

**FACULDADE DE DIREITO DE VITÓRIA
GRADUAÇÃO EM DIREITO**

ANNA JULIA FRIGINI DE ALMEIDA

**A SUSPENSÃO DO SUFRÁGIO UNIVERSAL AOS PRESOS NO BRASIL:
ANÁLISE DO ART. 15, III DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL SOB A TEORIA DAS
NORMAS CONSTITUCIONAIS INCONSTITUCIONAIS**

**VITÓRIA
2023**

ANNA JULIA FRIGINI DE ALMEIDA

**A SUSPENSÃO DO SUFRÁGIO UNIVERSAL AOS PRESOS NO BRASIL:
ANÁLISE DO ART. 15, III DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL SOB A TEORIA DAS
NORMAS CONSTITUCIONAIS INCONSTITUCIONAIS**

Trabalho de conclusão de curso apresentado ao Curso de Graduação em Direito da Faculdade de Direito de Vitória, como requisito parcial para aprovação na disciplina Trabalho de Conclusão de Curso.

Orientador: Dr. Raphael Boldt de Carvalho.

VITÓRIA

2023

RESUMO

Buscou responder ao questionamento: considerando a teoria das normas constitucionais inconstitucionais do professor alemão Otto Bachof, a suspensão do direito ao sufrágio universal, imposta aqueles que estão sob efeito de sentença criminal transitada em julgado, prevista no art. 15, III, da Constituição da República Federativa do Brasil, é constitucional? Para isso, a pesquisa se propõe em dissertar sobre a teoria das normas constitucionais inconstitucionais, identificando os requisitos para uma norma constitucional originária ser considerada inconstitucional. Posteriormente, apresentar a fundamentalidade histórico-jurídica do direito ao sufrágio, mediante o voto, na seara constitucional. Em seguida, é necessário analisar criticamente a exceção prevista na Constituição da República, abordando criticamente as contradições entre o texto constitucional, a fundamentalidade do direito político ao sufrágio e a função da pena no Ordenamento Jurídico brasileiro, bem como a marginalização e o estigma que os presos carregam consigo. Por fim, será avaliado, a partir da análise realizada e da teoria das normas constitucionais inconstitucionais, se a suspensão de direitos políticos dos presos, prevista no artigo 15, III, da Constituição da República de 1988 pode ser considerada uma das hipóteses previstas pela obra de Otto Bachof, a classificando como uma norma inconstitucional. A pesquisa utilizou o método dedutivo, gênero teórico, abordagem qualitativa dos dados, com a utilização de fontes doutrinárias e legislativas, especialmente da Constituição Federal, Código Penal e Lei de Execução Penal. Concluiu que a previsão feita pelo artigo 15, III, da CRFB pode ser compreendida pela teoria das normas constitucionais inconstitucionais, apontando em suas contradições a inconstitucionalidade da norma.

Palavras-chave: normas constitucionais inconstitucionais; direito ao sufrágio universal; direitos fundamentais dos presos permanentes no Brasil.

ABSTRACT

This study sought to answer the question: considering the theory of unconstitutional constitutional norms written by the German Professor Otto Bachof, is the suspension of the right to universal suffrage, imposed on those who are under the effect of a final criminal sentence, provided for in article 15, III, of the Constitution of the Federative Republic of Brazil, constitutional? The research proposes to dissect on the theory of unconstitutional constitutional rules, identifying the requirements for an original constitutional rule to be considered unconstitutional. Subsequently, present the historical-legal fundamentality of the right to suffrage, exercised through the vote, in the constitutions of the history of Brazil. Then, it is necessary to critically analyze the exception provided for in the Constitution of the Republic, critically addressing the contradictions between the constitutional text, the fundamentality of the political right to suffrage and the function of the penalty in the Brazilian legal system, as well as the marginalization and stigma that prisoners carry with them. Finally, it will be evaluated, based on the analysis and on the theory of unconstitutional constitutional rules, if the suspension of political rights of prisoners, foreseen in article 15, III, of the Constitution of the Republic of 1988, can be considered one of the hypotheses provided by Otto Bachof, classifying it as an unconstitutional rule. The research used the deductive method, theoretical genre, qualitative approach to the data, with the use of doctrinal and legislative sources, especially the Federal Constitution, Penal Code and Law of Penal Execution. It concluded that the provision made by Article 15, III, of the Constitution of Republic can be understood by the theory of unconstitutional constitutional rules, pointing out in its contradictions the unconstitutionality of the rule.

Keywords: unconstitutional constitutional norms; right to universal suffrage; fundamental rights of permanent prisoners in Brazil.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	05
1 A TEORIA DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS INCONSTITUCIONAIS	08
1.1 NORMAS CONSTITUCIONAIS INCONSTITUCIONAIS: A TEORIA DOS DIREITOS HUMANOS E OS LIMITES AO PODER CONSTITUINTE	09
1.2 COMPREENDENDO A TEORIA DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS INCONSTITUCIONAIS DE OTTO BACHOF	12
1.3 A TEORIA DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS INCONSTITUCIONAIS DE OTTO BACHOF NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	15
2 A FUNDAMENTALIDADE HISTÓRICO-JURÍDICA DO VOTO	18
2.1 ASPECTOS DO DIREITO AO VOTO E SUA EVOLUÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO	18
2.2 A CONTRIBUIÇÃO DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 PARA UMA VISÃO AMPLIADA DOS DIREITOS POLÍTICOS	20
2.3 A SUSPENSÃO DE DIREITOS POLÍTICOS COMO EFEITO DA SENTENÇA CRIMINAL CONDENATÓRIA E AS SUAS IMPLICAÇÕES	23
3 A EXCEÇÃO CONFERIDA AOS PRESOS PERMANENTES: ANÁLISE CRÍTICA E A APLICAÇÃO DA TEORIA DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS INCONSTITUCIONAIS PARA COMPREENDER A VIOLAÇÃO	27
3.1 A VEDAÇÃO AO VOTO COMO UM MECANISMO VIOLADOR DE DIREITOS SOB A ÓTICA DA INVISIBILIDADE DO PERFIL DO PRESO NO BRASIL	28
3.2 AS CONTRADIÇÕES DO ARTIGO 15, INCISO III DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E A PERDA DE REPRESENTATIVIDADE POLÍTICA	30
3.3 A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 15, III, DA CR/88 SOB O VIÉS DA TEORIA DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS INCONSTITUCIONAIS ...	34
CONSIDERAÇÕES FINAIS	37
REFERÊNCIAS	39

INTRODUÇÃO

Com o final da Segunda Guerra Mundial, o mundo se deparou com um cenário de atrocidades e ampla violação de direitos, o que exigiu da comunidade internacional um posicionamento mais firme, a fim de garantir direitos básicos em uma sistemática universal. Surge a compreensão do homem como um sujeito de direitos internacional, a partir da universalização dos direitos humanos (PIOVESAN, 2006).

A guerra solidificou o entendimento de que o próprio Estado, por grande parte das vezes, é quem age em desfavor aos seus pertencentes, violando diretamente garantias básicas para a compreensão do indivíduo no mundo, como liberdade e igualdade nos diversos eixos sociais. Por isso, compreender o ser humano e os seus direitos na sistemática estabelecida no século XX, mediante ao processo de universalização dos direitos humanos, é fundamental para estabelecer a obra do professor alemão Otto Bachof.

A teoria das normas constitucionais inconstitucionais dialoga essencialmente com o contexto da Alemanha após a Segunda Guerra Mundial. O autor compreende a tamanha violação cometida pelo regime de Adolf Hitler, bem como as suas implicações na constituição de um Estado Democrático de Direito no país. O mundo observava um processo de constitucionalização de direitos, contudo, a mera formalidade não deveria ser motivo suficiente para esgotar a proteção de direitos.

Nesse sentido, Otto Bachof cria a teoria das normas constitucionais inconstitucionais, que expressa diretamente as possibilidades de uma norma originária da própria constituição, violar a própria constituição, seja em seu sentido formal ou material. Para isso, o autor também compreende alguns direitos, em especial os que compreendemos como direitos humanos, como superiores e dignos de máxima proteção, impedindo que qualquer exceção injustificada proíba a sua aplicação.

Nesse mesmo período, a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 foi acordada em unanimidade pelos países membros da ONU, implicando na recepção desses direitos aos mais diversos Ordenamentos Jurídicos. A Declaração observou uma série de direitos a fim de garantir o básico para a manutenção da dignidade

humana. Em conformidade, foram observados os direitos políticos e de participação popular, considerados fundamentais para a construção do homem em uma sociedade mais justa e plural.

Ao compreender o processo no Brasil, a consolidação do voto no território brasileiro sofreu inúmeras rupturas em sua construção. Comumente, os direitos políticos eram cessados para determinados grupos, ocasionando em exceções conferidas a partir do sexo, cor da pele, grau de escolaridade ou até mesmo para os presos.

A Constituição Federal de 1988, apesar de recepcionar a maior parte dos direitos garantidos com a Declaração de 1948, é categórica ao excepcionar o direito ao sufrágio universal aos que estão sob efeito de uma sentença criminal transitada em julgado. A exceção é um efeito automático da aplicação da pena, o que implica em diversos questionamentos acerca da inconstitucionalidade da norma, por ser contrária aos fundamentos do próprio Direito Penal na função da pena, bem como por contrariar diretamente os princípios do Estado Democrático de Direito elencados no próprio texto constitucional, como a cidadania (FEITOZA; RAMOS FILHO, 2017).

Ao excluir determinado grupo do direito ao sufrágio universal, a Constituição Federal de 1988 acaba por abrir precedentes perigosos quanto a relativização de direitos fundamentais. Para além disso, retirar da construção democrática, uma parcela que já se encontra vulnerável e se vê cada dia mais estigmatizada, como os presos, é problemático para o crescimento de uma democracia tão fragilizada e recente como a nossa.

Diante das contradições entre a vedação feita pelo artigo 15, inciso III da Constituição Federal, surgem questionamentos acerca de sua inconstitucionalidade. Para isso, a teoria de Otto Bachof, apesar de não aplicável ao Ordenamento Jurídico brasileiro, auxilia na construção de um debate doutrinário e crítico, dialogando diretamente com o contexto histórico relevante para compreender o surgimento de direitos fundamentais e necessidade de os garantir amplamente, como o sufrágio universal.

Nesse contexto, o presente estudo possui como objetivo responder o seguinte questionamento: considerando a teoria das normas constitucionais inconstitucionais

de Otto Bachof, a suspensão do sufrágio universal imposta aos que estão sob efeito de sentença criminal transitada em julgado, prevista no art. 15, III, da Constituição da República Federativa do Brasil, é constitucional?

Para responder o questionamento, será utilizado o método dedutivo, gênero teórico, com uma abordagem qualitativa dos dados com análise da legislação brasileira e de posicionamentos doutrinários, a fim de solucionar a problemática.

1 A TEORIA DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS INCONSTITUCIONAIS

A teoria das normas constitucionais dialoga com a possibilidade de normas constitucionais, reconhecidas pelo Ordenamento Jurídico e dotadas de aparente legalidade, serem consideradas inconstitucionais em razão de violação à um direito formal ou material. Ou seja, vislumbra a ocorrência da inconstitucionalidade de normas constitucionais, por ferirem direitos positivados ou por contrariarem diretamente o que hoje compreendemos como direitos fundamentais.

Esse pensamento foi consolidado pela obra do autor alemão Otto Bachof, em um momento que o mundo ainda se recuperava das consequências da Segunda Guerra Mundial. A teoria dialoga diretamente com o contexto da Alemanha em seu período de redemocratização após o regime nazista. Contudo, apresenta repercussões jurídicas relevantes para o contexto atual, a fim de compreender os limites da imposição estatal perante os direitos humanos. Nas palavras de seu criador, Otto Bachof (1994, p. 13-14, grifo nosso):

Para lá da circunstância apontada, as já numerosas discussões, na doutrina e na jurisprudência, sobre a questão de saber se uma norma da Lei Fundamental é contrária a esta Lei ou uma norma da Constituição de um Estado federado é contrária a esta mesma Constituição — questão que não raras vezes incluiu também a da invalidade de tais normas por infracção do direito *supralegal* (direito pré-estadual, supra-estadual, supra-positivo, direito natural) — **mostram que a questão da possibilidade da ocorrência de normas constitucionais inconstitucionais ou, de um modo geral, inválidas, e da sua apreciação, representa de facto um importante e actual problema jurídico-constitucional.**

Para além do contexto de sua implementação, é importante compreender a teoria das normas constitucionais inconstitucionais em outros cenários e épocas. Mesmo após inúmeras conquistas positivadas em textos constitucionais dos mais diversos países, especialmente após a Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948, algumas exceções ou exclusões à direitos fundamentais ainda são feitas pelo Estado, razão pela qual abordar a obra de Otto Bachof em um aspecto crítico, é fundamental para a consolidação de debates acerca dos direitos fundamentais, evitando a naturalização de sua violação por parte de Ordenamentos Jurídicos.

1.1 NORMAS CONSTITUCIONAIS INCONSTITUCIONAIS: A TEORIA DOS DIREITOS HUMANOS E OS LIMITES AO PODER CONSTITUINTE

Historicamente, as Constituições foram criadas com o intuito de positivizar bens jurídicos e de impor limites à atuação estatal, protegendo os direitos e deveres da população. Parte de sua instauração foi fruto de revoluções liberais, responsáveis por ampliar o seu conceito em sentido, forma e conteúdo, aprimorando em seu texto diversas conquistas históricas celebradas pela humanidade (BARROSO, 2020, p. 89).

O fenômeno reconhecido como neoconstitucionalismo, marca um processo crescente de constitucionalização do Direito, submetendo a legislação e os atos decisórios a um filtro constitucional. Desse modo, é considerado válido aquilo que seja compatível com o texto constitucional, o que pode gerar em implicações falsas de que uma filtragem constitucional judiciais são suficientes para garantir a efetivação de direitos (CUNHA; JORIO, 2018).

Na prática, o reconhecimento de direitos em um documento formal, em tese, garante a maior segurança do particular em frente ao Estado, possibilitando igualdade na relação de ambos. Contudo, apesar da previsão normativa ter um papel fundamental no reconhecimento de direitos, é necessário apontar a sua inefetividade em protegê-los e efetivá-los. Nas palavras de Castro e Reckziegel (2014, p. 32-33, grifo do autor):

[...] Na realidade que se opera fora dos textos, é um total descompasso entre o que é dito e o que é praticado, entre o que é pensado e o que é realizado em termos de efetivação de um rol mínimo de direitos historicamente construídos e conquistados pelas lutas sociais travadas pelo “povo soberano” nos últimos séculos.

Na verdade, embora o próprio *discurso* constitucionalista (de onde se extrai a base dos direitos fundamentais) faça parte de uma tradição política que vem desde o liberalismo, também ele, como discurso, teve grande dificuldade para se impor na realidade [...]

Em um cenário de dificuldade na efetivação de direitos, diversas foram as ocasiões, ao longo da história, em que o próprio Estado agiu contrário a integridade de seus pertencentes, situação que ficou ainda mais evidente após a Primeira e Segunda Guerra Mundial, em especial a última. O caso da Alemanha, conduzida pelo regime nazista de Adolf Hitler, tornou-se um dos maiores exemplos do Estado atuando como

violador de direitos, sendo um período marcado pela destruição e descartabilidade da pessoa humana, resultando no extermínio de onze milhões de pessoas (PIOVESAN, 2006, p. 191).

As ações praticadas por líderes de regimes autoritários no período da Segunda Guerra Mundial, estamparam ao globo um cenário degradante, de inexistência de qualquer amparo ou proteção estatal em face do ser humano. Em resposta, o mundo passou a exigir proatividade dos países no combate às violações cometidas pelos regimes extremistas da época.

Em um mundo traumatizado e moralmente devastado pelas consequências do totalitarismo, era necessário frear qualquer possibilidade de o Estado violar novamente a integridade física e moral do povo. Com isso, o discurso político e jurídico evoluem para a construção do que hoje conhecemos como direitos humanos, bens máximos a serem protegidos, por serem considerados inerentes ao homem e ao seu posicionamento na sociedade (BARROSO, 2020).

Em resposta ao contexto geopolítico, em 10 de dezembro de 1948, a Declaração Universal dos Direitos Humanos foi adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas, se configurando como o primeiro instrumento internacional a estabelecer normas de direitos humanos aplicáveis universalmente. O pleito foi aprovado por 48 Estados, inexistindo reservas feitas aos princípios ali presentes, tampouco qualquer voto contrário. Para Piovesan, tais circunstâncias aferem a existência da Declaração Universal dos Direitos Humanos como um mecanismo de ação e ética universal, lhe consagrando como um consenso de valores a serem seguidos pelos Estados (PIOVESAN, 2006, p. 204).

Nesse contexto, é fortificada a narrativa do ser humano ser protegido por um mecanismo internacional, em que os direitos humanos não são regidos apenas pela jurisdição interna de seus Estados, mas sim por uma universalidade. Logo, os direitos humanos também não dependem da formalidade jurídica para serem preservados, pois são considerados independentes da recepção estatal, sendo perfeitamente lógico, por exemplo, contestar pautas que lhe dizem respeito em sistemas jurídicos que não os reconheçam formalmente (FARENZA, 2014).

Além disso, a Declaração de 1948 introduziu a noção de indivisibilidade dos direitos humanos, configurando um catálogo de direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais que devem ser igualmente resguardados pelos países. Essa concepção se mantém até os dias atuais, assegurando princípios fundamentais para a dignidade humana que constam na Declaração, como a liberdade, segurança, vida, estendendo para a garantia de direitos políticos, incluindo o voto secreto ou processo equivalente, capazes de assegurar a liberdade política da população (PIOVESAN, 2006, p. 117-118).

O mundo se encaminhava cada vez mais para a universalização dos direitos fundamentais, na medida em que o Poder Constituinte dos Estados e as suas respectivas Constituições, estavam cada vez mais vinculados aos princípios e regras de Direito Internacional. Nesse mesmo raciocínio, Canotilho (1998, p. 1217-1218, grifo do autor) leciona:

É como se o direito Internacional fosse transformado em parâmetro de validade das próprias constituições nacionais (cujas normas passam a ser consideradas nulas se violadoras das normas do *jus cogens* internacional). O poder constituinte soberano criador de constituições está hoje longe de ser um sistema autônomo que gravita em torno da soberania do Estado. [...] Nesse raciocínio, a abertura à normação internacional passa a ser elemento caracterizador da ordem constitucional contemporânea.

A realidade no Brasil não é diferente do contexto apresentado por Canotilho. A Declaração Universal de 1948 é um documento de muita relevância para o Ordenamento Jurídico brasileiro, pois “[...] ainda que não assuma a forma de tratado internacional, apresenta força jurídica obrigatória e vinculante, na medida em que constitui a interpretação autorizada da expressão ‘direitos humanos’” (PIOVESAN, 2006, p. 480), adotada posteriormente pela Constituição Federal de 1988.

Certamente, o reconhecimento e recepção da Declaração de 1948 pelos países, ocasionou a positivação de muitos dos direitos nela previstos, no Ordenamento Jurídico dos países. Contudo, apesar da ampla recepção, exceções significativas também foram construídas, a fim de regulamentar as normas internas de cada país. As exceções podem ser justificadas pela autonomia de cada Estado, na regulamentação e criação de suas normas. Contudo, a criação de exceções também

pode violar diretamente a lógica e construção dos próprios direitos humanos na sociedade, mitigando cada vez mais a sua abrangência.

Por tais razões, Piovesan (2006) defende que a soberania do Estado brasileiro está submetida a regras jurídicas que possuem como parâmetro obrigatório a prevalência dos direitos humanos, rompendo com a concepção tradicional de soberania estatal absoluta, o que também reflete as exigências de um Estado Democrático de Direito pretendido constitucionalmente.

Os avanços conquistados com o advento da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, são inegáveis. Porém, as inconsistências na recepção dos direitos humanos nos Ordenamentos Jurídicos também merecem ser estudadas, a fim de proporcionar uma abordagem crítica acerca dos fundamentos que em tese justifiquem as exceções. Ademais, a mera existência desses direitos no escopo legal não garante a sua efetivação, tampouco impede a ocorrência de excessos ou relativização por parte do Estado, nitidamente uma força maior em face do indivíduo.

Nesse mesmo contexto em que universalização dos direitos humanos é discutida, surgem teorias que se propõem a estudar a complexidade que o tema exige. Para além de conquistas sociais advindas de revoluções, era necessário discutir a atuação estatal na manutenção da opressão aos direitos e garantias essenciais ao homem. Surgem assim, importantes obras que se propõem a discutir a preservação desses direitos de forma plena, criticando a atuação estatal.

1.2 COMPREENDENDO A TEORIA DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS INCONSTITUCIONAIS DE OTTO BACHOF

Em conformidade com o exposto no tópico anterior, surge a teoria do professor alemão Otto Bachof, em meados de 1951. A obra dialoga diretamente com o contexto geopolítico da época e da região, em que a Alemanha enfrentava um período de transição sociopolítica após o colapso ocasionado pelo regime nazista.

Em seu texto, o autor propõe a possibilidade de existirem normas constitucionais, dotadas de aparente legalidade, mas que na prática são inconstitucionais, por

violarem diretamente o que o autor reconhece por “direitos supralegais”, “direitos pré-estaduais” ou “naturais”. Tais nomenclaturas se assemelham ao conceito de direitos humanos, que ganharam destaque após a Declaração Universal de 1948, em momento posterior à sua obra. Nas palavras de Leão e Opuskza (2013, p. 131):

Esses Direitos Humanos compõem o tão defendido Direito Supralegal, ou Supraconstitucional, mencionado pelo prof. Otto Bachof, constituindo um direito reconhecido e não criado pelos Estados, uma vez que, anteriores ao Estado, existem independentemente de positivação de seus preceitos.

O autor também estabelece que em razão do contexto histórico vivenciado pelo mundo, parte das Constituições passaram a efetivar esses direitos em sua estrutura normativa, a fim de mitigar a fragilidade em que o mundo se encontrava após a Segunda Guerra Mundial. Apesar disso, Otto Bachof (1994) indaga que a positivação de alguns direitos fundamentais pelo texto constitucional, não provam o esgotamento e a existência de outros não regulamentados e que necessitam de igual proteção jurídica.

Assim, o autor discorre sobre as hipóteses em que normas constitucionais violam diretamente o que hoje compreendemos como direitos humanos, incidindo em um vício de inconstitucionalidade. Para fundamentar o seu raciocínio, Otto Bachof separa as hipóteses entre a violação a constituição escrita (formal) e violação de direito constitucional não escrito (material).

Inicialmente, se tratando do primeiro grupo, o autor elenca cinco possibilidades em que podem ocorrer. De início, as **normas constitucionais ilegais** ocorrem em casos que “[...] o próprio documento constitucional torna a sua entrada em vigor dependente de condições [...]” (BACHOF, 1994), ou seja, mediante a inobservância do rito procedimental para a sua criação, previsto na própria Constituição.

Em segundo plano, aborda as **leis de alteração da Constituição inconstitucionais**, que nas palavras do próprio autor ocorrem quando “[...] não são observadas as disposições processuais prescritas para a alteração da Constituição” (BACHOF, p. 52).

A terceira hipótese versa a **inconstitucionalidade de normas constitucionais por contradição a normas da Constituição de grau superior**, se referindo a incompatibilidade com o disposto autonomamente pelo legislador com o texto constitucional originário (BACHOF, 1994, p. 55). Nesse tópico, o autor faz importantes ponderações sobre a possibilidade de existir um poder discricionário capaz de fixar regras gerais e exceções para elas, admitindo que isso ocorra, desde que a exceção não verse sobre um direito “supralegal”.

Em seguida, a quarta aborda a **inconstitucionalidade resultante de mudança de natureza de normas constitucionais**, decorrente de casos em que o dispositivo perde a razão de existir com o decorrer do tempo. É a de menor aplicabilidade, pois o próprio autor declarou ter dúvidas de seu enquadramento como uma norma inconstitucional ou como apenas o cessamento de sua vigência (BACHOF, 1994), por resultado do próprio contexto em que se encontra.

Por fim, há a possibilidade de **normas constitucionais inconstitucionais por desrespeito à direito supralegal positivado**. Ao abordar esse tópico, o autor parte da ideia de Constituição como um documento formal, mas que também possui sentido material. Logo, algumas normas pertencem a um direito “supralegal” positivado pela Constituição, carecendo, portanto, a legitimidade e a obrigatoriedade jurídica de normas que os contrariem (BACHOF, 1994).

Além das cinco hipóteses, Otto Bachof aborda a possibilidade de normas violarem direitos constitucionais não escritos, ou seja, pela violação de direito material. Essa categoria se divide em três tipos de inconstitucionalidade, a primeira discorre a **inconstitucionalidade por infração dos princípios constitucionais constitutivos não escritos do sentido da Constituição** (BACHOF, 1994), princípios esses que não podem ser modificados à vontade, por serem considerados indisponíveis.

Em seguida, aborda a **inconstitucionalidade por infração de direito constitucional consuetudinário**, que porventura, não está positivado, mas que descarta a possibilidade de existir no Ordenamento Jurídico normas que contrariem costumes complementares aos princípios e a Constituição escrita (BACHOF, 1994).

O último tópico, adentra as hipóteses de **inconstitucionalidade (invalidade) por infração de direito supralegal não positivado**. Apesar de parte desses direitos incorporarem o texto constitucional, em razão do contexto previamente exposto, não se dispensa a existência de outros direitos que porventura, ainda não foram inclusos formalmente no texto constitucional. Para o autor, a preservação de direitos considerados supraleais independe de sua recepção pelo texto normativo. Isto pois, o reconhecimento destes direitos não deve ser parcial e deve abranger necessariamente todo o direito supralegal (LEÃO; OPUSZKA, 2013).

Mais importante do que a incorporação terminológica do direito supralegal é, porém, de novo, **o facto de uma norma constitucional que infrinja tal direito não poder reivindicar nenhuma obrigatoriedade jurídica, independentemente da questão de saber se em que medida o direito supralegal violado foi transformado em direito constitucional escrito**. E importante é, além disso, a questão — a discutir só ulteriormente — de saber se a competência judicial de controlo se estende à verificação da compatibilidade de normas jurídico-positivas, incluindo as normas constitucionais, com o direito supralegal (não escrito). (BACHOF, 1194, p. 68, grifo nosso).

Diante da breve caracterização da obra de Otto Bachof, é possível compreender as hipóteses em que uma norma constitucional e dotada de legalidade aparente, contraria direitos, denominados pelo autor como “supraleais” e posteriormente reconhecidos como direitos humanos. Apesar de sua obra se conectar diretamente com particularidades do direito germânico e com o contexto do país após a Segunda Guerra Mundial, é relevante discorrer sobre suas hipóteses no plano atual, a fim de abordar de forma crítica os abusos cometidos pelos Estados na recepção e efetivação de normas jurídicas em seus ordenamentos.

1.3 A TEORIA DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS INCONSTITUCIONAIS DE OTTO BACHOF NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Diante da compreensão da obra de Otto Bachof, surgem questionamentos acerca da possibilidade de uma norma originária da própria Constituição ser considerada inconstitucional. Ademais, ao questionar a afronta do texto constitucional a um direito natural, o texto do professor alemão acaba por elucidar o processo que hoje compreendemos como a relativização de direitos fundamentais.

No Brasil, a tese não é aceita, pois prevalece o entendimento de que não há hierarquia entre as normas constitucionais em nosso Ordenamento Jurídico, também regido pelo princípio da unidade da Constituição. No mesmo sentido, entende o Min. Luis Roberto Barroso (1996, p. 196):

O fundamento subjacente a toda a idéia de unidade hierárquico-normativa da Constituição é o de que as antinomias eventualmente detectadas serão sempre aparentes e, ipso facto, solucionáveis pela busca de um equilíbrio entre as normas, ou pela exclusão da incidência de alguma delas sobre dada hipótese, por haver o constituinte disposto neste sentido.

O entendimento pela não aplicação da teoria das normas constitucionais inconstitucionais foi consolidado pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, com o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 815-3. A ação foi proposta pelo Governador do Estado do Rio Grande do Sul em 1996, questionando a constitucionalidade dos parágrafos 1º e 2º do Artigo 45 da Constituição Federal de 1988, fruto do Poder Constituinte Originário.

O dispositivo questionado pela ADI versa a composição da Câmara de Deputados, o que para o Governador, apresentava certa desproporcionalidade ao voto do eleitor brasileiro. Tal entendimento, violaria diretamente a igualdade do voto, contrariando o direito fundamental do Artigo 5º da Constituição Federal, que recepciona o princípio da isonomia, bem como o Artigo 14, responsável por atribuir o mesmo valor ao voto de todo os cidadãos.

O voto do relator, Ministro Moreira Alves, foi seguido pelos demais membros da Corte, não reconhecendo a tese abordada na Ação Direta de Inconstitucionalidade, haja vista a autonomia do Poder Constituinte Originário em estabelecer exceções de suas próprias normas. Em suas palavras:

Na atual carta Magna “compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição” (artigo 102, “caput”), o que implica dizer que essa jurisdição lhe é atribuída para impedir que se desrespeite a Constituição como um todo, e não para, com relação a ela, exercer o papel de fiscal do Poder Constituinte originário, a fim de verificar se este teria, ou não, violado os princípios de direito suprapositivo que ele próprio havia incluído no texto da mesma Constituição (BRASIL, 1996).

Não restam dúvidas acerca do não cabimento da tese de Otto Bachof no Ordenamento Jurídico brasileiro, na medida em que o Supremo Tribunal Federal reconhece a hipótese de o texto constitucional estabelecer exceções para direitos que o próprio texto estabelece. Nesse sentido, a própria teoria do professor alemão também admite a possibilidade de existirem dispositivos constitucionais que excepcionem determinados direitos, porém o autor se distingue por compreender que as exceções não devem dialogar com a proibição de direitos “supralegais”, ou seja, direitos humanos (BACHOF, p. 56).

A partir da compreensão da obra de Otto Bachof, mesmo com a sua não aplicação no Ordenamento Jurídico brasileiro, a teoria das normas constitucionais inconstitucionais segue como apoio para debates doutrinários e críticos acerca da hierarquia de normas constitucionais e possíveis relativizações aos direitos humanos. Isto pois, eventualmente, o Estado comete abusos, violando direitos fundamentais, ou propõe exceções acerca de bens protegidos e amplamente reconhecidos no âmbito dos direitos humanos, bem como na hipótese do voto e a exceção feita aos condenados com sentença criminal transitada em julgado, enquanto durem os seus efeitos.

2 A FUNDAMENTALIDADE HISTÓRICO-JURÍDICA DO VOTO

Após a compreensão da teoria das normas constitucionais inconstitucionais, é relevante adentrar ocasiões concretas em que a teoria pode auxiliar na construção de debates doutrinários e críticos acerca de violações aos direitos fundamentais. No presente estudo, será abordado a suspensão de direitos políticos nos casos de condenação criminal transitada em julgado, enquanto durarem seus efeitos, prevista no artigo 15, inciso III, da Constituição Federal (BRASIL, [2022]a).

Do mesmo modo, é importante compreender o contexto histórico-jurídico do voto no Brasil, especialmente por estar ligado com o ideal de democracia e por sua relação direta com marcos civilizatórios importantes para o reconhecimento de direitos fundamentais. Afinal, o voto é fruto da participação política e um reflexo da escolha dos cidadãos, lhes permitindo o exercício de sua influência em decisões políticas de acordo com os seus interesses individuais e coletivos.

Nesse contexto, a compreensão da evolução histórica do voto reflete diretamente na luta pela democracia e igualdade de direitos, sendo relevante adentrar os seus aspectos jurídicos e históricos no Brasil, a fim de compreender a sua implementação e como a exceção, objeto do presente estudo, impacta diretamente nos direitos de uma parcela da população que já se encontra marginalizada.

2.1 ASPECTOS GERAIS DO DIREITO AO VOTO E DE SUA EVOLUÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO

Ao longo da história, o direito de participação política sofreu inúmeras restrições religiosas, raciais, econômicos, educacionais ou de gênero, mesmo em Estados que foram protagonistas de revoluções liberais (BARROSO, 2020, p. 496). No Brasil, o direito ao voto foi conquistado aos poucos ao longo de sua história, se desenvolvendo de forma cumulativa e expansiva.

Durante o período colonial, apenas uma pequena porção da sociedade, a elite, tinha o poder do voto. A primeira reforma eleitoral no país, reconhecida como “Lei Saraiva” (Decreto 3.029, de 09/01/1881), instituiu eleições diretas para senadores e deputados,

proibindo o voto de analfabetos e estabelecendo critérios censitários. Posteriormente, com a Independência de 1822, o direito ao voto foi ampliado para os homens maiores de 25 anos que atingiam um percentual de renda mínima. A Constituição de 1824, previu o voto indireto, censitário e vedou a candidatura daqueles que não professavam a religião do Estado (BARROSO, 2020, p. 496).

Apenas com uma breve menção histórica, resta evidente a ligação direta do voto com critérios segregadores, de raça, renda ou gênero. Tais restrições colocava o exercício da vida política nas mãos de uma pequena parcela da sociedade, comandada pelas elites que gozavam de poder econômico. Como consequência, nas eleições de 1881, havia 150 mil cidadãos alistados como eleitores, em face de uma população de 12 milhões de habitantes (FAORO, 2001, p. 431).

Ao longo da história do voto no Brasil, a luta e a participação popular para a efetivação do direito ao voto se fez presente em quase todos os momentos. De igual modo, esteve durante o advento do Código Eleitoral de 1932, em que as mulheres brasileiras conquistaram o direito ao voto, após intensas lutas lideradas por figuras como Bertha Lutz e Nísia Floresta. Apesar disso, os direitos políticos das mulheres brasileiras não foram amplamente recepcionados durante esse período, conforme o explicado por Limongi, Oliveira e Schmitt (2020, p. 1):

Os direitos políticos da mulher brasileira só foram equiparados ao dos homens em 1965. O direito de votar, obtido em 1932, não implicou igualdade política entre os gêneros. O Código Eleitoral promulgado por Getúlio Vargas, na esteira da Revolução de 1930, retirava com uma mão o que concedia com a outra. Na abertura do Código, logo em seu Artigo 2º, a distinção de gênero desaparece. À primeira vista, o Artigo estabelece que o direito de voto seria estendido às mulheres, sem qualquer restrição ou tratamento diverso daquele dado aos homens². O avanço é frisado pela historiografia (Fausto 1994; Carvalho 2002; Bueno 2010) e celebrado até os dias de hoje. No entanto, nos artigos finais do mesmo Código, em suas Disposições Gerais, o Artigo 121, estabelece que “os homens maiores de sessenta anos e as mulheres em qualquer idade podem isentar-se de qualquer obrigação ou serviço de natureza eleitoral.” Trocando em miúdos, para os homens entre 21 e 60 anos, o voto era obrigatório, para os idosos e mulheres, voluntário.

Desde a essência, é possível identificar aspectos problemáticos na formação democrática do país. Na mesma medida em que o Código concedia direitos, não os tornava obrigatório conforme ao demais, convocando somente aos homens o dever de participação política e de refletir na sociedade, os seus interesses. Desse modo, a

construção de uma democracia plural e participativa não encontra raízes sólidas em um território como o nosso. Razão pela qual, certas exceções para o seu exercício, são facilmente ignoradas ou justificadas.

Para Rocha (2008), no período da ditadura militar, o contexto sociopolítico do país foi transformado drasticamente, representando uma grave lesão na democracia brasileira, o que dificilmente é recuperado. Afinal, foram 20 anos sem participação popular direta nas eleições presidenciais do país em um período de intensa repressão às lutas populares.

Posteriormente, com a redemocratização do Brasil após o fim da ditadura militar em 1985 (ROCHA, 2008), outras reformas eleitorais foram feitas com o objetivo de adequar a democracia brasileira e efetivar meios para que a vontade popular seja resguardada por meio do voto. Em especial, a Constituição Federal de 1988 protagonizou um novo período, de abertura e acesso a democracia garantidos, em tese, rompendo com a lógica estabelecida nas previsões legais dos últimos anos.

2.2 A CONTRIBUIÇÃO DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 PARA UMA VISÃO AMPLIADA DOS DIREITOS POLÍTICOS

Com o advento da Constituição Federal de 1988, importantes avanços aos direitos políticos no Brasil foram reconhecidos e consolidados com a redemocratização do país, após a ditadura militar. Desde o princípio, o processo representou um momento simbólico para a construção de direitos fundamentais, na fundação de um Estado democrático, fundado pela participação popular.

Após um longo período de repressão, a adequação dos direitos políticos no Ordenamento Jurídico brasileiro marcou o direito da população em participar da organização e funcionamento do Estado (MIRANDA, 1967, p. 567), conferindo ao cidadão a capacidade de votar e ser votado.

Desse modo, o voto se manifesta como um exercício da participação direta do povo no poder, sendo uma fonte essencial para a construção de uma democracia

participativa. Nas palavras de Vanessa Serra Carnaúba Feitoza e Carlos Alberto de Moraes Ramos Filho (2017, p. 418):

Apesar de haver alguns casos de exercício da participação direta do povo no poder (também chamada democracia participativa), o que é mais comum é a participação indireta, ou ainda chamada de democracia representativa, em que o povo, como sendo fonte primária de poder, elegem periodicamente por meio do voto, os representantes políticos que exercerão funções de governo para garantia no bem comum do Estado Brasileiro.

Nesse contexto, a própria Constituição Federal nos direciona para conceitos fundamentais a serem explorados na construção democrática do Brasil. Nos moldes de seu artigo 14, tem-se que “[...] a soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos [...]” (BRASIL, [2022]a) e com as devidas especificações previstas na lei. Para Kimura (2002), o próprio dispositivo explicita as características do voto no Brasil, que se reflete como a manifestação da soberania popular, em exercício do sufrágio universal e que se caracteriza como um direito de escolher o seu candidato em segredo, com igualdade perante os outros cidadãos, lhe sendo assegurado uma escolha livre e personalíssima, ou seja, indelegável.

Mais do que o direito de votar e ser votado, para Marcia Weber Lotto Ribeiro (2014), o texto constitucional apresenta o sufrágio universal como a manifestação de um dever. Sendo assim, um instrumento essencial para um regime democrático, caracterizando a participação do cidadão na política de seu Estado.

Assim, ao compreender o voto como um direito e dever, o impondo como obrigatório para os eleitores e eleitoras alfabetizadas(os), com idades entre 18 e 70 anos (RIBEIRO, 2014), o legislador constituinte acaba por ampliar o acesso à democracia, convocando diversos grupos anteriormente ignorados, para fazerem parte do exercício da democracia através do seu voto.

Ainda assim, alguns agentes não possuem a obrigatoriedade do voto como regra, permanecendo em condições facultativas, como o voto de analfabetos, maiores de 70 anos, e jovens entre 16 e 18 anos (CRFB, artigo 14, §1º, inciso II), ou em condições desfavoráveis, como na perda ou suspensão de direitos políticos.

Logo, apesar da Constituição Federal de 1988 ser um marco importante para a ampliação dos direitos políticos, ela também teve um papel na imposição de direitos políticos negativos, que significam as previsões restritivas e impeditivas ao exercício do direito político, no que se refere a capacidade ativa de votar e a capacidade passiva de se ser votado (FEITOZA; RAMOS FILHO, 2017).

As causas de inexigibilidade estão presentes no artigo 14, §§ 4º a 8º da Constituição e consistem nas circunstâncias que impedem o cidadão de exercer a sua capacidade eleitoral passiva, ou seja, de se eleger (FEITOZA; RAMOS FILHO, 2017). No que se refere a privação ao voto, essas podem ser temporárias (suspensão) ou definitivas (perda).

No artigo 15, incisos I e IV, da Constituição Federal, estão presentes as causas de perda dos direitos políticos, quais são os casos de cancelamento da naturalização por sentença transitada em julgado e recusa de cumprir a obrigação de todos imposta ou prestação alternativa. Enquanto o artigo 15, inciso III, da Carta Magna trata das hipóteses de suspensão:

Art. 15. É vedada a cassação de direitos políticos, cuja perda ou suspensão só se dará nos casos de:
[...]
II - incapacidade civil absoluta;
III - condenação criminal transitada em julgado, enquanto durarem seus efeitos;
V - improbidade administrativa, nos termos do art. 37, § 4º. (BRASIL, [2022]a).

O presente estudo irá adentrar a hipótese do inciso III, qual seja, a suspensão dos direitos políticos em casos de condenação criminal transitada em julgado, enquanto durarem seus efeitos. Os impactos e efeitos do dispositivo serão aprofundados no próximo tópico, a fim de compreender as suas implicações para o preso permanente e para o Ordenamento Jurídico brasileiro.

De logo, cumpre estabelecer que apesar da suspensão ser uma medida temporária e estar prevista na própria Constituição, a violação ao sufrágio universal de determinados grupos também precisa ser analisada além da leitura restrita do texto constitucional, abordando as suas consequências para o grupo que se encontra

prejudicado por sua aplicação, a função da pena e até mesmo a justificativa conferida pelo constituinte para a previsão.

2.3 A SUSPENSÃO DE DIREITOS POLÍTICOS COMO EFEITO DA SENTENÇA CRIMINAL CONDENATÓRIA E AS SUAS IMPLICAÇÕES

Estudar a suspensão de direitos políticos na sentença criminal condenatória requer um olhar crítico e direcionado a real problemática. O tratamento do preso no Brasil é negligenciado nos mais diversos aspectos, sejam sociais, morais, econômicos e principalmente, políticos. As decisões de um representante do legislativo ou executivo, implicam diretamente na manutenção de políticas carcerárias, penais ou até mesmo outras pautas que possam influenciar ideais ou interesses do indivíduo encarcerado, em sua vida dentro ou fora do contexto prisional.

Seguindo a lógica dos direitos políticos apresentada no tópico anterior, ao se tratar dos presos, a Constituição Federal de 1988 é categórica ao estabelecer em seu artigo 15, inciso III, a suspensão de direitos políticos em casos de condenação criminal transitada em julgado, enquanto durarem os seus efeitos.

Os efeitos do dispositivo são automáticos, pois assim que o trânsito em julgado ocorre, “[...] o juiz criminal informa o juiz eleitoral sobre a condenação e, conseqüente, suspende-se a capacidade de votar e ser votado” (FEITOZA; RAMOS FILHO, 2017). Também não há nenhuma distinção em razão do tipo do crime ou aplicação da pena, sendo a medida uma consequência automática e imediata de toda e qualquer condenação em sentença criminal transitada em julgado, sem ter qualquer nexo de causalidade com o crime realizado (FEITOZA; RAMOS FILHO, 2017).

Esses efeitos implicam em uma série de questionamentos, ainda mais considerando a função da pena no Ordenamento Jurídico brasileiro, que adota a Teoria Mista ou Unificada. Assim sendo, a pena deve cumprir com as funções retributivas e preventivas, atribuindo ao Direito Penal a função de proteger a sociedade, dentro dos limites de responsabilidade decorrente do fato praticado pelo agente, bem como deve atender aos fins preventivos, a fim de inibir o agente do cometimento de novos crimes (BITENCOURT, 2012).

Nesse sentido, a aplicação da pena no Brasil pode ser compreendida como uma das formas de controle social utilizadas pelo Estado na regulamentação da convivência. Além disso, a pena está intimamente ligada com a atuação estatal em seus respectivos interesses, na medida em que o Estado, estabelece a definição do que é culpável, estabelecendo controle social almejado através do direito penal, atingindo os seus objetivos (BITENCOURT, 2012).

Para além do controle social, a pena também deve cumprir com outra função fundamental e pouco explorada na prática, a ressocialização do indivíduo (FEITOZA; RAMOS FILHO, 2017), conforme o previsto no artigo 1º da Lei de Execuções Penais: “Art. 1º 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” (BRASIL, [2022]b).

Apesar da previsão legal, a ressocialização não encontra êxito na prática, na medida em que o ambiente carcerário pode ser considerado um meio antinatural e que não auxilia na reintegração do indivíduo na comunidade. Ocorre justamente o contrário, a aplicação da pena, não só pode isolar os indivíduos do convívio social e de seus direitos fundamentais em alguns casos, como também colabora diretamente para a estigmatização dos que estão sob o seu efeito (BITENCOURT, 2012).

Apesar da ressocialização encontrar dificuldades de ser executada em sua prática, a vedação feita pelo artigo 15, inciso III, da Constituição Federal merece ser questionada por confrontar diretamente direitos fundamentais do indivíduo que se encontra sob efeito de sentença criminal transitada em julgado. É ilógico pensar que os presos não possuem sua própria opinião política e interesses dentro e fora do contexto prisional. Retirara-los do debate político, ainda que temporariamente, caminha em direção oposta aos objetivos e funções da aplicação da pena no Brasil.

Conforme o analisado anteriormente, os efeitos do dispositivo constitucional são imediatos e independem de qualquer relação com o ato ou com a pena do indivíduo, o que não verifica nenhuma proporcionalidade na aplicação do artigo 15, inciso III da Constituição Federal. Na prática, o dispositivo aparenta ser apenas outra imposição

punitiva para o indivíduo, atendendo ao viés punitivista da sociedade e afastando ainda mais um grupo marginalizado dos debates políticos. Nesse sentido, Rodrigo Tonniges Puggina (2006) se posiciona:

Inicialmente, cabe observar que esta interpretação vai de encontro com o artigo 14 da Constituição, contra os princípios constitucionais da cidadania, da dignidade da pessoa humana, da individualização da pena, da personalidade da pena, da proporcionalidade, da razoabilidade, entre tantos outros. Não obstante, ao aplicar-se a suspensão dos direitos políticos, atingindo todos os condenados, nenhuns destes princípios são observados. Não interessa se matou alguém, se roubou ou se cometeu algum crime comum ou eleitoral, doloso ou culposos, o que interessa é que a pena, em relação aos direitos políticos, será a mesma. Esta suspensão dos direitos políticos das pessoas condenadas nos remete há muito tempo atrás, quando não existia a devida proporção entre o crime praticado e a pena infligida.

A imposição não dialoga com a lógica de recepção dos direitos humanos na Constituição observada no Brasil com a Constituição de 1988, caminhando em sentido contrário às conquistas sociais observadas durante o período.

Ao retirarmos uma parcela significativa da população do debate político, lhes restringindo o direito ao sufrágio universal, o Ordenamento Jurídico brasileiro dificulta o desenvolvimento da democracia participativa e do exercício da cidadania, afastando a compreensão da igualdade de todos perante a lei, o que pode ser ainda mais problemático em uma sociedade marcada por suas desigualdades e períodos históricos conturbados (SILVA, SILVEIRA, 2018, p. 20), o que reflete nas construções dos perfis sociais do Brasil até os dias atuais.

Compreender o dispositivo, em face de todo o contexto de história e luta pelo voto no Brasil, é fundamental para visualizar como o impedimento, apesar de formalmente constitucional, colabora para o enfraquecimento das instituições democráticas do país. Isso ocorre, pois, a imposição feita pela Constituição Federal não cumpre com a função da pena e causa prejuízos para a ordem democrática do país, violando o acesso a um direito fundamental para indivíduos que possuem os seus próprios interesses, tema que será discutido no próximo capítulo.

O tópico é ainda mais sensível ao considerarmos que o artigo 15, inciso III da Constituição Federal se limita a restringir os direitos políticos apenas do preso sob efeito de sentença criminal transitada em julgado. Contudo, de acordo com o próprio

Tribunal Superior Eleitoral (TSE), o direito ao voto para presos provisórios e adolescentes internados foi negligenciado durante décadas, estendendo os efeitos do dispositivo para outros grupos presentes no sistema carcerário.

Essa realidade só foi alterada em 2010, dezoito anos após a Constituição Federal de 1988, quando cerca de vinte mil presos provisórios e adolescentes no cumprimento de medidas socioeducativas puderam votar pela primeira vez, exercendo o seu direito de participação política e ampliando a diversidade no perfil do eleitor brasileiro (LIBRELON, 2010).

Apesar da nítida irregularidade na restrição dos direitos políticos na ocasião anterior, muitos deputados foram contrários a decisão do Tribunal Superior Eleitoral (TSE), alegando preocupações com a segurança e fazendo o uso de discursos apelativos para a moralidade, sem analisar os fatos e a própria legislação vigente.

Ocasões como essa ocorrem, pois o tratamento dos presos no Brasil está diretamente condicionado a uma lógica de exclusão e invisibilidade, objeto do próximo tópico. Na medida em que o seu afastamento da participação política passiva, por meio do voto, sequer é noticiado com frequência, apesar de serem alvos frequentes de políticas públicas e de discursos nocivos.

Desse modo, é necessário ampliar a discussão para compreender o direito ao voto do preso permanente na complexidade em que o tema exige. Para isso, é fundamental discutir a questão sob o viés da invisibilidade social que esse grupo já sofre, o que por si só já distância a sua voz nos debates públicos como um todo, especialmente o debate político.

3 A EXCEÇÃO CONFERIDA AOS PRESOS PERMANENTES: ANÁLISE CRÍTICA E A APLICAÇÃO DA TEORIA DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS INCONSTITUCIONAIS PARA COMPREENDER A VIOLAÇÃO

Abordar os direitos dos presos é um tópico relativamente novo e que a sociedade, marcada por um nítido viés punitivista, apresenta forte resistência. Apesar disso, com a ampliação de temas relacionados aos direitos humanos, se tornou impossível ignorar a existência desse grupo, o que ocasionou em singelas mudanças refletidas na positivação de direitos, ou em tese, o seu mero reconhecimento, pois na prática não possuem muita efetividade.

Na Constituição Federal de 1988, o direito dos presos foi resguardado em alguns dispositivos, como no artigo 5º, inciso XLIX, que prevê:

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:

[...]

XLIX - é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral; (BRASIL, [2022]a).

Mesmo com a proteção formal da igualdade e o respeito à integridade física e moral, a questão na prática se demonstra ineficaz, principalmente ao considerarmos as demandas e as dificuldades do sistema carcerário brasileiro. Esse cenário se intensifica ao observar o tema do presente estudo, em que o Estado, por meio de sua Constituição, realiza uma imposição punitiva para o indivíduo com condenação criminal transitada em julgado, enquanto durarem os seus efeitos (PUGGINA, 2006).

Os próximos tópicos se propõem a discorrer o viés da exclusão prevista no artigo 15, inciso III, da Constituição Federal, a partir de uma abordagem crítica de como essa imposição viola direitos fundamentais. Retirar do debate político aqueles que estão sob efeito da sentença criminal transitada em julgado, é reduzir significativamente a representatividade e os direitos desse grupo, colaborando ainda mais no seu apagamento diante da sociedade.

Por fim, unificando o debate da exceção feita pelo artigo 15, inciso III, da CRFB, com a teoria das normas constitucionais inconstitucionais, pretende-se abordar a hipótese de sua ocorrência no caso, observando como a teoria pode auxiliar na construção de uma perspectiva crítica acerca do tema, ainda que não aplicável no Ordenamento Jurídico brasileiro.

3.1 A VEDAÇÃO AO VOTO COMO UM MECANISMO VIOLADOR DE DIREITOS SOB A ÓTICA DA INVISIBILIDADE DO PERFIL DO PRESO NO BRASIL

É impossível abordar o tema sem fazer alguns recortes necessários para a construção do debate acerca da vedação ao sufrágio universal feita pela Constituição Federal. Isto pois, o sistema penal brasileiro, como um todo, é nada mais do que a manutenção de um sistema social que reproduz as desigualdades e a marginalização já presentes na sociedade (BITENCOURT, 2012).

O sistema penal facilita a manutenção da estrutura vertical da sociedade, impedindo a integração das classes baixas, submetendo-as a um processo de marginalização. No sistema penal encontra-se o mesmo processo discriminatório contra as classes baixas que existe no sistema escolar. [...] A estigmatização e o etiquetamento que sofre o delinquente com sua condenação tornam muito pouco provável sua reabilitação. O sistema penal, como a escola, desintegra os socialmente frágeis e os marginalizados. Entre os delinquentes e a sociedade levanta-se um muro que impede a concreta solidariedade com aqueles ou inclusive entre eles mesmos. O sistema penal conduz à marginalização do delinquente. Os efeitos diretos e indiretos da condenação produzem, em geral, a sua marginalização, e essa marginalização se aprofunda ainda mais durante a execução da pena (BITENCOURT, 2012, p. 231).

Nesse contexto, ao retirar o indivíduo sob efeito da sentença criminal transitada em julgado do debate político, o legislador constituinte acaba por colaborar com uma lógica de segregação, afastando um grupo que já se encontra marginalizado, da participação política exercida por meio do voto.

Ao analisar a realidade da população carcerária brasileira, Burke e Peter Filho (2017) chegaram em conclusões similares ao exposto. Na medida em que, conforme o levantamento de dados feito pelos autores, observando as estatísticas fornecidas pelo Dapen, foi observado que:

[...] a população carcerária brasileira é composta de 99,52% de indivíduos sem ensino superior completo, 89,05% sem ensino médio completo e 60,29% sem ensino fundamental completo.

[...] os indivíduos que cometem delitos no país são em sua esmagadora maioria pobres e não possuem condições financeiras de reparar o dano que causaram com sua conduta delituosa à vítima.

Chegamos à conclusão acima ao utilizar como parâmetro as estatísticas de escolaridade fornecidas pelo Depen. A capacidade financeira dos cidadãos autores de crime no país é precária, pois atualmente viver no Brasil sem se possuir o ensino fundamental, médio ou superior, é difícil de se ter uma renda satisfatória ou estável para se conseguir indenizar alguém pelo dano causado por uma infração penal [...] (BURKE; PETER FILHO, 2017, p. 107).

Desse modo, o contexto de qualquer medida que implique em políticas carcerárias, nos efeitos da pena ou qualquer questão envolvendo o contexto em discussão, irá necessariamente dialogar com uma camada socioeconomicamente vulnerável da população. Esse fator se torna ainda mais problemático ao retomar a vedação feita pelo artigo 15, inciso III da Constituição Federal, lhes retirando a manifestação de sua vontade perante o exercício da cidadania (PUGGINA, 2006).

A medida mantém toda a lógica de discriminação e reproduz as desigualdades encontradas na sociedade contemporânea, contrariando alguns dos objetivos declarados e legitimados para a aplicação da pena, envolvendo a liberdade, bem-comum e igualdade (KROHLING; BOLDT, 2009).

Retirar o direito ao sufrágio universal do preso permanente, e dos demais sob efeito da sentença criminal transitada em julgado, contraria diretamente a finalidade da pena. Além disso, recai como uma dupla punibilidade do indivíduo, desconsiderando os interesses de alguém que irá retornar para o convívio social, caminhando em sentido contrário à sua ressocialização (PUGGINA, 2006).

Essa violação ocorre e é amplamente aceita, pois, a manutenção dos estigmas contra o preso é de interesse da própria população, funcionando como um mecanismo de reafirmação de padrões de normalidade, na medida em que são considerados “[...] exatamente o que a sociedade não espera de seus membros” (REDÍGOLO, 2012, p. 88).

Abordar o perfil do preso no Brasil é fundamental para compreender a estigmatização e a invisibilidade ocasionadas pelo cárcere. Contudo, não significa dizer que os

presídios serão ocupados somente por esse perfil, tampouco que a pobreza esteja intimamente conectada com a criminalização. Porém, é impossível desconsiderar os dados, que elucidam como a punição é mais severa aos excluídos pela sociedade (REDÍGOLO, 2012), como uma forma de segregação.

Desse modo, excepcionar o sufrágio universal para os que estão sob efeitos da sentença criminal transitada em julgado, resulta necessariamente na menor participação política de pessoas pobres, negras, não escolarizadas, jovens e outros grupos que possuem interesses legítimos em uma sociedade que deveria ser plural e democrática.

Ao retirarmos uma parcela significativa da população do debate político, lhes negando o direito ao voto, o Ordenamento Jurídico brasileiro dificulta o desenvolvimento da democracia participativa e do exercício da cidadania, afastando a compreensão da igualdade de todos perante a lei, o que pode ser ainda mais problemático em uma sociedade marcada por suas desigualdades e períodos históricos conturbados (SILVA; SILVEIRA, 2018, p. 20), o que reflete nas construções dos perfis sociais do Brasil até os dias atuais.

Assim, cabe abordar as contradições encontradas no artigo 15, inciso III da Constituição Federal com mais profundidade. O dispositivo contradiz diretamente princípios e dispositivos constitucionais, bem como as finalidades da pena, estabelecidas pela legislação e pela teoria consolidada no Brasil.

3.2 AS CONTRADIÇÕES DO ARTIGO 15, INCISO III DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E A PERDA DE REPRESENTATIVIDADE POLÍTICA

A participação popular no poder é uma característica intrínseca do Estado Democrático de Direito, sendo a democracia um processo que emana diretamente do povo, na ocasião, por meio do voto (SILVA, 2014, p. 128).

Nesse sentido, o tratamento conferido pela Constituição Federal em seu artigo 15, inciso III, caminha ao contrário aos próprios fundamentos do texto constitucional, que logo no início caracteriza o Brasil como um Estado Democrático de Direito, tendo como

princípios fundamentais a cidadania (CRFB, artigo 1º, II) e a dignidade da pessoa humana (CRFB, artigo 1º, III). Em especial, a cidadania, é configurada como um dos pilares da Constituição Federal de 1988 e encontra força a partir da participação popular, exercida pelo voto (FEITOSA; RAMOS FILHO, 2021).

Para além disso, é necessário ampliar a problemática, compreendendo os direitos políticos como direitos fundamentais, dignos de proteção e promoção no Ordenamento Jurídico, em razão de sua natureza constitucional elevada a um nível de hierarquia superior (BURKE, 2019). Não obstante, também devem ser reconhecidos como parte dos instrumentos internacionais de proteção dos Direitos Humanos adotados pelo Brasil (PIOVESAN, 2006), como a Declaração Universal dos Direitos Humanos e o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, incluindo os seus protocolos facultativos posteriores.

O direito ao sufrágio universal para todos, sem qualquer distinção ou exceção, está assegurado no Artigo 21 da Declaração Universal de Direitos Humanos, que diz:

1. Todo ser humano tem o direito de tomar parte no governo de seu país diretamente ou por intermédio de representantes livremente escolhidos.
2. Todo ser humano tem igual direito de acesso ao serviço público do seu país.
3. A vontade do povo será a base da autoridade do governo; essa vontade será expressa em eleições periódicas e legítimas, por sufrágio universal, por voto secreto ou processo equivalente que assegure a liberdade de voto (ONU, [1948]).

A previsão da ONU expõe a tendência global explicada nos tópicos iniciais, de ampliar a garantia dos direitos humanos, incluindo o exercício da cidadania pelo voto como um elemento fundamental para a constituição do ser humano em sua sociedade. Ao reconhecer os instrumentos internacionais como a Declaração Universal, o Brasil também opta pela prevalência dos direitos humanos, o que implica no reconhecimento de limites e condicionamentos à noção de soberania estatal.

Em concordância com o exposto, Piovesan (2006) defende que a soberania do Estado brasileiro também se submete a regras e a um parâmetro obrigatório a prevalência dos direitos humanos. Porém, a realidade se demonstra complexa, na medida em que o texto constitucional assegura o direito ao sufrágio universal, bem como amplas

garantias para o seu exercício na constituição de um Estado Democrático de Direito, ao mesmo tempo em que excepciona esse direito fundamental para determinado grupo, privando aqueles sob efeito de sentença criminal condenatória de outro direito fundamental, além de sua liberdade, o que também elucida uma dupla punição.

Ao defender que “todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente [...]” (BRASIL, [2022]a), a Constituição Federal é nítida ao conferir o protagonismo da participação popular para a construção democrática do país. Excepcionar esse direito, ocasiona a perda significativa de representatividade política para um grupo que já se encontra invisibilizado e que constantemente tem os seus direitos e garantias básicas violadas.

No mesmo sentido, Puggina (2006) afirma:

Este poder que emana do povo é exercido através do voto. No voto, o povo manifesta suas vontades, desejos, aspirações. Os presos também têm vontades, desejos, aspirações. Será que o preso não faz parte do povo brasileiro? O que se percebe nesta questão do voto dos presos, assim como na quase totalidade dos assuntos que envolvem pessoas presas, é a total desconsideração do poder público. E a desconsideração do poder público existe por diversos fatores, mas, certamente, contribui muito o fato do preso ser um invisível político para a classe política de nosso país que, assim, não dá a devida atenção ao problema prisional e não trata a questão com a devida seriedade com a qual deveria ser tratada.

Toda essa problemática ocasiona impedimentos significativos para a construção de um caminho para a democracia plena, pilar de um Estado Democrático de Direito. Além disso, a invisibilidade que o preso leva consigo, de modo geral, transforma o assunto em um tópico ainda mais sensível, pois raramente as suas demandas serão levadas para a discussão política no âmbito legislativo e executivo, ocasionando uma perda significativa de sua representatividade (PUGGINA, 2006). Apesar disso, o mesmo grupo é constantemente alvo de políticas públicas que implicam diretamente na qualidade de sua vida dentro e fora do sistema prisional.

Desse modo, resta evidente a dicotomia entre o Estado Democrático de Direito, construído formalmente sob o viés da cidadania e participação popular, mas que ao mesmo tempo exclui uma parcela da população da construção democrática do país. Nesse sentido, o reconhecimento dos direitos humanos pelo Estado, se demonstra

falho e inerentemente ligado as experiências anteriores e a lógica de “conter a guerra” (WERMUTH; ENGELMANN; CALLEGARI, 2012), que permite que determinados grupos se permanecem marginalizados e apagados das conquistas sociais.

Esse apagamento está intimamente ligado com a falta de representatividade, que também pode ser manifestada pela política. O perfil dos presos brasileiros, de modo geral, está relacionado com fatores socioeconômicos, culturais, geográficos e que vão de encontro a lógica de manutenção das desigualdades, através da marginalização e da hostilização que o preso, como regra, enfrenta.

Outro fator a ser ponderado, é como a previsão constitucional de restrições à direitos fundamentais pode criar a sensação de tolerância à violação desses direitos, afinal o discurso já está inviabilizado para essa parcela da população, o que fortalece ainda mais a narrativa de apagamento social desses grupos.

Por não é possível verificar nenhuma proporcionalidade na interpretação do artigo 15, inciso III da Constituição Federal. Na prática, parece ser apenas outra imposição punitiva para o indivíduo, atendendo ao viés punitivista da sociedade e afastando ainda mais um grupo marginalizado dos debates políticos. Nesse sentido, Rodrigo Tonniges Puggina (2006) se posiciona:

Inicialmente, cabe observar que esta interpretação vai de encontro com o artigo 14 da Constituição, contra os princípios constitucionais da cidadania, da dignidade da pessoa humana, da individualização da pena, da personalidade da pena, da proporcionalidade, da razoabilidade, entre tantos outros. Não obstante, ao aplicar-se a suspensão dos direitos políticos, atingindo todos os condenados, nenhuns destes princípios são observados. Não interessa se matou alguém, se roubou ou se cometeu algum crime comum ou eleitoral, doloso ou culposo, o que interessa é que a pena, em relação aos direitos políticos, será a mesma. Esta suspensão dos direitos políticos das pessoas condenadas nos remete há muito tempo atrás, quando não existia a devida proporção entre o crime praticado e a pena infligida.

A partir das discussões elencadas no presente tópico, resta analisar como a teoria das normas constitucionais inconstitucionais pode ou não auxiliar na construção de um debate doutrinário e crítico acerca da previsão feita pela Magna Carta. Apesar de não ser admitida no Ordenamento Jurídico pátrio, a teoria dialoga diretamente com a positivação de direitos humanos nas Constituições dos mais diversos países, de modo que também expõe com maestria as hipóteses em que o exposto pelo texto

constitucional pode violar diretamente direitos protegidos pela essência do homem ou pela sua proteção como sujeito de direitos universais.

3.3 A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 15, III, DA CR/88 SOB O VIÉS DA TEORIA DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS INCONSTITUCIONAIS

De acordo com o entendimento pré-estabelecido anteriormente, a teoria das normas constitucionais inconstitucionais não é aplicada no Brasil. Contudo, essa constatação não impede a construção de debates doutrinários acerca da temática no Brasil. Se tratando da vedação ao sufrágio universal para os que estão sob efeitos da sentença criminal transitada em julgado, inúmeras são as violações no âmbito constitucional e penal, nos encaminhando a um questionamento quanto aos seus fundamentos e existência.

Apesar de toda a base principiológica da Constituição Federal de 1988 e das inúmeras conquistas de direitos políticos no decorrer da história, ainda existem falhas significativas na contemplação plena dos direitos fundamentais, por parte do Estado brasileiro.

Ao afastar determinado grupo das decisões políticas, há uma violação direta ao sufrágio universal previsto no art. 14, da Constituição Federal. Ademais, o voto se enquadra como cláusula pétrea, nos moldes do artigo 60, § 4º, II da CRFB, que expõe:

Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta: § 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:
 I - a forma federativa de Estado;
 II - o voto direto, secreto, universal e periódico;
 III - a separação dos Poderes;
 IV - os direitos e garantias individuais. (BRASIL, [2022]a).

Expondo ainda mais as violações, Novelino (2014, p. 660) argumenta:

[...] é a própria essência do direito político, expressando-se pela capacidade de eleger, ser eleito e, de uma forma geral, participar da vida política do Estado. Se o sufrágio é o direito em si, o voto é o exercício desse direito e o escrutínio, o modo como o exercício se realiza. A constituição consagra como cláusula pétrea o voto direto, a periodicidade das eleições, o sufrágio universal e o escrutínio secreto (CF, art. 60, § 4º, II).

O direito ao sufrágio universal é uma ferramenta essencial para a participação política do indivíduo na sociedade. Restringir o sufrágio a determinado grupo fere a própria lógica de sufrágio universal estabelecida pelo Ordenamento Jurídico brasileiro, operando assim, como um mecanismo discriminatório para o afastamento político de determinados grupos sociais (TAVARES, 2012).

Excepcionar um direito para determinado grupo, fere diretamente a recepção dos direitos humanos acordados pela Declaração Universal, bem como normas fundamentais expostas pelo próprio texto constitucional pátrio. Ainda que haja espaço para o texto constitucional excepcionar determinadas regras, essas devem ser devidamente justificadas e proporcionais a medida, o que não é o caso.

Nesse sentido, dialogando diretamente com o exposto, a obra de Otto Bachof (1994, p. 57) conclui:

No facto de o legislador constituinte se decidir por uma determinada regulamentação tem de ver-se a declaração autêntica, ou de que ele considera' essa regulamentação como estando em concordância com os princípios basilares da Constituição, ou de que, em desvio a estes princípios, a admitiu consciente- mente como excepção aos mesmos. E certo que o legislador constituinte não pode, ao admitir tais excep- ções, infringir simultaneamente uma norma de direito supralegal, em especial a.proibição do arbítrio ima- nente a qualquer ordem jurídica! Se o fizer, a norma excepcional será sem dúvida não vinculativa — não, porém, em virtude da contradição com o princípio, mas antes em virtude do carácter arbitrário da excepção.

A interpretação do texto constitucional implica na suspensão do sufrágio universal independente do tamanho da pena aplicada ou do regime prisional. Não há uma compatibilidade direta entre o dispositivo constitucional e os efeitos e finalidades da pena, inexistindo qualquer motivação, além de discussões morais e midiáticas, para suspender o direito ao voto dessa parcela da população.

A punição imposta pelo dispositivo em estudo também fere a própria essência do pacto social de direitos humanos e todo o contexto abordado nos primeiros tópicos, o que contraria diretamente a lógica de direitos supralegais estabelecidos por Otto Bachof na construção da teoria das normas constitucionais inconstitucionais.

Tais fatores implicam na relativização dos direitos fundamentais, frutos de conquistas históricas e protegidos até mesmo por mecanismos internacionais. Caminhar nessa direção é danoso para a própria solidificação de um ideal democrático, recém-construído em um país como o Brasil, por excluir, ainda que temporariamente, determinado grupo da participação popular por meio do voto.

Pelas razões expostas, é possível compreender a exceção feita pelo artigo 15, inciso III, da Constituição Federal, como uma violação direta aos estabelecido pela própria Magna Carta. Assim sendo, a obra de Otto Bachof compreende a ocasião como uma das hipóteses da norma constitucional inconstitucional.

No caso em roga, é possível observar a presença da hipótese que o autor conhece como norma constitucional inconstitucional por desrespeito à direito “supralegal” positivado (BACHOF, 1994). Ainda que o autor reconheça a possibilidade de exceções, a justificativa que eventualmente possa ser encontrada no Ordenamento Jurídico brasileiro, não dialoga com as principais questões em torno da finalidade da pena e seus efeitos, tão como as inúmeras violações presentes no âmbito constitucional explicitadas anteriormente.

Nessa seara, a vedação feita pelo artigo 15, III, da CRFB pode ser compreendida pela teoria das normas constitucionais inconstitucionais de Otto Bachof, por ser incompatível com as próprias garantias feitas pela Constituição Federal.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A pesquisa se propõe em considerar, mediante a teoria das normas constitucionais inconstitucionais, se a suspensão ao sufrágio universal, nos moldes do artigo 15, III, da Constituição Federal, é constitucional. Em específico, o dispositivo dialoga com a suspensão do voto aos que estiverem sobre os efeitos de sentença criminal transitada em julgado.

Ainda que a teoria das normas constitucionais inconstitucionais não seja aplicada no Brasil, a obra de Otto Bachof auxilia na construção de debates doutrinários sobre o tema, a fim de expor as contradições existentes no Ordenamento Jurídico brasileiro, bem como a discussão acerca da inconstitucionalidade do artigo 15, III, da Constituição da República Federativa do Brasil.

A violação ao sufrágio universal para os indivíduos com sentença criminal transitada em julgado, enquanto durarem os seus efeitos, é um tema que exige amplas discussões na esfera penal e constitucional, e certamente, os debates acerca da inconstitucionalidade na previsão da exceção feita pela Constituição, não serão esgotados apenas com o presente estudo.

Conforme o evidenciado, apesar das inúmeras conquistas no âmbito dos direitos humanos e a ampliação dos direitos na Constituição de 1988, ainda existem falhas significativas para a garantia plena dos direitos fundamentais pelo Estado brasileiro. A relativização dos direitos fundamentais, conquistados historicamente e protegidos por mecanismos internacionais e até mesmo da própria Constituição Federal, é extremamente prejudicial para a consolidação de um ideal democrático no Brasil, por excluir temporariamente um grupo da participação política.

Essa restrição ao sufrágio universal viola diretamente o princípio da cidadania e da construção de um Estado Democrático de Direito, contrariando a noção de participação popular e afastando um grupo que já se encontra marginalizado da sociedade, como no caso dos presos permanentes. O voto é o principal meio de participação na democracia de um país (NOVELINO, 2014), retirar uma parcela da população que já se encontra vulnerável, com todos os estigmas que o cárcere

carrega, é um retrocesso a todas as conquistas políticas e sociais avistadas ao longo dos anos.

Essa exclusão do sufrágio universal aos presos é um obstáculo para a construção de uma democracia plena e contradiz os princípios do Estado Democrático de Direito. Além disso, a invisibilidade dos presos e a falta de representatividade política são fatores que colaboram para a perpetuação das desigualdades sociais.

A previsão constitucional de restrições aos direitos políticos ocasiona a violação de direitos fundamentais, enfraquecendo ainda mais a voz desses grupos marginalizados (PUGGINA, 2014). Há, inevitavelmente uma falta de proporcionalidade na interpretação do artigo 15, inciso III da CRFB, que restringe o direito ao voto dos condenados em sentença criminal transitada em julgado, que além de ter efeito imediato, não considera a individualização da pena nem a gravidade do crime cometido.

Apesar do autor alemão reconhecer na teoria das normas constitucionais inconstitucionais, a possibilidade de ocorrerem exceções aos direitos fundamentais, esses impedimentos devem ser devidamente justificados e dotados de proporcionalidade, para não ocasionar o esvaziamento de pautas que visem a sua proteção. Conforme o estabelecido no decorrer do texto, o dispositivo constitucional objeto do presente estudo, viola em diversos aspectos, penais e constitucionais, os direitos e garantias fundamentais do preso no Brasil.

Assim, a teoria das normas constitucionais inconstitucionais, nos auxilia diretamente em uma abordagem crítica acerca da temática, que certamente não será esgotada com o texto. As hipóteses descritas por Otto Bachof podem auxiliar diretamente na compreensão do artigo 15, inciso III da Constituição Federal como uma norma que fere diretamente direitos fundamentais, colaborando ainda mais para a invisibilidade de um grupo já marginalizado, os retirando da participação democrática.

REFERÊNCIAS

BACHOF, Otto. **Normas Constitucionais Inconstitucionais?**. Traduzido por José Manuel M. Cardoso da Costa. Coimbra: Almedina, 1994.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 9. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2020.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. São Paulo: Saraiva, 1996.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**. 17 ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 815-3/DF**. Ação direta de inconstitucionalidade. Parágrafos 1º e 2º do artigo 45 da Constituição Federal. Requerente: Governador do Estado do Rio Grande do Sul. Requerido: Congresso Nacional. Relator: Ministro Moreira Alves, 28 de março de 1996. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266547>. Acesso em: 23 maio 2023.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: Presidência da República, [2022]. Disponível em: http://planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 23 maio 2023.

BRASIL. **Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984**. Institui a Lei de Execução Penal. Brasília: Presidência da República, [2022]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm. Acesso em: 23 maio 2023.

BURKE, Anderson; PETER FILHO, Jovacy. O Fundo Nacional de Assistência às Vítimas de Crimes e o Art. 387, IV, do Código de Processo Penal: quando a indenização é fixada a um condenado insolvente. *In*: SAAD-DINIZ, Eduardo. **O lugar da vítima nas ciências criminais**. São Paulo: LiberArs Ltda., 2017, v. 1. p. 101-116.

BURKE, Anderson. A seletividade penal e a restrição do sufrágio universal aos condenados. **Revista Internacional da Associação Brasileira de Criminologia**, Quixadá, a. 3, v. 1, p. 160-176, 2019.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1998.

CASTRO, Matheus Felipe de; RECKZIEGEL, Janaína. Em busca do paraíso distante: em torno de alguns obstáculos à efetivação dos direitos fundamentais. **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**, Vitória, n. 13, p. 31-48, 2013. Disponível em: <https://doi.org/10.18759/rdgf.v0i13.415>. Acesso em: 23 maio 2023.

CUNHA, Ricarlos Almagro; JORIO, Israel Domingos. Neoconstitucionalismo em tempos de crise: avançar ou retroceder?. **Revista Direito Público**, Brasília, v. 15, n. 82, p. 71-95, jul./ago. 2018. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/2776>. Acesso em: 26 maio 2023.

FAORO, Raymundo. **Os donos do poder**: formação do patrono político brasileiro. 3. ed. rev. Rio de Janeiro: Globo, 2001.

FARENZENA, Suélen. A problemática atinente às limitações do mero reconhecimento legal dos direitos humanos: a dignidade humana, para além do individualismo liberal, enquanto discurso legitimador sobre os fundamentos morais. **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**, Vitória, v. 14, n. 2, p. 13-48, jul./dez. 2013. Disponível em: <https://doi.org/10.18759/rdgf.v14i2.219>. Acesso em: 23 maio 2023.

FEITOZA, Vanessa Serra Carnaúba; RAMOS FILHO, Carlos Alberto de Moraes. Direito de votar do preso condenado por sentença criminal: uma inconstitucionalidade?. *In*: CONGRESSO BRASILEIRO DE PROCESSO COLETIVO E CIDADANIA, 5., 2017, Ribeirão Preto. **Anais [...]**. Ribeirão Preto: UNAERP, 2017. Disponível em: <https://revistas.unaerp.br/cbpcc/article/view/935>. Acesso em: 23 maio 2023.

KIMURA, Alexandre Issa. Aspectos dos direitos políticos. **Revista Jurídica “9 de julho”**, São Paulo, n. 1, p. 43-64, 2002.

KROHLING, Aloísio; BOLDT, Raphael. Libertando-se da opressão punitiva: contribuições da filosofia da libertação para a concretização de uma cultura dos direitos humanos. **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**, Vitória, n. 7, p. 215-231, jan./jun. 2009. Disponível em: <https://doi.org/10.18759/rdgf.v0i7.85>. Acesso em: 23 maio 2023.

LEÃO, Marina Trindade; OPUSZKA, Paulo Ricardo. Normas constitucionais inconstitucionais: limitações ao poder constituinte derivado e ao poder constituinte originário ante a teoria dos direitos humanos. **Juris**, Rio Grande, v. 20, p. 93-138, 2013. Disponível em: <https://doi.org/10.14295/juris.v20i2.5698>. Acesso em: 23 maio 2023.

LIBRELON, Raquel; TRIBOLI, Pierre. Voto de presos provisórios diversifica perfil do eleitor brasileiro. **Câmara dos Deputados**, [s.l.], 1 out. 2010. Disponível em:

<https://www.camara.leg.br/noticias/143233-voto-de-presos-provisorios-diversifica-perfil-do-eleitor-brasileiro/>. Acesso em: 23 maio 2023.

LIMONGI, Fernando; OLIVEIRA, Juliana de Souza; SCHMITT, Stefanie Tomé. Sufrágio universal, mas... só para homens. O voto feminino no Brasil. **Revista de Sociologia e Política**, v. 27, n. 70, 2019. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/1678-987319277003>. Acesso em: 23 maio 2023.

MIRANDA, Pontes de. **Comentários à Constituição de 1967**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1967.

NOVELINO, Marcelo. **Manual de Direito Constitucional**. 9. ed. São Paulo: Método, 2014.

ONU. Assembleia Geral. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. UNICEF: [s.l.], [1948]. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>. Acesso em: 24 maio 2023.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 7 ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

PUGGINA, Rodrigo Tonniges. O direito de voto dos presos. **Revista Sociologia Jurídica**, Fortaleza, n. 3, jul./dez. 2006. Disponível em: <https://sociologiajuridica.net/o-direito-de-voto-dos-presos/>. Acesso em: 23 maio 2023.

REDÍGOLO, Natália Carolina Narciso. Sistema penitenciário e seus estigmas: o caso paulista. **Revista do Laboratório de Estudos da Violência da UNESP**, Marília, v. 9, p. 82-96, 2012.

RIBEIRO, Marcia Weber Lotto. Os direitos políticos na Constituição de 1988. **Revista Científica Semana Acadêmica**, Fortaleza, v. 1, n. 57, 2014.

ROCHA, Enid. A Constituição Cidadã e a Institucionalização dos Espaços de Participação Social: Avanços e Desafios. In: Vaz, Flavio Tonelli (org.). **20 anos da Constituição Cidadã: Avaliação e Desafios da Seguridade Social**. Brasília: ANFIP, 2008. p. 131-148.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 37. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

SILVA, Juvêncio Borges; SILVEIRA, Ricardo Reis. Cidadania: uma leitura a partir do sistema escravista e suas implicações na (de) formação das práticas republicanas no Brasil. **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**, Vitória, v. 19, n. 1, p. 13-

53, jan./abr. 2018. Disponível em: <https://doi.org/10.18759/rdgf.v19i1.972>. Acesso em: 23 maio 2023.

SILVA, Juvêncio Borges; SILVEIRA, Ricardo Reis. Cidadania: uma leitura a partir do sistema escravista e suas implicações na (de) formação das práticas republicanas no Brasil. **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**, Vitória, v. 19, n. 1, p. 13-53, jan./abr. 2018. Disponível em: <https://doi.org/10.18759/rdgf.v19i1.972>. Acesso em: 6 maio 2023.

WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi; ENGELMANN, Wilson; CALLEGARI, André Luis. O direito penal como cápsula de contenção da guerra no Estado democrático de direito: construindo os pressupostos para a compreensão (hermenêutica) do direito à proteção (Alexy). **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**, Vitória, n. 11, p. 359-403, jan./jun. 2012. Disponível em: <https://doi.org/10.18759/rdgf.v0i11.154>. Acesso em: 7 maio 2023.