



QUALIFICAÇÃO JURÍDICA DO VOTO E A CONTROVÉRSIA BRASILEIRA SOBRE SUA OBRIGATORIEDADE

JURIDICAL QUALIFICATION OF VOTE AND THE BRAZILIAN CONTROVERSY ABOUT ITS OBLIGATORINESS

CALIFICACIÓN JURÍDICA DEL VOTO Y LA CONTROVERSIA BRASILEÑA SOBRE SU OBLIGATORIEDAD

Felipe Bizinoto Soares de Pádua¹

Resumo: O voto representa o exercício da soberania do povo, as escolhas políticas que guiam e guiarão a sociedade. Apesar da sua essencialidade política e jurídica, existem controvérsias sobre o que é, qual a natureza jurídica e a possibilidade de sua facultatividade no Brasil, onde o sistema vigente determina o voto obrigatório. Este artigo lidará sobre tais controvérsias, delineando o voto e a (im)possibilidade de ser facultativo no sistema jurídico brasileiro.

Palavras-chave: Voto; Voto facultativo; Emenda à Constituição do Brasil; Sufrágio; Direitos políticos.

Abstract: The vote represents the exercise of sovereignty of people, the political choices that guide and will guide the society. Despite its political and juridical essentiality, there are controversies about what it is, what is the juridical nature and the possibility of its facultativity in Brasil, Where the current system determines mandatory voting. This article will deal with such controversies, outlining the vote and the (im)possibility of being facultative in the Brazilian juridical system.

Keywords: Vote; Facultative vote; Amendment to the Constitution of Brazil; Suffrage; Political rights.

Resumen: El voto representa el ejercicio de la soberanía del pueblo, las opciones políticas que guían y guiarán a la sociedad. A pesar de su esencialidad política y jurídica, existen controversias sobre qué es, cuál es la naturaleza jurídica y la posibilidad de su facultatividad en Brasil, donde el sistema actual determina el voto obligatorio. Este artículo se ocupará de tales controvérsias, delineando el voto y la (im)possibilidade de ser facultativo en el sistema jurídico brasileño.

Palabras clave: Voto; Voto facultativo; Enmienda a la Constitución de Brasil; Sufragio; Derechos políticos.

1. Considerações iniciais

Ao tratar da função social da dogmática jurídica, Tércio Sampaio Ferraz Jr. (1980, p. 177-194) trata do discurso persuasivo com o intuito científico de substituir o crer pelo saber, bem como confirmar as teorias utilizadas para reforçar o papel da dogmática na tomada de decisões pelo indivíduo, pela sociedade e pelas autoridades públicas. Desconsiderando o plano

¹ Mestrando em Direito, Justiça e Desenvolvimento pelo Instituto de Direito Público de São Paulo (2021). Pós-graduado em Direito Constitucional e Processo Constitucional, em Direito Registral e Notarial, em Direito Ambiental, Processo Ambiental e Sustentabilidade, tudo pelo Instituto de Direito Público de São Paulo/Escola de Direito do Brasil (2019). Graduado em Direito pela Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo (2017).. E-mail: bizinoto.felipe@hotmail.com

efetivo, o discurso democrático se mostra um dos grandes vitoriosos entre os séculos. XX e XXI.

Nas Constituições de diversos países constam dispositivos que remetem expressamente ao Estado Democrático: o Brasil (art. 1º), Itália (art. 1), Portugal (art. 2º), Espanha (art. 1, 1.), Argentina (art. 36), Paraguai (art. 1), Uruguai (art. 82), Bolívia (art. 1), China (art. 1), Equador (art. 1), Cazaquistão (art. 1), Mongólia (art. 1, 2.).

Ao se falar de democracia há uma profusão de referências de ideias, mas aqui cabe destacar (senão a principal) o voto, a ideia trazida por Robert A. Dahl (2001, p. 49) de que há oportunidade dada a cada membro da sociedade de, igual e efetivamente, serem ouvidos e ouvirem os demais membros. Um exemplo dessa oportunidade está no filme *Dark Water*², estrelado pelo ator Mark Ruffalo, que representa um advogado de um escritório importante nos EUA que se debruça por longos anos sobre uma questão dos efeitos nocivos de certo produto às pessoas, aos animais não humanos e à flora. Em determinado momento da obra é que o corpo diretivo do escritório decide votar se seguir com a causa valeria a pena ou não, ainda mais diante do aparente retorno financeiro e da potencial má fama em relação às indústrias, sendo que uma maioria foi composta na cena em prol da manutenção do patrocínio.

Em outra oportunidade já se escreveu que o exercício democrático que se dá, principalmente, pelo voto compreende uma feição objetiva da felicidade, eis que atribui a cada titular de direitos políticos mais do que o respeito de ouvir e ser ouvido, mas o poder de contribuir para a composição das decisões que serão tomadas pelo Estado (PÁDUA, 2019, p. 202-208).

Inspirado nos gregos, especialmente no regime político ateniense, os romanos estabeleceram uma ideia de capacidade jurídica plena fundada em três *status*: a liberdade (*status libertatis*), a família (*status familiae*) e a cidadania (*status civitatis*). Este último que importa destacar, compreendendo uma situação que atribuíra ao homem a qualidade de cidadão romano (*civis*), tendo diversas prerrogativas em relação aos não-romanos (latinos e peregrinos) (MARKY, 2019, p. 54-55; CRETELLA JÚNIOR, 2004, p. 73; CHAMOUN, 1957, p. 61-65; SCHULZ, 2020, p. 85-86).

Característica destacada como uma das fontes da cidadania é o nascimento. Segundo José Cretella Jr. (2004, p. 74), Thomas Marky (2019, p. 54) e Ebert Chamoun (1957, p. 61), o nascimento para fins de obtenção da cidadania romana pressupunha que a mãe fosse cidadão no momento do parto. Com certas adaptações, essa ideia de que é exigida certa consanguinidade perdura atualmente, na identificação do pressuposto para os chamados direitos políticos (aqui incluso o voto), qual seja, o de que a pessoa tenha nacionalidade atrelada ao Estado, especificamente quanto ao sangue o chamado *ius sanguinis* (DALLARI, 2013, p. 133-138;

² Traduzido para o Brasil como O Preço da Verdade.

SILVA, 2013, p. 327-335).

Ocorre que a definição do povo (= conjunto de indivíduos que têm um vínculo jurídico-político com o Estado) vai além da aquisição da nacionalidade por hereditariedade (*ius sanguinis*) e adota outra via, que é a do nascimento no território estatal (*ius solis*) (DALLARI, 2013, p. 133-138; SILVA, 2013, p. 327-335).

Na Constituição brasileira de 1988 (CRFB/1988) consta no § 2º do art. 14 que “Não podem alistar-se como eleitores os estrangeiros e, durante o período do serviço militar obrigatório, os conscritos” (BRASIL, 1988). Em leitura conjugada com os incisos I e II do art. 12 da mesma Carta Política é possível depreender que o modelo ordinariamente adotado pelo Brasil é o do nascimento em solo brasileiro para a aquisição da nacionalidade com a consequente (e potencial) aptidão jurídica política.

Aqui importa destacar que o voto é algo ligado aos direitos políticos, os quais, por sua vez, se ligam à nacionalidade. Ocorre que são categorias jurídicas distintas umas das outras, cabendo neste momento diferenciar as segundas da terceira.

Nacionalidade remete ao Direito Romano, diz respeito à posição jurídica complexa de Direito Público que faz com que certo sujeito integre a comunidade política de certo Estado (SILVA, 2013, p. 322; SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2016, p. 665). Por sua vez, os direitos políticos são compreendidos como um complexo de posições jurídicas subjetivas de Direito Público atribuídas ordinariamente ao nacional (= quem tem nacionalidade) e que se voltam à participação na formação da vontade política estatal (SILVA, 2013, p. 347-349; SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2016, p. 695)³.

Importante compreensão geral e que abrange a nacionalidade e os direitos políticos é trazida sob a óptica da teoria das capacidades desenvolvida por Marcos Bernardes de Mello (2019, p. 135-136), que leciona que a capacidade política é o gênero que compreende a nacionalidade e os direitos políticos, isto é, é uma universalidade que compreende direitos subjetivos públicos relativos à integração política estatal e à participação nas decisões do Poder Público.

O voto ingressa no meio dessa relação em razão de uma das posições constantes nos direitos políticos, o do direito de sufrágio. Essencialmente, a cadeia lógica é de que a nacionalidade faz nascer o direito subjetivo político, que, por sua vez, faz nascer o direito ao sufrágio, do qual dimana o voto.

Em relação ao voto persiste uma dúvida relacionada ao quadro fáctico trazido por Paulo Henrique Soares (2004, p. 107-116), que mostra em quadro comparativo a adesão de diversos

³ Tanto uma quanto outra acepção são enxergadas na definição de direito subjetivo, o que não exclui a definição sob a vista do Direito (em sentido) objetivo. Sob essa óptica, Direito Político é o regime jurídico que disciplina a relação cidadão-Estado no que diz respeito ao exercício da soberania, enquanto Direito da Nacionalidade é o regime jurídico que diz respeito à relação pessoa-Estado no que diz respeito ao vínculo jurídico-político entre os polos (MORAES, 2018, p. 318 e p. 345).

países no continente americano ao voto facultativo em detrimento do voto obrigatório, estando nesta última classe o Brasil, que desde 1932 obriga diversos nacionais a comparecerem às urnas para participação.

Um dos debates constantes entre as duas vertentes sobre o voto (facultativo *vs.* obrigatório) é o da sua natureza jurídica. É justamente sobre isso que as linhas a seguir tratarão, desdobrando-se o texto em três partes: (i) inicialmente serão distinguidos alguns institutos jurídicos oriundos dos direitos políticos, quais sejam, o sufrágio e o voto; (ii) será traçado um panorama sobre os fundamentos das correntes ligadas à qualificação jurídica do voto com a consequente adoção de uma delas, expondo críticas à contraposição; e (iii) diante do regime constitucional de limitações materiais, será tratada sobre a (in)viabilidade do estabelecimento de um voto facultativo no Brasil.

2. Direito subjetivo político: o sufrágio e o voto

Asseverou-se mais de uma vez que os chamados direitos políticos, aqueles constantes especialmente no art. 14 da Constituição brasileira de 1988, consistem em um direito subjetivo de Direito Público. É necessário antes de adentrar ao tema da diferenciação entre sufrágio e voto a qualificação jurídica da categoria mais ampla, o que, inclusive, norteará todo o desenvolvimento deste item e indicará o posicionamento a ser adotado para o próximo item.

Sistematizador das ideias de Wesley Newcomb Hohfeld (1919, p. 23 e ss.), Giuseppe Lumia (1981, p. 109-121) expõe que há as seguintes posições jurídicas subjetivas elementares ativas: pretensão (poder exigir a subordinação de interesse alheio ao próprio), faculdade (poder que se liga à ideia de liberdade como a ausência de obstáculos para realização de algo), poder formativo (poder do titular tocar a esfera jurídica da contraparte e nela constituir, modificar ou extinguir posições jurídicas subjetivas) e imunidade (poder do titular em não ser tocado pelo poder formativo de outrem). As posições elementares passivas correlatas são, respectivamente, o dever comportamental, a ausência de pretensão, a sujeição e a ausência de poder formativo.

O conjunto das posições jurídicas elementares ativas que é de um mesmo titular compreendem uma posição jurídica subjetiva complexa ativa: compreende o direito subjetivo quando as posições buscam a satisfação do interesse de quem as titulariza, enquanto é poder funcional (chamado poder-dever ou dever-poder) quando as posições jurídicas se voltam a satisfazer interesse alheio (LUMIA, 1981, p. 112-113).

Quando José Afonso da Silva (2013, p. 348), Ingo W. Sarlet (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2016, p. 695), Luiz Alberto David de Araújo e Vidal Serrano Nunes Jr. (2018, p. 331) mencionam um conjunto de direitos políticos, falam, com mais precisão, do direito subjetivo político. Como estatui o próprio art. 14 CRFB/1988, “A soberania popular será exercida pelo *sufrágio* universal e pelo *voto* direto e secreto, com valor igual para todos” (BRASIL, 1988, grifo nosso).

Há duas visões que se debruçam sobre o voto e o sufrágio. A primeira carrega o entendimento de Célio Silva Costa (1992, p. 732) e Dalmo de A. Dallari (2013, p. 183), que entendem que sufrágio é sinônimo de voto. A segunda visão é de José Afonso da Silva (2013, p. 359-360), Ingo W. Sarlet (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2016, p. 704) e José Celso de Mello Filho (1984, p. 309), para os quais o sufrágio tem um espectro que absorve o voto, ou seja, existe uma relação de imanência entre um e outro.

Adere-se à segunda visão por duas razões: a primeira é que o texto constitucional brasileiro fala que a soberania será exercida por meio do sufrágio e do voto, o que já mostra ao intérprete do Direito que são categorias distintas. O segundo motivo é que a compreensão de sufrágio é mais ampla do que sua própria etimologia (*suffragium*) e consiste no que a doutrina chama direitos de votar e ser votado (SILVA, 2013, p. 352; MELLO FILHO, 1984, p. 309; SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2016, p. 704; GUEDES; in CANOTILHO; et. al., 2018, p. 727-728; ARAÚJO; NUNES JÚNIOR, 2018, p. 334). Logo, sufrágio compreende o direito de votar e ser votado, um direito que tem uma feição ativa (= votar) e outra passiva (= ser votado).

Segundo José Afonso da Silva (p. 353-357), que é acompanhado pela doutrina (MORAES, 2018, p. 347; SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2016, p. 704-708; GUEDES; in CANOTILHO; et. al., 2018, p. 731-732), o sufrágio pode ser analisado sob duas ópticas: (a) quanto à extensão, podendo ser (a.1) universal, se existe outorga irrestrita aos nacionais, ou (a.2) restrito, se a outorga é conferida a alguns grupos de nacionais em razão da situação específica, particularmente de cunho econômico; e (b) quanto à igualdade, podendo ser (b.1) igual, se a todos e todas nacionais há igual direito em votar e ser votado, ou (b.2) desigual, atribuindo-se a determinados grupos de eleitores direito de votar mais de uma vez.

No sistema constitucional eleitoral em voga, o sufrágio é universal e igual, conforme se depreende do próprio teor do art. 14 da Carta Política, que enuncia ‘sufrágio universal (...), com valor igual para todos’ (BRASIL, 1988).

De outro lado está o voto, que é a forma de realização do sufrágio em sua acepção ativa, ou seja, o voto é a forma pela qual é exercido o sufrágio (SILVA, 2013, p. 359; SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2016, p. 704; MELLO FILHO, 1984, p. 309; GUEDES; in CANOTILHO; et. al., 2018, p. 727-728; ARAÚJO; NUNES JÚNIOR, 2018, p. 334). Sobre o voto importam destacar algumas classificações. Tais catalogações decorrem da leitura atenta do art. 14, *caput*, § 1º, II e II, CRFB/1988, cujos fragmentos tratam do voto direto, secreto, obrigatório (para certa faixa etária), facultativo (a certos grupos).

Do texto constitucional se extrai qualificações duais (SILVA, 2013, p. 361-366; SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2016, p. 704-708; GUEDES; in CANOTILHO; et. al., 2018, p. 727 e ss.): (a) quanto à escolha do representante, o voto pode ser direto (= escolha direta do representante político) ou indireto (= escolha de delegados que escolherão o representante político); (b) quanto ao sigilo da escolha, pode ser secreto (= Estado não dá

ciência geral da escolha individual) ou público (= Estado dá ciência geral da escolha individual); e (c) quanto à obrigatoriedade da escolha, o voto pode ser obrigatório (= dever de comparecimento e respectivo lançamento de assinatura no relatório) ou facultativo (= livre comparecimento e respectivo lançamento de assinatura no relatório).

Feitos os traços distintivos, cabe agora aprofundar o debate em torno da qualificação jurídica do voto dentro das abstrações de maior grau jurídico, indagando-se o seguinte: o voto é um poder ou um dever jurídico?

3. Voto e sua natureza jurídica

No âmbito da Teoria Geral do Direito é contrastante a abordagem de João Alberto Schützer Del Nero (2001, p. 12-13) de que a atividade do cientista do Direito envolve a chamada qualificação jurídica, que se desdobra em um momento inicial, da nomogênese, no qual observa os dados fáticos de modo a identificá-los com os dados da experiência jurídica, e um momento de aplicação, no qual se vê a norma jurídica posta, impondo-se a relação de conformação fática ao desiderato jurídico. Enxergando tal contributo ao caso, importa destacar neste item a relação entre o voto e as abstrações jurídicas sistematizadas por Giuseppe Lumia (1981, p. 109-121), isto é, em qual dos componentes das posições jurídicas se encaixa: pretensão \leftrightarrow dever comportamental, faculdade \leftrightarrow ausência de pretensão, poder formativo \leftrightarrow sujeição, imunidade \leftrightarrow ausência de poder formativo. Desenvolver-se-á em duas etapas a compreensão sobre a natureza jurídica do voto.

Primeiramente, pode-se dividir em duas correntes mais gerais. A primeira aqui será denominada corrente do voto-dever, que tem como autores Nelson de Souza Sampaio (1983, p. 180), Sahid Maluf (2003, p. 222) e Alexandre de Moraes (2018, p. 349), para os quais votar é muito mais a funcionalização de um dever cívico do que uma opção que se aproxima de um poder jurídico. A síntese está na seguinte ideia do primeiro autor citado:

Do exposto, conclui-se que o voto tem, primordialmente, o caráter de uma função pública. Como componente do órgão eleitoral, o eleitor concorre para compor outros órgãos do Estado também criados pela Constituição. Em geral, porém, as Constituições têm deixado o exercício da função de votar a critério do eleitor, não estabelecendo sanções para os que se omitem. Nessa hipótese, as normas jurídicas sobre o voto pertenceriam à categoria das normas imperfeitas, o que redundaria em fazer do sufrágio simples dever cívico ou moral. Somente quando se torna obrigatório, o voto assumiria verdadeiro caráter de dever jurídico. Tal obrigatoriedade foi estabelecida por alguns países, menos pelos argumentos sobre a natureza do voto do que pelo fato da abstenção de muitos eleitores - fato prenhe de consequências políticas, inclusive no sentido de desvirtuar o sistema democrático. Nos pleitos eleitorais com alta percentagem de abstenção, a minoria do eleitorado poderia formar os órgãos dirigentes do Estado, ou seja, Governo e Parlamento (SAMPAIO, 1983, p. 180).

Sahid Maluf também adere à visão do dever ao tratar do voto como uma função pública,

um dever-poder exercido em razão da sua função sociopolítica:

O voto é considerado como um direito individual e, ao mesmo tempo, como função social. Como doutrinou Dugui, o eleitor, ao mesmo tempo em que é titular de um direito é investido em uma função pública. O direito decorre do poder de votar que assiste aos cidadãos, observadas as prescrições legais. (...) O caráter de função social resulta, logicamente, da obrigatoriedade do voto (MALUF, 2003, p. 222).

Alexandre de Moraes ressalta que votar é o exercício de uma posição simultaneamente ativa e passiva, preponderando a segunda, afirmando o seguinte:

O voto é um direito público subjetivo, sem, contudo, deixar de ser uma função política e social de soberania popular na democracia representativa. Além disso, aos maiores de 18 e menores de 70 anos é um dever, portanto, obrigatório. (...) Assim, a natureza do voto também se caracteriza por ser um dever sociopolítico, pois o cidadão tem o dever de manifestar sua vontade, por meio do voto, para a escolha de governantes em um regime representativo (MORAES, 2018, p. 349).

Em síntese, a perspectiva trazida pelos três autores acima é no sentido de que o voto é um poder jurídico, mas que a cidadania (= a escolha dos representantes) é um dever do cidadão, ainda mais diante da própria previsão constitucional de que par certo quadro subjetivo é obrigatório (art. 14, § 1º, I CRFB/1988). Pelo fato de votar ter uma função sociopolítica, justificar-se-ia sua imposição, aqui havendo um dever de exercer a cidadania ao menos no que trata da escolha daqueles que serão os agentes políticos que comporão a cúpula das funções majoritárias republicanas (Executivo e Legislativo) (ALMEIDA; LA BRADBURY, 2014, p. 139).

De outro lado há a aqui denominada corrente do voto-direito, que tem uma aderência maior pela doutrina, citando-se José Afonso da Silva (2013, p. 360-361), Ingo W. Sarlet (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2016, p. 706-707), Néviton Guedes (in CANOTILHO; et. al., 2018, p. 727-728), Luiz Alberto David Araújo e Vidal Serrano Nunes Jr. (2018, p. 334), para os quais votar é o exercício de uma posição jurídica subjetiva ativa, mesmo que sendo obrigatório o comparecimento, isso não sublima o fato de o seu exercício é dotado de ampla liberdade, podendo o cidadão escolher alguém ou não, apenas depositando a cédula na urna ou, nos dias mais atuais no Brasil, optando por um “não-candidato” na urna eletrônica. Apesar de serem tratados como sinônimos os vocábulos voto e sufrágio, aplicando-se a distinção feita alhures é que a tese de Hans Kelsen sintetiza em parte a visão do voto como um poder jurídico:

O fato de o sufrágio ser uma função Pública por meio da qual se criam órgãos essenciais do Estado não é incompatível com a sua organização como direito no sentido técnico do termo (KELSEN, 1998a, p. 419).

Crítica a ser feita à primeira corrente é que a visão a partir da obrigatoriedade pelo fato de cumprir um papel cívico avalia o fenômeno jurídico de fora, a partir da compreensão

sociopolítica. Outrossim, ver que o voto é um dever pelo fato de ser obrigatório é uma compreensão parcelar do fenômeno total, eis que toda posição jurídica subjetiva ativa tem uma função social, porquanto obviamente dizem respeito ao que F. C. Pontes de Miranda (2012, p. 65 e ss.) denomina relações intersubjetivas juridicamente relevantes. É dizer: não é o fato de que existe uma obrigatoriedade sobre certo interesse jurídico que ele tenha de ser qualificado como dever.

A propriedade em sua acepção mais restrita é um direito subjetivo de Direito Real, trata-se, como a própria denominação mostra, de uma posição jurídica ativa, um poder jurídico complexo. Ocorre que a própria Constituição do Brasil determina que esse direito subjetivo dominial atenderá a sua função social (art. 5º, XXIII). Ainda mais sob a óptica da propriedade sobre bem imóvel, o art. 182 da Carta Fundamental brasileira determina diretrizes com as quais o proprietário deve cumprir (= deveres jurídicos) para que, p. ex., não sofra com o aumento progressivo do IPTU (§ 4º, II) e, em última instância, não seja desapropriado (= perder o domínio) (§ 4º, III).

No mesmo sentido, o contrato é um negócio por meio do qual as partes disciplinam suas posições de cunho patrimonial (PÁDUA, 2020), sendo que a Lei Fundamental determina em seu art. 170, III a função social da propriedade em relação à ordem econômica, destacado o papel do contrato como principal meio de constituição e funcionamento do mercado. O negócio contratual deve atender sua função social, que, conforme escrito noutro texto (PÁDUA, 2020) volta-se ao atendimento econômico dos contratantes, desde que o contrato não seja nocivo aos interesses coletivos tutelados pela ordem jurídica. O fato de haver uma função social, que trata mais da imposição de deveres, não significa que o contrato seja um dever.

Além do fato de que a existência de deveres que permeiam o poder jurídico não faz com que a posição central seja convertida em um dever, adere-se à visão de Ingo W. Sarlet de que a obrigatoriedade é no comparecimento e no lançamento de sua assinatura na ata de comparecimento, observâncias tais que são de caráter formal, eis que a substância do voto ainda é livre, isto é, o ato de votar tem ampla liberdade no sentido de não ser imposta uma opção ao cidadão (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2016, p. 706-707). Em suma, o titular do sufrágio em sua feição ativa deve comparecer, mas não lhe é imposta a escolha de certo candidato, podendo, inclusive, votar em branco ou até anular seu voto.

Resta a indagação inicialmente feita, o que corresponde à segunda etapa do desenvolvimento. É a seguinte pergunta: o voto tem correspondência homóloga com qual posição jurídica subjetiva elementar ativa?

Aprofundando-se na teoria hohfeldiana bem delineada por Giuseppe Lumia (1981, p. 109-121), destaca-se um passo antecedente para compreender o que cada posição jurídica elementar ativa tem. Elas decorrem da *summa divisio* entre normas primárias e secundárias, mas não aquela tratada por Hans Kelsen (1998b, p. 48-65), em relação à existência ou não de sanção,

e sim a abordagem de Herbert L. A Hart (2009, p. 118-128), Norberto Bobbio (2016, p. 175), o citado Giuseppe Lumia (1981, p. 55-57) e Riccardo Guastini (1998, p. 23-24), que ensinam que as normas primárias (ou de condutas) destinam-se a disciplinar comportamentos, enquanto as normas secundárias (ou de competência) destinam-se a disciplinar a produção de outras normas.

Segundo o modelo posicional Hohfeld-Lumia (LUMIA, 1981, p. 109-121), das normas primárias decorrem a pretensão e a faculdade, pois envolvem o exercício de comportamentos no plano fático e, também, alguma conduta adotada pela contraparte ou em relação à pretensão (atender o interesse dominante) ou em relação à faculdade (deixar que seja exercida liberdade); enquanto das normas secundárias decorrem o poder formativo e a imunidade, vez que ambas posições ativas atuam no plano lógico e, por isso, não precisam de coordenação da contraparte para que seu fim seja atingido, operando-se no plano lógico mediante criação de normas para o titular da posição passiva correlata.

Considerando o uso corrente do vocábulo liberdade de voto por José Afonso da Silva (2013, p. 362), Ingo W. Sarlet (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2016, p. 706) e Néviton Guedes (*in* CANOTILHO; *et. al.*, 2018, p. 729-730), bem como o fato de que o polo passivo da relação instituída na relação de Direito Político na qual o titular do (poder jurídico de) voto pode exercê-lo mediante não imposições do titular da correlata posição passiva, a natureza jurídica do voto adequa-se à faculdade. Melhor dizendo, o voto é uma faculdade, uma posição jurídica subjetiva elementar ativa atrelada ao livre exercício de algum comportamento sem obstacularização para realização, sendo esse algo a ser realizado a escolha entre um candidato, votar em branco ou anular o voto, sendo obrigatório ao cidadão tão somente seu comparecimento às urnas.

4. Constituição brasileira e o voto facultativo?

Decorrente do debate entre voto facultativo e voto obrigatório está a possibilidade de implementação da primeira espécie no sistema constitucional brasileiro. Insta salientar que a estrutura eleitoral constitucional do Brasil absorve ambas as espécies, mas uma delas tem certo predomínio, conforme enuncia a própria Carta Federativa:

Art. 14. A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante:

(...)

§ 1º O alistamento eleitoral e o voto são:

I - *obrigatórios* para os maiores de dezoito anos;

II - *facultativos* para:

a) os analfabetos;

b) os maiores de setenta anos;

c) os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos (BRASIL, 1988, grifo nosso).

O debate que gira em torno da obrigatoriedade do voto deve ser enxergado não diante

da existência de um modelo institucional jurídico-político que impõe o exercício do voto (= comparecimento às urnas) a todos, e sim a um grupo mais amplo socialmente. Segundo divulgação do veículo jornalístico Portal EBC (2019), pessoas acima dos 70 anos compõem 15% da população brasileira, enquanto a Fundação Abrinq (2020) mostra que dos 211 milhões de brasileiros estimados no ano de 2020, 11.323.451 são adolescentes entre 15 e 17 anos, o que corresponde a aproximados 5% da população brasileira. De tais dados se extrai que a pirâmide social etária brasileira mostra que uma parcela substancial dos brasileiros e brasileiras são cidadãos com obrigatoriedade de comparecimento eleitoral.

Diante das informações acima é que se pode concluir neste item que o debate entre obrigatoriedade e facultatividade do voto diz respeito à maioria da população brasileira na contemporaneidade.

Voltando-se à (im)possibilidade de instituir o voto facultativo no Brasil, o ordenamento brasileiro é dotado de um diploma superior que tem como principal característica a sua rigidez no que trata do processo de reforma constitucional, que ocorre, atualmente, por meio de Emendas à Constituição, cujo art. 60 é compreendido como dotado de três blocos de limitações à exteriorização do Poder Reformador (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2016, p. 125-126; SILVA, 2013, p. 67-70). Para este artigo cabe expor sobre as chamadas limitações materiais, constantes, essencialmente, no art. 60, § 4º da Constituição. Utiliza-se a terminologia de F. C. Pontes de Miranda (1972, p. 80) sobre as delineações ou contornos jurídicos: são limitações os contornos estabelecidos pelo ordenamento jurídico, especialmente pela ordem legal, enquanto restrições são contornos oriundos da vontade refletida em atos jurídicos, particularmente nos negócios jurídicos. Por isso o uso do vocábulo limitações materiais.

E o que são limitações materiais? São um conjunto de qualidades que o poder de reforma deve atender em relação a aspectos de conteúdo contra o qual a PEC não pode atentar, pois compreendem o núcleo material que dão identidade à Constituição (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2016, p. 132; BARROSO, 2015, p. 194; SILVA, 2013). Ater-se-á aos limites materiais expressos, mais conhecidos como cláusulas pétreas, especificamente em um dos quatro que são os seguintes:

Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:
§ 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:
I - a forma federativa de Estado;
II - o voto direto, secreto, universal e periódico;
III - a separação dos Poderes;
IV - os direitos e garantias individuais (BRASIL, 1988).

Há expressa menção ao voto como cláusula pétrea, isto é, não pode haver abolição do voto direto, secreto, universal e periódico por parte do Poder Reformador, sendo que os atos que contrapõem ao limite substancial são eivados de inconstitucionalidade material e podem (na verdade, devem) ser objeto de medida judicial específica, o controle de constitucionalidade.

Em um primeiro momento, o leitor do enunciado jurídico transcrito poderia concluir pela impossibilidade da mudança textual do art. 14, § 1º da CRFB/1988 e possibilitar a facultatividade do voto (na verdade, do comparecimento às urnas). Ocorre que essa leitura é descuidada, eis que no teor do texto nada menciona o caractere obrigatório do voto, ou seja, seria inviável o voto facultativo se no inciso III do § 4º do art. 60 CRFB/1988 constasse voto direto, secreto, universal, periódico e obrigatório.

O que o campo hermenêutico jurídico permite é que o dispositivo (art. 60, § 4º, III) seja compreendido em sua individualidade e inserido no sistema. Individualmente, o citado inciso III não faz referência à obrigatoriedade, sendo que o que ali não consta está fora do campo intangível estatuído pela limitação material. Sistemáticamente, o mesmo inciso III mostra que o Constituinte não incluiu a obrigatoriedade como parte da cláusula pétreia diante do fato de que ele mesmo positivou de forma originária duas hipóteses de alistamento eleitoral e voto: no inciso I há norma geral (= destinada a uma classe de pessoas) que institui como obrigatórios o alistamento eleitoral e voto pelos maiores de dezoito anos, enquanto no inciso II há norma geral (= destinada a uma classe de pessoas) que institui como facultativo o alistamento eleitoral e voto pelos analfabetos, maiores de setenta anos e maiores de dezesseis e menores de dezoito anos.

Ademais, como mostram as pesquisas feitas por Paulo Henrique Soares (2004, p. 114-116), existe uma tendência de arrastamento: como o comparecimento é obrigatório e o voto em si é facultativo, esta última hipótese arrasta a primeira em direção à facultatividade, ou seja, o comparecimento às urnas tende a cada vez mais seguir o próprio voto no que diz respeito à liberdade do cidadão ir ou não exercer sua escolha.

Algumas Propostas de Emenda à Constituição merecem realce, mesmo tendo sido arquivadas pelas Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania (CCJ) do Senado Federal. A primeira é a PEC 61/2016, em cuja justificção constava diversos argumentos sobre a liberdade de escolha, mas dois merecem atenção: o primeiro é que a insatisfação do cidadão pode se manifestar mediante não comparecimento, ou seja, ‘‘a abstenção do processo eleitoral, o não comparecimento do eleitor na seção de votação, deve ser reconhecida como parte integrante do livre exercício do direito do voto’’ (BRASIL, 2016). O segundo argumento não trata do voto em si, e sim do alistamento eleitoral, que é uma forma de fiscalização do Estado em relação à situação do cidadão no aspecto eleitoral, constando na PEC que

Cremos necessário, contudo, manter a obrigatoriedade do alistamento eleitoral (...). O alistamento eleitoral obrigatório amplia o grau de liberdade dos eleitores, mantendo abertas até o dia da votação as possibilidades de comparecimento e de não comparecimento (BRASIL, 2016, n.p.).

A segunda proposta feita é a PEC 18/2017, que aderiu à corrente de que o voto é uma liberdade, bem como o Brasil precisa ingressar na lista crescente de países que ou têm Constituições cujos textos originários ou já constavam ou foram alterados para constar a

facultatividade do voto (BRASIL, 2017). Na mesma entoada, a justificação da PEC 18/2017 foi mais direta quanto à manutenção da obrigatoriedade do alistamento eleitoral aos maiores de dezoito anos: “apesar de tornar o voto facultativo, mantém a obrigatoriedade do alistamento eleitoral, com o escopo de quantificação e registro do eleitorado nacional e de não tornar a necessidade de alistamento um desestímulo ao exercício do direito de voto” (BRASIL, 2017).

Uma dificuldade trazida por Luzia Helena Herrmann de Oliveira (1999, p. 149-151) é que o Brasil tem vasto campo empírico do qual a autora retirou conclusões de que o voto facultativo não levaria a uma melhora da escolha eleitoral, bem como a retirada da obrigatoriedade do comparecimento – o que ela chama de obrigatoriedade do voto – carregaria um potencial efeito desequilibrador tanto sob a óptica de que a legitimidade democrática se ampararia em uma quantia muito menor de votos, assim como tornaria mais deficitário um sistema eleitoral e partidário em voga, o que levaria a um enfraquecimento do estímulo aos diversos fatores individuais que fomentam a ida dos cidadãos e cidadãs às urnas para a escolha.

A conclusão parcial aqui feita é de que o problema sobre a mudança de obrigatório para facultativo não é jurídico, e sim mais arraigado na cultura política brasileira. Como enfatiza Luís R. Barroso (2015, p. 482-501), o Brasil é uma democracia recente e cuja cultura acumulada durante sua história constituiu frágeis estruturas para um convívio democrático, exigindo-se de todos a “vontade de democracia”. Agora sob a vista de Norberto Bobbio (2019, p. 35-68), Steven Levitsky e Daniel Ziblatt (2018, p. 76), o regime democrático institui mecanismos de autopreservação, p. ex., a tolerância mútua entre oposição e governo, a atuação de forma a não querer extrapolar a própria célula democrática (p. ex., discursos antidemocráticos).

Conforme exposição fundada nas pesquisas Luzia Helena Herrmann de Oliveira (1999, p. 149-151), o voto obrigatório no Brasil pode ser pensado como algo além do dever sociopolítico ou cívico, mas um mecanismo de preservação do regime político em voga, o que poderia evitar um atentado contra as grades políticas brasileiras, especialmente mediante a escolha de agentes políticos nos “Poderes” majoritários (Executivo e Legislativo) que façam resistência a eventual antidemocracia discursiva e comportamental (exercendo o freio e contrapeso de Montesquieu).

Neste momento poderia haver a indagação de quando o povo brasileiro estará apto a efetivamente tornar o voto uma faculdade em sua acepção jurídica, desamarrada da obrigatoriedade do comparecimento às urnas. Como o Brasil é hipercomplexo, uma pluralidade de complicações sociais, econômicas, culturais, étnicas e jurídicas, o tempo dará a resposta desse momento de mudança e implementação, mas o agora e o seu futuro mostram um acultramento político avassalador que recai sobre o povo brasileiro, sendo necessária a adoção de etapas ou passos gradualmente concretizados: um primeiro em relação à educação, que a própria Constituição de 1988 enuncia ser um direito de todos e tem como finalidade o desenvolvimento pessoal e político (art. 205), um segundo passo seria utilizar esse arcabouço

educacional preparatório para consolidar as regras democráticas e fortalecimento dos seus instrumentos de autopreservação (mudanças no sistema eleitoral partidário, p. ex.), por fim o implante da facultatividade do voto, etapa final que representa o que trilhado.

5. Conclusões

Entender o voto pressupõe a simultânea distinção e proximidade na acepção subjetiva de direitos políticos e direitos de nacionalidade. A primeira categoria eficaz é um direito subjetivo de Direito Público atribuído ao nacional e com relação com a participação na formação da vontade política estatal, enquanto nacionalidade é um direito subjetivo de Direito Público atribuído a certo sujeito com base e finalidade de que integre certa comunidade política estatal.

Dando mais um passo situacional, dentro do direito subjetivo político são identificadas duas posições jurídicas básicas de grande referência, quais sejam o sufrágio e o voto, que, apesar da etimologia do primeiro vocábulo, são distintos. A explicação do primeiro leva à do segundo, eis que sufrágio compreende o direito de votar e ser votado, um direito que tem uma feição ativa (= votar) e outra passiva (= ser votado), isto é, o sufrágio tem uma feição ativa, esta correspondente ao voto, e uma passiva, que corresponde ao poder de concorrer no âmbito político eleitoral.

Mais um grau de aprofundamento envolveu a análise da natureza jurídica do voto, havendo a corrente que avaliam essencialmente a preponderância. Apesar da corrente do voto-dever partir da ideia de ser um dever cívico, adere-se à corrente do voto-direito, eis que o caráter cívico é extrajurídico, de cunho sociopolítico, bem como diante do fato de que a obrigatoriedade que a primeira visão trata não é de votar em si, e sim de comparecer às urnas, podendo muito bem o cidadão escolher um candidato, votar em branco ou até anular seu voto. Mais ainda, dentro das posições jurídicas ativas do modelo Hohfeld-Lumia, o voto destaca-se como uma faculdade, eis que a liberdade de realização de algo está no fato do cidadão ter a livre opção entre votar em um candidato, votar em branco ou anular o voto, sendo obrigatório ao cidadão tão somente seu comparecimento às urnas.

O que se vê diante da distinção entre voto e comparecimento é que o debate que permeia no campo jurídico-político brasileiro não é da obrigatoriedade do voto em si, e sim do seu comparecimento, havendo pesquisas comparativas que mostram uma forte tendência nas Constituições a ou instituírem originariamente ou através de reforma constitucional para a facultatividade do voto (= comparecimento e, desde sempre, do próprio voto). Esse movimento pró-voto facultativo reflete em Propostas de Emendas à Constituição, destacando-se duas, as PECs 61/2016 e 18/2017, que tramitaram no Senado Federal (e foram arquivadas), mostrando a adoção de uma via intermediária entre obrigatório e opcional: mantem-se a obrigatoriedade do alistamento eleitoral, mas deixa a critério do cidadão em ir às urnas e, conseqüentemente, votar.

Tendo em vista que os art. 14 e 60 da Constituição fazem menção expressa aos caracteres do voto (direto, secreto, universal, periódico e obrigatório) é que surgiu a dúvida diante do segundo dispositivo constitucional enunciar em seu § 4º os limites ou limitações materiais ao Poder Reformador, as chamadas cláusulas pétreas. A viabilidade de haver reforma sem ferir cláusula pétrea (art. 60, § 4º, II da CRFB/1988) justifica-se sob duas ópticas: individualmente, o texto que enuncia a cláusula pétrea fala em voto direto, secreto, universal e periódico, nada tratando de obrigatório, sendo que o que ali não consta está fora do campo intangível estatuído pela limitação material; e sistematicamente, o mesmo inciso III do art. 60, § 4º mostra que o Constituinte não incluiu a obrigatoriedade como cláusula pétrea diante do fato de que ele mesmo positivou de forma originária hipóteses de facultatividade e obrigatoriedade do alistamento eleitoral e voto.

O debate sobre o implemento do voto facultativo, na verdade, tem um fundo jurídico, pois tangencia no Direito (ainda mais no Direito Constitucional), todavia seu real debate deve ser feito no plano cultural político, indagando-se se em uma democracia brasileira recente e com tantos contrastes problemáticos seria possível permitir ao cidadão optar por ir (ou não) às urnas, ainda mais diante de pesquisas que mostram que a obrigatoriedade serve como um dos instrumentos de proteção das (frágeis) grades democráticas brasileiras.

Referências

- ALMEIDA, Leonardo; LA BRADBURY, Leonardo Cacao Santos. O voto obrigatório em contraposto à liberdade individual no Estado Democrático de Direito. **Revista Eletrônica do Curso de Direito**. PUC Minas Serro. Serro, n. 9, p. 126-151, Jan.-Jun./2014.
- ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**. 22. ed. São Paulo: Verbatim, 2018.
- BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo**. 16. ed. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz & Terra, 2019.
- BOBBIO, Norberto. **Teoria da norma jurídica**. 6. ed. Tradução de Ariani Bueno Sudatti e Fernando Pavan Baptista. Barueri: Edipro, 2016.
- BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em 03 jul. 2021.
- BRASIL. SENADO FEDERAL. [(PEC 61/2016)]. **Proposta de Emenda à Constituição n. 61, de 2016**. Brasília (DF), [2016]. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/127446>. Acesso em 06 jul. 2021.
- RASIL. SENADO FEDERAL. [(PEC 18/2017)]. **Proposta de Emenda à Constituição n. 18, de 2017**. Brasília (DF), [2017]. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/129157>. Acesso em 06 jul. 2021.
- CHAMOUN, Ebert. **Instituições de Direito Romano**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1957.
- COSTA, Célio Silva. **A interpretação constitucional e os direitos e garantias fundamentais**

- na Constituição de 1988:** princípios de interpretação jurídica em geral e princípios de interpretação constitucional em especial. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1992.
- CRETELLA JÚNIOR, José. **Curso de Direito Romano:** o Direito Romano e o Direito Civil brasileiro. 29. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- DAHL, Robert Alan. **Sobre a democracia.** Tradução de Beatriz Sidou. Brasília: UNB, 2001.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado.** 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- DEL NERO, João Alberto Schützer. **Conversão substancial do negócio jurídico.** Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Função social da dogmática jurídica.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.
- FUNDAÇÃO ABRINQ. **População estimada pelo IBGE segundo faixas etárias.** São Paulo, [2020] Disponível em: <https://observatoriocrianca.org.br/cenario-infancia/temas/populacao/1048-populacao-estimada-pelo-ibge-segundo-faixas-etarias?filters=1,1623>. Acesso em 06 jul. 2021.
- GUASTINI, Riccardo. **Teoria e dogmatica delle fonti.** Milano: A. Giuffrè, 1998.
- GUEDES, Néviton. Comentários ao artigo 14. In CANOTILHO, José Joaquim Gomes; et. al. **Comentários à Constituição do Brasil.** 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.
- HART, Herbert Lionel Adolphus. **O conceito de Direito.** Tradução de Antônio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.
- HOHFELD, Wesley Newcomb. **Fundamental legal conceptions as applied in judicial reasoning.** New Haven: Yale University Presse, 1919.
- KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado.** 3. ed. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: WMF Martins Fontes, 1998a.
- KELSEN, Hans. **Teoria pura do Direito.** 6. ed. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: WMF Martins Fontes, 1998b.
- LEVITSKY, Steven; ZIBLATT, Daniel. **Como as democracias morrem.** Tradução de Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Zahar, 2018.
- LUMIA, Giuseppe. **Lineamenti di teoria e ideologia del Diritto.** 3. ed. Milano: A. Giuffrè, 1981.
- MALUF, Sahid. **Teoria geral do Estado.** 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- MARKY, Thomas. **Curso elementar de Direito Romano.** 9. ed. São Paulo: YK, 2019.
- MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional.** 34. ed. São Paulo: Atlas, 2018.
- OLIVEIRA, Luzia Helena Herrmann de. Voto obrigatório e equidade: um estudo de caso. **São Paulo em Perspectiva.** São Paulo, v. 13, n. 4, p. 144-152, Dez./1999. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/spp/a/QbMM4QKLbZ4pm9YH5Mxv6WK/?lang=pt>. Acesso em 06 jul. 2021.
- PÁDUA, Felipe Bizinoto Soares de. A felicidade pública e o devido procedimento de elaboração normativa. **Revista de Direito Público Contemporâneo.** Rio de Janeiro, v. 1, n. 1, a. 3, p. 201-222, Jan.-Jun./2019. Disponível em: <http://www.rdpc.com.br/index.php/rdpc/article/view/65>. Acesso em 03 jul. 2021.
- PÁDUA, Felipe Bizinoto Soares de. Contrato. **Revista da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo.** São Bernardo do Campo, v. 26, n. 2, 2020. Disponível em: <https://revistas.direitosbc.br/index.php/fdsbc/article/view/1011>. Acesso em 02 jul. 2021.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado das ações: tomo I.** 2. ed. São Paulo:

Revista dos Tribunais, 1972.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado: tomo I**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

PORTAL EBC. **Pessoas acima dos 70 anos representam cerca de 15% dos brasileiros**. São Paulo, [2019] Disponível em: <https://tvbrasil.ebc.com.br/reporter-brasil/2019/10/pessoas-acima-dos-70-anos-representam-cerca-de-15-dos-brasileiros>. Acesso em 05 jul. 2021.

SAMPAIO, Nelson de Souza. Eleições e sistemas eleitorais. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília (DF), v. 20, n. 78, p. 173-192, Abr.-Jun./1983. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/496810>. Acesso em 05 jul. 2021.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MTIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

SCHULZ, Fritz. **Princípios do Direito Romano: aulas de Fritz Schulz**. Tradução de Josué Modesto Passos. São João da Boa Vista: Filomática Sorocabana, 2020.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional positivo**. 36. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

SOARES, Paulo Henrique. Vantagens e desvantagens do voto obrigatório e do voto facultativo. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília (DF), v. 41, n. 161, p. 107-116, Jan.-Mar./2004.

Artigo submetido em: 2021-09-18

Artigo aceito em: 2021-10-06