

Ril

Revista de Informação Legislativa

nº 218

Brasília | abril – junho/2018

Ano 55

SENADO FEDERAL



O voto obrigatório na democracia brasileira e os princípios de justiça de John Rawls

JOÃO HÉLIO FERREIRA PES
RAFAEL BATHOLT FLEIG

Resumo: Este artigo analisa o voto obrigatório à luz da democracia que a Constituição de 1988 visa concretizar, considerando a concepção de justiça de John Rawls, que afirma princípios de justiça que antecedem e orientam a própria Constituição, para responder à seguinte questão: o voto obrigatório instituído pela Constituição brasileira é justo? O método de abordagem foi o dedutivo, buscando-se as suas bases na doutrina e na Constituição, para então se utilizar da filosofia de John Rawls a fim de analisar as virtudes do voto obrigatório. Como procedimento, foi empregado o método histórico e comparativo, extraindo-se da história as justificações para o voto obrigatório para então compará-las com os princípios de justiça de John Rawls. A conclusão é que há uma frágil compatibilidade constitucional do voto obrigatório com o Estado Democrático de Direito, ao mesmo tempo em que a justiça como equidade o considera injusto, quando não irracional.

Palavras-chave: Teoria da Constituição. Teoria da Justiça. Justiça como equidade. Democracia. John Rawls.

Introdução

A Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB) (BRASIL, 1988) surge como renascimento da democracia brasileira, após anos de um regime militar com pouca consideração pelos direitos e garantias fundamentais dos indivíduos. Assim, já em seu primeiro artigo, afirma que a República Federativa do Brasil se constitui como Estado Democrático de Direito, confirmando a primazia desse conceito na ordem constitucional vigente.

Recebido em 16/1/18
Aprovado em 15/2/18

A instituição do Estado Democrático de Direito subordinou todo o ordenamento constitucional e infraconstitucional à efetivação do seu conteúdo. Assim, a ordem constitucional brasileira garante o império da lei, a divisão dos poderes, os direitos individuais e sociais, a soberania popular e a participação, direta ou indireta, do povo no poder. Esse conjunto de conteúdos ou princípios é a alma do Direito Constitucional brasileiro, regulando todas as outras normas do ordenamento jurídico em sua aplicação.

O conteúdo que decorre do Estado Democrático de Direito, inclusive sua própria denominação, é em grande parte axiológico. Ideais de justiça, liberdade e democracia evocam emoções e valores subjetivos nos indivíduos e, em virtude de sua positivação constitucional, orientam a aplicação do direito. Contudo, a Ciência do Direito não possui subsídio teórico o suficiente para lidar com tais conceitos, posto que se restringe a uma análise normativa sistêmica. Em virtude disso, o Direito deve recorrer às Teorias da Justiça para compreender e trabalhar com os conceitos axiológicos positivados na CRFB.

A CRFB, ao tratar dos direitos políticos dos brasileiros, previu no seu art. 14, § 1º, inciso I, a obrigatoriedade do voto. Assim, surge um problema de conteúdo, na medida em que se considera o voto obrigatório uma restrição à liberdade individual. A CRFB instituiu uma democracia, porém, ao obrigar os cidadãos a votarem, violou o sentido de democracia.

Uma análise desse dispositivo constitucional inevitavelmente aborda axiomas como democracia, soberania popular, direito, justiça etc. Por isso, necessita de uma Teoria da Justiça capaz de fundamentar adequadamente esses conceitos. A concepção de justiça como equidade de John Rawls, de tradição contratualista e racionalista, é capaz de fornecer o subsídio

teórico necessário para a análise do voto obrigatório.

Nesse sentido, o presente trabalho tem como objetivo analisar se o voto obrigatório previsto na CRFB é justo à luz dos princípios de justiça enunciados por John Rawls, com o intuito de responder ao seguinte problema de pesquisa: tendo em vista a democracia que a CRFB visa a concretizar e com base na ideia de John Rawls sobre princípios de justiça que antecedem e orientam a própria Constituição, pode-se afirmar que o voto obrigatório instituído pela CRFB é justo?

O método de abordagem é o dedutivo, buscando-se na doutrina e na CRFB as bases do voto obrigatório, para então se utilizar da filosofia de John Rawls a fim de analisar as virtudes do caráter desse voto. A metodologia de procedimento, por sua vez, é embasada nos métodos histórico e comparativo, com uma análise da evolução histórica do instituto do voto no Brasil, para extrair as justificativas da sua atual obrigatoriedade e, então, compará-las com os princípios de justiça de John Rawls, concluindo-se pela sua harmonização ou não.

Este trabalho está dividido em três partes. A primeira faz a justificação do uso da concepção de justiça de John Rawls como parâmetro para abordar dispositivos constitucionais, analisando-se a relação entre Teorias da Constituição e Teorias da Justiça, para depois apresentar a concepção de justiça como equidade. Na segunda parte, procede-se a uma análise do instituto do voto, com a enunciação de suas características, a análise de sua evolução histórica e de aspectos do direito comparado. Finalmente, a terceira parte analisa as possíveis razões que fundamentam o voto obrigatório, a compatibilidade constitucional deste e, por fim, sua justiça.

Ressalte-se que o voto é parte essencial do exercício da cidadania em qualquer democra-

cia. Analisar a justiça da forma que esse mecanismo toma no Brasil é essencial para determinar o tipo de cidadania que estamos formando no seio da sociedade brasileira.

1. Os princípios de justiça de John Rawls como padrão de análise da CRFB

O Constitucionalismo moderno preocupa-se com questões essenciais às Constituições, tais como Liberdade, Direitos Sociais, Democracia, Estado de Direito e Justiça. Tais questões carregam um conteúdo eminentemente histórico, social e axiológico, tornando-se muitas vezes insolúveis no campo da Ciência do Direito. Mas o Direito como gênero daquela não se abstém de analisar tais questões, podendo e devendo fazer recurso de teorias da Justiça e demais subsídios teóricos para dar respostas necessárias aos problemas que o circundam. Nesse sentido, surge uma preocupação com a objetividade da resposta dada a esses fundamentos.

Teorias embasadas na razão mais do que na intuição podem ser uma solução para tal preocupação com a objetividade. A Teoria da Justiça de John Rawls segue uma tradição racionalista e contratualista, oferecendo, assim, subsídio teórico suficiente e adequado a uma análise constitucional que se pretenda objetiva sem ter de abandonar o debate acerca de termos e disposições constitucionais com conteúdo mais valorativo e subjetivo.

1.1. Teoria da Constituição e Teoria da Justiça

O Constitucionalismo brasileiro inicia com a própria fundação do Estado brasileiro, decorrente de seu processo de independência em 1822 (CARVALHO, 2006). À primeira Constituição, outorgada em 1824, seguiram-se as Constituições de 1891, 1934, 1937, 1946, 1967 e sua Emenda nº 1, de 1969, e a CRFB (BRASIL, 1891, 1934, 1937, 1946, 1967, 1969, 1988). O Direito Constitucional positivo brasileiro, consequentemente, passou por uma evolução ao longo do tempo até se tornar o que é hoje, conjugando as peculiaridades histórico-sociais brasileiras com os conceitos, princípios e tendências gerais do Direito Constitucional.

O desenvolvimento do Constitucionalismo brasileiro é concomitante com o desenvolvimento do Constitucionalismo moderno, dele sofrendo clara influência. Ademais, este propõe uma nova forma de ordenação e fundamentação do poder político, que se traduz no próprio instrumento da Constituição. Logo, as Constituições brasileiras surgem

como nascimento e renascimento do Estado brasileiro em diversos momentos históricos e sociais. Aliás, é o significado que se depreende do conceito histórico de Constituição (CANOTILHO, 2002, p. 53).

O sentido normativo de Constituição, aliado ao seu conceito histórico, permite a sua compreensão como sistema aberto de regras e princípios. Assim, as regras jurídicas constitucionais são orientadas por princípios também constitucionais, que se referem a valores ou axiomas como a justiça. Os princípios são, então, o fundamento das regras jurídicas, cumprindo uma função normogenética. Por fim, os princípios, além de possibilitarem a resolução de conflitos jurídicos, trariam legitimidade e renovação ao sistema jurídico-político do Estado, por meio da positivação de valores (dignidade, justiça, liberdade, democracia etc.) e da sua “textura aberta” (CANOTILHO, 2002, p. 1.148-1.149).

A interpretação e análise da Constituição pode limitar-se apenas a um dos significados que ela assume. Assim, poder-se-ia delinear a Constituição, num sentido sociológico, como a soma dos fatores reais do poder que regem um país; ou em um sentido político, como decisão sobre o modo e forma de existência da unidade política; ou, num sentido jurídico, como puro dever-ser. Porém, o Constitucionalismo moderno busca formular uma concepção estrutural de Constituição, que considera o seu aspecto normativo em conexão com a realidade social, que lhe dá seu conteúdo fático e o sentido axiológico (SILVA, 2012, p. 38-39).

As regras jurídicas positivadas na CRFB não podem ser resumidas a opções daqueles que detêm o poder político. Ao contrário, o conteúdo da CRFB revela os valores e aspirações, passados, presentes e futuros, de toda a comunidade brasileira, por meio de seus representantes no processo constituinte. Esses

valores e aspirações, explicitamente positivados na Constituição ou implicitamente derivados de seu texto, orientam e vinculam as regras jurídicas constantes do texto constitucional e as demais leis e condutas do Estado brasileiro.

A CRFB parece estar em conformidade teórica com a ideia de que a Constituição é instrumento fundacional do Estado e legitimador de sua ordem política. Em seu art. 1º, *caput*, faz referência a constituição de um Estado Democrático de Direito, bem como enuncia nos incisos de seu art. 3º os fins a que ele se propõe. Sobre isso, logo no inciso I desse artigo, afirma como objetivo a construção de uma sociedade livre, justa e solidária.

Quanto as diversas finalidades de um Estado, Carvalho (2006, p. 135), sintetizando a finalidade da justiça, refere-se a dois tipos: a comutativa e a distributiva. A primeira se refere a uma equivalência dos valores nas transações. É na segunda espécie de justiça que se insere o problema do “estabelecimento da justa distribuição dos benefícios e das obrigações” (CARVALHO, 2006, p. 158).

A CRFB trata do problema da justiça distributiva em suas disposições legais e seus princípios. Para os vários conflitos jurídicos que envolvem o tema é possível encontrar alguma determinação constitucional. Entretanto, a Constituição não é apenas legalidade, mas também a consagração dos valores de uma comunidade. Nesse sentido, é possível que determinada regra jurídica constitucional esteja em desconformidade com a ideia de justiça reinante na sociedade.

A análise da Constituição vai além da leitura de seu texto constitucional, buscando subsídio no campo da filosofia para efetivar realmente a finalidade da justiça a que se propõe o Estado. Dessa forma, questões de Direito constitucional resolvem-se com recurso ao texto normativo, sem prescindir de uma argu-

mentação filosófica que fundamente a justiça do caso.

Não obstante, Canotilho (2002, p. 1.335) alerta para um problema de fundamentação na teoria da Constituição e no Direito Constitucional em que o discurso argumentativo deslizaria para conceitos de decisão, discursos axiológicos e discursos hermenêuticos que encheriam o discurso teórico-constitucional de paradoxos, dilemas e teoremas. Contudo, Carvalho (2006, p. 10) ressalva que “a Teoria da Constituição não será consumida pelas teorias da justiça e da ação comunicativa, pois é ela que conduz a reflexão, explicação e justificação das leis fundamentais e dos seus princípios materiais estruturantes”.

Então, por mais que o Constitucionalismo moderno interprete as Constituições como sistemas abertos de regras e princípios, como instrumentos fundadores dos Estados e seus respectivos corpos políticos e como personificação dos valores de uma comunidade, o conjunto de regras jurídicas constitucionais sempre será o ponto de partida e de chegada do Direito Constitucional e da Teoria da Constituição. Logo, não há real obstáculo ao uso de Teorias da Justiça como padrões de análise das Constituições, desde que se tenha consideração por toda a sistemática de regras e princípios constitucionais e sua aplicação e interpretação jurídicas.

1.2. Justiça como equidade

A CRFB deve ter uma Teoria da Justiça subjacente que justifique as opções constitucionais do povo brasileiro. Uma análise da real Teoria da Justiça por trás da CRFB ultrapassaria a capacidade do presente trabalho, motivo pelo qual este trabalho se contentará em elucidar uma possível Teoria da Justiça subjacente à CRFB, no tocante ao tema proposto.

Para esse propósito, Rawls (2008, p. 8) orienta que “permanecendo constantes as demais condições, uma concepção de justiça é preferível a outra quando suas consequências mais amplas são mais desejáveis”. Ademais, o referido autor adverte que sua Teoria da Justiça tem por escopo a justiça distributiva, ou seja, “o modo como as principais instituições sociais distribuem os direitos e os deveres fundamentais e determinam a divisão das vantagens decorrentes da cooperação social” (RAWLS, 2008, p. 8). Este é exatamente o tipo de conteúdo que o Constitucionalismo moderno consagra como eminentemente constitucional e que consta da CRFB. Logo, a Teoria da Justiça concebida por Rawls é capaz de servir de norte para uma análise da atual Constituição brasileira.

Apesar disso, ainda é necessário saber se as consequências mais amplas da teoria proposta por John Rawls são as mais desejáveis. Do contrário, estaremos diante de uma Teoria da Justiça insustentável perante a comunidade que se pretende orientar. Para isso, é necessário comparar as concepções de justiça concorrentes com a concepção de John Rawls.

Seria inviável para o presente trabalho fazer uma compilação de todas as concepções de justiça viáveis e concorrentes; portanto, serão comparadas apenas as mais tradicionais e vigentes no meio filosófico. E, concorrendo com a concepção de Rawls (2008, p. 14), denominada “justiça como equidade”, há o utilitarismo clássico, o perfeccionismo e o intuicionismo.

O utilitarismo clássico pode ser definido como a concepção de justiça que determina a maximização da utilidade, que, por sua vez, é a soma da satisfação dos desejos racionais. Assim, o utilitarismo toma emprestado um princípio para um indivíduo, isto é, o de maximizar o próprio bem-estar, e o aplica a toda a sociedade, de forma que é justa a promoção

ao máximo do bem-estar do grupo, realizando no mais alto grau o sistema abrangente de desejos, ao qual se chega a partir dos desejos de seus membros. Trata-se de uma teoria teleológica, que define o bem (nesse caso, a utilidade) independentemente do justo e, com efeito, define o justo como a maximização do bem (RAWLS, 2008, p. 26-30).

O perfeccionismo também é uma teoria teleológica. Aqui o bem é entendido como a realização da excelência humana nas diversas formas de cultura. São possíveis várias formas diferentes de perfeccionismo, na medida em que se estipulam diferentes parâmetros de realização da excelência humana – por exemplo, definindo-se como a perseguição do prazer, tem-se o hedonismo; definindo-se como a perseguição da felicidade, tem-se o eudaimonismo. Como se trata de uma teoria teleológica, justiça será a maximização do bem arbitrariamente escolhido e fundamentado por juízos de intuição (RAWLS, 2008, p. 31).

O intuicionismo, por sua vez, pode ser tanto teleológico quanto deontológico. A essência dessa concepção de justiça é a aceitação dos vários princípios fundamentais, por vezes conflitantes, em virtude da complexidade dos fatos morais, ao mesmo tempo em que não há regra alguma de prioridade para compará-los entre si. O equilíbrio entre os princípios é atingido através da intuição, por meio daquilo que parece ser mais justo (RAWLS, 2008, p. 41-49).

O utilitarismo, o perfeccionismo e o intuicionismo teleológico falham como concepções de justiça na medida em que a maximização do bem não serve como único padrão de justiça. Tanto a justiça utilitarista quanto a perfeccionista permitiriam que comunidades violassem direitos humanos básicos se no cálculo final o bem proposto fosse maximizado. Se eleitos como padrões de análise da CRFB, direitos e garantias fundamentais previstos no art. 5º poderiam ser violados em prol da concepção de bem da maioria da comunidade. É insustentável propor a violação de direitos básicos de uns para um maior bem de outros. Ademais, o intuicionismo, tanto deontológico quanto teleológico, falha na medida em que não apresenta uma regra de prioridade entre seus princípios, o que torna inviável o debate racional entre indivíduos com percepções divergentes (RAWLS, 2008, p. 31-49).

A justiça como equidade supera suas concorrentes, pois é uma teoria deontológica que não define o justo como a maximização do bem. Pelo contrário, a característica principal dessa concepção de justiça é a prioridade do justo sobre o bem. Assim, ela se conforma com certas considerações de bom senso como a que afirma uma certa inviolabilidade do indivíduo fundamentada na justiça ou direito natural, imune até mesmo ao bem-estar de todos os outros (RAWLS, 2008, p. 33-41).

A justiça como equidade não apenas se conforma aos juízos de bom senso dos indivíduos, como também é harmônica com a atual Teoria da Constituição e Direito Constitucional. A CRFB prevê, especificamente em seu art. 5º, garantias e direitos fundamentais dos indivíduos, reconhecendo uma esfera individual inviolável mesmo em face da totalidade da comunidade. Portanto, é viável e recomendável uma análise da CRFB pela concepção de justiça como equidade.

Em síntese, a justiça como equidade dá continuação à tradição contratualista de Locke, Rousseau e Kant. A ideia central é que indivíduos livres e racionais, interessados em promover seus próprios interesses, numa situação inicial e hipotética de igualdade, aceitariam determinados princípios como definidores das condições fundamentais de sua associação. A situação inicial e hipotética corresponde ao estado de natureza da teoria contratualista tradicional. Aqui os indivíduos decidem os princípios que regerão sua comunidade por trás de um véu de ignorância: não sabem seu lugar na sociedade, não sabem seus recursos, nem suas habilidades naturais, nem conhecem suas concepções de bem ou propensões psicológicas. Esse pacto principiológico numa situação de igualdade é uma garantia da justiça do acordo e arranjo da comunidade (RAWLS, 2008, p. 13-17).

Conforme Rawls (2008, p. 376), nessa posição original os indivíduos chegariam aos seguintes princípios:

Primeiro princípio: cada pessoa deve ter um direito igual ao mais abrangente sistema total de liberdades básicas iguais que seja compatível com um sistema similar de liberdades para todos.

Segundo princípio: as desigualdades econômicas e sociais devem ser dispostas de modo a que tanto:

(a) Se estabeleçam para o máximo benefício possível dos menos favorecidos que seja compatível com as restrições do princípio de poupança justa, como

(b) Estejam vinculadas a cargos e posições abertos a todos em condições de igualdade equitativa de oportunidades.

Primeira regra de prioridade (a prioridade da liberdade): os princípios de justiça devem ser dispostos em ordem lexical e, portanto, só se podem restringir as liberdades básicas em nome da própria liberdade. Existem dois casos:

(a) Uma liberdade menos extensa deve fortalecer o sistema total de liberdades partilhado por todos;

(b) Uma liberdade desigual deve ser aceitável para aqueles que têm menor liberdade;

Segunda regra de prioridade (a prioridade da justiça sobre a eficiência e o bem-estar): o segundo princípio de justiça precede lexicalmente o

princípio da eficiência e o princípio da maximização da soma de vantagens; e a igualdade equitativa de oportunidades precede o princípio de diferença. Há dois casos:

(a) A desigualdade de oportunidades deve aumentar as oportunidades daqueles que têm menos oportunidades;

(b) Uma taxa elevada de poupança deve, pesando-se tudo, mitigar o ônus daqueles que carregam esse fardo.

Logo, estes princípios de justiça e suas regras de prioridade constituem uma Teoria da Justiça capaz de fundamentar a CRFB. Desse modo, as normas constitucionais podem ser analisadas conforme o texto constitucional, ao mesmo tempo em que se faz referência a justiça como equidade como forma de suprir a necessidade de uma fundamentação da Constituição em atenção aos valores da comunidade, principalmente a ideia de justiça.

2. Análise do voto obrigatório

A CRFB, ao refundar o Estado Brasileiro em um novo momento histórico, pretendeu o constituir o Estado Democrático de Direito. Em virtude disso, incorporam-se no texto constitucional princípios do Estado de Direito concomitantes aos princípios democráticos. Como consequência lógica dos princípios democráticos, o art. 14 estabelece os meios de exercício da soberania popular e, dentre eles, prevê a obrigatoriedade do voto.

O presente trabalho centra-se na análise do mecanismo do voto e se sua obrigatoriedade se justifica ou não. Para tanto é necessário averiguar as características atuais do voto, bem como sua evolução histórica, de forma a extrair com a maior precisão possível as justificações plausíveis que circundam o voto obrigatório.

2.1. Direito de sufrágio e voto na CRFB

A CRFB, em seu art. 1º, inciso I, estabelece como fundamento do Estado Democrático de Direito brasileiro a soberania e, complementando em seu parágrafo único, afirma que todo o poder emana do povo, que o exerce diretamente ou por meio de representantes eleitos (BRASIL, 1988). Em outras palavras, a soberania que fundamenta o Estado brasileiro emana do povo. Assim, a CRFB prevê o exercício da soberania popular de forma direta e indireta, citando no texto o sufrágio pelo voto, plebiscito, referendo ou iniciativa popular, nos termos do art. 14.

Logo, há uma distinção entre sufrágio e voto. O primeiro é o direito que decorre da soberania popular, ao passo que o segundo é um dos meios de exercer esse direito. Conforme Silva (2012, p. 356), “o sufrágio é um direito público subjetivo democrático, que cabe ao povo nos limites técnicos do princípio da universalidade e da igualdade de voto e de elegibilidade”. Quanto ao voto, o mesmo autor afirma que “o direito de sufrágio exerce-se praticando atos de vários tipos. No que tange à sua função eleitoral, o voto é o ato fundamental de seu exercício” (SILVA, 2012, p. 357).

Além de expressão da soberania popular, o sufrágio é um reflexo da democracia. Canotilho (2002, p. 301), ao analisar o princípio democrático, consagrado pela Constituição da República Portuguesa, de 1976 (PORTUGAL, 1976), e o direito de sufrágio, afirma que este traz legitimidade para a vontade política reinante, para a distribuição dos poderes, cria o “pessoal político” e marca o ritmo da vida política de um país.

A CRFB institui no *caput* do art. 1º um Estado Democrático de Direito. Consequentemente, o direito de sufrágio previsto no art. 14 também é expressão dessa regra constitucional. Ademais, sendo o voto uma das maneiras de exercer o direito de sufrágio, também este é uma expressão daquela regra.

A respeito do conteúdo que decorre da instituição de um Estado Democrático de Direito, Silva (2012, p. 112-119) lembra que isso não significa a soma dos conceitos de Estado de Direito e Estado Democrático, mas a criação de um conceito novo. Além de unir os princípios da submissão ao império da lei, da divisão de poderes e do enunciado e garantia dos direitos individuais aos princípios da democracia, adiciona-se um elemento de transformação do *status quo*. Sobre os princípios da democracia, Silva (2012, p. 131) afirma a existência de dois: o da soberania popular, em que o povo é a única fonte do poder, e o da participação, direta ou indireta, do povo no poder, sendo que no caso de participação indireta surge um princípio derivado de representação.

Portanto, o direito de sufrágio e o voto são consequências diretas da instituição de um Estado Democrático de Direito que se funda na soberania popular. O art. 14 da CRFB é consequência lógica das opções político-jurídicas do art. 1º, pois é uma exigência da democracia e da soberania popular o sufrágio universal e o consequente voto direto e secreto, com peso igual para todos.

Esclarece Carvalho (2006, p. 606-607) que sufrágio universal é o direito de votar e ser votado estendido a todos os cidadãos, sem qualquer forma de discriminação, aceitando-se apenas requisitos e condições genéricas, abstratas e aplicáveis a todos os cidadãos (idade, nacionalidade, alistamento, capacidade etc.). Voto direto é o método de escolha

que prescinde de eleitores intermediários. Voto secreto é aquele cuja escolha é privativa do eleitor. Por fim, voto com peso igual para todos reflete a ideia de *one man, one vote* (um homem, um voto), em que o voto de cada eleitor tem o mesmo valor.

Além dessas características, o art. 14, em seu parágrafo 1º, prevê que o alistamento eleitoral e o voto são obrigatórios para os maiores de 18 anos e menores de 70 anos, sendo facultativos para os analfabetos, os maiores de 70 anos e os maiores de 16 anos, mas menores de 18 anos (BRASIL, 1988).

2.2. Evolução histórica do voto obrigatório no ordenamento jurídico brasileiro

O período colonial estende-se desde o descobrimento do Brasil em 1500 até sua independência em 1822. Aqui não se pode falar propriamente em exercício dos direitos políticos como reflexo da soberania popular, pois o Brasil era colônia de Portugal. Mesmo assim, havia eleições com o voto restrito aos “homens bons”, isto é, aos senhores de escravos e grandes proprietários de terra (CARVALHO, 2008).

Com a independência do Brasil em 1822, tem-se a sua primeira Constituição outorgada em 1824 (IMPÉRIO DO BRAZIL, 1824). A partir desse momento, os direitos políticos passam a ser exercidos no contexto de um Estado soberano, como reflexo da soberania popular. Nessa primeira Constituição, havia quatro poderes: o Legislativo, o Executivo, o Judiciário e o Moderador. O Legislativo resumia-se à Assembleia Geral, composta pela Câmara dos Deputados, com mandatos de quatro anos, e pela Câmara de Senadores, vitalícios (CUNHA, 2004, p. 39-41).

Naquele momento, não havia Estado federado; portanto, o governo das províncias era exercido pelo respectivo Conselho-Geral.

Tanto nesse caso, quanto no da Assembleia Geral, a eleição era indireta e em dois graus, com eleitores escolhendo em assembleias paroquiais os eleitores de província que elegeriam os candidatos para o Conselho Geral da Província e para a Assembleia Geral (CUNHA, 2004).

Quanto ao voto, a idade mínima era de 25 anos, salvo se, maior de 21 anos, fosse casado, oficial militar, bacharel, clérigo, empregado público, independente econômico no geral. As mulheres não votavam. O analfabeto e o escravo liberto podiam votar. Os votantes de primeiro grau necessitavam de renda mínima de 100 mil-réis e os eleitores de segundo grau, de uma renda mínima de 200 mil-réis (CARVALHO, 2008).

Ressalte-se, ainda, que a primeira Lei Eleitoral foi promulgada um dia depois da outorga da Constituição de 1824. Em 1828 foi editado decreto que modificava aquela Lei, prevendo multa por ausência injustificada às eleições. Assim, pode-se afirmar que, de certo modo, houve a introdução do voto obrigatório. Por fim, ao longo do período imperial (1822-1889), novas leis modificaram os direitos políticos, merecendo destaque a Lei Saraiva, de 1881 (IMPÉRIO DO BRAZIL, 1881), que aboliu a eleição indireta, excluiu o voto do analfabeto e previu os crimes eleitorais (CUNHA, 2004).

Com a proclamação da República em 1889, inicia-se uma nova época para os direitos políticos. Com a promulgação da Constituição de 1891, a idade eleitoral ativa é fixada em 21 anos e o sufrágio universal é preconizado. Entretanto, o direito ao voto continuou negado aos analfabetos, aos mendigos, aos militares de baixa patente, aos religiosos e às mulheres. A Lei nº 35 de 1892 (BRASIL, 1892) prevê expressamente, pela primeira vez, o sigilo do voto. Por fim, a organização do Estado brasi-

leiro em uma Federação permitiu a qualificação tripla do eleitor: federal, estadual e municipal (CUNHA, 2004).

Após a Revolução de 1930, uma nova Constituição é promulgada em 1934. Nela previu-se como eleitores os brasileiros de ambos os sexos e maiores de 18 anos. O voto tornou-se obrigatório para os homens e mulheres que exercessem atividades remuneradas. Ressalte-se que, antes da nova Constituição, foi promulgado o Decreto nº 21.076/1932 (BRASIL, 1932), que criou a Justiça Eleitoral, previu o sistema proporcional, adotou o voto secreto, a obrigatoriedade expressa de inscrição eleitoral e do voto, o sufrágio feminino, facultando-se o alistamento eleitoral da mulher, e a exclusão expressa do analfabeto (CUNHA, 2004).

Com a implantação do Estado Novo, em 1937, outorgou-se nova Constituição no mesmo ano, por cujo silêncio se deu por extinta a Justiça Eleitoral. Além disso, a eleição para Presidente da República, Câmara dos Deputados e Conselho Federal (substituindo o Senado) passou a ser indireta. Quanto aos demais direitos políticos, repetiu-se a normatização anterior (CUNHA, 2004).

Após o Decreto-Lei nº 7.586/1945 (BRASIL, 1945b) e da Lei Constitucional nº 9/1945 (BRASIL, 1945a), as eleições passaram a ser diretas novamente e os eleitores eram os brasileiros de ambos os sexos e maiores de 18 anos de idade, excluindo-se os analfabetos, militares em serviço ativo (exceto os oficiais), os mendigos e os que estivessem temporária ou definitivamente tolhidos em seus direitos políticos. O alistamento e o voto eram obrigatórios, sendo facultativos apenas para os inválidos, os maiores de 65 anos, os brasileiros a serviço do País no estrangeiro, os oficiais das Forças Armadas em serviço ativo, os funcionários públicos em gozo de licença ou férias fora do seu domicílio, os magistrados e as mulheres que não exercessem profissão lucrativa (CUNHA, 2004).

Em 1946, promulgou-se nova Constituição em que se restabelecia a Justiça Eleitoral, na estrutura do Poder Judiciário. Além disso, manteve-se o sufrágio universal e obrigatório para brasileiros homens e mulheres maiores de 18 anos, remetendo as hipóteses de voto facultativo para Lei posterior. Excluiu-se do alistamento eleitoral os analfabetos, aqueles que não soubessem se exprimir em língua nacional, aqueles que estivessem com os direitos políticos privados, temporária ou definitivamente, e os militares de baixa patente (CUNHA, 2004).

Em 1961, a Emenda Constitucional de nº 4/1961 (BRASIL, 1961) estabeleceu o regime parlamentarista, instituindo a eleição indireta para Presidência da República, passando-se as funções de Chefe de Governo para o presidente do Conselho de Ministros, escolhido pelo Presidente da República ou, em caso de recusa pela Câmara dos Deputados, pelo

Senado Federal. Contudo, a Emenda nº 6/1963 (BRASIL, 1963) restabeleceu o presidencialismo, com eleições diretas, previsto na ordem constitucional de 1946 (CUNHA, 2004).

Com o movimento militar de 31 de março de 1964 e os posteriores Atos Institucionais, foi imposta a eleição indireta para Presidente da República, ampliaram-se em grande parte as hipóteses de inelegibilidade e permitiu-se a cassação dos direitos políticos por dez anos de qualquer um, bem como a dos mandatos legislativos federais, estaduais e municipais por ato do comando do movimento e, posteriormente, por ato do Presidente da República. O alistamento e o voto continuaram obrigatórios, excluindo-se a hipótese de facultatividade de alistamento eleitoral da mulher que não exercesse função remunerada (CUNHA, 2004).

Em 1967, foi promulgada nova Constituição, que manteve as disposições anteriores acerca dos direitos políticos. Em 1969, a Constituição foi alterada pela Emenda Constitucional nº 1 sem grandes alterações na parte dos direitos políticos (CUNHA, 2004).

Em 5 de outubro de 1988, é promulgada a CRFB, que inaugurou um novo momento para os direitos políticos. Consolidou-se o voto direto e secreto, com valor igual a todos. O voto estabeleceu-se como obrigatório para os maiores de 18 e menores de 70, e facultativo para os maiores de 70 e maiores de 16, mas menores de 18, bem como para os analfabetos (CARVALHO, 2008).

2.3. O voto facultativo no cenário internacional

É importante exercitar o Direito Constitucional Comparado, co-tejando alguns dos ordenamentos constitucionais de países que se inserem na vertente denominada Direito Constitucional democrático clássico. Dessa forma, pretende-se demonstrar, resumidamente, que a tradição democrática tem mais afinidade com a ideia de facultatividade do voto do que com a sua compulsoriedade.

Na Espanha, todo espanhol maior de 18 anos está apto a votar e ser votado. Além disso, a inscrição eleitoral é legalmente prevista como obrigatória, constituindo-se como pressuposto para o voto. Entretanto, a ausência de sanção legal torna a inscrição eleitoral, na prática, facultativa. Como a inscrição eleitoral é pressuposto para votar, se na prática não há sanção legal que compele os espanhóis a obrigação da inscrição eleitoral, a consequência prática é a facultatividade do voto (CUNHA, 2004).

Na França, nascedouro da tradição europeia constitucional continental, existem quatro condições para a aquisição do direito ao sufrágio:

idade, capacidade, nacionalidade e inscrição nas listas eleitorais. Quanto a esta, a inscrição em lista eleitoral é obrigatória, mas não há sanção prevista, ao mesmo tempo em que o voto não é obrigatório. Na Inglaterra, fundadora da tradição europeia constitucional insular, o voto também não é obrigatório (CUNHA, 2004).

Esses dois exemplos oferecem grande peso ao argumento da falta de fundamentação para o voto obrigatório. França e Inglaterra são países que figuraram ao longo da história como protagonistas dos processos que compuseram o Constitucionalismo e o moldaram até sua forma moderna. Além disso, ambos os países também protagonizaram vários processos históricos decisivos para delinear o conceito de democracia. A opção dos dois países pelo voto facultativo advoga em prol de sua maior proximidade com a ideia de Estado Democrático de Direito.

3. A (in)justiça do voto obrigatório no Brasil

Dada a evolução histórica dos direitos políticos e o tratamento jurídico da matéria, é possível perceber algumas justificativas para a instituição do voto obrigatório. Essas razões são essenciais para a análise da justiça do voto obrigatório, visto que o resultado da análise dependerá da força destes argumentos. Por isso, é necessário extrair da História e da Teoria da Constituição esses argumentos, para em seguida testar as suas premissas e, então, submetê-los à concepção de justiça como equidade.

3.1. Fundamentos do voto obrigatório na CRFB

Historicamente, poder-se-ia argumentar que o processo de formação do Estado brasileiro induz à adoção do voto obrigatório. O Brasil, com a herança do seu passado colonial, necessitaria levar os seus cidadãos a desenvolverem um apreço por seus direitos políticos conquistados. Nesse sentido, Carvalho (2008, p. 43), comentando os poucos movimentos de reivindicação pela ampliação do voto durante a Primeira República, informa:

Os críticos da participação popular cometeram vários equívocos. O primeiro era achar que a população saída da dominação colonial portuguesa pudesse, de uma hora para outra, comportar-se como cidadãos atenienses, ou como cidadãos das pequenas comunidades norte-americanas. O Brasil não passara por nenhuma revolução, como a Inglaterra, os Estados Unidos, a França. O processo de aprendizado democrático tinha que ser, por força, lento e gradual.

Os direitos políticos na Primeira República haviam decorrido da queda do regime monárquico devida à perda de apoio das elites. A nova tradição constitucional inaugurada pela Constituição de 1891 incorporou os anseios e tendências das elites intelectuais do País, mas não estaria refletida nos costumes do povo ainda. Nesse sentido, a prática dos direitos políticos deveria ser forçada até se tornar costumeira; por isso, seria necessário o voto obrigatório.

Este argumento não se sustenta. Em primeiro lugar, admitindo-se o argumento como válido, seria forçoso sustentar que, desde a independência até a CRFB, tendo visto nada menos do que sete Constituições diferentes, o povo brasileiro ainda necessita ser introduzido lenta, gradual e forçosamente aos seus direitos políticos. De fato, as heranças históricas têm impacto nos dias atuais, mas não em medida tão grave nos quesitos dos direitos políticos. Aliás, a CRFB foi uma conquista da sociedade que se viu finalmente livre do regime militar que perdurava desde a década de 1960.

Em segundo lugar, não se pode admitir o argumento como válido quando se considera que os próprios países que foram protagonistas no desenvolvimento dos direitos políticos têm um povo com consciência destes em virtude de terem tido a liberdade de exercê-los e experimentá-los. Como o próprio Carvalho (2008, p. 44) afirma: “equivoco era achar que o aprendizado do exercício dos direitos políticos pudesse ser feito por outra maneira que não sua prática continuada e um esforço por parte do governo de difundir a educação primária”.

O tipo de aprendizado prático que o voto proporciona só tem valor quando se é livre para exercê-lo; do contrário, torna-se apenas obediência cega a uma determinação de cima para baixo. Por conseguinte, o argumento histórico de que o povo necessita ser introduzido aos seus direitos políticos não se sustenta em virtude do atual nível de desenvolvimento da sociedade brasileira, do aprendizado político que só é eficiente num ambiente livre e do caráter público que têm as disposições constitucionais.

Outro argumento, também histórico, reporta a necessidade de manter uma grande participação popular nas eleições como forma de garantir a legitimidade dos eleitos. Assim, o voto é obrigatório porque, do contrário, poucos cidadãos votariam e, conseqüentemente, os eleitos não disporiam da mesma legitimidade para governar.

Tratando da problemática do voto obrigatório, Cunha (2004, p. 247) afirma que “atualmente, a única razão para se obrigar o brasileiro a votar é o temor de que grandes abstenções provoquem um enfraquecimento das instituições e da democracia, pois, a princípio, não estaríamos preparados para obedecer um governante pouco votado”. O problema

desse argumento está no fato de que o voto obrigatório não implica necessariamente uma escolha entre candidatos. Existem votos brancos e nulos e, mesmo assim, não há propostas no sentido de acabar com essas opções porque uma alta taxa de votos brancos e nulos enfraqueceria as instituições democráticas.

As instituições democráticas funcionam porque seus dirigentes são eleitos. Por sua vez, os dirigentes são legítimos, pois são eleitos. As pessoas aceitam esse jogo democrático independentemente do resultado, pois puderam participar dele seja votando, seja anulando, seja se abstendo. Compelir as pessoas a irem às urnas não adiciona valor algum, nem garante segurança aos regimes democráticos. De fato, na hipótese em que se presenciassem altos índices de abstenção às urnas, tal qual como acontece atualmente quando há altos índices de votos brancos e nulos, haveria discussões sobre renovação política dentro dos limites democráticos, sobre aproximação dos políticos com seu eleitorado e sobre conscientização do povo para o exercício da cidadania. Isso não é instabilidade, mas reforço da democracia.

Desse modo, o argumento da necessidade do voto obrigatório como forma de legitimação democrática não se sustenta justamente em virtude da equivalência de resultados entre a situação em que há votos brancos e nulos e a situação em que ocorrem abstenções. Aliás, a situação em que é possível abster-se de votar, por ser mais livre, é preferível à hipótese contrária. Da mesma forma conclui Cunha (2004, p. 248): “Assim, na prática, o poder de coerção da obrigatoriedade do voto é moral, [...], mas é um poder muito pequeno e que desmoraliza o voto, sendo preferível dar ao eleitor a faculdade de votar, e não dar um direito que é uma obrigação”.

Existem argumentos também oriundos da Teoria da Constituição e do Direito

Constitucional. Um deles seria o uso do voto obrigatório como forma de concretizar a soberania popular enunciada no parágrafo único do art. 1º da CRFB. De forma análoga, Niess (1994, p. 27) refere-se a esse argumento no âmbito do alistamento eleitoral: “é com ele que se viabiliza o exercício do direito de votar e ser votado, tornando concreto o princípio de que ‘o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente’ (CF, art. 1º, parágrafo único)”.

Nesse argumento há uma contradição lógica. A soberania popular é entendida como um poder do povo que submete todo o Estado. Em seguida, afirma-se que a soberania popular é exercida por meio do sufrágio, que por sua vez tem o voto como forma mais elementar de exercício. Por fim, estabelece-se a obrigatoriedade do voto como forma de garantir o exercício da soberania.

Se a soberania popular é um poder que emana do povo e que tem este como seu titular, é de sua essência que seu uso se dê quando, como e na medida em que o seu titular determine. A possibilidade de uso da soberania popular pelo povo é o que a determina como poder deste. Conseqüentemente, se o voto é o meio pelo qual se exerce o sufrágio, que por sua vez é a via de concretização da soberania popular, o povo como seu titular é quem decide se exercerá ou não seu poder em determinada situação. O voto obrigatório, ao contrário, implica a submissão da soberania popular ao Estado, uma vez que não é mais o povo que a concretiza pelo voto voluntário, mas uma determinação estatal que o força a votar.

Outro fundamento do voto obrigatório, oriundo da Teoria Constitucional, é enunciada por Silva (2012, p. 358-359) quando analisa a natureza do voto. O autor entende a natureza do voto como direito público subjetivo, mas também função da soberania popular, na me-

dida em que se consagra como instrumento de sua atuação. Ao mesmo tempo, o autor afirma o voto como um dever político-social, pois é o meio pelo qual o indivíduo participa da política e manifesta sua vontade, não se caracterizando, contudo, como dever jurídico.

Silva (2012, p. 359), ao se deparar com a necessidade de justificar a previsão do voto obrigatório no art. 14, parágrafo 1º, inciso I, da CRFB, afirma:

Convém entender bem o sentido da obrigatoriedade do voto, prevista no citado dispositivo constitucional, para conciliar essa exigência com a concepção de liberdade de voto. Aquela obrigatoriedade não impõe ao eleitor o dever jurídico de emitir necessariamente seu voto. Significa apenas que ele deverá comparecer à sua seção eleitoral e depositar sua cédula de votação na urna, assinando a folha individual de votação. Pouco importa se ele votou ou não votou, considerado o voto não o simples depósito da cédula na urna, mas a efetiva escolha de representante, dentre os candidatos registrados. A rigor, o chamado voto em branco não é voto. Mas, com ele, o eleitor cumpre seu dever jurídico, sem cumprir o seu dever social e político, porque não desempenha a função instrumental da soberania popular que lhe incumbia naquele ato.

Assim, na opinião do autor, o voto obrigatório não é uma violação da liberdade de votar, porque o conceito de voto usado é restrito à escolha entre candidatos. Nesses termos, o voto é livre enquanto o indivíduo não é forçado a optar por determinado candidato; isto é, há uma escolha a ser feita entre representantes distintos, há liberdade de votar. Ao lado desta, haveria apenas um dever jurídico de comparecimento às urnas.

Não adotando este conceito restrito de voto, mas chegando a entendimento semelhante, Carvalho (2006, p. 607) fala sobre as várias características do voto, dentre as quais:

c) obrigatoriedade do comparecimento, exigindo-se ainda do eleitor o depósito do voto na urna, e a assinatura da folha individual de votação, salvo as exceções constitucionais quanto ao voto facultativo, sob pena de imposição de multa. Trata-se, no entanto, de obrigatoriedade formal, já que, por envolver escrutínio secreto, não há como se exigir que o eleitor efetivamente vote; d) liberdade: o cidadão escolhe a melhor alternativa que lhe convier, ou seja, manifesta sua preferência em relação a um candidato entre os que disputam o pleito eleitoral, sendo-lhe ainda facultado o voto em branco ou nulo;

Mais uma vez, o voto obrigatório seria compatível com as Constituições atuais e suas exigências por democracia e consequente liberdade de voto, em virtude da possibilidade de se anular o voto ou de votar em branco. Não havendo obrigação na escolha dos candidatos,

isto é, no conteúdo do voto, não há violação da liberdade de voto, mas mera formalidade a ser atendida.

Apesar disso, essas considerações não constituem argumento sólido. Considerar o voto apenas como a escolha dos candidatos parece mais uma opção de conveniência do que uma exigência do conceito de voto. É corrente o uso do termo voto para indicar todo o processo de ir até a urna e emitir seu voto. Aliás, não fosse esse o sentido correto, seriam supérfluas muitas das características que compõem o conceito de voto enunciadas pelo Direito Constitucional, como a ideia de personalidade, em que o voto é emitido pessoalmente, não sendo possível o uso de procuração.

Além disso, por mais que se considere a obrigação de comparecimento como mera obrigação formal, em virtude de não ser possível forçar o voto em determinado sentido, ela é uma característica do voto a par da liberdade de conteúdo deste. Assim, ao se considerar o voto como um todo, isto é, com todas as suas características e peculiaridades, ele será inevitavelmente considerado como obrigatório. Por fim, se há apenas obrigação de comparecimento, mera formalidade, há necessidade de justificá-la; do contrário, vigora uma arbitrariedade desprovida de sentido. Contudo, os autores referidos não indicam razões para a manutenção desta formalidade.

O último argumento da doutrina constitucional quanto ao voto obrigatório, apresentado neste trabalho, encontra-se na obra de Canotilho (2002, p. 303):

O princípio da liberdade de voto significa garantir ao eleitor o exercício do direito de voto sem qualquer coação física ou psicológica de entidades públicas ou de entidades privadas. Deste princípio da liberdade de voto deriva a ilegitimidade da imposição legal do voto obrigatório. A liberdade de voto abrange, assim, o *se* e o *como*: a liberdade de votar ou não votar e a liberdade no votar. Desta forma, independentemente da sua caracterização jurídica – direito de liberdade, direito subjetivo –, o direito de voto livre é mais extenso que a proteção do voto livre. Na falta de preceito constitucional a admitir o voto como um dever fundamental obrigatório, tem de considerar-se a imposição legal do voto obrigatório como viciada de inconstitucionalidade.

É correta a opinião do autor. De fato, a liberdade de votar engloba a decisão sobre votar ou não e em quem votar. Não se pode considerar apenas um desses aspectos ao avaliar determinado voto, mas ambos como parte do direito de voto livre. Não obstante, a CRFB estipula o voto como obrigatório ao mesmo tempo em que não faz referência expressa a um princípio de voto livre, podendo este apenas ser deduzido da vontade constitucional de instituir um Estado Democrático de Direito. Logo,

pode-se considerar o voto obrigatório como constitucionalmente fundamentado, mas não materialmente sustentado. Nesse sentido, é preciso concordar com aqueles que ensinam que há normas constitucionais que são apenas formalmente constitucionais (PES, 2010).

Com efeito, os fundamentos do voto obrigatório resumem-se em: a) construir um espírito cívico na população; b) garantir a legitimidade dos agentes democráticos; c) concretizar a soberania popular; e d) a inexistência do voto obrigatório, há apenas comparecimento formal. Todos esses argumentos foram analisados e mostraram fragilidades. Todavia, se o voto obrigatório se demonstra uma instituição frágil, resta saber se ele está em conformidade com a ideia de justiça.

3.2. Análise constitucional do voto obrigatório

O voto obrigatório está previsto no art. 14 da CRFB. Esse artigo, por sua vez, está inserido no Capítulo IV, referente aos Direitos Políticos, e esse capítulo encontra-se dentro do Título II, referente aos Direitos e Garantias Fundamentais. Neste sentido, a CRFB consagra os direitos políticos como Direitos Fundamentais do cidadão brasileiro; conseqüentemente, o voto integra-se em sua esfera.

Para a análise deste direito fundamental, utiliza-se a Teoria dos Direitos Fundamentais de Robert Alexy. O autor propõe para a análise das normas de direitos fundamentais o recurso ao conceito semântico de norma, que consiste na diferenciação entre enunciado normativo e norma. As normas são identificadas com recurso às modalidades deontológicas básicas: dever, proibição e permissão (ALEXY, 2015).

As modalidades deontológicas básicas podem ser reciprocamente definidas. Dessa forma, a permissão pode contrapor-se ao dever. Igualmente, a permissão pode opor-se à proibição. Essas possibilidades permitem o esboço de um quadro deontológico onde o dever, a proibição, a permissão positiva, a permissão negativa e o somatório das duas últimas, a faculdade, se inter-relacionam (ALEXY, 2015).

Assim, o enunciado normativo do art. 14 da CRFB, no que concerne ao voto obrigatório, é o seguinte: o voto é obrigatório para os maiores de 18 anos. A norma correspondente é descrita pela modalidade deontológica do dever: os maiores de 18 anos devem votar. A reciprocidade entre as modalidades deontológicas permite a reelaboração da norma: os maiores de 18 anos estão proibidos de não votar; os maiores de 18 anos têm permissão para votar; e os maiores de 18 anos não têm permissão para não votar. Note-se que a existência da permissão positiva e a ausência da permissão negativa impedem a existência de uma faculdade de votar.

As normas de direitos fundamentais não são apenas regras, mas também são compostas por princípios. A diferença entre ambos estaria no fato de que princípios são mandamentos de otimização, ordenam que algo deve ser realizado na maior medida possível dentro das condições fáticas e jurídicas existentes, ou seja, princípios são satisfeitos em graus diferentes. Quando princípios colidem, a resolução se faz pelo sopesamento no caso concreto, sem haver a exclusão do princípio porventura afastado. Disso decorre seu caráter de razão *prima facie*, o que significa dizer uma indeterminabilidade da extensão de seu conteúdo em face de princípios colidentes e possibilidades fáticas: somente após a colisão de princípios e sua resolução no caso concreto é que se tem uma determinação (ALEXY, 2015).

As regras, por sua vez, são determinações do que é possível fática e juridicamente: ou são satisfeitas ou não o são. Quando regras colidem entre si, a solução se dá pela exclusão da regra inválida (pelos critérios cronológico, hierárquico ou específico) ou pela introdução de uma cláusula de exceção que elimine o conflito. Disso decorre o seu caráter de razão definitiva, o que significa a determinação da extensão de seu conteúdo fático e jurídico. Mesmo assim, levando-se em consideração o princípio de que regras estabelecidas por autoridades legitimadas devem ser respeitadas, pode-se afirmar a existência de um caráter *prima facie* dessas (ALEXY, 2015).

Portanto, a regra de direito fundamental estabelecida pelo art. 14, § 1º, inciso I, tem um princípio formal subjacente a ela que se refere à exigência de sua obediência em virtude de seu estabelecimento por autoridades legitimadas para tanto. Ao mesmo tempo, o art. 5º, II, da CRFB, estabelece um princípio de legalidade e de liberdade ao referir que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei (BRASIL, 1988). Carvalho (2006, p. 512) alude a esse dispositivo como “o ponto de contato entre a liberdade e a legalidade”. Mesmo entendimento tem Silva (2012, p. 236) ao dizer que o “art. 5º, II, em análise, revela duas dimensões. Uma muito clara e explícita, que consubstancia o princípio da legalidade, [...]. Outra, nem sempre considerada pela doutrina, que é essa regra de direito fundamental, de liberdade de ação”.

Nesse sentido, o art. 5º, inciso II, enuncia dois princípios: o da liberdade e o da legalidade. Este sustenta o voto obrigatório do art. 14, § 1º, inciso I, ao passo que aquele se opõe a este. Ademais, a CRFB, em seu art. 1º, *caput*, constitui o Brasil como Estado Democrático de Direito. Portanto, tal artigo enuncia outros dois princípios: o do Estado de Direito e o da Democracia. Como o princípio da Democracia tem como corolário o sufrágio universal e igual, e em virtude deste se enun-

cia o princípio da Liberdade do voto (CANOTILHO, 2002, p. 301-303), também o princípio da Democracia repugna a obrigatoriedade do voto.

Há no bojo da CRFB uma colisão de princípios quando se analisa o voto obrigatório do art. 14, § 1º, I. De um lado, o princípio da Democracia e o princípio da Liberdade. De outro, o princípio da Legalidade. Tal colisão de princípios só pode ser resolvida no caso concreto, observando-se as circunstâncias jurídicas e fáticas que o envolvem e aplicando-se a Lei de Colisão de Alexy (2015, p. 99): “As condições sob as quais um princípio tem precedência em face de outro constituem o suporte fático de uma regra que expressa a consequência jurídica do princípio que tem precedência”.

O presente trabalho não pretende efetuar o aprofundamento teórico suficiente para concluir definitivamente a questão sobre uma possível inconstitucionalidade do voto obrigatório. Nem é seu propósito concluir a questão do voto obrigatório em sede de Teoria Constitucional. Enfatiza-se, novamente, que este trabalho visa enunciar um problema presente na CRFB, isto é, o voto obrigatório, e resolvê-lo no âmbito das Teorias da Justiça.

Logo, é suficiente notar que no conflito constitucional-principiológico acerca do voto obrigatório há dois princípios, o da Democracia e o da Liberdade, que repugnam tal obrigatoriedade, ao passo que apenas o princípio da Legalidade o sustenta. Assim, superficialmente é possível concluir que na esteira do Direito Constitucional um peso maior assiste à rejeição do voto obrigatório. As razões de efetivação da democracia e garantia da liberdade dos indivíduos parecem ter peso maior quando confrontadas com um apelo formal ao cumprimento das decisões do constituinte.

3.3. A (in)conformidade do voto obrigatório com a justiça como equidade

Conforme já foi dito, a justiça como equidade formulada por John Rawls é adequada para analisar a justiça dos dispositivos constitucionais em virtude de sua conformação com o bom senso acerca da ideia de justiça. De acordo com sua teoria (RAWLS, 2008), os indivíduos num estado hipotético de igualdade, garantido pelo véu da ignorância, pactuariam reger suas associações por dois princípios básicos: um princípio de liberdade, referente às liberdades fundamentais, e um princípio de diferença, referente às desigualdades sociais e econômicas. Estes princípios seriam aplicados à estrutura básica da sociedade, isto é, às instituições que regem a atribuição de direitos e deveres e regulam a distribuição das vantagens sociais e econômicas.

O art. 14, § 1º, inciso I, da CRFB estabelece o voto obrigatório em sede de direitos políticos, como um direito fundamental do cidadão brasileiro. É evidente que se trata de uma regulamentação de uma liberdade política fundamental. Portanto, para o presente trabalho será pertinente apenas o princípio de liberdade de John Rawls. Além dos dois princípios, os indivíduos também pactuaram regras de prioridade, de forma a possibilitar o debate racional e a solução de controvérsias quanto aos princípios e litígios decorrentes do convívio social (RAWLS, 2008, p. 49-55). Logo, a correspondente regra de prioridade da liberdade também será aplicável a análise do voto obrigatório.

O primeiro princípio, o da liberdade, tem a seguinte formulação: “Cada pessoa deve ter um direito igual ao mais abrangente sistema total de liberdades básicas iguais que seja compatível com um sistema similar de liberdades” (RAWLS, 2008, p. 376). Por sua vez, a primeira regra de prioridade, a prioridade da liberdade, tem a seguinte formulação:

Os princípios de justiça devem ser dispostos em ordem lexical e, portanto, só se podem restringir as liberdades básicas em nome da própria liberdade. Existem dois casos: (a) uma liberdade menos extensa deve fortalecer o sistema total de liberdades partilhado por todos; (b) uma liberdade desigual deve ser aceitável para aqueles que têm menor liberdade (RAWLS, 2008, p. 376).

Uma ordem lexical (RAWLS, 2008, p. 52) é aquela em que o primeiro princípio deve ser satisfeito completamente ou não ser aplicável para se passar ao próximo princípio, e assim por diante. Nesse sentido, há prioridade da liberdade em relação ao princípio da diferença. Garante-se primeiro o sistema global de liberdades para então se discutirem as questões econômico-sociais. O foco no voto obrigatório mantém a discussão circunscrita ao âmbito do primeiro princípio; logo, a relevância da regra de prioridade acima enunciada restringe-se à análise dos casos em que a liberdade é restringida em nome da liberdade.

O voto obrigatório refere-se a uma liberdade política fundamental, que é a liberdade de votar. A justiça como equidade oferece como parâmetros relevantes de análise o princípio da liberdade e a regra de prioridade da liberdade. Portanto, a justiça ou injustiça do voto obrigatório será resultado de uma justificação nesses termos. É necessário avaliar se as razões fundamentadoras do voto obrigatório ampliam ou fortalecem o sistema total de liberdades compartilhado por todos.

Conforme orienta Alexy (2015, p. 220-229) sobre o conceito de liberdade, a proibição desta só é descrita com a menção à pessoa que não é livre, o obstáculo a que ela é submetida e aquilo que esse obstáculo impede. Assim, pode-se falar numa liberdade específica, expressa nesses

termos, na liberdade de uma pessoa, como o conjunto das liberdades específicas, e na liberdade de uma sociedade, expressa como a soma das liberdades das pessoas. Porém, a liberdade jurídica é analisada com base no conceito de permissão. Por consequência, a proibição jurídica é a proibição do objeto da liberdade, ou seja, um sujeito não é juridicamente livre, quanto à determinada ação, se a abstenção ou a realização lhe é juridicamente obrigatória.

O voto obrigatório ficou demonstrado como um dever dos maiores de 18 anos, como uma proibição de não votar dos maiores de 18 anos e como uma permissão para votar, mas não para não votar, dos maiores de 18 anos. Seguindo esta lógica deontológica, pode-se afirmar que a liberdade dos maiores de 18 anos está restringida, tendo em vista que não há uma permissão para não votar; logo, ausente está a faculdade, isto é, a liberdade. Como se trata de uma regra jurídica, isto é, o art. 14, § 1º, inciso I, da CRFB, há uma proibição jurídica relativa a um objeto da liberdade, qual seja, a faculdade de votar.

A existência dessa proibição jurídica à faculdade de votar representa uma restrição da liberdade específica dos indivíduos. Estes, por consequência, terão uma liberdade pessoal menor e, em virtude disto, a liberdade da sociedade será menor. Portanto, não restam dúvidas de que o voto obrigatório representa uma restrição ao sistema total de liberdades de que os brasileiros desfrutam.

Como já foi mencionado, as justificativas para a consagração do voto obrigatório na CRFB são as seguintes: a) construir um espírito cívico na população; b) garantir a legitimidade dos agentes democráticos; c) concretizar a soberania popular; e d) a inexistência do voto obrigatório, há apenas comparecimento formal. Cada uma deve então ter seu impacto analisado. A fragilidade desses argumentos já

foi analisada, porém, resta mencionar a possibilidade de estes contribuírem para o fortalecimento ou a maior extensão do sistema total de liberdades da sociedade brasileira.

Argumentar que o voto obrigatório serviria para orientar e ensinar a população brasileira acerca de seus direitos políticos teria como consequência direta uma ampliação do sistema total de liberdades da sociedade brasileira, na medida em que uma população mais esclarecida acerca dos seus direitos fundamentais poderia exercer maior liberdade contra a atuação estatal e maior dirigismo nas ações deste. Contudo, como foi argumentado anteriormente, a prática cega de um direito não traz real esclarecimento, nem o povo é alheio aos seus direitos. Portanto, o voto obrigatório permanece restringindo a liberdade sem oferecer uma maior extensão do sistema total de liberdades.

A garantia de legitimidade dos agentes democráticos também se presta, à primeira vista, a sustentar um regime geral de liberdades mais extenso, em virtude de que a estabilidade democrática viabiliza o exercício da totalidade das liberdades dos indivíduos. Entretanto, como anteriormente se demonstrou, é a existência do voto, não a obrigatoriedade deste, que confere legitimidade aos agentes democráticos e, consequentemente, garante a estabilidade democrática essencial às liberdades dos indivíduos. Logo, o voto obrigatório sustentado nesses termos, não oferece real fortalecimento do sistema total de liberdades da sociedade brasileira.

A concretização da soberania popular como forma de escolha dos rumos do Estado e sua forma de atuação é essencial para a garantia das liberdades. Dessa maneira, poder-se-ia argumentar que o voto obrigatório reforça e concretiza a soberania popular e, consequentemente, restringe uma liberdade para ampli-

ar o sistema total delas. No entanto, como já mencionado, o voto obrigatório é uma imposição estatal e, como tal, representa na verdade uma soberania popular subordinada às determinações do Estado, em completo desacordo com a teoria democrática. Então, não se pode falar aqui num sistema global de liberdades mais amplo.

Por fim, a objeção de que o voto obrigatório na verdade é apenas um comparecimento formal, mantendo-se a liberdade de escolha, inclusive com a existência de votos brancos e nulos, não se presta a sustentar uma restrição de liberdade com base em um sistema total de liberdades mais amplo, pois nega a existência daquela restrição em primeiro lugar e, consequentemente, sustenta que o sistema geral de liberdades se mantém inalterado. Nesse sentido, tal argumento é desacreditado em face de que ele é de fato uma restrição da liberdade individual. Conforme já se afirmou, o voto não pode ser encarado como distinto do ato de ir às urnas; mesmo se fosse assim considerado, haveria de se reconhecer uma obrigação, em oposição a uma liberdade, pois força o indivíduo a deslocar-se e a realizar atos burocráticos independentemente de sua vontade. Nesses termos, o voto obrigatório continua a restringir a liberdade individual, sem a consequente ampliação ou fortalecimento do total das liberdades na sociedade.

Sobre a compensação de uma restrição à liberdade com um aumento ou fortalecimento do sistema total de liberdades de uma sociedade, Rawls (2008, p. 282) afirma que “se essa liberdade menor é desnecessária e não é imposta por alguma agência humana, o sistema de liberdades é, nessa medida, mais irracional que injusta”.

A previsão constitucional do art. 14, § 1º, inciso I, é mais irracional que injusta. Estão certos aqueles que argumentam que há apenas

obrigatoriedade do comparecimento, mantendo-se a escolha uma liberdade do indivíduo. Mas isto é apenas a descrição de um fato. É necessária uma carga argumentativa que justifique a necessidade de se obrigar o comparecimento, e o erro desta posição jaz na ausência desta argumentação, simplesmente porque não há, é mera formalidade arbitrária. À vista disso, é correto afirmar que esta posição em defesa do voto obrigatório é mais irracional do que injusta.

Portanto, o voto obrigatório no ordenamento constitucional brasileiro não é capaz de se justificar à luz dos princípios de justiça de John Rawls. A justiça como equidade elaborada por ele preza por garantir uma contundente defesa dos direitos fundamentais e invioláveis do indivíduo. Em virtude disso, é preocupante o fracasso de um dispositivo constitucional, ressalte-se regulador do direito de voto, ao ser considerado justo. A Constituição como elemento fundante do Estado brasileiro traz em seu corpo os valores da sociedade brasileira e, consequentemente, deve conter disposições justificadas à luz da justiça.

Conclusão

A CRFB está em harmonia com os preceitos teóricos do Constitucionalismo moderno. O seu texto é composto por regras e princípios, abordando questões fáticas, sem desconsiderar os aspectos axiológicos. Em razão disso, a CRFB representa a (re)fundação do Estado brasileiro e a positivação dos valores que existem no seio da sociedade brasileira. A positivação desses valores permite e impele uma análise constitucional que considere tanto os aspectos normativos, quanto os axiológicos.

A CRFB constituiu o Brasil em Estado Democrático de Direito, no *caput* do seu artigo 1º. Isso enuncia um princípio que rege a aplicação de todas as normas do ordenamento jurídico brasileiro, tanto constitucionais quanto infraconstitucionais. Nesse sentido, as normas que o Estado brasileiro institui e aplica devem estar em sincronia com o Princípio Democrático, ou seja, devem respeitar a soberania popular e os direitos e liberdades individuais.

A opção por positivar princípios e valores axiológicos na CRFB decorre da necessidade de se legitimar o uso do poder. Não se admite que uma Constituição seja apenas um documento formal, ela deve ter um conteúdo definido, constitucional por essência. Esse conteúdo trata da forma como o Estado se constitui, da maneira como se exerce o poder político etc. Entretanto, decisivo é o conceito de Justiça para dar sentido ao conteúdo constitucional.

Ter uma Constituição significa consagrar normas no mais alto grau hierárquico possível no ordenamento jurídico, em virtude da proximidade do conteúdo daquelas normas com a nossa ideia de Justiça. Por trás das regras constitucionais, é inevitável existir uma concepção de justiça que oriente os valores ali positivados. Consequentemente, para analisar a CRFB e seus dispositivos normativos é necessário considerá-la em seu sentido completo, como norma jurídica e como teoria de justiça.

A Teoria da Justiça de John Rawls, chamada justiça como equidade, vem de uma tradição contratualista e racionalista que a torna viável como padrão de análise constitucional. A justiça como equidade se preocupa com a justiça distributiva numa sociedade, isto é, a distribuição dos direitos e deveres e a divisão dos resultados econômicos da cooperação social. Tais questões são essencialmente consti-

tucionais, portanto, não há óbice em pretender tal Teoria da Justiça como elemento de análise da CRFB.

O voto obrigatório existe no Brasil desde 1828. Desde então, todas as suas Constituições determinaram a obrigatoriedade do voto, inclusive a CRFB. Esta última pretendeu inaugurar uma nova era na sociedade brasileira, saída de longos anos em um regime militar, constituindo um Estado Democrático de Direito, preocupado com a efetivação da democracia, a proteção das liberdades individuais e a justiça social.

Entretanto, a obrigatoriedade do voto entra em conflito com essa pretensão democrática. O voto, como está previsto no art. 14, § 1º, inciso I, da CRFB, constitui-se como dever, isto é, obrigação jurídica. Consequentemente, a liberdade jurídica dos cidadãos brasileiros é posta em xeque por uma das normas do documento que se pretende como salvaguarda da democracia e das liberdades individuais.

O voto obrigatório, formalmente, está em conformidade com a CRFB. O princípio da legalidade, previsto no art. 5º, II, dá sustentação para essa opção do constituinte de 1988. Contudo, o constituinte também pretendeu fundar uma democracia e proteger as liberdades individuais. Nesse sentido, a regra do voto obrigatório e seu princípio da legalidade estão em conflito com os princípios democrático e de liberdade.

Para além dessa análise normativa, a análise no âmbito da Teoria da Justiça é capaz de demonstrar a injustiça do voto obrigatório. A justiça como equidade estabelece um princípio de liberdade que é tido como prioritário. Neste sentido, a liberdade deve ser resguardada para se garantir a todos o maior sistema possível de liberdades iguais. Restrições só seriam admissíveis em prol da própria liberdade, o que significa dizer, uma liberdade só poderia ser

menos extensa se ampliasse ou fortalecesse o sistema total de liberdade dos indivíduos.

O voto obrigatório falha em ampliar ou fortalecer o sistema total de liberdade dos indivíduos. Seja ele concebido como uma necessidade de educação cívica, ou como uma garantia de legitimidade dos agentes democráticos, ou como uma concretização da soberania popular, ou como uma obrigação formal de mero comparecimento, o fato é que há uma restrição à liberdade dos indivíduos, sem a consequente expansão ou reforço do sistema total de liberdade da sociedade brasileira.

A justiça como equidade fornece padrões objetivos e racionais para análise da justiça dos arranjos sociais. Desse modo, é um parâmetro eficiente para se analisar a CRFB. O voto obrigatório previsto por esta não está em acordo com os princípios de justiça enunciados por John Rawls. Logo, é seguro afirmar a injustiça do voto obrigatório e sua desconformidade com a ideia de democracia.

Sobre os autores

João Hélio Ferreira Pes é doutor em Ciências Jurídico-Políticas pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, Portugal; mestre em Integração Latino-Americana pela Universidade Federal de Santa Maria, Santa Maria, RS, Brasil; professor do Curso de Direito do Centro Universitário Franciscano, Santa Maria, RS, Brasil.
E-mail: joaohelio@unifra.br

Rafael Bathelt Fleig é graduado pelo Curso de Direito do Centro Universitário Franciscano, Santa Maria, RS, Brasil; advogado.
E-mail: rafaelbfleig@gmail.com

Título, resumo e palavras-chave em inglês¹

THE COMPULSORY VOTING IN BRAZILIAN DEMOCRACY AND JOHN RAWLS'S PRINCIPLES OF JUSTICE

ABSTRACT: This article analyzes the mandatory voting in the light of democracy that the Federal Constitution of 1988 aims to achieve, considering John Rawls' conception of justice that affirms principles of justice that precede and guide the constitution itself, to answer the following problem: the mandatory voting instituted by the Brazilian Constitution is fair? The chosen approach method was the deductive, searching in doctrines and Constitution the bases of compulsory voting, then using John Rawls's philosophy to analyze its virtues. As a procedure, it was employed the historical and the comparative methods, extracting from history the reasons for compulsory voting to, then, compare

¹ Sem revisão do editor.

them with John Rawls's principles of justice. The conclusion was towards the idea that there is a fragile constitutional compatibility between compulsory voting and Democratic State, at the same time where justice as fairness regards it as unfair, if not irrational.

KEYWORDS: CONSTITUTIONAL THEORY. THEORY OF JUSTICE. RULE OF LAW. DEMOCRACY. JOHN RAWLS.

Como citar este artigo

(ABNT)

PES, João Hélio Ferreira; FLEIG, Rafael Bathelt. O voto obrigatório na democracia brasileira e os princípios de justiça de John Rawls. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, v. 55, n. 218, p. 113-139, abr./jun. 2018. Disponível em: <http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/55/218/ril_v55_n218_p113>.

(APA)

Pes, J. H. F., & Fleig, R. B. (2018). O voto obrigatório na democracia brasileira e os princípios de justiça de John Rawls. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, 55(218), 113-139. Recuperado de http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/55/218/ril_v55_n218_p113

Referências

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed., 4. tir. São Paulo: Malheiros, 2015.

BRASIL. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1891. *Diário Oficial da União*, 24 fev. 1891.

_____. Lei nº 35, de 26 de janeiro de 1892. Estabelece o processo para as eleições federais. *Coleções de Leis do Brasil*, 31 dez. 1892.

_____. Decreto nº 21.076, de 24 de fevereiro de 1932. Decreta o Código Eleitoral. *Diário Oficial da União*, 26 fev. 1932.

_____. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934. *Diário Oficial da União*, 16 set. 1934.

_____. Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1937. *Diário Oficial da União*, 10 set. 1937.

_____. Lei nº 9, de 28 de fevereiro de 1945. Altera a Constituição Federal de 1937. *Diário Oficial da União*, 1º mar. 1945a.

_____. Decreto-Lei nº 7.586, de 28 de maio de 1945. *Diário Oficial da União*, 28 maio 1945b.

_____. Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1946. *Diário Oficial da União*, 19 set. 1946.

_____. Emenda constitucional nº 4, de 2 de setembro de 1961. Institui o sistema parlamentar de governo. *Diário Oficial da União*, 2 set. 1961.

_____. Emenda constitucional nº 6, de 23 de janeiro de 1963. Revoga a Emenda Constitucional nº 4 e restabelece o sistema presidencial de governo instituído pela Constituição Federal de 1946. *Diário Oficial da União*, 23 jan. 1963.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil de 1967. *Diário Oficial da União*, 24 jan. 1967.

_____. Emenda constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969. Edita o novo texto da Constituição Federal de 24 de janeiro de 1967. *Diário Oficial da União*, 20 out. 1969.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. *Diário Oficial da União*, 5 out. 1988.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 6. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2002.

CARVALHO, José Murilo de. *Cidadania no Brasil: o longo caminho*. 10. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2008.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito constitucional*. 12. ed., rev. e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

CUNHA, André Luiz Nogueira da. *Direitos políticos, representatividade, capacidade eleitoral e inelegibilidades*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2004.

IMPÉRIO DO BRAZIL. Constituição Política do Império do Brasil de 1824. *Coleção das Leis do Império do Brasil*, 31 dez. 1824.

_____. Decreto nº 3.029, de 9 de janeiro de 1881 [Lei Saraiva]. Reforma a legislação eleitoral. *Coleção das Leis do Império do Brasil*, 31 dez. 1881.

NISS, Pedro Henrique Távora. *Direitos políticos: condições de elegibilidade e inelegibilidades*. São Paulo: Saraiva, 1994.

PES, João Hélio Ferreira. *A constitucionalização de direitos humanos elencados em tratados*. Ijuí: Editora Unijui, 2010.

PORTUGAL. Constituição da República Portuguesa de 1976. *Diário da República*, 10 abr. 1976.

RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Tradução de Jussara Simões. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 35. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2012.