direito Penal.

Tanto é que hoje o que era boletim de ocorrência virou termo de ocorrência, os juizados especiais, pra dar maior efetividade, ninguém fica preso.

No caso de delitos banais, etc., que aí poderia talvez pegar uma parte da sociedade que merecesse a gente ponderar um pouquinho que estaria, sei lá eu, porque cometido um pecadinho aqui, um pecadinho ali.

Agora o que nós estamos querendo, é na verdade, é dar direito aos piores da sociedade, aos que estão presos, mesmo. E quando o juiz manda um sujeito desse pra cadeia ou é crime de muita gravidade ou é reincidência já, ainda que seja provisoriamente

Uma grande maioria, por sinal, fica nesse situação tempos...

Eu não vejo isso como um direito absoluto, a não ser por essa construção, Sr. Presidente, e não pela exeqüibilidade, não pela falta, porque, se fosse mesmo um direito dessa natureza, eu acho que nós teríamos que ter a obrigação de fazer isso prevalecer, pouco importa. O Estado tem que se virar com isso, pouco importa. Se não, daqui a pouco ele vai dizer: não vou mandar urna lá pra barranca do rio tal porque é muito longe, então a população vai ficar sem voto.

Não é bem assim que acontece, nos Estados em que os meios de comunicação são... que não existem formas... se vota em barco, o avião da FAB vai lá buscar os votos, principalmente no Amazonas, nós sabemos disso tudo, nós temos enfrentado essas dificuldades.

Então, eu, na verdade, não vou pela questão da exequibilidade, eu acho que, na verdade, o que ocorre, momentaneamente a essa classe, não digo que não seja louvável os que estão procurando antever alguns direitos, mas eu entendo que eles, na verdade, frente a essa situação excepcional que decorre, a meu ver, primeiro da própria Constituição, que, a não ser por uma integração, de construção extensiva, e poderia dizer contrariamente ao que se fala, eles estariam na verdade num limbo, que seria aquele limbo que a legislação infraconstitucional permite que eles não votem porque eles estão tolhidos, ainda que momentaneamente, dessa possibilidade de liberdade de ir para as urnas livremente. Que é o mais importante da democracia. O sujeito poder se dirigir com as próprias pernas à cabine e lá depositar o seu voto, porque vai participar.

Quer dizer, eles tem essa suspensão. Eles estão com esse direito suspenso, como se tivesse... o preso provisoriamente. Pra mim, tá preso em flagrante delito, enquanto não relaxada a prisão, ou se não for caso de relaxamento, quer dizer, está preso. E se for no período eleitoral ele não

vai votar mesmo. Então, há uma suspensividade desse direito. Embora a lei não deixe isso claro, a infraconstitucional, mas se pode se construir, pela interpretação constitucional que só o condenado tem os seus direitos políticos suspensos, eu também posso construir, pela legislação infraconstitucional, que há uma suspensão desse direito, a medida em que o sujeito está impedido, seja por ordem judicial, provisoriamente preso, seja em flagrante delito, que não tem esse direito de votar.

Então, eu, por esse motivo é que eu vou pedir vênica, como sempre, à Douta Procuradoria, ao Dr. Walter Guilherme e eu vou seguir Vossa Excelência, pela conclusão.

52:36 – O Juiz Eleitoral WALTER DE ALMEIDA GUILHERME

Senhor Presidente, eu quero usar rapidamente a palavra, eu vi argumentos muito interessantes aqui.

Eu gostaria de refutar com todo respeito.

Primeiro deles, Dr. Paulo Alcides: Preso não tem acesso à mídia, então não estaria informado, não votaria bem, vamos dizer assim, porque não teria acesso à propaganda eleitoral, e então não poderia votar educadamente, de maneira construtiva.

Não é um argumento porque se fosse assim, nenhum analfabeto poderia votar, ia consolidar o direito de votar se quiser, não é? Talvez, nós temos visto aqui tanta coisa no sentido de como se vota mal nesse país, não creio que o preso que tem acesso, por sinal, a jornais e até a televisão, possa formar uma consciência bem ou mal de como vai votar.

Nós não estamos discutindo o direito de votar bem, nós estamos discutindo o direito de votar, não é votar bem ou votar no melhor, nós estamos discutindo o direito de votar, porque votar no melhor muita gente não vota, quem sabe eu mesmo não tenha votado melhor muitas vezes no melhor, talvez nenhum de nós tenha votado muitas vezes no melhor, mesmo informados teoricamente pela imprensa e por tudo o mais.

Segundo, com todo respeito ao Doutor Galdino e ao Doutor Flávio, não há colidência de direitos aqui não. O direito é do preso, claro que eu vou chegar à sua interpretação, o direito é do preso e nada colide com ele, essa idéia de que a segurança da sociedade é o direito que colide com o do preso, então nós estamos dizendo que dar direito ao preso é tornar insegura a sociedade. Qual é a relação que há entre dar direito ao preso e tornar insegura a sociedade?

Deve ser esse mecanismo então de levar as urnas lá, ou dificuldade em encontrar mesário, não há, com respeito a todos que disseram, colidência de direitos aqui. Existe um direito que é citado, agora sim o argumento do Doutor Batista Pereira.

Diz sua excelência que não encontra na Constituição, salvo interpretação extensiva, e eu digo que interpretar é nosso mister. O mister nosso é interpretar, não é nem ler, o que faz o juiz de direito, o que faz o advogado, o que faz um procurador quando postula alguma coisa? Interpreta. Não há como ler sem interpretar. A interpretação é essencial, é o nosso mister, é a nossa ferramenta é a interpretação.

O que diz a Constituição? A Constituição quando quer retirar do rol daqueles que exercem direitos políticos, diz que quem não exerce direito político é o condenado definitivamente.

Então, não é uma interpretação tão distante, ou distópica do texto. Assim, ora, quem está preso provisoriamente não está condenado definitivamente, então tem o direito de votar.

Então, me parece que essa interpretação é a lógica que deflui da norma constitucional, é a aplicação da Constituição. Nós temos uma jurisdição constitucional que precisa sempre ser respeitada. Então, com devido respeito, não vejo colidência. Extraio da norma constitucional exatamente que o preso provisório tem o direito de votar, não entendo que o argumento de que ele não está bem informado seria capaz de inibi-lo ao voto, e também não entendo que essa norma seja de conteúdo programático, não.

Os direitos sociais sim, a maioria deles são normas programáticas. Aqui não há programa nenhum, aqui não está dito que o preso provisório pode votar, está dito que o preso provisório não está impedido de votar. Isto é norma programática de forma alguma, isto, data vênua, não é nem um programa, também não é nenhuma política pública.

Eu gosto muito deste acórdão do Celso de Mello, eu cito muitas vezes, exatamente para mostrar que as vezes que a ineficácia e a inefetividade da Constituição, quando possível às políticas públicas.

Aqui não é questão nem de norma programática, nem de política pública, é simplesmente dar o direito de voto a quem a Constituição não impediu o direito de voto.

Agora, de fato, essa interpretação dizendo: mas a Constituição não dá o direito de voto. Esse é um argumento de hermenêutica jurídica que eu refuto, mas esse poderia ser utilizado, e não política pública, data vênia, nem norma programática e nem colidência de direito e nem ausência de propaganda.

De qualquer forma, era o momento que nós tínhamos para debater. Aqui, pelo menos em plenário, já debatemos muito isso. Eu reafirmo meu voto, mas sabia, realmente os argumentos mostraram que o tema é extremamente controverso, e que a maioria aqui é contra. Não só do plenário, como de todo o Tribunal.”

57:03 – O Presidente MARCOS CÉSAR MÜLLER VALENTE

Falta falar doutora Clarissa

57:05 – A Juíza Eleitoral CLARISSA BERNARDO

Fiquei atenta aos debates e compartilho de muito o que falou o desembargador Walter Guilherme, mas acompanho a interpretação majoritária.”

57:16 – O Presidente MARCOS CÉSAR MÜLLER VALENTE

Indeferida a representação, vencido o Desembargador Walter de Almeida Guilherme.

Esta encerrada a sessão. Declarará o voto o desembargador Flávio Yarshell. Está encerrada a sessão”