



**CENTRO UNIVERSITÁRIO LUTERANO DE PALMAS**

*Recredenciado pela Portaria Ministerial nº 3.607, de 17/10/05, D.O.U. nº 202, de 20/10/2005*  
ASSOCIAÇÃO EDUCACIONAL LUTERANA DO BRASIL

NATHÁLIA TONACO PIRES

**O VOTO DO PRESO PROVISÓRIO: EXERCÍCIO DE CIDADANIA E DIGNIDADE  
DA PESSOA HUMANA? UMA ANÁLISE A PARTIR DA REALIDADE DO ESTADO  
DO TOCANTINS**

Palmas  
2015

NATHÁLIA TONACO PIRES

**O VOTO DO PRESO PROVISÓRIO: EXERCÍCIO DE CIDADANIA E DIGNIDADE  
DA PESSOA HUMANA? UMA ANÁLISE A PARTIR DA REALIDADE DO ESTADO  
DO TOCANTINS**

Trabalho de Curso em Direito apresentado  
como requisito parcial da disciplina de  
Trabalho de Curso em Direito II (TCD II), do  
Curso de Direito do Centro Universitário  
Luterano de Palmas – CEULP/ULBRA.

Orientador: Prof. Geraldo Divino Cabral

Palmas  
2015

NATHÁLIA TONACO PIRES

**O VOTO DO PRESO PROVISÓRIO: EXERCÍCIO DE CIDADANIA E DIGNIDADE  
DA PESSOA HUMANA? UMA ANÁLISE A PARTIR DA REALIDADE DO ESTADO  
DO TOCANTINS**

Trabalho de Curso em Direito apresentado  
como requisito parcial da disciplina de  
Trabalho de Curso em Direito II (TCD II), do  
Curso de Direito do Centro Universitário  
Luterano de Palmas – CEULP/ULBRA.

Orientador: Prof. Geraldo Divino Cabral

Aprovada em: \_\_\_\_/\_\_\_\_/\_\_\_\_\_.

BANCA EXAMINADORA:

---

**Professor orientador Geraldo Divino Cabral**  
Centro Universitário Luterano de Palmas

---

**Professor**  
Centro Universitário Luterano de Palmas

---

**Professor**  
Centro Universitário Luterano de Palmas

Palmas  
2015

Dedico este trabalho à grande guerreira da minha vida e meu maior exemplo, minha mãe! A todo o momento, ela me apoiou e me compreendeu, sempre utilizando de palavras certas e sábias para que eu não desistisse ou desanimasse. Assim como dedico aos amigos e pessoas queridas que sempre estiveram ao meu lado.

Agradeço principalmente a Deus, por colocar pessoas tão especiais na minha vida, e me lembrar a cada momento que nada é impossível. Agradeço aos meus pais e a minha família por sempre estarem comigo. E ao meu orientador, Prof. Geraldo Cabral, que se disponibilizou a me conduzir na elaboração deste trabalho, mesmo com meus periódicos sumiços.

“Só engrandecemos o nosso direito à vida  
cumprindo o nosso dever de cidadãos do  
mundo.”

Mahatma Gandhi

## RESUMO

PIRES, Nathália Tonaco. **O voto do preso provisório: exercício de cidadania e dignidade da pessoa humana? Uma análise a partir da realidade do Estado do Tocantins.** 2015. 57 f. Trabalho de Curso em Direito – TCD II, Curso de Direito do Centro Universitário Luterano de Palmas – CEULP/ULBRA.

O presente trabalho busca promover um estudo acerca do direito ao voto do preso provisório. Esse direito, apesar de ser garantido pela Carta Magna, não possui efetividade na prática, sem falar que os procedimentos para permitir o voto do preso só começaram a ser editados nas eleições de 2010 e, mesmo assim, com bastante ineficiência. O suporte maior desta pesquisa são as Resoluções de n. 23.219 e n. 23.399, editadas, respectivamente, nos anos de 2010 e de 2013, pelo Supremo Tribunal Eleitoral, sendo que se tomou como parâmetro para a formalização deste estudo as regras estabelecidas no Estado do Tocantins para o acolhimento do voto do preso provisório, uma vez que a dinâmica estabelecida, não proporcionou o exercício da cidadania do preso provisório por meio do voto.

**Palavras-chave:** Cidadania; Preso provisório; Voto; Dignidade da pessoa humana.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>8</b>
<b>1 O EXERCÍCIO DO VOTO COMO DIREITO FUNDAMENTAL .....</b>	<b>10</b>
1.1 DIREITO AO VOTO E O SUFRÁGIO UNIVERSAL.....	11
<b>1.1.1 Capacidade eleitoral ativa.....</b>	<b>12</b>
<b>1.1.2 Capacidade eleitoral passiva.....</b>	<b>13</b>
1.2 O DIREITO AO VOTO COMO CLÁUSULA PÉTREA .....	14
1.3 DIREITOS POLÍTICOS .....	15
1.4 DIREITO ELEITORAL .....	19
<b>1.4.1 Conceitos importantes do Direito Eleitoral.....</b>	<b>20</b>
<b>1.4.2 Competência legislativa.....</b>	<b>22</b>
1.5 PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS DO DIREITO ELEITORAL .....	22
<b>1.5.1 Princípio da democracia.....</b>	<b>23</b>
<b>1.5.2 Princípio da democracia partidária .....</b>	<b>23</b>
<b>1.5.3 Princípio da soberania popular .....</b>	<b>24</b>
<b>1.5.4 Princípio do Estado Democrático de Direito.....</b>	<b>25</b>
<b>2 O PRESO PROVISÓRIO E OS DIREITOS ELEITORAIS A ELE INERENTES .....</b>	<b>26</b>
2.1 A PRISÃO PROVISÓRIA EM SEU CONTEXTO HISTÓRICO.....	26
2.2 DIREITOS HUMANOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS DO PRESO PROVISÓRIO .....	30
2.3 ANÁLISE DA LEI DE EXECUÇÃO PENAL EM FACE DO PRESO PROVISÓRIO .....	35
<b>3 O VOTO DO PRESO PROVISÓRIO: EXERCÍCIO DE CIDADANIA E DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA? UMA ANÁLISE A PARTIR DA REALIDADE DO ESTADO DO TOCANTINS.....</b>	<b>39</b>
3.1 A RESOLUÇÃO N. 23.219/2010 DO TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL .....	44
3.2 COMPARATIVO ENTRE A RESOLUÇÃO N. 23.219/2010 E A RESOLUÇÃO N. 23.399/2013 .....	46
3.3 O EXERCÍCIO DO VOTO DO PRESO PROVISÓRIO NO ESTADO DO TOCANTINS.....	48
<b>CONCLUSÃO.....</b>	<b>52</b>
<b>REFERÊNCIAS .....</b>	<b>54</b>



## INTRODUÇÃO

Esta pesquisa monográfica é um trabalho científico apresentado ao Centro Universitário Luterano de Palmas – CEULP/ULBRA, como requisito parcial de conclusão do Curso de Graduação em Direito, tendo como propósito discutir sobre o voto do preso provisório: exercício de cidadania e dignidade da pessoa humana? Uma análise a partir da realidade do Estado do Tocantins.

O método científico a ser adotado na formulação desta pesquisa monográfica é o indutivo, porquanto partirá de uma situação geral já existente para uma específica, que é a análise dos procedimentos adotados no Estado do Tocantins para garantir o voto do preso provisório. O embasamento do estudo terá como base a Constituição Federal, Código Eleitoral, Resoluções do Superior Tribunal de Justiça, bem como uma ampla revisão da literatura.

A problematização temática deste trabalho monográfico está centrada no questionamento de ser o voto do preso provisório um mecanismo de exercício da cidadania e dignidade da pessoa humana, com ênfase à realidade do Estado do Tocantins.

Para tanto, analisar-se-á a efetivação do voto – direito fundamental – do preso provisório, no Estado do Tocantins, e indicará as condições necessárias para a prática desse direito e como ele vem sendo cumprido no Estado.

O direito ao voto do preso provisório está presente no ordenamento jurídico pátrio, e sempre esteve, embora, em nenhum momento até o ano de 2010, houve sua execução por aqueles que estão presos provisoriamente. Em que pese a Constituição Federal ser a salvaguarda desse direito, a aplicação dessa garantia ainda não foi capaz de oferecer uma satisfação plena, pois, além do início de seu cumprimento ter sido tardio e de já existir dificuldade para criação das seções especiais, houve a alteração da quantidade mínima de eleitores aptos em cada seção, o que acarretou ser mais um empecilho, dificultando, assim, ainda mais a efetivação do direito de votar pelo preso provisório.

Pretende-se, dessa forma, com este determinado estudo, demonstrar a importância do exercício da cidadania do preso provisório, por meio do voto, e a dignidade que há na prática desse direito, verificando, assim, como vem sendo efetivada a execução desse direito no Tocantins.

Estruturalmente, esta monografia está dividida em três capítulos. O primeiro abordará o exercício do voto como um direito fundamental, explanando o que são os direitos políticos, os direitos eleitorais, seus princípios e, principalmente, a quem eles são inerentes.

Será feito também, um apanhado geral sobre o disposto no artigo 14 da Constituição Federal de 1988, em face da soberania popular, do sufrágio universal e do voto, bem como da capacidade de votar e de ser votado, além de indicar a quem é imposto esse direito/dever, e quando poderá haver a perda ou a suspensão deles.

O segundo capítulo tratará de um breve resgate histórico sobre os tipos de prisão provisória, além de, discorrer um pouco sobre os direitos humanos e as garantias fundamentais em relação ao preso provisório. Ademais é feita uma análise da Lei de Execução Penal em detrimento da garantia deste preso.

Por sua vez, o terceiro e último capítulo, objeto de estudo deste trabalho, versará sobre o direito fundamental do preso provisório, por meio do voto, analisando as Resoluções de números 23.219/2010 e 23.399/2013, ambas do Tribunal Superior Eleitoral inerentes a ele, que dispõe sobre a instalação das seções eleitorais especiais nos estabelecimentos penais, a fim de garantir essa prerrogativa. Além disso, verifica-se como o Tribunal Regional Eleitoral vem respondendo ao disposto nas resoluções acima mencionadas

Ainda neste capítulo, como fundamento da proposta deste trabalho monográfico, é apresentada a realidade do Estado do Tocantins em relação a essas resoluções, ao direito que o preso provisório tem de exercer sua cidadania como pessoa humana, por meio da democracia do ato de escolher os governantes do País com o ato de votar.

Por fim, a conclusão e as referências bibliográficas encerram o presente estudo monográfico.

## **1 O EXERCÍCIO DO VOTO COMO DIREITO FUNDAMENTAL**

Os direitos fundamentais são encontrados no Título II da Constituição Federal a partir do artigo 5º até o artigo 17, sendo classificados em: garantias individuais e coletivas (Capítulo I), direitos sociais (Capítulo II), direitos de nacionalidade (Capítulo III), direitos políticos (Capítulo IV) e partidos políticos (Capítulo V).

Dentre esses direitos, serão focados nesta pesquisa os direitos políticos, mais precisamente o direito ao voto e o sufrágio universal. Votar é fundamental. É um direito, mas também é um dever. É uma forma de dar a voz do povo a uma quantidade relativa de pessoas, elegidas pelos mesmos, com o objetivo de fazer o melhor para o Estado e aqueles que habitam nele.

O ato de votar é democrático, dá ao cidadão a oportunidade de escolha, de participação nos atos do Poder Público, de proclamar a cidadania que lhe é resguardada. José Afonso da Silva (2005:125-126) conceitua democracia como conceito histórico:

[...] não sendo por si um valor-fim, mas meio e instrumento de realização de valores essenciais de convivência humana, que se traduzem basicamente nos direitos fundamentais do homem, compreende-se que a historicidade destes a envolva na mesma medida, enriquecendo-lhe o conteúdo a cada etapa do envolver social, mantido sempre o princípio básico de que ela revela um regime político em que o poder repousa na vontade do povo. Sob esse aspecto, a democracia não é um mero conceito político abstrato e estático, mas é um processo de afirmação do povo e de garantia dos direitos fundamentais que o povo vai conquistando no correr da história.

Conforme o mencionado autor, pode-se dizer que a democracia surgiu devido à necessidade do povo de formar uma sociedade, levando a crer que a conduta da população mudou no decorrer da história do Brasil, abandonando a monarquia e dando ao povo o poder de escolha.

Silva (2005:133) afirma ainda que: “o que dá essência à democracia é o fato de o poder residir no povo. Toda democracia, para ser tal, repousa na vontade popular no que tange à fonte e exercício do poder, em oposição aos regimes autocráticos em que o poder emana do chefe, do caudilho e do ditador”.

Compreende-se, nas palavras do autor, que só há a verdadeira democracia quando o povo, por meio de sua vontade, tem o poder de fazer valer sua opinião nas questões relativas à sociedade. Esse poder contrapõe-se aos poderes autoritários.

A Constituição Federal declara que a República Federativa do Brasil é um Estado Democrático de Direito e, em face disso, é fato dizer que a democracia é o exercício do poder

de cada cidadão brasileiro de forma individual e coletiva. É o que está expresso em seu artigo 1º, parágrafo único:

1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

[...]

Parágrafo único. Todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

É importante salientar que ser cidadão é estar regularizado com seus direitos políticos, ter voz ativa na sociedade, isto é, exigir um direito e exercer o dever que lhe é imposto, ou seja, sua cidadania e soberania popular.

Canotilho (2002:281) explica que: “a ideia de soberania popular é noção umbilicalmente relacionada ao princípio democrático”. É o princípio que fundamenta a democracia como forma de poder do povo, em que o desejo da maioria vence, para uma melhor forma de vida, idealizando um governo melhor.

Busca-se, então, incentivo na proteção dos interesses da população, devendo os valores sociais de convivência e os individuais de existência serem resguardados e amparados pelo Estado e por particulares. Nos dizeres de Sarlet (2011:229): “o reconhecimento de deveres fundamentais diz respeito à participação ativa dos cidadãos na vida pública e implica um empenho solidário (de responsabilidade social) de todos na transformação das estruturas sociais”.

À vista disso, têm-se como direito fundamental o ato de votar como uma forma democrática de direito, conferido a todo o cidadão brasileiro que esteja com seus direitos políticos regularizados, para que seja exercida por meio da cidadania sua soberania popular, conferindo ao povo o poder de escolha. É, dessa forma, um direito e um dever.

## 1.1 DIREITO AO VOTO E O SUFRÁGIO UNIVERSAL

Como já visto, o direito ao voto e o sufrágio universal são impostos pela Constituição Federal como um direito e um dever do cidadão. Mas há uma distinção, ainda que exíguo, entre eles: o sufrágio se refere à capacidade de votar e ser votado, enquanto o voto é a manifestação dessa capacidade.

José Afonso da Silva (2005:349) explica que:

As palavras sufrágio e voto são empregadas comumente como sinônimas. A Constituição, no entanto, dá-lhes sentidos diferentes, especialmente no seu art. 14, por onde se vê que o sufrágio é universal e o voto é direto, secreto e tem o valor igual. A palavra voto é empregada em outros dispositivos, exprimindo a vontade num processo decisório. Escrutínio é outro termo com que se confundem as palavras sufrágio e voto. É que os três se inserem no processo de participação do povo no governo, expressando: um, o direito (sufrágio); outro, o seu exercício (voto), e o outro, o modo de exercício (escrutínio).

Em torno disso, têm-se os direitos políticos de votar e ser votado por meio do sufrágio, o dever por meio do exercício do voto, e o procedimento por meio do escrutínio – direto e secreto – concretizando-se, assim, na participação do cidadão nas questões públicas.

Denomina-se sufrágio universal quando não houver condições específicas, ou seja, quando o direito de votar é atribuído a todos os nacionais, não importando a cultura, a economia ou a naturalidade de cada um.

Esses direitos políticos – votar e ser votado – são divididos em duas categorias antagônicas: capacidade ativa – são aqueles regidos pelo direito de escolher de forma livre os pretendores nas eleições; e capacidade passiva – são os próprios candidatos eleitorais, ou seja, aqueles que possuem todos os requisitos de elegibilidade (art. 14, §3º, CF), sendo assim, os que podem ser votados, expostos a seguir.

### **1.1.1 Capacidade eleitoral ativa**

A capacidade eleitoral ativa consiste no reconhecimento legal da qualidade de eleitor no tocante ao exercício do sufrágio. O cidadão tem essa capacidade garantida pelos princípios fundamentais dos direitos políticos, consubstanciados pelo direito de votar. Para tanto, devem-se observar as normas para que se tenha assegurado o direito subjetivo de participação no processo político e nos órgãos governamentais. Dessa forma, por meio de diversas modalidades de sufrágio, garante-se a participação no poder de dominação política.

Esse poder, segundo Moraes (2014:234), interpretando a Constituição, é: “um direito público subjetivo de natureza política, que tem o cidadão de eleger, ser eleito e de participar da organização e da atividade do poder estatal”. Assim, a Carta prevê tanto a participação ativa, por meio do voto, e a passiva, concretizada pela capacidade de ser eleito.

A alistabilidade do cidadão – aplicação plena de seu direito de votar – relaciona-se diretamente à capacidade eleitoral ativa. Esse alistamento constitui ato fundamental para o

exercício do direito de sufrágio em eleições, seja em plebiscitos e referendos e na iniciativa popular.

Esse exercício está previsto na Constituição de 1988 em seu artigo art. 14, §1º, I e II, “a”, “b” e “c”, sendo obrigatório para os maiores de 18 e menores de 70 anos de idade, e facultativo para os maiores de 16, até a data do pleito, e menores de 18 anos de idade, para os analfabetos e maiores de 70 anos de idade. Já o Código Eleitoral (Lei n. 4.737/1965), no art. 6º, também faculta o alistamento do inválido e dos que se encontram fora do país e, ainda, o voto dos enfermos, dos que se encontram fora do seu domicílio e dos servidores públicos em serviço que os impeça de votar.

Por fim, o voto é exercido de forma direta e secreta. É um ato obrigatório – com exceção das previsões legais –, sigiloso, personalíssimo e periódico, exercido pelo povo de forma livre e igualitária para todos. É o instrumento do sufrágio, meio pelo qual se exerce a soberania popular.

### **1.1.2 Capacidade eleitoral passiva**

A condição de capacidade eleitoral passiva baseia-se na susceptibilidade de o cidadão ser eleito, ou seja, é atributo de quem preenche as condições do direito de ser votado. Para que o cidadão possa desfrutar de sua capacidade de elegibilidade, deverão ser observadas certas condições, listadas na Constituição Federal, no art. 14, § 3º, como nacionalidade brasileira, pleno exercício dos direitos políticos, alistamento eleitoral, domicílio eleitoral na circunscrição e filiação partidária. Também são previstas idades mínimas, conforme o cargo a que o cidadão queira concorrer. Os inalistáveis e os analfabetos não podem concorrer a cargo eletivo.

Algumas observações devem ser feitas a respeito do parágrafo § 3º do referido artigo.

Quanto à exigência de nacionalidade brasileira, ressalta-se que os portugueses naturalizados brasileiros, como exceção, podem adquirir capacidade passiva, de acordo com a lei e observada a questão da reciprocidade. Isso é possível porque apenas alguns cargos são privativos de brasileiros natos, como os cargos de Presidente e Vice-presidente da República, de Presidente da Câmara dos Deputados, de Presidente do Senado Federal, de Ministro do Supremo Tribunal Federal, da carreira diplomática, de oficial das Forças Armadas e de Ministro de Estado da Defesa.

A perda ou a suspensão do pleno exercício dos direitos políticos, ou seja, de votar ou ser votado, são anotados no Cartório da Zona Eleitoral do domicílio do cidadão, e suas causas estão previstas na Constituição Federal, no art. 15. Assim, caso haja algum dos motivos lá citados, o cidadão perde a capacidade passiva do voto.

Constata-se, quanto às questões referentes ao alistamento eleitoral, que só pode ser votado quem pode votar, embora a recíproca não seja verdadeira, ou seja, nem todos que votam podem ser votados – como o analfabeto e o menor de 18 e maior de 16 anos.

O parágrafo traz inciso que trata também do domicílio eleitoral na circunscrição. O prazo mínimo é o que a lei ordinária federal fixar, que hoje é de um ano antes do pleito, nos termos do art. 9º da Lei n. 9.504/1997.

Moraes (2014:238), sobre a filiação partidária, assevera que: “[...] há de ser assegurado a todos o direito de livre acesso aos partidos, sem possibilidade de existência de requisitos discriminatórios e arbitrários”. Assim, a filiação ocorre conforme a ideologia comum existente entre partido e filiado e, nos termos do art. 18 da Lei Federal n. 9.096/1995, tem de ser efetuada, pelo menos, um ano antes das eleições.

O último inciso trata da idade mínima relacionada ao cargo eletivo que o cidadão queira se candidatar. Embora não há idade máxima limitando o acesso aos cargos, a idade mínima é de 35 anos para Presidente da República, Vice-Presidente da República e Senador; 30 anos para Governador e Vice-Governador; 21 anos para Deputado (Federal, Distrital ou Estadual), Prefeito, Vice-Prefeito e Juiz de Paz; e mínimo de 18 anos para Vereador.

O direito de postular um mandato político no Legislativo ou no Executivo depende das condições de elegibilidade. Essas condições variam em razão da natureza ou do tipo de mandato pleiteado.

Conclui-se que a capacidade eleitoral passiva é a possibilidade de ser eleito, ou seja, de concorrer um mandato eletivo. Entretanto, para que disponha dessa capacidade, é necessário preencher os requisitos de elegibilidade, e não estar com os direitos políticos negativos.

## 1.2 O DIREITO AO VOTO COMO CLÁUSULA PÉTREA

Denomina-se como cláusula pétrea toda norma constitucional que não possa ser revogada, tornando-a, assim, imutável. São limitações materiais ao poder de reforma da constituição de um Estado, aos dispositivos que não podem ter alteração, nem mesmo por

meio de emenda. Essa limitação não existe para normas que estejam fora do texto constitucional, pois não se constituem em cláusulas pétreas.

Existem limitações materiais tanto para as cláusulas pétreas explícitas – previstas literalmente na Carta – quanto para as implícitas – não previstas explicitamente, mas resultantes de questões de pura lógica. As explícitas encontram-se no art. 60, § 4º da Constituição Federal de 1988, e se referem à forma federativa de Estado; ao voto direto, secreto, universal e periódico; à separação entre os poderes; aos direitos e garantias individuais. Como exemplo de cláusulas pétreas, podem-se citar a titularidade do poder constituinte originário; o procedimento da emenda Constitucional; a forma e o sistema de governo etc.

O objetivo de sua determinação é a preservação dos aspectos fundamentais da Constituição Federal, por meio de garantia de que os preceitos básicos e essenciais para o cidadão e Estado não sejam abolidos. E uma dessas cláusulas presente na Constituição Federal (1988), como dito anteriormente, encontra-se no art. 60, § 4º, inciso II, em que se determina que não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir o voto direto, secreto, universal e periódico.

Nesse sentido, o voto direto (em que o povo escolhe diretamente o seu representante, sem intermediários), secreto (sigiloso), universal (todos têm o direito de votar) e periódico (de tempos em tempos) possui essa característica pétrea para proteger o povo brasileiro de que sejam alvos de injustiça e/ou abuso de poder, pois se constitui em cláusula pétrea explícita. Dessa forma, preserva-se a “voz” do povo nos assuntos políticos e na escolha daqueles que irão governar.

Assim, as cláusulas pétreas são imutáveis por causa das mudanças constantes que a Magna Carta sofre em seu dispositivo, para assim garantir os direitos essenciais do cidadão brasileiro. Assim, pode haver mudanças no texto constitucional para satisfazer os anseios da sociedade, com exceção das cláusulas tidas como pétreas, pois não se imporiam à democracia e a justiça, finalidade da norma maior em relação a todos os cidadãos.

### 1.3 DIREITOS POLÍTICOS

Os direitos e garantias fundamentais são prerrogativas e instituições que concretizam uma convivência digna, livre e igual entre todas as pessoas. Entre esses direitos, encontram-se os direitos políticos.



A esse respeito, Marcelo Novelino (2008:398) ensina:

Direitos políticos são direitos públicos subjetivos fundamentais conferidos a determinados indivíduos para a participação nos negócios políticos do Estado. Diversamente dos direitos individuais (direitos de defesa) e dos direitos sociais (direitos a prestações), os direitos políticos são 'direitos de participação' (*status activae civitatis*) decorrentes do princípio democrático.

As diferenças apresentadas demonstram que, além de fundamentais, os direitos políticos conferem ao cidadão a capacidade de participação ativa e passiva, ao contrário dos direitos individuais e sociais.

Como explicitado anteriormente, os direitos políticos podem ser ativo (direito de eleger) e passivo (direito de ser eleito), mas há também o negativo. Este se refere à inelegibilidade, perda ou suspensão dos direitos políticos.

Os direitos políticos são o exercício da soberania popular, garantida pela Constituição Federal ao cidadão brasileiro por meio do sufrágio universal e do voto, conferindo, assim, o poder de escolha dos representantes no governo e participação nas decisões a serem tomadas por eles.

Pimenta Bueno (1978:459) define os direitos políticos como:

[...] prerrogativas, atributos, faculdades, ou poder de intervenção dos cidadãos ativos no governo de seu país, intervenção direta ou indireta, mais ou menos ampla, segundo a intensidade do gozo desses direitos. São o *Jus Civitatis*, os direitos cívicos, que se referem ao Poder Público, que autorizam o cidadão ativo a participar na formação ou exercício da autoridade nacional, a exercer o direito de vontade ou eleitor, o direito de deputado ou senador, a ocupar cargos políticos e a manifestar suas opiniões sobre o governo do Estado.

Assim exposto, têm-se esses direitos como meios imprescindíveis do exercício da soberania popular, interligados ao direito eleitoral por meio do ato de votar e ser votado. Kelsen (1998:125) acrescenta que “os direitos políticos devem ser entendidos como possibilidade de o cidadão participar do governo, ajudando na criação da ordem jurídica”.

Ainda nesse sentido, Carvalho (2007:605) leciona:

A participação do nacional no processo político, votando, sendo votado, exercendo o cargo público e fiscalizando os atos detentores do poder, é traço do Estado Democrático de Direito. Assim ao lado da liberdade de autonomia, que se traduz na existência de direitos inerentes ao indivíduo e oponíveis ao Estado, fala-se em liberdade-participação, entendida como a prerrogativa do indivíduo de participar da vida política do Estado. Os direitos políticos configuram, pois, essa liberdade-participação, que é assegurada à determinada categoria de nacionais, os chamados cidadãos.

Dessa forma, a liberdade-participação, conforme assinala o autor, é consequência do Estado Democrático de Direito, modelo seguido no Brasil, em que o direito político é decorrente do poder emanado pelo povo, o qual o exerce elegendo os representantes, conforme estipulado pela Constituição Federal.

Há três tipos de democracia: a direta, a representativa e a semidireta. A primeira se dá pelo exercício do povo diretamente, sem intervenção ou representação de terceiros. Já na segunda, o povo elege representante conferindo-lhe poderes para governar. Por fim, há o terceiro tipo, um sistema misto, que abrange tanto a democracia representativa quanto a direta, tornando-se, assim, uma democracia híbrida. Nela, o cidadão elege um representante e, ainda, possui controle sobre os atos estatais de forma popular.

No caso do Brasil, a democracia que rege na Constituição Federal é a de cunho participativa ou semidireta e, por mais que haja representantes, ainda assim o povo detém participação no poder – soberania popular.

O autor Uadi Lammêgo Bulos (2000:423) ensina que a soberania popular é: “[...] a qualidade máxima do poder extraída da soma dos atributos de cada membro da sociedade estatal, encarregado de escolher os seus representantes no governo por meio do sufrágio universal e do voto direto, secreto e igualitário”.

Além do ato de votar, o povo, no devido exercício da soberania popular, também possui poder em forma de processo, ajuizados em forma de plebiscito, referendo, iniciativa popular, assim como por ação popular.

O plebiscito e o referendo se assemelham, pois ambos consistem em uma consulta feita à população sobre teor de grande importância, de cunho constitucional, administrativo e legislativo (LENZA, 2013). Diferenciam-se apenas no momento de sua proposição, já que o plebiscito é convocado previamente ao ato legislativo ou administrativo, cabendo à população aprovar ou denegar o que lhes foi proposto, e o referendo é convocado posteriormente ao ato legislativo ou administrativo, dando ao povo o poder de ratificar ou rejeitar tal matéria.

Outro mecanismo é a iniciativa popular, que compreende a apresentação de projeto à Câmara dos Deputados, em âmbito federal, devendo ser assinado por, no mínimo, 1% dos eleitores nacionais, entregue em até cinco Estados, onde haja pelo menos 0,3% dos eleitores que subscreveram o projeto.

Além das já citadas formas, há uma última, designada como ação popular. Esta tem como objetivo fiscalizar o comportamento assim como as ações dos gestores da ordem pública. Está prevista no inciso LXXIII, art. 5º, da Constituição Federal, conforme segue:

Artigo 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

LXXIII - qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência

Tanto o voto como a ação popular, o referendo, o plebiscito e a iniciativa popular são meios democráticos de participação política, e possuem como objetivo a proteção daquilo que é de interesse do povo.

É vedada a cassação dos direitos políticos no Brasil, todavia é admitida a suspensão e cessação definitiva destes conforme previsto na Constituição Federal:

Artigo 15. É vedada a cassação de direitos políticos, cuja perda ou suspensão só se dará nos casos de:

- a) cancelamento da naturalização por sentença transitada em julgado;
- b) incapacidade civil absoluta;
- c) condenação criminal transitada em julgado;
- d) recusa de cumprir obrigação a todos imposta ou prestação alternativa, nos termos do artigo 5º, VIII; e
- d) improbidade administrativa do artigo 37, §4º.

Sobre a possibilidade de suspensão de direitos políticos, a Súmula 9 do Tribunal Superior Eleitoral determina que, se for decorrente de condenação criminal transitado em julgado, cessa com o cumprimento ou extinção da pena, independentemente de reabilitação ou de prova de reparação dos danos.

José Afonso da Silva (2005:382) explica:

O cidadão pode, excepcionalmente, ser privado, *definitivamente* ou *temporariamente*, dos direitos políticos, o que importará, como efeito imediato, na perda da cidadania política. Deixa, imediatamente, de ser eleitor, se já o era, ou torna-se inalistável com tal, com o que, por consequência, fica privado da elegibilidade e de todos os direitos fundados na qualidade de eleitor (grifo do autor).

Por meio da citação apresentada, compreende-se que a condenação criminal transitada em julgada suspende os direitos eleitorais enquanto durarem seus efeitos. Suspende-se, ainda, mesmo que haja a substituição da pena privativa de liberdade para a restritiva de direitos e, também, caso esteja em curso o corrimento do período da suspensão condicional da pena. Isso se dá pelo fato de que não é a privação da liberdade que caracteriza

a suspensão dos direitos políticos, e sim a condenação expressa no teor da decisão do Juiz. Após os efeitos da pena, os direitos políticos poderão ser executados normalmente.

Em face do que foi descrito anteriormente, pode-se afirmar, então, que o preso sem condenação transitada em julgada pode, além de exercer o sufrágio universal – voto – também exercer candidatura eleitoral, respeitado o disposto na Constituição Federal, que determina:

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:

[...]

§ 3º - São condições de elegibilidade, na forma da lei:

[...]

II - o pleno exercício dos direitos políticos;

[...]

Art. 15. É vedada a cassação de direitos políticos, cuja perda ou suspensão só se dará nos casos de:

[...]

III - condenação criminal transitada em julgado, enquanto durarem seus efeitos;

[...]

Percebe-se, dessa forma, que somente possui direito político aquele que estiver enquadrado como cidadão brasileiro e que não estiver incluído dentro das exceções. Isso de fato inclui o direito do preso provisório exercer o direito de cidadania, por meio do ato de votar, como qualquer outro cidadão brasileiro, e, se assim lhe for a vontade, de candidatar-se a eleição de cargo público, desde que respeitadas as condições de elegibilidade.

#### 1.4 DIREITO ELEITORAL

Em 1822, houve a proclamação da independência do Brasil. Esse ato deu início ao processo histórico de ampliação dos direitos políticos no Brasil, que ocorreu de maneira gradual.

Por meio de análise das Constituições brasileiras, constata-se que a primeira, datada de 1824, já deu início ao sistema eleitoral. No entanto as formas de participação, ou seja, o sufrágio, não era como nos dias atuais, pois não se concedia o direito de votar e de ser votado a todos os brasileiros. Como exemplo, naquela época, não era permitida a participação de mulheres, escravos, índios, homens menores de 25 anos. Ainda, segundo esse sistema de concepção elitista, para votar, o eleitor deveria ter determinada renda anual. Era o voto censitário.

Em seguida, na República Velha – período entre 1889 e 1930 – algumas mudanças ocorreram, mas ainda insignificantes. Os eleitores deveriam ser maiores de 21 anos e não havia mais necessidade de comprovação de renda, mas a exclusão continua, como no caso de mendigos e mulheres. Outro fato interessante é que a administração das eleições era confiada às pessoas importantes e próximas aos chefes políticos.

Devido à Revolução de 1930, em 1932, foi criado o Código Eleitoral. Além de ser reduzida a idade mínima de votar para 18 anos, o alistamento torna-se obrigatório, e as mulheres passam a votar. Instituiu-se o voto secreto e foi criada a Justiça Eleitoral. Dessa forma, centralizou-se o processo eleitoral nesse órgão.

No Estado Novo – de 1937 a 1945 – os partidos políticos, as eleições democráticas e todas as formas de participação democrática foram extintas. Esse período foi marcado pelo governo ditatorial. Essas medidas arbitrárias se pautavam no fato de se considerar que apenas a elite, e não o povo, poderia definir os rumos da nação. Com o fim desse governo, os direitos políticos foram restaurados e poucas mudanças foram instituídas.

Houve, em seguida, o golpe de 1964, e os militares assumiram o poder. Por meio dos Atos Constitucionais, as instituições democráticas foram restringidas, resultando no limite e na abolição da participação política.

A insatisfação popular com o cenário político, social e econômico resultou no desejo e na necessidade de se ter eleições diretas para Presidente da República. Com o fim desse regime e, posteriormente, com o advento da Constituição Federal de 1988 – a Constituição Cidadã –, os direitos políticos que atualmente vigoram no país foram estabelecidos.

#### **1.4.1 Conceitos importantes do Direito Eleitoral**

Para se compreender o ramo do Direito Eleitoral, alguns conceitos devem ser esclarecidos, como o próprio Direito Eleitoral, a eleição, o voto, a soberania popular, a nacionalidade e a cidadania. Outros termos importantes, como sufrágio universal, referendo e plebiscito, por exemplo, já foram apresentados nesta pesquisa.

No Brasil, o Direito Eleitoral é o ramo do Direito Público destinado a estudar os sistemas eleitorais e sua legislação, encarregando-se de regulamentar os direitos políticos dos cidadãos e o processo eleitoral, principalmente os que envolvem o direito de votar e de ser votado. Esse ramo dedica-se, assim, ao estabelecimento das normas e dos procedimentos que disciplinam e organizam o funcionamento do poder de sufrágio popular. Também é sua

função regular o registro de candidaturas, votação, apuração, alistamento, convenções partidárias, filiação, propaganda política, determinação de eleitos e quaisquer outras atividades relacionadas a direitos políticos. Objetiva, dessa forma, estabelecer a equação entre a vontade dos cidadãos e a atividade governamental e garantir o princípio democrático do voto como forma de se escolher os representantes políticos.

O Direito Eleitoral, assim como várias outras leis especiais, extrai seu fundamento da Constituição Federal. Pode-se observar que a Carta, no *caput* do art. 14, preceitua que “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: I - plebiscito; II - referendo; III - iniciativa popular”.

A eleição se constitui como um dos principais fundamentos desse ramo do direito. Isso porque, por meio dela, o cidadão, detentor dos direitos políticos e devidamente alistado, manifesta sua vontade por meio do voto, que aqui é eletrônico (LENZA, 2013). A finalidade é escolher um representante político – presidente da República, governador de Estado, senador, deputados prefeito, vereadores – para que o represente politicamente.

Por meio do voto, a soberania popular tanto elege representantes como também vota em proposta apresentada pelo poder público, sob forma de referendo ou plebiscito, modelos já apresentados neste trabalho.

Outro conceito importante no Direito Eleitoral refere-se à soberania popular. Uadi Lammêgo Buló *apud* Lenza (2013:785) conceitua que soberania popular “[...] é uma qualidade máxima do poder extraída da soma dos atributos de cada membro da sociedade estatal, encarregado de escolher seus representantes no governo por meio do sufrágio universal e do voto direto, secreto e igualitário”. A citação autoriza a compreensão de que a soberania popular é a base da maioria das democracias, e o consentimento dos governados é que legitima o governo ou a lei.

Quanto ao conceito de nacionalidade, Aloísio Dardeau de Carvalho *apud* Moraes (2014:206) explica que “nacionalidade é o vínculo jurídico político que liga um indivíduo a um certo e determinado Estado, fazendo deste indivíduo um componente do povo, da dimensão pessoal deste Estado”. Dessa forma, este capacita aquele para exigir sua proteção e o sujeita a deveres impostos, ou seja, o cidadão desfruta de direitos, mas submete-se a obrigações.

Por fim, cidadania pressupõe a nacionalidade (que é mais ampla que a cidadania), caracterizando-se como a titularidade de direitos políticos de votar e ser votado (LENZA, 2013). Dessa forma, o cidadão é o nacional que goza de direitos políticos.

As conceituações expostas foram necessárias para que se possam compreender as matérias relacionadas ao Direito Eleitoral e o que aqui se pretende discutir: o direito ao voto do preso provisório.

#### **1.4.2 Competência legislativa**

A competência legislativa em matéria eleitoral é da União, de forma privativa. Onde somente ela poderá legislar sobre tal matéria, não podendo, mesmo em sua inércia, os Estados legislarem sobre o direito eleitoral.

Entende-se por União, conforme José Afonso da Silva (2005:495): “a entidade federal formada pela reunião das partes componentes, constituindo pessoa jurídica de Direito Público interno, autônoma em relação às unidades federadas [...] e a quem cabe exercer as prerrogativas da soberania do Estado brasileiro”.

Os arts. 22, inc. I, 62, inc. I, “a” e 68, §1º, inc. II, da Constituição Federal de 1988, trazem alguns aspectos importantes em relação à competência legislativa no Direito Eleitoral. O art. 22, inc. I assevera que a lei eleitoral é exclusivamente federal por disposição constitucional, assim, os estados e municípios não podem dispor, nem mesmo supletivamente, sobre regras de cunho eleitoral. Assim como, por meio do art. 62 – inc. I, “a”, fica determinado que as Medidas Provisórias não podem conter disposições com conteúdo eleitoral e/ou partidário. Quanto às leis delegadas, também se observa a impossibilidade de possuírem como objeto direitos eleitorais e políticos.

Diante do exposto, tem-se que somente a União tem competência legislativa quanto à matéria eleitoral.

#### **1.5 PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS DO DIREITO ELEITORAL**

Os princípios constituem-se em alicerces do ordenamento jurídico, pois servem de inspiração à elaboração e à interpretação das normas. Trazem, em sua essência, característica filosófica e carga valorativa e histórica de uma sociedade.

Silva (2005:93) explica que a palavra “princípio”, nesse enfoque, não deve refletir a ideia de início ou começo, mas sim a noção de “mandamento nuclear de um sistema”. Dessa

forma, os princípios são identificados como juízos fundamentais e estão presentes de forma explícita ou implícita no ordenamento jurídico.

A seguir, serão expostos os princípios fundamentais do ramo do Direito Eleitoral relacionados aos direitos humanos.

### **1.5.1 Princípio da democracia**

O princípio da democracia é considerado pela doutrina como o mais importante para os direitos humanos.

Nesse sentido, José J. Gomes (2015:35) cita que esse princípio é considerado como “um dos mais preciosos valores da humanidade”, e o fundamento normativo para essa afirmação “é que o artigo XXI da Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948, e o artigo 25 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, de 1966, elevaram-na ao status de direitos humanos”. Segundo o autor, a democracia só é possível com a participação popular, ou seja, ela se consolida com a participação popular.

A democracia acaba por se revelar um eminente valor que foi construído ao longo da história. A própria observância do respeito à dignidade humana revela esse valor da democracia, pois se trata de um fundamento de qualquer regime democrático, seja na forma direta, indireta ou semidireta. Esta última é a adotada pela Federação Republicana do Brasil.

Desse modo, destaca-se que a democracia é um princípio indelével no seio social, pois não há como se falar em Estado Democrático de Direito sem seus mecanismos garantidores, ou seja, sem se assegurar a tutela a esse princípio, independentemente de sua forma.

### **1.5.2 Princípio da democracia partidária**

Para que haja a efetivação da democracia, tanto na indireta como na semidireta, há, necessariamente, de existir a figura do partido político como um intermediário ao complexo funcionamento do sistema democrático.

A Constituição brasileira, no art. 1º, parágrafo único, traz que “todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta



Constituição”. Dessa forma, está-se diante de uma democracia representativa e, assim, a atuação do povo na condução do Estado é necessária.

Essa representação ocorre por meio dos partidos políticos, pois, atualmente, é impossível que os cidadãos exerçam diretamente a democracia para eleger representantes políticos. Apesar de que, segundo Gomes (2015:39), “a Democracia autêntica requer o estabelecimento de debate público permanente acerca dos problemas relevantes para a vida social”, mas, devido à impossibilidade de mais de 200 milhões de pessoas, no caso do Brasil, reunir-se para produção legislativa, por exemplo, isso ocorre por meio de representação.

Dessa forma, a estrutura partidária é assegurada pelo artigo 14, §3º, V da Constituição brasileira, que elevou a filiação partidária como condição de elegibilidade. Resulta que, por inexistir no Brasil candidaturas avulsas, os partidos políticos detêm o monopólio das candidaturas, sendo necessário que, para ser votado, o cidadão precisa se filiar.

Pelo exposto, evidencia-se a importância dos partidos políticos para efetivação da democracia, assim como o princípio que os abriga.

### **1.5.3 Princípio da soberania popular**

A Constituição de 1988 protege a soberania popular prevendo seu exercício por meio sufrágio universal e do voto, este mediante plebiscito, referendo e iniciativa popular. O plebiscito e o referendo permitem uma participação, em princípio, mais direta na tomada de determinadas decisões, e a iniciativa popular traz a possibilidade de que o povo soberano tenha alguma iniciativa legislativa. Todos contribuem, em alguma medida, para a manutenção do Estado democrático de direito, pois concorrem para tentar garantir aos cidadãos uma participação mais direta no processo legislativo.

A Carta, então, municia o cidadão de instrumentos hábeis para uma democracia participativa. Sobre a importância da participação popular, Dalmo Dalari *apud* Moraes (2014:132), assevera que:

Se o povo não tem participação direta nas decisões políticas e se, além disso, não se interessa pela escolha dos que irão decidir, em seu nome, isso parece significar que o povo não deseja viver em regime democrático, preferindo submeter-se ao governo de um grupo que atinja postos políticos por outros meios que não as eleições.

Compreende-se que, se nas eleições houver interferência do abuso de poder econômico, político ou captação ilegal de sufrágio, ou mesmo desinteresse popular, está-se diante de ofensa ao princípio da soberania popular, direito fundamental presente na Constituição de 1988 e que se irradia para a legislação eleitoral como um todo, a fim de que a eleição seja legítima.

#### **1.5.4 Princípio do Estado Democrático de Direito**

O Estado Democrático de Direito é considerado um dos principais fundamentos da República Federativa do Brasil. Justifica-se sua importância por ser um organismo estruturado de forma politicamente organizado, cujo poder emana do povo.

Tal princípio, segundo Mendes, Coelho e Branco (2008:149) representa: “um superconceito, do qual se extraem, por derivação, diversos princípios, como o da separação dos Poderes, o pluralismo político, o da isonomia, o da legalidade e, até mesmo, o princípio da dignidade da pessoa humana”.

Os autores determinam, dessa forma, a importância desse princípio para que se instaure, verdadeiramente, uma democracia em que haja a defesa e a efetivação de direitos dos direitos fundamentais e sociais, como previsto na Constituição brasileira, no art. 1º, incisos de I a V e parágrafo único.

Há vários princípios importantes relacionados ao Direito Eleitoral que não foram expostos aqui. Isso se deve ao fato de que este trabalho tem por objetivo o exercício da cidadania do preso provisório por meio do voto: mecanismo de garantia de direito fundamental da pessoa humana. Dessa forma, procurou-se aqui demonstrar os princípios que se destacam em relação aos direitos fundamentais da pessoa humana.

Como se verifica, então, o exercício do voto é um direito fundamental da pessoa humana, inclusive quanto ao preso provisório, em face de que este ainda não foi condenado, tão pouco, comprovado sua culpa. Por assim dizer, presume-se a inocência dele até que se prove o contrário, mantendo-se assim sua dignidade e seus direitos intactos.

No próximo capítulo, de forma mais específica, serão abordados os direitos eleitorais relacionados ao preso provisório.

## 2 O PRESO PROVISÓRIO E OS DIREITOS ELEITORAIS A ELE INERENTES

### 2.1 A PRISÃO PROVISÓRIA EM SEU CONTEXTO HISTÓRICO

A expressão ‘prisão’ advém do latim ‘prehensio’, que traz a ideia de privação da liberdade do indivíduo. Consiste na privação da liberdade que restringe o direito de ir e vir, por meio de recolhimento da pessoa humana ao cárcere, há, assim, a suspensão da liberdade individual, inerente à pessoa humana.

José Netto (2005:518) assevera que a prisão é:

[...] ato pelo qual o indivíduo é privado de sua liberdade de locomoção, em virtude de infração da norma legal ou por ordem da autoridade competente, nos casos e pela forma previstos na lei, também, e em geral, de todo lugar público e seguro onde são recolhidos os indivíduos condenados a cumprir certa pena, ou que ali provisoriamente, aguardam julgamento, ou averiguações a seu respeito, quando suspeitos de crimes.

Cabe salientar que a prisão tem o escopo de prevenir novos crimes e proporcionar ao indivíduo infrator a ressocialização, ou seja, a reintegração a sociedade, visto que há proibição da vingança privada, baseada na humanização das penas.

A prisão pode ser decorrente de uma sentença condenatória transitada em julgado, asseverando a culpa do agente, ou ser decretada por decisões no curso do processo, por meio de prisões provisórias, antes de transitar em julgado a sentença penal, em que a culpabilidade do indivíduo não é totalmente confirmada. Esta última, chamada de prisão processual, em suas diferentes espécies, ocorre quando o indivíduo ainda não foi condenado definitivamente. A Constituição e as leis autorizam-na diante da existência de indícios do fato, com a finalidade de preservar a ordem pública, de garantir a futura aplicação das leis criminais ou por necessidade decorrente do processo.

Ao contrário da prisão definitiva, que representa a pena ou a sanção aplicada em resposta da violação do bem juridicamente protegido, a prisão provisória antecede a prisão decretada por sentença (em caso de futura condenação), como a prisão preventiva, ou seja, advém de uma medida cautelar, não definitiva, portanto, passível de reforma. Por ser cautelar a medida, encarrega-se parte da doutrina da exigibilidade dos pressupostos *fumus boni iuris* e *periculum in mora*.

A prisão provisória é qualquer forma de prisão ocorrida antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, ou seja, essa prisão se concretiza enquanto se enseja o

desfecho da instrução criminal que resulte de cumprimento de pena. Sobre isso, Capez (2007:307) define:

Prisão provisória é a privação da liberdade de locomoção em virtude de flagrante delito ou determinada por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou preventiva.

Em 2011, foi editada a Lei n. 12.403/2011, com o propósito de evitar o encarceramento provisório do indiciado ou acusado, nos casos em que não houver necessidade de prisão. Em face dessa nova lei, é preciso mais do que mera necessidade, deve ser inevitável a utilização da medida para a garantia do processo. Dessa forma, a custódia cautelar tornou-se medida excepcional, mesmo se verificada sua urgência e necessidade, só será imposta se não houver nenhuma alternativa menos drástica capaz de tutelar a eficácia da persecução penal (CAPEZ, 2007).

O sistema processual penal previa cinco formas de prisão provisória, quais sejam: prisão em flagrante, prisão preventiva, prisão em decorrência da sentença de pronúncia, prisão temporária e prisão no caso de sentença penal recorrível. Atualmente, existem apenas três modalidades de prisão: prisão em flagrante, prisão preventiva e prisão temporária. As duas últimas têm natureza cautelar e por esse motivo devem atender ao binômio necessidade e adequação. Neste trabalho, o foco recairá sobre as prisões processuais de natureza penal, como a prisão em flagrante, a prisão preventiva e a prisão temporária.

O art. 302 do Código de Processo Penal, sobre a prisão em flagrante, preceitua:

Art. 302. Considera-se em flagrante delito quem:

I - está cometendo a infração penal;

II - acaba de cometê-la;

III - é perseguido, logo após, pela autoridade, pelo ofendido ou por qualquer pessoa, em situação que faça presumir ser autor da infração;

IV - é encontrado, logo depois, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele autor da infração.

A Constituição autoriza a prisão em flagrante no art. 5º. No inciso XI, prevê que a ocorrência de crime em situação de flagrância (quando está ocorrendo ou quando acabou de ser cometido) permite o ingresso, mesmo sem autorização, na casa de alguém. No inciso LXI, autoriza a prisão em flagrante mesmo sem ordem judicial. Além disso, o art. 53, § 2º, estabelece que, desde a expedição do diploma de eleito pela Justiça Eleitoral, os membros do Congresso Nacional não podem ser presos, salvo em caso de flagrante de crime inafiançável.

Crimes inafiançáveis são aqueles referidos no Código de Processo Penal (CPP), arts. 323 e 324.

De acordo com o art. 302 do CPP, caracteriza-se a situação de flagrante delito nestes casos: quando alguém está cometendo a infração penal; quando acaba de cometê-la; quando o indivíduo é perseguido, logo após, pela polícia, pelo ofendido ou por qualquer pessoa, em situação que faça presumir ser ele o autor da infração; quando a pessoa é encontrada, logo depois do ato, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele o autor da infração. Já o art. 301 do mesmo diploma legal dispõe que qualquer pessoa do povo pode realizar a prisão, nesses casos. É direito das pessoas, mas não dever. Já para a polícia, é dever realizar a prisão em flagrante.

Há necessidade de conversão da prisão em flagrante em preventiva. Aquela se justifica pela necessidade que tem o Estado de dar à vítima uma resposta imediata pela infração contra ela praticada. Além disso, também possui função repressora ao autor da infração.

A prisão preventiva somente pode acontecer por ordem judicial devidamente fundamentada. Pode ocorrer em qualquer fase da investigação ou do processo criminal, por iniciativa da polícia (desde que com a concordância do Ministério Público), do Ministério Público, do querelante (o autor da ação penal privada) ou do assistente do Ministério Público (o advogado da vítima ou de sua família, quando auxilia o MP no processo criminal).

Segundo o art. 312 do CPP, a prisão preventiva pode ter um dos seguintes fundamentos: garantia da ordem pública (como no caso em que o réu seja pessoa dedicada a praticar crimes ou haja indícios de que voltará a delinquir); garantia da ordem econômica (no caso de acusados que possam lesionar o funcionamento legal dos mercados); conveniência da instrução criminal (necessidade ligada ao desenvolvimento do processo penal, como no caso em que o réu pratique coação de testemunha ou destrua provas, entre outros); para assegurar a aplicação da lei penal (como no caso em que o réu possa fugir do local do crime ou do processo).

Deve-se destacar que o princípio da presunção de inocência (princípio da presunção de não culpabilidade), os tribunais consideram a prisão preventiva como exceção. O fato de alguém ser processado ou de cometer crime, mesmo grave, não é considerado necessariamente como fundamento para a prisão do acusado. A regra, portanto, é que o acusado responda em liberdade ao processo. Somente caberá a prisão se estiver presente ao menos um dos requisitos do art. 312 do CPP. Assim, somente deve ser determinada pelo juiz ou tribunal competente se não couber alguma das medidas restritivas previstas no art. 319 do

CPP, como a retenção de passaporte, a proibição de ausentar-se do local do juízo no qual tramita o processo, o recolhimento domiciliar noturno etc.

Por fim, a prisão temporária é regulamentada pela Lei n. 7.960, de 21 de dezembro de 1989, como instrumento para a investigação criminal. Ela deve ser necessária à investigação e não cabe para qualquer crime. Terá cabimento somente nos crimes listados no artigo 1º, como quando for imprescindível para as investigações do inquérito policial, nos casos de homicídio doloso, de estupro, de roubo, de sequestro ou cárcere privado, de tráfico de drogas, entre outros. Em geral, tem duração de cinco dias (art. 2º), prazo que pode ser prorrogado uma vez, em caso de extrema necessidade. No caso de investigação relativa a crime hediondo, pode valer por até 30 dias, também prorrogáveis uma vez (art. 2º, § 4º, da Lei dos Crimes Hediondos – Lei n. 8.072, de 25 de julho de 1990).

A prisão temporária difere da preventiva porque se dirige exclusivamente à tutela das investigações policiais, dessa forma, não se pode pensar na sua aplicação quando já instaurada ação penal.

No Estado Democrático de Direito, não é admissível prender um indivíduo para depois apreciar se esse é culpado ou não. Sendo assim, esse modo de prisão é alvo de críticas, visto que, mesmo nos processos penais, deve-se respeito aos direitos e garantias fundamentais aludidas na Constituição Federal, do contrário, o Estado estaria violando ordem constitucional.

Assim, verifica-se a necessidade de fundamentação da prisão temporária, visto que a motivação da decisão é uma condição de procedibilidade, conforme expressa o art. 93, inciso IX da CF, após o advento da Emenda Constitucional n. 45, de 30 de dezembro de 2004. Portanto, é inadmissível a autorização da prisão somente pelo argumento da gravidade do delito.

Comparando o direito brasileiro a outros países, observa-se que, na Alemanha, além da suspeita fundamentada de que o agente tenha cometido o crime, concorrentemente devem conter perigo de fuga, perigo de ocultação de provas ou prejuízo ao processo e a gravidade do crime. Em Portugal, a prisão cautelar só é possível em caso de delito doloso, cuja pena máxima seja superior a três anos, e somente pode ser aplicada quando todas as demais medidas resultem inadequadas ou insuficientes. Na Itália, que oferece ampla gama de medidas cautelares, exige-se que a prisão seja uma exceção. Já no sistema Espanhol, o perigo de fuga assume caráter quantitativo. Ainda que seja inaceitável qualquer presunção de fuga, sustenta-se que tal perigo é diretamente proporcional à pena prevista. Maior a pena, maior a probabilidade de fuga do acusado (ALESSI, 2002).

No Brasil, sistema em que a liberdade é a regra, deveria ser inconcebível prender-se provisoriamente uma pessoa sem que haja evidências vigorosas de que, ao final, venha ser condenada definitivamente, da mesma forma que só se fará legal nos casos e na forma prescritos em lei.

Como medida extrema, as prisões provisórias devem ser absolutamente necessárias, devido ao grande malefício a que se exporá o acusado que, entre suas inúmeras consequências, a mais ultrajante é quando, em sentença transitada em julgado, constatado o engodo ou a incompetência da ação policial, verifica-se que, após árduo período de encarceramento e pungente morte moral e social, o acusado é declarado inocente (ALESSI, 2002).

A situação citada ocorre cotidianamente e, por isso, há necessidade de se aplicarem medidas cautelares anteriores à de prisão, seja ela em flagrante, preventiva ou temporária. Estas medidas devem ser aplicadas somente quando todas as outras se mostrarem inadequadas ou insuficientes para a proteção dos fins sociais.

## 2.2 DIREITOS HUMANOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS DO PRESO PROVISÓRIO

O primeiro resquício de direitos humanos nasceu com a Magna Carta de direitos do povo inglês, assinada em 1225. Ainda hoje, suas ideias são aplicadas, adaptando-as à evolução dos direitos humanos, como exemplo: as pessoas que fazem as leis são vinculadas a elas, noções de liberdade e de propriedade, fragmentos do devido processo legal, vedações de prisões arbitrárias, entre vários outros.

Outro marco importante dos Direitos Humanos é a declaração de direitos, também conhecida como *Bill of Rights*, um dos textos constitucionais mais importantes do Reino Unido (COMPARATO, 2008).

No entanto considera-se a maior Carta de Direitos do Homem já existente a “Declaração Universal dos Direitos Humanos”. Trata-se de documento de suma importância, pois foi o primeiro código de regras que tem como escopo proteger o homem, e se divide em duas partes. A primeira, dos direitos civis e políticos, e a segunda, dos direitos econômicos, culturais e sociais. Trata-se de uma declaração revestida de grande influência, isso porque é lembrada em tribunais pátrios e internacionais; é tida como fonte inspiradora na criação de normas; e parte da declaração se tornou lei consuetudinária, obrigando alguns estados.

Após isso, surgiram vários pactos internacionais de direitos humanos, assim como as leis e as Constituições evoluíram na intenção de proteger os direitos humanos e fundamentais. E, entre esses direitos, encontram-se os dos presos provisórios.

Neste momento, é importante que se distinga o conceito de direitos humanos e direitos fundamentais.

Sobre tal diferenciação, Sarlet (2011:35-36) explica:

Em que pese sejam ambos os termos ('direitos humanos' e 'direitos fundamentais') comumente utilizados como sinônimos, a explicação corriqueira e, diga-se de passagem, procedente para a distinção é de que o termo 'direitos fundamentais' se aplica para aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado, ao passo que a expressão 'direitos humanos' guardaria relação com os documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que, portanto, aspiram à validade universal, para todos os povos e tempos, de tal sorte que revelam um inequívoco caráter supranacional (internacional).

Compreende-se que direitos humanos e fundamentais se confundem, uma vez que ambos trazem direitos inerentes à pessoa humana. Tal discussão encontra respaldo prático na ideia da efetivação de tais direitos, porque os direitos humanos têm muito mais suporte para fazer valer seus mandamentos, pois se tratam de normas universais.

Os direitos fundamentais do homem são situações jurídicas, objetivas e subjetivas, definidas no direito positivo, em prol da dignidade, igualdade e liberdade da pessoa humana. Podem ser classificados pela ótica de dimensões de direitos. Contudo os direitos de primeira geração interessam ao presente trabalho, pois são eles que se referem diretamente a direitos políticos e direitos referentes à liberdade. Quanto aos direitos de primeira geração, correspondem, na visão de Dirley da Cunha Júnior (2009:582):

[...] às chamadas liberdades públicas dos franceses, compreendendo os direitos civis, entre os quais se destacam, sobretudo pela acentuada e profunda inspiração jusnaturalista, os direitos à vida, à liberdade, à propriedade, à segurança e à igualdade de todos perante a lei, posteriormente complementados pelos direitos de expressão coletiva e os direitos políticos.

Esses direitos nasceram pela preocupação em se afastar o Estado da esfera individual do ser humano.

A liberdade trata-se de um direito de suma importância por se referir a diversos tipos de liberdade do ser humano. No entanto a liberdade que interessa aqui é a liberdade de



locomoção, pois é esta que será cerceada por meio das prisões. Na visão de Alkmim (2009:373):

A liberdade de locomoção consiste, objetivamente, no direito de ir e vir da pessoa ou de permanecer em qualquer lugar do território nacional. Trata-se do direito que a pessoa tem de circular livremente por todo território brasileiro sem a necessidade de vistos ou licenças, bem como o de fixar o seu domicílio onde melhor lhe aprouver, não podendo o estado, em tempos de paz social, causar qualquer embaraço ao exercício deste direito.

Dessa forma, somente em casos excepcionais a liberdade deve ser cerceada, quando vise a resguardar outros interesses, como a ordem pública ou a paz social, ameaçados por ações delituosas de indivíduos de determinada sociedade.

Quanto aos direitos políticos, são definidos como positivos e negativos. Os primeiros consistem na possibilidade de votar e ser votado e se subdividem em direitos políticos ativos – possibilidade jurídica de participar do processo político pátrio – e direitos políticos passivos – possibilidade de ser eleito, ser votado. Já os negativos apontam as causas de inelegibilidade, perda e suspensão dos direitos políticos, desmembrando-se em inelegibilidade, perda e suspensão dos direitos políticos.

Ambas as situações obedecem a certos requisitos, uns gerais e outros específicos. Para que uma pessoa possua capacidade ativa, é necessário ser brasileiro nato ou naturalizado, possuir mais de 18 anos e estar devidamente alistado na justiça eleitoral. Já a capacidade passiva exige os requisitos previstos no art. 14, § 3º da CRFB.

A Constituição Federal de 1988 enumera os casos de perda ou suspensão dos direitos políticos:

Art. 15. É vedada a cassação de direitos políticos, cuja perda ou suspensão só se dará nos casos de:  
I - cancelamento da naturalização por sentença transitada em julgado;  
II - incapacidade civil absoluta;  
III - condenação criminal transitada em julgado, enquanto durarem seus efeitos;  
IV - recusa de cumprir obrigação a todos imposta ou prestação alternativa, nos termos do art. 5º, VIII;  
V - improbidade administrativa, nos termos do art. 37, § 4º.

Observa-se que o inciso III traz a possibilidade de suspensão dos direitos políticos por sentença criminal transitada em julgado. Então surge a questão: se é o condenado com trânsito em julgado de sua sentença que tem a suspensão de seus direitos políticos, o preso provisório, que não foi definitivamente condenado, não pode perder seu direito de ser cidadão, ou seja, de votar.

O preso provisório é aquele que possui sua liberdade cerceada por meio da prisão em flagrante, preventiva ou temporária. Ele deverá ser recolhido em estabelecimento destinado a presos provisórios, conhecidas como Casa de Prisão Provisória (CPP), e aguardar o desenrolar do processo.

Ocorre que, nesse lapso temporal, o preso provisório mantém todos os direitos a ele inerentes. Esse entendimento pode ser extraído da leitura do artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal, a qual consagra o princípio da presunção de inocência, e no artigo 386, VII, do Código de Processo Penal, que versa sobre o princípio do “favor rei” – *in dubio pro reo* ou *favor libertati*. Sobre este último, nos dizeres de Bonfim (2015:91):

Esse princípio tem por fundamento a presunção da inocência. Em um Estado de Direito, deve-se privilegiar a liberdade em detrimento da pretensão punitiva. Somente a certeza da culpa surgida no espírito do juiz poderá fundamentar uma condenação. Havendo dúvida quanto à culpa do acusado ou quanto à ocorrência do fato criminoso, deve ele ser absolvido.

O Código Penal também preleciona de forma similar à Carta Maior, no que tange à conservação dos Direitos e das garantias daquele que se encontra preso provisoriamente. O art. 38 do Código de Processo Penal estabelece o prazo para que seja exercido o direito de queixa ou representação, que é de seis meses, contados a partir da data que vier, a saber, quem é o autor do crime, ou do dia em que esgotar o prazo para o oferecimento da denúncia. Ou seja, enquanto não houver sentença condenatória transitada em julgado ou ser determinado o autor real do crime, não ocorrerá a cessão dos direitos do preso provisório.

A Lei de Execuções Penais – LEP cuida da execução do condenado em sentença penal transitada em julgado. A execução, nesses casos, tem o escopo de tornar eficaz a pretensão punitiva do Estado.

Apesar de o condenado ser objeto da Lei n. 7.210/1984, a LEP cuida também dos presos provisórios, fazendo entre os dois uma diferenciação quanto ao modo de recolhimento de cada um. Esse entendimento pode ser extraído dos arts. 87 e 102 da mencionada lei.

O recolhimento do preso com sentença transita em julgado, sendo destinado ao condenado a pena de reclusão, é no regime fechado; já o recolhimento do preso provisório destina-se à Cadeia Pública. Dessa forma, é possível perceber que, além da Carta Maior e do Código Penal, também a Lei de Execuções Penais dá tratamento diferenciado aos presos provisórios. Por esse motivo, não deve o preso provisório ter retirado o seu direito ao sufrágio universal. A Constituição Federal é clara ao estabelecer que somente os presos condenados com sentença transitada em julgado têm seus direitos políticos suspensos.

Embora possa haver discussão quanto à questão do preso condenado, a Constituição Federal deixa claro que o preso provisório (aquele contra quem não existe condenação que não se possa mais recorrer) e o adolescente em conflito com a lei entre os 16 e 18 anos não têm seus direitos políticos suspensos. Porém, na prática, na grande maioria das casas prisionais do País não os exercem. O Estado alega que é muito difícil fazer com que seja cumprido o direito de voto do preso provisório.

A LEP estabelece que esses presos sejam colocados em estabelecimentos prisionais diversos, o que possibilita a realização de todos os direitos daquele que ainda não teve sua culpabilidade confirmada. Para tanto, a justiça eleitoral deve propiciar a esses presos condições necessárias para que possam votar em dias de eleição e, desse modo, exercer sua cidadania.

Todos têm direito de votar, desde que atendidas as condições necessárias ao exercício do voto. E esse direito não pode ser retirado do preso provisório, pois é fundamental.

No entanto as instruções eleitorais do Tribunal Superior Eleitoral têm reeditado, por meio de resoluções, a norma que diz que o preso provisório deve votar ‘se possível’. Essa condição, além de inconstitucional, significa dizer que não necessita ser respeitado o direito ao voto do preso provisório. O exercício de um direito político não pode ser subordinado a qualquer condição – seja por falta de dinheiro ou problemas de informática – nada pode impedir as pessoas do exercício de voto.

O Tribunal Superior Eleitoral dispõe sobre normativas a serem seguidas para que se propicie ao preso provisório o exercício de seu direito de voto (Resolução n. 23.219/2010). Cada Tribunal Regional Eleitoral deve aplicar as medidas estabelecidas pelo TSE.

É dever dos Juízes Eleitorais, devidamente coordenados pelos Tribunais Regionais Eleitorais, criar seções eleitorais em estabelecimentos penais e também em unidades de internação de menores infratores, para que seja assegurado o direito de voto dos presos provisórios e daqueles internados por ato infracional.

Poderão votar nas seções eleitorais os presos provisórios que manifestarem interesse e se alistarem, ou que optarem por transferir o título eleitoral para essas seções.

A quantidade mínima de presos provisórios para que se crie um estabelecimento especial eleitoral, com finalidade de que exerçam o direito que lhes pertencem, é determinado pelo art. 25 da Resolução do Tribunal Superior Eleitoral n. 23.399/2013, em que se determina que haja no mínimo 50 eleitores aptos a votar, para que sejam instaladas as seções eleitorais nos estabelecimentos penais e nas unidades de internação.

Caso transite em julgado sentença de preso provisório no dia da eleição, este não poderá votar, ficando assim impedido devido ao fato da perda do direito de voto por conta da condenação. Devendo, assim, a Justiça Criminal informar à Justiça Eleitoral para que seja assentado na respectiva folha de votação da respectiva seção eleitoral, para que ocorra o impedimento.

Quanto à propaganda eleitoral, deverá ser disponibilizada para os presos provisórios e para os menores infratores – maiores de 16 anos e menores de 21 anos – que estejam aptos e optarem a votar. É de competência do Juiz Eleitoral, juntamente com o diretor do estabelecimento ou da unidade de internação, a designação da forma de propagação eleitoral, sendo ela via rádio ou televisão, atendendo as recomendações do Juiz Corregedor ou do Juiz responsável pela execução penal ou pela medida socioeducativa.

Devido aos argumentos levantados em desfavor do voto do preso provisório, como celeridade na contagem dos votos, gastos públicos com instalação de seção eleitoral e problemas de informática, esse direito fundamental deixa de ser exercido no Brasil por muitos brasileiros. Esses argumentos são subterfúgios utilizados para não se cumprirem as leis, porque, caso houvesse interesse político para se fazer valer o direito de voto do preso provisório, as situações que o impedem poderiam ser resolvidas.

### 2.3 ANÁLISE DA LEI DE EXECUÇÃO PENAL EM FACE DO PRESO PROVISÓRIO

Os presos, visualizados como sujeitos de direitos, são contemplados por vários direitos de natureza constitucional, como direito à vida, à integridade física e moral, à propriedade, à liberdade de consciência e de convicção religiosa, ao sigilo de correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e telefônicos, direito de representação e de petição aos Poderes Públicos, à expedição de certidões requeridas às repartições administrativas, à assistência judiciária gratuita, à presunção de inocência nos incidentes de execução, à indenização por danos morais em face de erro judiciário ou por prisão além do tempo fixado na sentença.

A Lei n. 7.210/1984 – LEP assevera que o preso, tanto o que ainda está respondendo ao processo, quanto o condenado, continua tendo todos os direitos que não lhes foram retirados pela pena ou pela lei. Isso significa que o preso perde a liberdade, mas tem direito a um tratamento digno, direito de não sofrer violência física e moral.

Essa lei confere de forma precisa aos presos em geral os direitos ao uso do próprio nome; à alimentação, vestuário e alojamento; à assistência médico-odontológica; ao trabalho remunerado; de se comunicar reservadamente com seu advogado; à previdência social (auxílio-reclusão); a seguro contra acidente de trabalho; à proteção contra qualquer forma de sensacionalismo; à igualdade de tratamento, salvo quanto a individualização da pena; à proporcionalidade na distribuição do tempo para o trabalho, o descanso e a recreação; à visita do cônjuge, da companheira, de parentes e amigos em dias determinados; a contato com o mundo exterior por meio de leituras e outros meios de comunicação que não comprometam a moral e os bons costumes.

Há vários outros direitos, além desses básicos, que se vinculam a determinadas situações previstas em lei. No entanto as leis nem sempre são cumpridas, aliás, o que mais se observa é o desrespeito a direitos considerados fundamentais.

Nesse contexto de direitos violados e desrespeitados à luz do ordenamento jurídico, encontra-se o preso provisório, ou seja, aquele que foi privado de sua liberdade por força de prisão em flagrante, prisão temporária, prisão preventiva ou por força de sentença condenatória recorrível. Em seu favor há o princípio da presunção da inocência, já que inexistente uma formação de culpa concluída, ou seja, uma sentença condenatória transitada em julgado.

O objetivo da Lei de Execução Penal pode ser observado em seu art. 1º, veja-se:

A execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado.

Pelo que preconiza o referido artigo, não é objetivo da execução penal cuidar do preso provisório, uma vez que faz referência apenas àqueles com condenação definitiva e aos submetidos à medida de segurança. No entanto o art. 2º dessa norma jurídica traz:

Parágrafo único. Esta Lei aplicar-se-á igualmente ao preso provisório e ao condenado pela Justiça Eleitoral ou Militar, quando recolhido a estabelecimento sujeito à jurisdição ordinária.

Por força do disposto no parágrafo único do art. 2º da LEP, o preso provisório é submetido, naquilo que não constitui especificidade do cumprimento de pena, a tratamento igual aos demais detentos condenados definitivamente.

No entanto é de conhecimento público a situação degradante e humilhante que grassa nas cadeias públicas do interior do Brasil. Em muitos casos, o preso provisório acaba

cumprindo penas privativas de liberdade totalmente em regime fechado, não havendo qualquer separação ou classificação dos presos. Dessa forma, viola-se o princípio da individualização e humanização.

A LEP traz, no art. 87, *caput*, que “a penitenciária destina-se ao condenado à pena de reclusão, em regime fechado”. Assim, condiciona o recolhimento de presos provisórios em separado, como dispõe o art. 102, *caput*, que “a cadeia pública destina-se ao recolhimento de presos provisórios”. Dessa forma, não tem cabimento interpretação extensiva para justificar o recolhimento de presos provisórios em penitenciárias, dado que se trata da privação da liberdade de locomoção e nesse sentido a interpretação deve ser estrita (RANGEL, 2006).

Quanto à custódia de preso provisório, Mirabete (2004:735) é enfático:

Aquele que estiver recolhido em decorrência de prisão provisória (prisão em flagrante, prisão preventiva, prisão temporária, prisão em decorrência de pronúncia, prisão em decorrência de sentença condenatória) deve ficar separado dos que estão definitivamente condenados (art. 300 do CPP, e art 84 da LEP). Procura-se evitar que o preso provisório conviva com criminosos condenados. O local para o recolhimento é a cadeia pública, estabelecimento penal que cada comarca deve ter, conforme a Lei de Execução Penal (art. 102).

A separação dos presos provisórios dos condenados em definitivo, segundo o autor, é obrigação do Estado. No entanto a LEP não determina essa obrigação, pois utiliza o verbo ‘destina-se’(art. 84, *caput*), ao se referir ao fato de que a penitenciária alojará o condenado à pena de reclusão, em regime fechado.

Entre os muitos problemas presentes no sistema carcerário brasileiro, podem-se citar o fato de os juízes criminais raramente visitam as cadeias públicas; o Conselho da Comunidade não ser criado, o preso acabar ficando preso por mais tempo do que deveria. Portanto, o preso provisório acaba cumprindo pena na cadeia pública do interior misturado com todos os presos e sem qualquer observância do princípio da individualização da pena. Isso infringe direitos fundamentais do preso, assegurados constitucionalmente.

Outro problema de violação de direitos do preso provisório, foco deste trabalho, está no fato de este ser impedido de exercer seu poder de voto em eleições. Por força do princípio constitucional da presunção da inocência, ele não tem os seus direitos políticos suspensos, o que só vem a ocorrer com os presos condenados definitivamente. Dessa forma, o preso provisório pode exercer o seu direito de cidadania do sufrágio do voto, sem qualquer restrição a seus direitos políticos, que se mantêm.

Como já exposto, conforme a Constituição Federal, esses eleitores teriam pleno direito ao exercício do voto. O impedimento deles é circunstancial, de fato. Eles não estão

impedidos, na acepção jurídica do termo, de votar, mas impossibilitados, na acepção fática. Portanto, não teve suprimido seus direitos fundamentais, principalmente no que toca ao efetivo exercício dos direitos de cidadania (CÂNDIDO, 2012).

Como se observa no dia a dia das instituições carcerárias, apesar do que determina a lei, o preso provisório permanece sem o direito de votar. Sua não participação nos destinos políticos de seu País, impedido por inação estatal, deixa de fortalecer a esperança, a autoestima, o senso de responsabilidade, a fim de que possa efetivamente internalizar os valores que lhe propicie a ressocialização.

Sabe-se que a execução da pena privativa de liberdade deve se aproximar, o quanto possível, das condições da vida em liberdade. Isso porque o preso, ainda mais o provisório, continua sendo um homem em sociedade, devendo ser reconhecida sua faculdade de decisão, a responsabilidade.

Observa-se que, apesar da previsão na Constituição de participação do preso provisório no sufrágio, isso ainda não ocorre no País. São raras as situações em que o Poder Público se encarregou de possibilitar a participação dessa população carcerária em eleições por meio do voto. Dessa forma, o impedimento à efetivação desse direito afronta dispositivos constitucionais e a LEP não contribuiu para que esse problema seja resolvido.

### **3 O VOTO DO PRESO PROVISÓRIO: EXERCÍCIO DE CIDADANIA E DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA? UMA ANÁLISE A PARTIR DA REALIDADE DO ESTADO DO TOCANTINS**

Neste capítulo, serão abordados os procedimentos adotados no Estado do Tocantins para a formalização do voto do preso provisório, a partir de duas normas jurídicas editadas pelo Supremo Tribunal Federal, sendo elas as Resoluções n. 23.219/2010 e n. 23.399/2013.

Este estudo resulta na análise das medidas adotadas pela Justiça Eleitoral do Tocantins como forma de viabilizar o voto do preso provisório, com fulcro no Processo Administrativo Eleitoral (PAE) n. 107/2014, instaurado pelo Tribunal Regional Eleitoral (TRE), com a finalidade de levantar as condições possíveis para a instalação de seções especiais em prol do voto do preso provisório e do adolescente internado.

A medida consistiu, primordialmente, no encaminhamento, por parte da presidente do TRE, do ofício-circular nº 01/2014/DG/PRES de 21/3/2014 a todas as Comarcas do Estado determinando providências para a criação de local especial de votação, com o intuito de acolher o voto dos presos provisórios nas eleições de 2014. A documentação integrada pelo PAE, para efeito do embasamento desta pesquisa, encontra-se à disposição dos interessados, podendo ser, a qualquer momento, consultada.

Como já ressaltado, os presos provisórios possuem direitos políticos, tendo tanto capacidade ativa quanto a passiva. A eles garante-se um direito, o que não lhes foi retirado por uma restrição, como ocorre no caso daquele que foi condenado.

O preso provisório mantém todos os direitos a ele inerentes. Esse entendimento pode ser extraído da leitura do artigo 5º, LVII, da Constituição Federal, o qual consagra o princípio da presunção de inocência; e no art. 386, VII, do Código de Processo Penal, que versa sobre o princípio do “favor rei” – *in dubio pro reo* ou *favor libertati*, respectivamente, como seguem:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

LVII - Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

Art. 386. O juiz absolverá o réu, mencionando a causa na parte dispositiva, desde que reconheça:

[...]

VII - não existir prova suficiente para a condenação.



Para melhor esclarecer, eis o entendimento de Alexandre de Moraes (2014:117), sobre a presunção de inocência:

A Constituição Federal estabelece que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, consagrando a presunção de inocência, um dos princípios basilares do Estado de Direito como garantia processual penal, visando à tutela da liberdade pessoal. Dessa forma, há a necessidade de o Estado comprovar a culpabilidade do indivíduo, que é constitucionalmente presumido inocente, sob pena de voltarmos ao total arbítrio estatal.

Assim, tem-se a presunção da inocência como uma característica do Estado Democrático de Direito, em que não se priva uma determinada pessoa de seus direitos simplesmente por acusá-lo de ter cometido um crime, e sim somente quando é comprovado e sentenciado como culpado de tal fato.

E, sobre o princípio *in dubio pro reo*, explica Bonfim (2015:91):

Esse princípio tem por fundamento a presunção da inocência. Em um Estado de Direito, deve-se privilegiar a liberdade em detrimento da pretensão punitiva. Somente a certeza da culpa surgida no espírito do juiz poderá fundamentar uma condenação. Havendo dúvida quanto à culpa do acusado ou quanto à ocorrência do fato criminoso, deve ele ser absolvido.

Entende-se, então, que somente quando o juiz tiver certeza da culpa haverá a condenação do acusado, pois a mínima dúvida implicará em sua absolvição. Portanto, enquanto não houver o trânsito em julgado da sentença, a inocência do preso provisório será presumida. Isso implica a permanência de todos os direitos fundamentais inerentes a ele, inclusive a garantia do sufrágio universal e do voto.

O art. 15, inciso III, da Constituição Federal, veta a cassação dos direitos políticos, entretanto, havendo a condenação, poderá haver a suspensão ou perda desses direitos, o que não acontece no caso dos presos provisórios.

O fato de ser preso provisoriamente não exclui as garantias e os direitos fundamentais presentes na Lei Maior. Não se perde a dignidade humana pelo fato de ter sido acusado, muito menos retira a característica de cidadão e sua forma de exercer cidadania por estar recolhido à prisão provisória, meramente assecuratória.

O princípio da dignidade da pessoa humana encontra-se no artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal, veja-se:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

[...]

III - a dignidade da pessoa humana.

Esse princípio é imprescindível. É um valor moral e espiritual específico do ser humano. Toda e qualquer pessoa merece ser respeitada e ter condições de uma vida digna, é a base fundamental do Estado Democrático de Direito.

Ingo Wolfgang Sarlet (2011:62) conceitua o princípio da dignidade da pessoa humana como:

A qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos, mediante o devido respeito aos demais seres que integram a rede da vida.

Não se deve excluir ou tirar um direito daquele que foi acusado de ter cometido um crime, da mesma maneira que não se pode julgar com base em uma simples alegação de culpa, sem fatos que comprovem.

Como já visto no decorrer deste trabalho, o direito ao sufrágio e ao exercício dele por meio do voto do preso provisório é tanto assegurado pela Constituição da República Federativa Brasileira quanto pelos Direitos Humanos.

Os direitos fundamentais e os direitos humanos se confundem. No entendimento de alguns doutrinadores, são sinônimos, uma vez que dizem que os direitos humanos são os direitos fundamentais internacionalizados, já que ambos abrangem a todos, não somente no Brasil, como também no exterior.

Ora, tanto o condenado quanto o que está preso provisoriamente mantêm sua humanidade, não é por se encontrar com a liberdade restrita que implicará a perda desta. Não há condenação. O objetivo do sistema penitenciário – da pena e da sanção – não é somente punir, mas reeducar, incluir o preso na sociedade. Deve-se proteger e respeitar a figura destes e, com isso, buscar efetivar todos os direitos que lhes são mantidos, e não excluí-los.

Eles não devem ser repudiados pela sociedade, pelo contrário, esta deve buscar incluí-los, pois são seres humanos como qualquer outro cidadão, e, da mesma maneira, possuem vontades, desejos, aspirações como qualquer outra pessoa, assim como têm direito a

participar da escolha daqueles que os irão governar o País. Se é direito garantido, deve ser exercido.

Todo o ser humano possui dignidade, não importa a sua escolaridade, cor, deficiência, se é condenado ou se está com sua liberdade restrita. Todos merecem respeito, condições de vida, de socialização. Aquele que cometeu um crime vai ser sancionado conforme a gravidade de seus atos, mas não significa que deva ser desrespeitado.

O ato de votar é um meio de garantia fundamental inerente a todos os cidadãos, estando ele em pleno gozo de sua liberdade ou não, com exceção, como dito anteriormente, à condenação transita em julgado.

Vale lembrar que o voto não é somente um direito. É um dever também. Ele é obrigatório, uma conquista que o povo brasileiro buscou há anos, lutou por um Estado Democrático e o conseguiu.

Todo cidadão deve estar em dia com os seus direitos políticos, exercendo o que lhe é de direito e de dever, inclusive aquele que está preso provisoriamente.

O direito ao voto do preso provisório não é explícito na Constituição. No entanto somente se faz menção à suspensão dos direitos políticos àqueles que foram condenados, desse modo, garante-se ao preso provisório o direito de exercer seu sufrágio universal por meio do voto.

Nesse sentido, é o entendimento da Súmula n. 9, do TSE: “A suspensão de direitos políticos decorrente de condenação criminal transitada em julgado cessa com o cumprimento ou a extinção da pena, independentemente de reabilitação ou de prova de reparação dos danos”.

Essa garantia fundamental de exercer o sufrágio universal, por meio do voto do preso provisório, vem sendo discutida desde 1999 no TSE. Em um primeiro momento, foi consultada a possibilidade de seções eleitorais especiais em estabelecimentos penais, com a finalidade de assegurar o direito ao voto do preso provisório, tendo sua resposta afirmativa, por unanimidade dos votos<sup>1</sup>.

Porém, no ano de 2002, houve a tentativa do Relator Ministro Fernando Neves da Silva de implementar a criação dessas seções eleitorais, o qual peticionou requerendo a instalação de seções especiais em estabelecimentos penais. Contudo não houve o mesmo respaldo da anterior, sendo esta indeferida<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> Resolução n. 20471 de 14/9/1999. Relator(a) Min. JOSÉ EDUARDO RANGEL DE ALCKMIN. Publicação: DJ - Diário de Justiça, data 1/10/1999, p. 78. RJTSE - Revista de Jurisprudência do TSE, v. 11, Tomo 4, p. 343.

<sup>2</sup> PET - PETIÇÃO n. 1122 - Brasília/DF. Resolução n. 21160 de 1/8/2002. Relator(a) Min. FERNANDO NEVES DA SILVA. Publicação: DJ - Diário de Justiça, v. 1, Data 20/8/2002, p. 160.

Percebe-se que, quando se tratou da possibilidade, a resposta ao pedido foi plausível; todavia, no momento em que se tratou de instalação da seção eleitoral especial nos estabelecimentos penitenciários, da efetiva concretização da possibilidade dada como favorável, o pedido foi indeferido.

Após a tentativa de 2002, no ano de 2006, o Relator Ministro Carlos Eduardo Caputo Bastos sugeriu aos juízes eleitorais a instalação das seções especiais penais, com o mesmo intuito de possibilitar ao preso provisório o exercício de seu direito ao voto. Em resposta, o Tribunal consolidou o tema no sentido de “[...] garantir esse direito, bem como no sentido de estarem os procedimentos atinentes à instalação de seções eleitorais nesses estabelecimentos prisionais afetos à competência dos tribunais regionais eleitorais”<sup>3</sup>.

Desse modo, o TSE manifestou-se a garantir o direito do voto daquele preso provisoriamente e também no sentido de que o procedimento das instalações das seções eleitorais especiais penais serem de competência dos Tribunais Regionais Eleitorais.

Assim, em 2 de março de 2010, o Tribunal Superior Eleitoral instruiu a Resolução n. 23.219/2010<sup>4</sup>, que normatiza as condições do voto do preso provisório e do menor infrator. Concretiza-se, assim, após várias discussões e reuniões, a instrução que possibilita, de fato, a ao preso provisório e ao menor infrator exercer sua cidadania na época das eleições. Reforça-se, desse modo, a garantia fundamental presente no artigo 14, da Constituição Federal.

Após a elaboração dessa resolução, que inseriu a possibilidade da concretização desse direito e garantia fundamental, foi introduzida, em 17 de dezembro de 2013, a Resolução n. 23.399<sup>5</sup>, como orientação às eleições de 2014, inclusive com instruções sobre o voto dos presos provisórios e do menor infrator, com pequenos ajustes no que tangia à Resolução de 2010.

Note-se que demorou cerca de 10 (dez) anos para a efetivação de um direito adquirido. Desde a primeira menção em 1999, sobre a possibilidade do exercício do direito de voto dos presos provisórios, não houve discussão sobre o assunto, sendo sua decisão, unânime, afirmativa à questão. Porém somente em 2010 houve a criação de uma instrução que inserisse esse direito, até o momento em tese, a real efetivação.

---

<sup>3</sup> Res.-TSE n. 921.160, rei. Min. Fernando Neves, DJ de 12.8.2002, Res.-TSE & 21.804, rei. Min. Humberto Gomes de Barros, DJ de 9.8.2004 e Res.-TSE n. 22.154, rel. Min. Caputo Bastos, DJ de 14.3.2006.

<sup>4</sup> Instrução n. 29667 - Brasília/DF. Resolução n. 23219 de 2/3/2010. Relator(a) Min. ARNALDO VERSIANI LEITE SOARES. Publicação: DJE - Diário da Justiça Eletrônico, v. 43, data 4/3/2010, p. 19-21.

<sup>5</sup> 962-63.2013.600.0000. Instrução n. 96263 - Brasília/DF. Resolução n. 23399 de 17/12/2013. Relator(a) Min. JOSÉ ANTÔNIO DIAS TOFFOLI. Publicação: DJE - Diário de justiça eletrônico, Tomo 248, data 30/12/2013, p. 25. REPDJE - Republicado DJE, Tomo 45, data 7/3/2014, p. 48. REPDJE - Republicado DJE, Tomo 48, data 12/3/2014, p. 66.

### 3.1 A RESOLUÇÃO N. 23.219/2010 DO TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL

A Resolução n. 23.219/2010 do TSE delibera a respeito da instalação de seções eleitorais especiais em estabelecimentos penais e em unidades de internação de adolescentes, além de dar outras diligências.

Essa Resolução foi editada com o propósito de instruir as zonas eleitorais sobre a possibilidade do voto daqueles que se encontram presos provisoriamente, e dos adolescentes internados, com normativas garantidoras de um direito fundamental da Constituição Federal, o “voto”.

O artigo 1º, da referida Resolução, dispõe que:

Art. 1º Os Juízes Eleitorais, sob coordenação dos Tribunais Regionais Eleitorais, criarão seções eleitorais especiais em estabelecimentos penais e em institutos de internação de adolescentes, afim de que os presos provisórios e os adolescentes internados tenham assegurado o direito ao voto, observadas as normas eleitorais e as normas específicas constantes desta resolução.

§ 1º Para efeito do que dispõe esta seção, consideram-se:

I – presos provisórios aqueles que, apesar de recolhidos a estabelecimento de privação de liberdade, não possuem condenação criminal transitada em julgado;

II – internados por ato infracional aqueles maiores de 16 anos e menores de 21 submetidos à medida socioeducativa de internação ou à internação provisória;

III – estabelecimentos penais todos os locais onde haja presos provisórios recolhidos;

IV – unidades de internação todos os locais onde haja pessoas internadas por ato infracional.

§ 2º Só poderão votar nas seções eleitorais mencionadas no caput aqueles que nela se alistarem ou optarem por transferir o título eleitoral para essas seções.

Entende-se, então, que são os juízes das zonas eleitorais que deverão criar as determinadas seções eleitorais especiais, devidamente coordenados pelos Tribunais Regionais Eleitorais.

Nota-se, ainda, que a própria Resolução deixa claro quem é considerado preso provisório e quais são os estabelecimentos penais em que serão instaladas as seções especiais, além de trazer os requisitos de quais desses presos poderão votar nelas.

O alistamento, a revisão e a transferência serão realizados nos próprios estabelecimentos penais e nas unidades de internação, por meio dos servidores da Justiça Eleitoral, devendo ser definidas as datas e comunicadas com uma antecedência de 10 dias, aos Partidos Políticos; à Defensoria Pública e ao Ministério Público; ao Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; aos Juízes responsáveis pela execução penal e pela medida socioeducativa de internação; à Secretaria de Justiça, Cidadania e Direitos Humanos ou

congêneres; e aos órgãos responsáveis pela administração do sistema prisional e pelo sistema socioeducativo nos Estados e no Distrito Federal, para que sejam proporcionadas medidas de segurança e outras, caso necessárias.

Os diretores dos determinados estabelecimentos deverão indicar, antecipadamente, os locais em que serão instaladas as mesas receptoras de votos e de justificativa, devendo seus membros serem nomeados pelo Juiz eleitoral.

É permitida a presença de força policial e de agentes penitenciários, contudo deverá ser respeitada uma determinada distância, não podendo esta ser a menos de 100 metros.

Ao Tribunal Eleitoral Regional é facultado formar convênios de cooperação técnica e parcerias, bem como com outras entidades que possam promover condições indispensáveis de segurança e cidadania para o exercício do direito de voto das pessoas referidas por esta resolução. Poderá, também, o Tribunal Superior Eleitoral criar parcerias necessárias para a distribuição de responsabilidades decorrentes dessa resolução, especificadas nos artigos 7º e 8º.

O próprio TSE, por meio da Resolução n. 23.219/2010, estipula o critério de que somente serão instaladas as seções eleitorais especiais nos estabelecimentos penais e nas unidades de internação que possuam no mínimo vinte eleitores aptos a votarem, assim como dependerá, para que ocorra o exercício do voto, nesses estabelecimentos, o alistamento, a transferência e a revisão eleitoral.

Assim, percebe-se que é estipulada uma quantidade mínima de eleitores. Isso se deve ao fato de as seções eleitorais especiais penais possuírem um alto custo, além de necessidade de força policial para a proteção tanto dos eleitores quanto daqueles que trabalharão nessas seções.

Todavia é possível que os presos provisoriamente e os detentos, de determinada cidade onde não houve a quantidade mínima de eleitores, sejam transportados para uma localidade próxima onde haja a criação de seção eleitoral para exercerem o direito ao voto.

A Resolução a qual este tópico se refere estipula data para que ocorra o alistamento ou a transferência do local de votação. E, caso não seja feita, aqueles que estiverem presos ou internados na data das eleições não poderão votar nos respectivos estabelecimentos.

Não poderão votar no dia da eleição os presos provisórios ou os adolescentes internados que não se alistarem ou não transferirem o seu local de votação. Caso tiverem se alistado ou transferido o título eleitoral para as seções especiais penais e não estejam mais presos ou internados na data da eleição, poderão ainda assim votar nessas seções ou, se preferirem, apresentar justificativa.

Em relação à propaganda eleitoral, poderá ser transmitida por meio de televisão ou rádio, sendo permitido também o acesso direto aos eleitores. Sua forma de propagação é definida pelo Juiz Eleitoral juntamente com o diretor do estabelecimento penal ou de internação. Esse é o meio, para aqueles que pretendem votar, de tomar conhecimento das propostas feitas pelos candidatos ao governo.

Finalmente, é importante ressaltar que, proferida a sentença condenatória do preso provisório no dia da eleição, este ficará restrito de votar, pois sua condição passará de provisório para condenado, preenchendo o requisito para que haja a suspensão dos seus direitos políticos.

### 3.2 COMPARATIVO ENTRE A RESOLUÇÃO N. 23.219/2010 E A RESOLUÇÃO N. 23.399/2013

A Resolução n. 23.219/2010 do Tribunal Superior Eleitoral foi elaborada em março de 2010, entrando em vigor na data de sua publicação. Ela introduz a criação das instalações de seções eleitorais especiais em estabelecimentos penais e unidades de internação, conforme visto no tópico anterior.

Já a Resolução n. 23.399/2013 do TSE, editada em dezembro de 2013, é um regulamento que sistematiza sobre os atos preparatórios para as eleições de 2014. Entre as duas resoluções, há algumas modificações, sendo a primeira a inserção de um direito adquirido à sua prática efetiva, e a segunda um regulamento para as eleições de 2014, na qual, em seu texto, há a presença do que foi estabelecido no ano de 2010, porém com certas modificações.

Uma das principais diferenças vistas entre as duas Resoluções do Tribunal Superior Eleitoral é a quantidade mínima exigida de eleitores aptos a votar nas seções especiais penais. Enquanto na Resolução 23.219/2010, o mínimo exigido era de 20 eleitores aptos, na Resolução do ano de 2013, esse número praticamente triplicou, passando de 20 para no mínimo 50 eleitores aptos a votar. Estar apto a votar é sinônimo de estar com seus direitos políticos em dia.

Se já havia uma grande dificuldade para que houvesse a criação das seções especiais eleitorais, com essa mudança, tornou-se ainda mais custoso. O aumento da quantidade mínima exigida de presos provisórios aptos a votar em cada seção se tornou mais um empecilho para que ocorresse a efetivação do voto.

Por mais que conste no Código Eleitoral, em seu artigo 117, que cada seção eleitoral não terá menos que 50 (cinquenta) eleitores, não significa que se deva aplicar ao caso do preso provisório e do adolescente internado, já que a situação destes é superveniente às normais. Tanto que, até mesmo na Resolução n. 23.219/2010 do TSE, a primeira editada, o mínimo de eleitores aptos a votar em cada seção eleitoral especial era de 20 (vinte):

Art. 117 As Seções Eleitorais, organizadas à medida que forem sendo deferidos os pedidos de inscrição, não terão mais de 400 (quatrocentos) eleitores nas capitais e de 300 (trezentos) nas demais localidades, nem menos de 50 (cinquenta) eleitores.

Se com a estipulação de no mínimo 20 (vinte) eleitores já foi dificultoso a concretização do voto do preso provisório, o aumento significativo desse número o tornará praticamente impossível de se efetivar, isso é o que acontece no caso do disposto no artigo 25, da Resolução n. 23.399/2013<sup>6</sup>. Deve-se, nesse caso, aplicar a norma mais benéfica, o que está disposto na Resolução de 2010.

Conforme entendimento da doutrinadora Marisa Marcondes Monteiro apud Nucci (2014:734), “se o Estado insere no ordenamento jurídico normas que beneficiem o réu e que antes não existiam, o faz exteriorizando uma nova consciência jurídica geral sobre determinado fato, demonstrando, com isto, ter renunciado ao direito de aplicar os dispositivos anteriores mais severos”.

Vale recordar que ambas as Resoluções tratam de instalação de seções eleitorais "especiais", em face disso, já se deduz que o caso dos presos provisórios é extraordinário ao do procedimento comum. Nesse sentido, não é conveniente seguir a norma constante no Código Eleitoral, pois esta não é mais benéfica à efetivação do exercício desse direito.

Ademais, a Resolução n. 23.399/2013 do TSE, como já visto, dispõe sobre os atos preparatórios para as eleições de 2014, incluído em seu Título I (Da Preparação das Eleições), capítulo III (Dos Atos Preparatórios da Votação), seção III (Dos Locais Especiais de Votação e de Justificativa), os termos das seções especiais de votação e da justificativa, o que inclui as seções eleitorais penais que são aquelas criadas para o exercício do voto do preso provisório. Garante-se, assim, o direito de cidadania democrática que lhes é garantida pela Constituição Federal.

Ambas as Resoluções permitem a presença de força policial, apenas com mudança de texto entre as duas. Enquanto a Resolução n. 23.219/2010, em seu artigo 6º, assenta que “Nas

---

<sup>6</sup> Art. 25. As seções eleitorais poderão ser instaladas nos estabelecimentos penais e nas unidades de internação com, no mínimo, 50 eleitores aptos a votar (Resolução 23.399/2013).



seções previstas nesta resolução, será permitida a presença de força policial e de agentes penitenciários a menos de 100 metros do local de votação”, a Resolução n. 23.399/2013 estipula que “Às seções eleitorais previstas no artigo 19 desta resolução não se aplica o disposto no artigo 141 do Código Eleitoral, respeitado sempre o sigilo do voto”<sup>7</sup>.

Logo, percebe-se que, por não se aplicar o artigo acima mencionado, poderá a força armada penetrar ou aproximar-se da seção eleitoral especial, contudo deverá ser respeitado o sigilo ao voto.

Quanto às outras diferenças, são mínimas e estão relacionadas às datas de que devem ser feitos o alistamento, a revisão e a transferência. Além de introduzir o voto do preso provisório, a Resolução n. 23.219/2010 também dá instruções para as eleições de 2010 e de 2012, enquanto a Resolução n. 23.399/2013 instrui as eleições de 2014. Assim, as datas delimitadas por cada resolução serão referentes, conseqüentemente, ao seu determinado ano de eleição.

### 3.3 O EXERCÍCIO DO VOTO DO PRESO PROVISÓRIO NO ESTADO DO TOCANTINS

Nas eleições dos anos de 2010 e 2012, o Estado do Tocantins cumpriu com o disposto na Resolução n. 23.219/2010 do TSE, ou seja, houve a instalação das seções eleitorais especiais nos estabelecimentos penais e, com isso, o efetivo exercício da cidadania pelos presos provisórios por meio do voto. Mas, nas eleições de 2014, esse direito não foi concretizado em sua amplitude, em consequência, os presos provisórios não gozaram de seu direito democrático.

Vale mencionar que, de acordo com o Memorando n. 11/2010, da Seção de Cadastramento, dados referentes ao Memorando n. 11/2010 – SECASE<sup>8</sup>, no ano de 2010, 1º turno das eleições, o eleitorado apto era de 154 (cento e cinquenta e quatro) presos provisórios e adolescentes internados, comparecendo no dia da eleição apenas 76 (setenta e seis) deles. Já no segundo turno, o número de eleitores aptos a votar era de 151 (cento e cinquenta e um), havendo o comparecimento de 66 (sessenta e seis) deles. Porém não foram computados os dados da 29ª Zona Eleitoral.

---

<sup>7</sup> Art. 141. A força armada conservar-se-á a cem metros da seção eleitoral e não poderá aproximar-se do lugar da votação, ou dele penetrar, sem ordem do presidente da mesa.

<sup>8</sup> Mem. 11/2010 - SECASE (Seção de Cadastro e Sistemas Eleitorais) enviado, em 20 de dezembro de 2010, à Assessora de Planejamento da Diretoria Geral, via Protocolo n. 24.300/2010, em resposta ao ofício n. 013/2010/CONSEJ/AM.

Em relação às eleições de 2012, pelo Informativo n. 009/2013 – SECASE<sup>9</sup>, o número de presos aptos a votar no pleito era de 98 (noventa e oito), e o comparecimento foi de apenas 36 (trinta e seis).

Segundo o Processo Administrativo Eleitoral n. 1070/2014, do Tribunal Regional Eleitoral do Tocantins, mencionado no início deste capítulo, foi encaminhado um ofício-circular (01/2014/DG/PRES) a todas as Comarcas do Estado do Tocantins, para que fosse feito um aparato sobre a possibilidade da criação das zonas eleitorais especiais nos estabelecimentos penais. Porém a maioria das Zonas Eleitorais não está apta e, até mesmo, não possui recursos para criar um local de votação especial nas Casas de Prisão Provisórias.

Por meio da Informação n. 010/2013 – SECASE<sup>10</sup>, em face de consulta ao sistema ELO, foi informado que, para o pleito de 2012, foram criadas 13 (treze) seções eleitorais em estabelecimentos de preso provisório e adolescente interno, sendo elas nas cidades de Miracema do Tocantins, Colinas do Tocantins, Porto Nacional, Gurupi, Arraias, Augustinópolis, Palmas, Paraíso do Tocantins, Araguaína e Natividade. Mencionou-se que as instalações dessas seções, para as eleições de 2014, deveriam ser encaminhadas as Zonas Eleitorais, em face de que, conforme o artigo 35, X e XIII, do Código Eleitoral, a competência para tal feito é do Juiz Eleitoral.

De acordo o PAE, a maioria das Zonas Eleitorais tem arguido não atenderem o disposto no artigo 25º da Resolução n. 23.399/2014 do Tribunal Superior Eleitoral, no que tange sobre a quantidade mínima de presos provisórios para a inserção do local especial para a votação. Esse quantitativo passou, de 2010 a 2014, de no mínimo vinte para cinquenta eleitores aptos a votarem, o que mostra seguir o parâmetro do Código Eleitoral. No entanto, como já apontado anteriormente, foi um grande agravo no que se refere ao fato de o preso provisório exercer o seu direito, pois, se no ano de 2010 houve dificuldade no exercício desse direito, em 2014, ele se tornou na prática quase inoperante.

Ademais, ainda há outras alegações, minoritárias, tais como: a de que algumas cidades no Tocantins não possuem Casa de Prisão Provisória, ou que não dispõem de efetivo suficiente para garantir a segurança no dia da votação.

De fato, o Estado Tocantins, assim como muitos da federação, também não possui estrutura que possibilite o exercício do voto por parte dos presos provisórios. O Estado se

---

<sup>9</sup> Informação n. 009/2013 - SECASE (Seção de Cadastro e Sistemas Eleitorais), em 10 de setembro de 2013. PAE n. 4143/2013.

<sup>10</sup> Informação n. 010/2013 - SECASE (Seção de Cadastro e Sistemas Eleitorais), em 21 de novembro de 2013. PAE n. 5597/2013.

justifica a explanar que não possui o número necessário de eleitores aptos a votar e, ainda que, no Tocantins, há cidades que não contam com Casa de Prisão Provisória.

A 29ª Zona Eleitoral do Estado, localizada em Palmas-TO, encaminhou o Ofício n. 234/2014 - GJE/29ª ZE<sup>11</sup> à Presidente do TRE/TO e, em atendimento ao disposto no artigo 21 da Resolução TSE n. 23.399/2013, por meio da Portaria n. 04/2014 – 29ª Zona Eleitoral, habilitou a instalação de seções especiais para votação de presos provisórios e adolescentes internados na capital de Palmas para as eleições do ano de 2014. Porém as seções não atingiram a quantidade mínima de eleitores aptos a votarem.

No mesmo ofício, a juíza da 29ª ZE relata que foi feito um atendimento aos eleitores das unidades prisionais e de internação situadas na cidade de Palmas-TO, e que foram atendidos 20 (vinte) eleitores no Centro de Atendimento Sócio Educativo de Palmas, 3 (três) na Unidade Prisional Feminina de Palmas e, por fim, 6 (seis) na Casa de Prisão Provisória de Palmas.

Em face do disposto acima, a juíza chegou à solução de juntar as seções dos locais da Casa de Prisão Provisória e a Unidade Prisional Feminina ao Centro de Atendimento Sócio Educativo de Palmas, com o objetivo de racionalizar o processo de composição das mesas receptoras, bem como garantir o direito ao voto desses eleitores.

A cidade de Porto Nacional informou, também, por meio do Ofício n. 38/2014<sup>12</sup>, à Presidência do Tribunal Regional do Estado, que foi criado o local de votação especial na Casa de Prisão Provisória de Porto Nacional.

Ocorre que, por meio do Ofício n. 156/2014, o Juiz da Segunda Vara Criminal e Execuções de Penais informou ao Juiz Eleitoral da 3ª Zona Eleitoral de Porto Nacional que não havia necessidade para a instalação de seção eleitoral na Casa de Prisão Provisória de Porto, pelos motivos de que: a quantidade de presos provisórios varia em torno de 45 (quarenta e cinco), dos quais alguns sempre terão condenação anterior; há alta rotatividade de presos nessa condição; e, de abril até outubro, os presos provisórios já poderão estar em liberdade ou condenados.

Pelos motivos expostos acima, deu-se ciência e tal processo foi arquivado. Desse modo, não foi criada a seção eleitoral na cidade de Porto Nacional, com fundamento em supostas variáveis que poderiam ocorrer.

Mas, apesar de a Resolução n. 23.399/2013 prever um número mínimo para criação de seção especial, qual seja, cinquenta presos, não pode esta prevalecer sobre outra mais

---

<sup>11</sup> Ofício n. 234/2014-GJE/29ª ZE, em 19 de agosto de 2014. PAE n. 1017/2014.

<sup>12</sup> Ofício n. 38/2014, Porto Nacional, 6 de março de 2014, PAE n. 1017/2014.

benéfica ao preso provisório. O direito ao sufrágio universal e o seu exercício por meio do voto é um direito e uma garantia fundamental da pessoa humana, havendo um compromisso de reaver um meio que possibilite a maior efetivação deste, e não que o prejudique.

Deve-se lembrar de que o direito ao voto é um direito fundamental individual. Há cidades que possuem uma pequena população, onde esse número não será alcançado, ficando, assim, muitos presos provisórios, além de sua privação de liberdade, privados também do direito de exercer sua cidadania por meio do voto.

Em face de todo o exposto, o aumento do número mínimo, de vinte para cinquenta, de presos provisórios e adolescentes internados aptos a votar, a fim de que se criassem seções eleitorais penais especiais, ocorreu pelo fato de ter existido uma abstenção muito grande daqueles que demonstraram interesse de exercer o direito ao voto.

Todavia a solução dada se tornou mais gravosa para aqueles com a liberdade restrita provisoriamente, que possuem o direito ao sufrágio universal, tornando-se uma medida que não beneficiou e sim prejudicou.

Da análise da documentação relatora aos procedimentos adotados para as instalações de urnas em prol do acolhimento do voto do preso provisório, pode-se dizer que o Tribunal Regional Eleitoral do Estado do Tocantins procurou garantir o direito de votar do peso provisório. Porém, em razão das dificuldades colocadas pelas zonas eleitorais e por causa dos internos dos estabelecimentos penais, o exercício da cidadania e da dignidade da pessoa humana por meio do voto do preso provisório não foi concretizado, em sua amplitude.

À vista disso, é necessário um compromisso para achar um meio que facilite e proporcione o exercício do voto pelos presos provisórios e adolescentes internados. O ato de votar é essencial, um direito fundamental, que proporciona o exercício da cidadania de cada um. Além do mais, não é por estar preso provisoriamente que possa privado o indivíduo de outros direitos, suprimido da sociedade por um ato que possa nem ter cometido. Devem-se garantir os direitos fundamentais, a dignidade humana a todos, pois, até que se prove o contrário, aquele que foi preso provisoriamente é inocente, e não deve ser punido por um crime que possa não ter cometido.

## CONCLUSÃO

A Constituição Federal assegura o direito ao sufrágio universal e ao voto para o preso provisório. No entanto ainda não há um exercício pleno dessa garantia, ficando, por muitas vezes, o preso provisório restrito a participar das eleições como meros espectadores.

O voto não é somente um direito, acima de tudo ele é um dever. É pertinente lembrar que um dos objetivos da política penitenciária é a ressocialização do condenado na sociedade, não só do condenado, mas de todos que possuem sua liberdade restrita, seja ela por meio de condenação ou precaução. Portanto, ao possibilitar a realização do exercício do voto pelo preso provisório, este propósito é alcançado.

A análise evidenciou que a primeira vez que o preso provisório efetuou, na prática, o seu direito de votar foi no ano de 2010, por meio de edição da Resolução nº. 23.219 do Tribunal Superior Federal. Isso se deve ao fato de que, até aquele momento, não haver nenhum dispositivo legal que abordasse sobre o assunto.

Após o lançamento da Resolução nº 23.219 do TSE, que introduziu a execução do direito de votar do preso provisório e do menor infrator, foi publicada a Resolução nº 23.399, no ano de 2014, também do TSE, com o objetivo de discorrer sobre as eleições de 2014, inclusive no que se refere à garantia de o preso provisório votar.

Constatou-se que, com essa nova resolução, novos regulamentos vieram, tendo como alteração mais significativa o aumento da quantidade mínima exigida para que se criasse a seção eleitoral especial nos estabelecimentos penais, que passou de, no mínimo, 20 (vinte) para 50 (cinquenta) eleitores aptos a votar.

Salienta-se que, no Código Eleitoral, a quantidade mínima em cada seção eleitoral é de cinquenta eleitores, não podendo ser criada com menos. Todavia a situação do preso provisório não é a mesma daquele que está livre, nem mesmo a seção eleitoral comum é igual à seção especial eleitoral. Ora, o nome mesmo determina a diferença, distinguindo a seção criada nos estabelecimentos penais como 'especiais'.

A pesquisa demonstrou que o aumento do quantitativo eleitoral para o mínimo de cinquenta eleitores implicou na lesão de um direito adquirido. Prejudicando o preso provisório no que tange ao exercício de sua cidadania. E, de acordo com o princípio *reformatio in pejus*, do Código Penal, não se pode reformar para prejudicar, devendo se utilizar da norma mais benéfica.

A partir do levantamento feito no Estado do Tocantins, no que concerne ao voto do preso provisório nas seções especiais eleitorais nos estabelecimentos penais, foi possível

constatar que, nas eleições dos anos de 2010 e 2012, houve grande dificuldade em garantir a prática desse direito. E o aumento do patamar mínimo de número de presos votantes feito pela Resolução do ano de 2013 não só gerou um impasse, como não possibilitou que o preso provisório votasse.

Portanto, caracterizou-se neste trabalho que, ao invés de propiciar uma forma em que essa garantia seja exercida com a maior amplitude possível, criou-se um empecilho maior. Assim, a possibilidade de o preso provisório votar é praticamente nula, pelo menos nos Estados de menor população, o que é, no caso, a realidade do Estado do Tocantins.

Por derradeiro, restou comprovado que, embora haja a garantia do voto ao preso provisório, esta se resta quase infrutífera, restando buscar um meio que possibilite de forma digna a satisfação do exercício desse direito.

Vale destacar, por último, em razão da complexidade do tema abordado, o assunto não foi exaurido por inteiro neste trabalho, assim, espera-se que surjam novos trabalhos acadêmicos sobre esta temática.

## REFERÊNCIAS

ALESSI, Rogério Marcus. **A razão da prisão provisória**. Revista Jus Navigandi. Teresina, ano 7, n. 56, 1 abr. 2002. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/2850>>. Acesso em: 7 abr. 2015.

ALKMIM, Marcelo. **Curso de direito constitucional**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2009.

BASTOS, Caputo. **Res.-TSE n. 921.160**, rel. Min. Fernando Neves, DJ de 12.8.2002, Res.-TSE & 21.804, rei. Min. Humberto Gomes de Barros, DJ de 9.8.2004 e Res.-TSE n\* 22.154, rei. Min. Caputo Bastos, DJ de 14.3.2006. Disponível em: <<http://www.justicaeleitoral.jus.br/arquivos/tse-informativo-ano-8-06>>. Acesso em: 5 abr. 2015.

BONFIM, Edilson Mougenot. **Curso de processo penal**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BRASIL. **Constituição da república federativa**. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

\_\_\_\_\_. **Decreto-Lei n. 3.689 de 3 de outubro de 1941**. Institui o código de processo penal. Vade Mecum Saraiva, 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

\_\_\_\_\_. **Lei n. 4.737 de 15 de julho de 1965**. Institui o código eleitoral. Vade Mecum Saraiva, 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

\_\_\_\_\_. **Lei 7.210 de 11 de julho de 1984**. Institui a lei de execução penal. Vade Mecum Saraiva, 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

\_\_\_\_\_. **Lei n. 7.960 de 21 de dezembro de 1989**. Dispõe sobre prisão temporária. Vade Mecum Saraiva, 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

\_\_\_\_\_. **Lei n. 8.072 de 25 de julho de 1990**. Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da constituição federal, e determina outras providências. Vade Mecum Saraiva, 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

\_\_\_\_\_. **Lei n. 9.096 de 19 de setembro de 1995**. Dispõe sobre partidos políticos, regulamenta os arts. 17 e 14, § 3º, inciso V, da constituição federal. Vade Mecum Saraiva, 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

\_\_\_\_\_. **Lei n. 9.504 de 30 de setembro de 1997**. Estabelece normas para as eleições. Vade Mecum Saraiva, 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

\_\_\_\_\_. **Resolução n. 23.219/2010**. Dispõe sobre a instalação de seções eleitorais especiais em estabelecimentos penais e em unidades de internação de adolescentes e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/arquivos/norma-em-vigor-23.219-pdf-eleicoes-2010>>. Acesso em: 15 mar. 2015.

\_\_\_\_\_. **Lei n. 12.403 de 4 de maio de 2011**. Altera dispositivos do decreto-lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941 - código de processo penal, relativos à prisão processual, fiança,

liberdade provisória, demais medidas cautelares, e dá outras providências. Vade Mecum Saraiva, 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

\_\_\_\_\_. **Resolução n. 23.399/2013**. Dispõe sobre os atos preparatórios para as eleições de 2014. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/eleicoes/eleicoes-2014/normas-e-documentacoes/resolucao-no-23.399>>. Acesso em: 15 mar. 2015.

BUENO, Pimenta. **Direito público brasileiro e análise da constituição do império**. Brasília: Senado Federal/Universidade de Brasília, 1978.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Constituição federal**. São Paulo: Saraiva, 2000.

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 14. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2007.

CÂNDIDO, Joel José. **Direito eleitoral brasileiro**. 15. ed. São Paulo: Edipro, 2012.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 5. ed. Coimbra: Almeida, 2002.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito constitucional: teoria do estado e da constituição, direito constitucional positivo**. 13 ed. rev. amp. e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 6. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de direito constitucional**. 3. ed., rev., ampl. e atual. Salvador: Edições Podivm, 2009.

GOMES, José Jairo. **Direito eleitoral**. 11. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2015.

KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do Estado**. Trad. Luís Carlos Borges. 3.ed., São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. São Paulo: Saraiva, 2013.

MENDES, Gilmar Ferreira; CELHO, Inocencio Martins; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva: 2008.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Código de processo penal interpretado**. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

NETTO, José de Oliveira. **Dicionário jurídico universitário – Terminologia Jurídica e Latim Forense**. 1. ed. São Paulo: Edijur, 2005.

NOVELINO, Marcelo. **Direito constitucional**. 2. ed. São Paulo: Método, 2008.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 11. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014.



RANGEL, Paulo. **Curso de processo penal**. 12. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SARLET, Ingo. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 24. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2005.

TOCANTINS. **Processo administrativo eleitoral (PAE) n. 107/2014**. Disponível em: <<http://www.justicaeleitoral.jus.br/arquivos/tre-pb-ata-de-registro-de-precos-n-o-107-2014>>. Acesso em: 5 abr. 2015.