

XXIV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - UFS

DIREITOS FUNDAMENTAIS

JONATHAN BARROS VITA

VALÉRIA SILVA GALDINO CARDIN

LUCAS GONÇALVES DA SILVA

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – Conpedi

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes - IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Conselho Fiscal

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG /PUC PR

Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches - UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS (suplente)

Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

Representante Discente - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

Secretarias

Diretor de Informática - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC

Diretor de Relações com a Graduação - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU

Diretor de Relações Internacionais - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC

Diretora de Apoio Institucional - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC

Diretor de Educação Jurídica - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM

Diretoras de Eventos - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA

Diretor de Apoio Interinstitucional - Prof. Dr. Vladimir Oliveira da Silveira – UNINOVE

D598

Direitos fundamentais [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFS;

Coordenadores: Lucas Gonçalves Da Silva, Jonathan Barros Vita, Valéria Silva Galdino Cardin– Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-051-0

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: DIREITO, CONSTITUIÇÃO E CIDADANIA: contribuições para os objetivos de desenvolvimento do Milênio.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Direito fundamentais. I. Encontro Nacional do CONPEDI/UFS (24. : 2015 : Aracaju, SE).

CDU: 34



XXIV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - UFS

DIREITOS FUNDAMENTAIS

Apresentação

O XXIV Encontro Nacional do CONPEDI Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito em parceria com o Programa Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Sergipe UFS, ocorreu em Aracaju entre os dias 03 e 06 de junho de 2015 e teve como tema central DIREITO, CONSTITUIÇÃO E CIDADANIA: contribuições para os objetivos de desenvolvimento do Milênio.

Dentre as diversas atividades acadêmicas empreendidas neste evento, tem-se os grupos de trabalho temáticos que produzem obras agregadas sob o tema comum do mesmo.

Neste sentido, para operacionalizar tal modelo, os coordenadores dos GTs são os responsáveis pela organização dos trabalhos em blocos temáticos, dando coerência à produção e estabelecendo um fio condutor evolutivo para os mesmos.

No caso concreto, assim aconteceu com o GT DIREITOS FUNDAMENTAIS. Coordenado pelos professores Jonathan Barros Vita, Lucas Gonçalves da Silva e Valéria Galdino Cardin, o referido GT foi palco da discussão de trabalhos que ora são publicados no presente e-book, tendo como fundamento textos apresentados que lidam com diversas facetas deste objeto fundamental de estudos para a doutrina contemporânea brasileira.

Como divisões possíveis deste tema, na doutrina constitucional, o tema dos direitos fundamentais tem merecido também a maior atenção de muitos pesquisadores, que notadamente se posicionam em três planos: teoria dos direitos fundamentais, direitos fundamentais e garantias fundamentais, ambos em espécie.

Logo, as discussões doutrinárias trazidas nas apresentações e debates orais representaram atividades de pesquisa e de diálogos armados por atores da comunidade acadêmica, de diversas instituições (públicas e privadas) que representam o Brasil em todas as latitudes e longitudes, muitas vezes com aplicação das teorias mencionadas à problemas empíricos, perfazendo uma forma empírico-dialética de pesquisa.

Como o ato de classificar depende apenas da forma de olhar o objeto, a partir da ordem de apresentação dos trabalhos no GT (critério de ordenação utilizado na lista que segue), vários grupos de artigos poderiam ser criados, como aqueles que lidam com: questões de raça,

religião e gênero (8, 10, 12, 13, 15, 24 e 27), concretização de direitos fundamentais (1, 5, 9, 11, 16, 18, 19 e 22), liberdade de expressão e reunião (3, 6, 17 e 25), teoria geral dos direitos fundamentais (7, 14) e temas multidisciplinares que ligam os direitos fundamentais a outros direitos (2, 4, 20, 21, 23, 26 e 28)

1. A inclusão nos mecanismos de produção de riqueza face à relativização do princípio da igualdade pelos programas de transferência de renda, de Rogério Piccino Braga

2. Benefícios da clonagem terapêutica e as células-tronco embrionárias frente ao princípio da dignidade humana no ordenamento jurídico brasileiro, de Janaína Reckziegel e Luiz Henrique Maisonnnet

3. As teses revisionistas e os limites à restrição da liberdade de expressão, de Rodrigo De Souza Costa e Raisia Duarte Da Silva Ribeiro

4. A inviolabilidade do domicílio no curso da fiscalização tributária, de Pedro Cesar Ivo Trindade Mello

5. Acessibilidade: um direito fundamental da pessoa com deficiência e um dever do poder público, de Flavia Piva Almeida Leite e Jeferson Moreira de Carvalho

6. Biografias não autorizadas e o direito à privacidade na sociedade da informação, de Narciso Leandro Xavier Baez e Eraldo Concenço

7. O princípio da igualdade e suas dimensões: a igualdade formal e material à luz da obra de Pérez Luño, de Giovanna Paola Batista de Britto Lyra Moura

8. Intolerância contra as religiões de matriz africana: uma análise sobre colisão de direitos através de casos judiciais emblemáticos, de Ilzver de Matos Oliveira e Kellen Josephine Muniz De Lima

9. A criança e o adolescente e os direitos fundamentais - o papel das mídias sociais e das TICs sob o prisma do princípio da proteção integral e da fraternidade, de Bruno Mello Corrêa de Barros e Daniela Richter

10. Laicidade e símbolos religiosos no brasil: em defesa da liberdade religiosa e do estado democrático de direito, de Eder Bomfim Rodrigues

11. O serviço público adequado e a cláusula de proibição de retrocesso social, de Paulo Ricardo Schier e Adriana da Costa Ricardo Schier
12. Sobre a dominação masculina (re)produzida na publicidade: reações da sociedade vistas a partir de denúncias ao CONAR, de Helio Feltes Filho e Taysa Schiocchet
13. É para rir? A atuação do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro nos casos envolvendo liberdade de expressão e racismo nos discursos humorísticos, de Caitlin Mulholland e Thula Rafaela de Oliveira Pires
14. O poder judiciário, a constituição e os direitos fundamentais: ativismo judicial no STF pela crítica de Antônio José Avelãs Nunes, de Tassiana Moura de Oliveira e Ana Paula Da Silva Azevêdo
15. Mudança de sexo e a proteção dos interesses de terceiros, de Kelly Cristina Presotto e Riva Sobrado De Freitas
16. Os custos dos direitos fundamentais e o direito prestacional/fundamental à saúde, de Rubia Carla Goedert
17. Democracia na era da internet, tática black bloc e direito de reunião, de Gilton Batista Brito e Lucas Gonçalves Da Silva
18. A pessoa com espectro autista e o direito à educação inclusiva, de Carolina Valença Ferraz e Glauber Salomao Leite
19. A problemática dos custos no campo de execução dos direitos fundamentais: alternativas e soluções para o cumprimento do mínimo existencial, de Diogo Oliveira Muniz Caldas
20. Direitos fundamentais: questões de princípios entre o viver e o morrer, de Robson Antão De Medeiros e Gilvânklm Marques De Lima
21. A Amazônia e o paradoxo das águas: (re)pensando a gestão hídrica urbana, de Jefferson Rodrigues de Quadros e Silvia Helena Antunes dos Santos
22. Benefício constitucional de prestação continuada: o recente posicionamento do Supremo Tribunal Federal sobre o critério da renda per capita à luz da efetividade, de Benedito Cerezzo Pereira Filho e Luiz Fernando Molan Gaban

23. Os "mortos" civilmente: aspectos políticos e jurídicos acerca da invisibilidade do preso provisório em um estado democrático de direito, de Samyle Regina Matos Oliveira e Edinilson Donisete Machado

24. As mulheres no mercado de trabalho: desmistificando a igualdade entre os gêneros, de Deisemara Turatti Langoski e Olga Maria B Aguiar De Oliveira

25. Os limites entre a liberdade de expressão e o discurso de ódio: uma análise sobre o caso dos supostos justiceiros, de Rafael Santos de Oliveira e Claudete Magda Calderan Caldas

26. Tráfico de pessoas para retirada ilegal de órgãos: um crime degradante contra o ser humano, de Fernando Baleira Leão De Oliveira Queiroz e Meire Marcia Paiva

27. O desafio da igualdade: casos de intolerância religiosa na contemporaneidade e a eficácia horizontal dos direitos fundamentais, de Jose Lucas Santos Carvalho

28. O cadastro ambiental rural como direito à informação e o sigilo de dados, de Luciana Costa da Fonseca e Danielle Fonseca Silva

Finalmente, deixa-se claro que os trabalhos apresentados no GT DIREITOS FUNDAMENTAIS, acima relatados, foram contemplados na presente publicação, uma verdadeira contribuição para a promoção e o incentivo da pesquisa jurídica no Brasil, consolidando o CONPEDI, cada vez mais, como um ótimo espaço para discussão e apresentação das pesquisas desenvolvidas nos ambientes acadêmicos das pós-graduações.

Desejamos boa leitura a todos.

Prof. Dr. Jonathan Barros Vita - Unimar

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS

Profa. Dra. Valéria Galdino Cardin - Unicesumar

**OS "MORTOS" CIVILMENTE: ASPECTOS POLÍTICOS E JURÍDICOS ACERCA
DA INVISIBILIDADE DO PRESO PROVISÓRIO EM UM ESTADO
DEMOCRÁTICO DE DIREITO**

**THE " DEAD " CIVILLY : POLITICAL AND LEGAL ASPECTS ABOUT THE
INTERIM INVISIBILITY ARRESTED IN A DEMOCRATIC STATE LAW**

**Samyle Regina Matos Oliveira
Edinilson Donisete Machado**

Resumo

O presente trabalho discute sobre as consequências da invisibilidade dos presos que não exercem a função democrática do voto. Consubstanciado no método de revisão bibliográfica o estudo objetiva, em seu primeiro momento, demonstrar o problema político gerado pela ausência de participação dos presos provisórios, bem como apontar o problema jurídico relacionado à omissão do Estado Democrático de Direito, demonstrando os desafios de promover uma ressocialização, sem sequer garantir o direito fundamental à cidadania. Nesse sentido, compreender a ineficiência do Estado na garantia de um direito assegurado constitucionalmente, é necessário não só porque é importante discutir a sua responsabilidade frente à violação de um princípio democrático, como também para entender os limites encontrados na efetivação desse direito.

Palavras-chave: Participação política, Presos, Democracia

Abstract/Resumen/Résumé

This paper discusses the consequences of the invisibility of prisoners who do not exercise the democratic function of the vote. Embodied in the literature review method the study aims , in its first, demonstrate the political problem created by the absence of participation of pre-trial detainees, and to identify the legal issue regarding the failure of the lawful democratic State, demonstrating the challenges of promoting rehabilitation without even guarantee citizenship . In this sense , understand the inefficiency of the state in ensuring a right guaranteed constitutionally , it is necessary not only because it is important to discuss their responsibility to the violation of a democratic principle , but also to understand the limits found in the enforcement of this right.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Political participation, Prisoners, Democracy

INTRODUÇÃO

O presente trabalho propõe a discussão das consequências da invisibilidade dos presos que não exercem a função democrática do voto, bem como os prejuízos gerados ao processo de ressocialização, por essa ausência de participação no cenário político, dentro de um Estado Democrático de Direito.

Em regra, boa parte das constituições exigem, em seu bojo, que os indivíduos estejam em pleno gozo de seus direitos e deveres cívicos para que possam votar. Entretanto, quando uma pessoa está presa, ela tem o seu direito à liberdade suspenso e em muitos casos, também tem a suspensão do direito ao voto, ficando, assim, impossibilitada de exercer a sua cidadania.

No Brasil, os presos sentenciados não possuem o direito ao voto, mas os provisórios sim e estes constituem significativa parcela não apenas no sistema penitenciário, mas da sociedade brasileira, o que significa, nos termos de Dallari (1998), que os presos que não exercem esse direito previsto na constituição, podem ser considerados “mortos” civilmente, sem serem sequer notados no cenário político. Diante disso, surge a necessidade de estudar as consequências dessa invisibilidade para o Estado Democrático de Direito, bem como os prejuízos para o processo de ressocialização. Sendo que, para tanto, o trabalho consubstancia-se no método de revisão bibliográfica.

Indubitavelmente, compreender a ineficiência do Estado na garantia de um direito assegurado constitucionalmente é necessário não só porque é importante discutir a sua responsabilidade frente à violação de um princípio democrático, como também para entender os limites encontrados na efetivação desse direito.

Em primeiro lugar, quando acontece a exclusão de determinados indivíduos de uma sociedade no processo de decisão de seus representantes, por uma espécie de omissão voluntária do Estado, surgem dois problemas, um de cunho político e outro na seara jurídica. Este é provocado em virtude do fato de que o direito ao voto do preso provisório, ao mesmo tempo em que é garantido pelo Estado, também lhe é negado, pois os meios para a concretização desse direito não são oferecidos. Com efeito, o problema de cunho político é gerado diante da ausência de representatividade daqueles que foram excluídos do sistema democrático.

Em razão disso, tanto do problema político, quanto do problema jurídico, é preciso repensar a democracia, pois, conforme elucida Boaventura (2011), sem direitos de cidadania efetivos, a democracia não passa de uma ditadura disfarçada. Aqueles cidadãos que têm consciência dos seus direitos, mas que se sentem totalmente impotentes para reivindicar quando são violados, são detentores de uma procura suprimida. Todavia, o desafio consiste no reconhecimento da presença desses cidadãos, a fim de que o instrumento democrático do voto possa ter validade no processo de decisões políticas dos representantes que integram o Poder Legislativo.

Desse modo, o presente trabalho discute em seu primeiro momento, o problema político gerado pela invisibilidade dos presos que não exercem a função democrática do voto e em uma segunda etapa, o problema jurídico relacionado à omissão do Estado Democrático de Direito, demonstrando os desafios de promover uma ressocialização, sem sequer garantir a cidadania.

Nesse sentido, pode-se entender que as estruturas associadas ao processo eleitoral e de representação estão orientadas pela participação do povo. Por essa razão, a democracia pressupõe o direito de participação de todos. Porém, se alguns indivíduos estão excluídos do processo, a democracia passa a ter sérios problemas.

Essas reflexões são imprescindíveis para propor uma mudança no entendimento de muitas pessoas acerca dos direitos que possui a população carcerária brasileira, bem como desenvolver no âmbito sócio-político, a ideia de que a cidadania no cárcere deve ser entendida como pressuposto para a ressocialização.

1. A invisibilidade dos presos provisórios: problemas políticos

A falta de participação política de um determinado grupo da sociedade é um problema enfrentado não apenas pelos presos, mas por muitos outros grupos sociais. Por essa razão, para discutir sobre a exclusão, bem como sobre as dificuldades democráticas enfrentadas na pós-modernidade, são utilizadas as ideias de autores como Boaventura de Sousa Santos e Zygmunt Bauman, ao passo que, registra-se a visão, divergente do liberal Jeremy Waldron, sem adentrar, contudo, na discussão acerca da democracia majoritária.

Dessa forma, podem ser identificados, a princípio, dois problemas políticos gerados pela invisibilidade dos presos que não votam, o primeiro, de cunho democrático - causado pela exclusão de um grupo social - e outro, legislativo - causado pela ausência de representatividade nas decisões políticas.

1.1. Exclusão social: problema democrático

Para compreender o problema democrático causado pela exclusão de um grupo social, é preciso fazer uma análise extensiva de uma nova função democrática do papel do direito e da justiça (SANTOS, 2011, p. 15-16). A partir disso, pensar em uma redemocratização do Estado e da Sociedade.

É certo que as desigualdades traduzem-se em injustiças e na violação dos direitos dos grupos excluídos. Porém, é o componente democrático o elemento indispensável para a adoção de políticas públicas em matéria de direitos sociais (JUNIOR NOGUEIRA e MARQUES, 2012, p.447). Daí a necessidade de que tais grupos adquiram consciência dos seus direitos (tanto direito à igualdade, quanto direito à diferença). Com efeito, a participação política dos presos provisórios, garantiria aos mesmos, representatividade política.

À luz dos ensinamentos de Jeremy Waldron (2005), sem adentrar no debate acerca da democracia majoritária, não se pode haver uma democracia a menos que os indivíduos possuam e exerçam o direito de participação, visto por este autor da teoria constitucional e da filosofia do direito, como o “o direito dos direitos”. No tocante à importância da participação democrática, observa-se um consenso com Boaventura, muito embora Waldron defenda a

relevância material do princípio democrático, por meio da primazia da atividade do Poder Legislativo, de forma bem diferente e inclusive, antagônica, da forma trabalhada pelo Boaventura de Sousa Santos.

O pensamento desenvolvido pelo liberalista Jeremy Waldron (2005), que encontra em Dworkin o seu principal oponente, é que o fundamento maior da democracia está na participação dos cidadãos nas decisões políticas, os quais são representados pelo Poder Legislativo. Nessa concepção, em uma democracia, os tribunais possuem papel secundário e o Poder Legislativo um papel primário, ao passo que no âmbito da revolução democrática proposta por Boaventura (2011, p. 101), o sistema judiciário vai ter que buscar outro tipo de relacionamento os grupos excluídos.

Boaventura (2011) alerta para a rapidez e quantidade exigidas dos magistrados para proferirem sentenças. Segundo o autor, é preciso que esses magistrados sejam avaliados pela qualidade de suas decisões e não pela quantidade delas, de modo que os tribunais estabeleçam, do ponto de vista da democracia material, uma ligação entre as disputas individuais que avaliam e os conflitos estruturais que dividem a sociedade.

Dessa forma, a política de adensamento da cidadania pela via democrática e do acesso ao direito e à justiça deveria se dirigir a um conjunto vasto de injustiças que ocorrem na sociedade, tendo destaque, neste trabalho, a questão da exclusão dos presos provisórios no processo democrático.

Todavia, as promessas da modernidade, voltadas à uniformidade, igualização e a homogeneização, podem ser vistas sob duas diferentes perspectivas (SANTOS, 2011, p.13). Por um lado, as promessas significam um avanço, mas por outro, facilitam o exercício do poder absoluto, gerando novos problemas (WARAT *apud* SANTOS, 2011, p.13).

Verifica-se, no mundo moderno, um verdadeiro aprofundamento das desigualdades (BAUMAN, 1998, p.79). Assim, a parcela das sociedades, pouco ou mais desenvolvidas, que está excluída, desenvolve um sentimento arraigado de injustiça, sendo combustível para deflagração de movimentos de protesto e rebelião contra o sistema vigente (BAUMAN, 1998). Dessa forma, o ambiente democrático deve respeitar a singularidade e identidade sem riscos de perseguições, embora essa tolerância não assegure um agir solidário (BAUMAN, 1998).

Sendo assim, o espaço democrático é uma condição para o debate sobre temas sociais e fixação de níveis satisfatórios ou não de vivência social, condições e tomada de decisão pública com avaliação de riscos e níveis de acerto social.

No entanto, para resolver os imbróglios vigentes, desconsiderando as soluções fracassadas do socialismo e liberalismo, são colocadas duas posições antagônicas pelo Boaventura de Sousa Santos (2011). A primeira seria a reconciliação com a sociedade, celebrando tudo que existe e como existe e a segunda, a transgressão das fronteiras sociais, culturais, políticas, epistemológicas e teóricas, de forma a contribuir no processo emancipatório.

É com base na transgressão, segunda posição, que Santos (2011) defende o repensar radical das novas concepções do direito, com base em três premissas principais: a) Crítica ao monopólio estatal e científico do direito b) Questionamento no caráter despolitizado do direito e a sua necessária repolitização c) Compreensão do direito como princípio e instrumento universal de transformação social politicamente legitimada, dando atenção à legalidade cosmopolita ou subalterna.

Na terceira premissa, que remete à luta contra opressão, exclusão e discriminação, encontra-se a base para o argumento debatido neste tópico. Para Santos (2011, p. 15), o direito só poderá ser emancipatório, quando houver uma revolução democrática de justiça, que nada mais é do que a valorização da diversidade jurídica como mola propulsora do pensamento jurídico.

Boaventura de Sousa Santos (2011) dá ênfase ao que ele chama de sociologia das ausências e das emergências, a qual pode ser entendida como consciência cosmopolita da existência de diferentes imaginários e práticas do direito no mundo, pois sem direitos de cidadania efetivos, a democracia não passa de uma ditadura disfarçada.

Desse modo, para que haja uma revolução democrática da justiça, faz-se necessário uma nova concepção de acesso ao direito e à justiça. Para isso, Santos (2011, p. 39) propõe que o acesso mude a justiça a que se tem acesso por meio de uma cultura jurídica democrática e não corporativa.

1.2. Ausência de representatividade: problema legislativo e protagonismo Judicial

Sabe-se que o Poder Legislativo é o responsável pela elaboração e formulação das leis e que por meio das eleições é possível eleger representantes que integram o Poder Legislativo, o qual defende os interesses dos representados, ou pelo menos, no plano ideal, era assim que deveria ser.

Se, até mesmo a maioria, enfrenta inúmeras dificuldades de ter os interesses representados, é possível afirmar que é praticamente impossível para os excluídos vislumbrarem qualquer possibilidade de representação.

O voto ainda é o instrumento por meio do qual, o cidadão, em uma democracia, consegue notoriedade. Jeremy Waldron (2005) defende que a melhor solução para as discordâncias de interesses, encontra-se em legar ao Poder Legislativo, eleito democraticamente, a decisão final sobre quais direitos existem e como. Defende ainda que é mais democrático deixar tais decisões a cargo dos parlamentares do que dos juízes.

Contrariamente, ao abordar sobre o protagonismo dos Tribunais e as transformações do Estado, Boaventura de Sousa Santos (2011), alerta que a sociedade está centrada na ideia do direito e do sistema judicial como fatores decisivos na vida coletiva. Isso acontece porque houve uma expansão global do Poder Judiciário.

A expansão global do Poder Judiciário consiste no protagonismo dos Tribunais, o qual está relacionado com o desmantelamento do Estado intervencionista, tanto do Estado desenvolvimentista, quanto do Estado-providência. Tal protagonismo emerge de uma mudança política para garantir a eficácia dos contratos privados, bem como dos direitos sociais, econômicos e culturais, além de combater a corrupção.

No Brasil, a redemocratização com a Constituição, deu maior credibilidade ao uso da via judicial para alcançar direitos. A lei da Ação Civil Pública e o Código do Consumidor são exemplos de estratégias jurídico-institucionais para defender direitos coletivos. Santos (2011) lembra também que a constitucionalização de um conjunto extenso de direitos, sem o respaldo de políticas públicas sociais e consolidadas torna difícil a sua efetivação.

A tarefa fundamental do sistema judicial é garantir a certeza e a previsibilidade das relações jurídicas, clarificar e proteger os direitos de propriedade, exigir o cumprimento das obrigações contratuais etc. A reforma judicial visa a atingir um consenso global, sendo um componente essencial de um novo modelo de desenvolvimento e a base de uma boa administração (SANTOS, 2011, p.31-32). Mas isso exige um combate à corrupção do Judiciário.

Os Tribunais não foram feitos para julgar para cima, mas sim para baixo. Quando os Tribunais começam a julgar para cima, julgar os poderosos, nasce a justiça dramática. Esta judicializa a política e politiza os Tribunais e é capaz de combater a corrupção do Judiciário.

Santos (2011) defende que há juducialização política sempre que os Tribunais afetam significativamente as condições da ação política, quando julgam membros isolados da política ou parte da classe política (denúncias cruzadas).

Em suma, o alcance e o sentido de uma refundação democrática do Judiciário vão depender da orientação local das reformas judiciais em cada país e da intensidade da influência exercida pela globalização hegemônica do direito e da justiça, enquanto a refundação democrática no legislativo, acontecerá quando os excluídos exercerem o direito à participação nas decisões políticas.

2. Os mortos civilmente: problema jurídico na omissão do Estado

Uma vez compreendidos os dois problemas políticos gerados pela invisibilidade dos presos que não votam - democrático e legislativo - bem como a questão da refundação democrática do judiciário por meio das reformas judiciais e da reconfiguração dos Tribunais, é possível discutir o problema jurídico gerado pela omissão do Estado Democrático de Direito. Isso porque, nesse caso, os problemas políticos tornam-se jurídicos.

Desse modo, o problema jurídico acontece em virtude da ausência dos meios que assegurem o direito constitucional de voto aos presos provisórios e implica em prejuízos ao processo de ressocialização.

2.1. Ausência dos meios que assegurem o direito constitucional de voto aos presos provisórios

Muitos são os limites encontrados pelo Estado para ampliar tanto a defesa dos direitos fundamentais - reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado – como também dos direitos humanos - previstos em documentos de direito internacional (SARLET, 2007).

Existe uma verdadeira relação paradoxal entre o que está positivado e o que ainda falta ser construído em matéria de direitos fundamentais (SARLET, 2007).

Dentre as dificuldades apontadas pelo Estado¹ para não realização do pleito de presos provisórios, destacam-se o curto lapso temporal existente entre a data do cadastramento eleitoral e a data de realização das eleições, a falta de quórum para abrir uma seção eleitoral e os diferentes foros eleitorais.

Verifica-se que a primeira dificuldade consiste no curto lapso temporal existente entre a data do cadastramento eleitoral e a data de realização das eleições. Isso acontece porque os serviços eleitorais de alistamento, revisão e transferência realizados pelos servidores da Justiça Eleitoral, nos estabelecimentos penais e nas unidades de internação devem ser feitos até o dia 5 de maio de cada ano (Resolução Nº 23.219/2010), de modo que somente os presos cadastrados até esta data, poderão votar.

Ocorre que até o acontecimento das eleições, em outubro, o quadro do sistema penitenciário sofre transformações. A justificativa é que muitos presos que eram provisórios, à época da inscrição, isto é, em maio, acabam, em outubro, ou ficando em liberdade ou sendo sentenciados, perdendo, assim, o status de preso provisório.

Sob essa perspectiva, o lapso temporal existente entre a data do cadastramento eleitoral e a data de realização das eleições, dificulta a garantia do exercício à cidadania no cárcere.

Porém, é importante destacar que um grande problema, conhecido nacionalmente, é a falta de celeridade do Judiciário. Dessa forma, é pouco provável que haja uma mudança tão repentina do *status* dos presos, isto é, que eles passem de provisórios para sentenciados rapidamente.

A verdade é que o sistema prisional, composto por seus presídios e delegacias superlotados, continua a abrigar réus que esperam meses ou anos por seus julgamentos. Embora a Emenda Constitucional 45/04 tenha dado status de garantia individual à duração razoável do processo, isso ainda não vem sendo aplicado.

De acordo com Gomes (2012), a realidade não revela muita sintonia com os direitos fundamentais do acusado, porque após a pronúncia, o julgamento pode demorar meses ou anos, de modo que o "programa da norma" (teor literal) não condiz com "âmbito concreto de incidência da norma", ou seja, não há aplicabilidade da duração razoável prevista no

¹As dificuldades apontadas foram elencadas no trabalho de conclusão de curso intitulado "O direito à cidadania no cárcere como mecanismo de efetivação dos direitos humanos em Sergipe", desenvolvido por Samyle Regina Matos Oliveira, em 2014.2.

art. 5º, LXXVIII da CF, bem como no Pacto de São José da Costa Rica (art. 8º), do qual o Brasil é signatário.

Assim, pode-se entender essa dificuldade de falta de quórum para abrir uma seção eleitoral, não passa de um mecanismo de defesa para não promover a votação dos presos provisórios e dos internados.

De acordo com um trabalho recente do Grupo de Estudos Carcerários Aplicados da USP (GECAP-USP)², coordenado pelo professor Cláudio do Prado Amaral, revelou que Brasil vive um buraco negro de informação sobre as cadeias. Os pesquisadores analisaram os sites de todos os governos estaduais e verificou-se um —verdadeiro buraco negro de informações sobre a situação nas cadeias brasileiras. Para o professor Cláudio Amaral a falta de transparência é uma das causas da crise carcerária (TRUFFI, 2014).

Essa falta de transparência justifica-se na ausência da contraprestação positiva estatal. Inclusive, a terceira dificuldade apontada para formar as seções eleitorais, diz respeito ao foro eleitoral do preso que o possui em outro lugar.

Recentemente, o Plenário do Tribunal Superior Eleitoral (TSE)³ aprovou, na sessão administrativa do dia 17 de dezembro de 2013, seis resoluções das eleições gerais de 2014. Dentre as inovações da resolução sobre os atos preparatórios das eleições de 2014, destacam-se a permissão do voto em trânsito para presidente da República não só nas capitais, mas também nos municípios com mais de 200 mil eleitores e o voto facultativo para os presos provisórios, diferentemente das eleições de 2010, quando foi obrigatório.

Contudo, o fato de colocar como facultativo o voto do preso provisório é mais um mecanismo ardiloso de retirar a responsabilidade do Estado no que diz respeito à garantia da cidadania no cárcere.

2.2. A ausência da representatividade: problemas no processo de ressocialização

O problema jurídico que acontece em virtude da ausência dos meios que assegurem o direito constitucional de voto aos presos provisórios, implica em prejuízos ao processo de ressocialização. Muito embora a efetivação dos direitos humanos seja fundamental para o

² Essa pesquisa foi noticiada por TRUFFI, Renan. Maioria dos Estados omite dados sobre presídios do País. Atualizada às 05/02/2014. Disponível em < <http://ultimosegundo.ig.com.br/brasil/2014-02-05/maioria-dos-estados-omite-dados-sobre-presidios-do-pais.html> > Acesso em 08.fev.2014

³ Informação disponibilizada no site do Tribunal Superior Eleitoral. Disponível em < <http://www.tse.jus.br/noticias-tse/2013/Dezembro/tse-aprova-seis-resolucoes-das-eleicoes-gerais-de-2014> > Acesso em 05.jan.2014

processo de ressocialização e a participação popular esteja assegurada em diversos documentos internacionais, nem sempre o Estado tem interesse em ressocializar, mesmo sendo esta uma de suas funções.

Inicialmente, deve-se salientar que os direitos humanos, compreendidos desde sua concepção mais clássica, sustentada na perspectiva do universalismo, pressuposto do sujeito universal Bobbio (2004), até as perspectivas que lidam com as diferenças, como os autores Boaventura de Sousa Santos (1997; 2011), Herrera Flores (2009) e David Sanchez Rubio (2007), são intransferíveis, inegociáveis e *indisponíveis*, de modo que, sem eles, o ser humano não consegue participar plenamente da vida em sociedade.

A garantia da cidadania e da participação política dos presos provisórios faz parte do respeito aos direitos humanos. Se há o alijamento desses indivíduos das decisões políticas, não há que se falar em ressocialização. Não é possível falar em inclusão, excluindo-se. Alessandro Barata (1997) afirma que “toda técnica pedagógica de reinserção do detido choca contra a natureza mesma desta relação de exclusão. Não se pode, ao mesmo tempo, excluir e incluir”.

Desse modo, os Direitos Humanos são um conjunto de leis, vantagens e prerrogativas que garantem vida digna às pessoas, indiscriminadamente, bem como um conjunto de regras pelas quais o Estado e todos os cidadãos a ele pertencentes devem respeitar e obedecer (CARVALHO, 2013).

O conceito de *ressocialização* remonta do século XIX. Para Cappeler (1985), o discurso jurídico se apropria do conceito de *ressocialização* com o sentido de reintegração social dos indivíduos, enquanto sujeitos de direito e procura ocultar a ideia do castigo, obscuridade a violência legítima do Estado (OLIVEIRA e NOVAES, 2013).

Porém, o conceito ressocialização está em pleno desajuste com o espaço não discursivo de sua aplicação – a intuição carcerária ou correccional - na formação social brasileira (CAPELLER, 1985; OLIVEIRA e NOVAES, 2013). A prisão continua com os problemas endêmicos, tais como os que são apontados por Foucault:

- a) as prisões não diminuem a taxa de criminalidade: pode-se aumentá-las, multiplicá-las ou transformá-las, a quantidade de crimes e de criminosos permanece estável, ou, ainda pior, aumenta;
- b) a detenção provoca a reincidência; depois de sair da prisão, se têm mais chance que antes de voltar para ela; os condenados são, em proporção considerável, antigos detentos. A prisão não pode deixar de fabricar

delinquentes. Fabrica-os pelo tipo de existência que faz os detentos levarem: que fiquem isolados nas celas, ou que lhes seja imposto um trabalho inútil, para o qual não encontrarão utilidade. É, de qualquer maneira, não pensar no homem em sociedade (FOUCAULT, 2002, p. 195):

Neste diapasão, o poder público proclama a instituição e /ou valorização de uma política de execução penal pautada sob égide dos Direitos Humanos, em que o discurso da ressocialização serve para esconder e escamotear a prática social repressiva do castigo e da violência real, que, conforme, Capeller (1985, p.130), na realidade, nada mais é do que o discurso sobre o próprio castigo. Dessa forma, alimentar o sofrimento significa para o Estado dar uma, resposta imediata à sociedade e não preocupar-se com o efetivo retorno do preso para a vida social.

Alexis A. C. de Brito (2006, p. 24) alerta para a crise do direito penal e de sua principal sanção, a pena de prisão. Além de chamar atenção para um problema nem sempre observado, o qual consiste no fato de a opinião pública ser a principal responsável pela condução da política criminal, de modo que os julgamentos acontecem, muitas vezes, antes da condenação do réu pelo juiz. Acerca do assunto, dispõe:

Sabemos que o Direito Penal está em crise, e com ele a sua principal sanção, a pena de prisão. A sociedade, ameaçada e acuada pelo crescimento da violência pressiona o Estado, em busca de soluções. Então, o que fazer? Aumentar os tipos penais e a duração das penas? Na arguta crítica de Assis Toledo, no Brasil, como em muitos outros países, ainda existe a falsa noção, na opinião pública, de que a cadeia é o remédio para todos os males. Hodiernamente, é a opinião pública quem tem conduzido a política criminal, não aquela pregada por Liszt e lapidada por Roxin, mas inadvertidamente aquela explorada e distorcida por alguns meios de comunicação, a “imprensa marrom”, que não tem nenhum interesse em que a convivência social interrompa a atividade rentável. Leis endurecem as penas e restringem os benefícios, castrando a individualização da pena. Juízes não têm liberdade de julgar o réu antes de condená-lo, ato praticado previamente pela imprensa (BRITO 2006, p. 24).

Conforme destacado por Brito (2006, p. 24), um dos grandes desafios é superar a falsa noção da opinião pública de que a cadeia é o remédio para todos os males, pois sendo a sociedade a responsável pela condução da política criminal, a atual situação nada mais é do que o reflexo da falsa ideia de punição que é difundida.

Diante dessa realidade, à luz dos ensinamentos de Brizzi e Pinheiro (2008), a ressocialização torna-se um ideal utópico e distante da realidade, não só porque existe um contingente enorme de pessoas que nunca foram inseridas na sociedade, mas também porque

o sistema atual é incapaz de proporcionar ao preso condições de retornar ao convívio social de forma saudável (OLIVEIRA e NOVAES, 2013).

Quando o Estado falha, a legitimidade do Estado Democrático de Direito é colocada em cheque. Um grande problema é não correspondência entre o ato delituoso praticado com a pena ou sanção estabelecida, que incita a equivocada ideia de se aumentar a pena, quando a verdadeira necessidade é a rediscussão da sua eficácia e não do aumento por si só.

A lei de Talião é considerada o marco na introdução da ideia de proporcionalidade e humanização das penas, posto que introduziu a necessidade de graduar delitos e penas (BITENCOURT, 2004, p. 4). E hoje, o que se tem, ainda que de forma falha é um Estado legítimo que por meio de um contrato social deve garantir a segurança pública por meio de uma punição justa e proporcional dos infratores das normas.

Cada vez mais pode ser verificado um descontentamento da ideia de privar a liberdade para punir, como isso não fosse suficiente para reparar. E realmente, não é suficiente. Entretanto, não se trata tão somente de reparar o dano, mas de retratar-se perante a sociedade.

Segundo Goffman (*apud* GOMES, 2012, p.15), a suposta ou pretendida reintegração do egresso é inviabilizada também em decorrência do estigma. Para Melo (2005 *apud* GOMES, 2012, p.15) “O estigma é um atributo que produz um amplo descrédito na vida do sujeito; em situações extremas, é nomeado como “defeito”, “falha” ou desvantagem em relação ao outro”.

Contudo, os elementos históricos, bem como a opinião pública moldada sob a égide do discurso do castigo demonstram incontestavelmente como é mais interessante para o Estado alimentar o discurso do sofrimento aliado à punição, do que primar pela reforma de toda a estrutura prisional para recuperar àqueles que ficaram à margem da sociedade, assegurando o direito de participação política como pressuposto da ressocialização.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho permite inferir que a falta de participação política dos presos provisórios implica em uma das dificuldades democráticas enfrentadas na pós-modernidade.

Assim, os dois problemas políticos gerados pela invisibilidade dos presos que não votam - democrático e legislativo – provocam um problema de ordem jurídica.

Desse modo, o problema jurídico acontece em virtude da ausência dos meios que assegurem o direito constitucional de voto aos presos provisórios e implica em prejuízos ao processo de ressocialização.

Nesse sentido, enquanto Jeremy Waldron defende que a melhor solução para as discordâncias de interesses, encontra-se em legar ao Poder Legislativo, eleito democraticamente, o processo de decisões, Boaventura de Sousa Santos aposta em uma refundação democrática do Judiciário que dependerá das reformas judiciais em cada país e da intensidade da influência exercida pela globalização hegemônica do direito e da justiça.

As reflexões sobre o direito à cidadania no cárcere possibilitam um novo olhar para as dificuldades apontadas na formação das seções eleitorais que assegurem a votação dos presos provisórios, a exemplo do curto lapso temporal existente entre a data do cadastramento eleitoral e a data de realização das eleições; falta de quórum para abrir uma seção eleitoral; diferentes foros eleitorais.

Por fim, pode-se verificar que muitas dificuldades apontadas pelo Estado devem ser consideradas em todos os seus aspectos, de modo que a maioria delas camufla a falta de interesse do Estado em olhar para o sistema penitenciário, alimentando a invisibilidade do preso no cenário político.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. Trad. Luis Afonso Heck. 2. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**. Tradução de Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Revan, 1997.

BAUMAN, Zygmunt. **O Mal-estar da pós-modernidade**. Tradução Mauro Gama, Cláudia Martinelli Gama; revisão técnica Luís Carlos Fridman. Rio de Janeiro: Zahar, 1998.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da pena de prisão**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

BOBBIO, Norberto. A era dos direitos. Rio de Janeiro: Campus/Elsevier, 2004.

BRITO, Alexis Augusto Couto de. **Execução Penal**. São Paulo: QuartierLatin, 2006.

CAPPELER, Wanda. **O direito pelo avesso: análise do conceito de ressocialização**. In: Revista Temas, Soc. Dir. Saúde. São Paulo, IMESC: 2, 1985.

CARVALHO, Gustavo Dantas. **Desafio de efetividade da Constituição Federal**. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 22 mar. 2013

DALLARI, Dalmo Abreu. **Elementos Teoria Geral do Estado**. 2ª edição, 1998. Direitos Humanos III. Brasília, 2009.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir: nascimento da prisão**. Tradução de Ligia M. Ponde Vassalo. 7. ed. Petrópolis: Vozes, 2002.

GOMES, Fernanda Carvalho. **Reintegração social de egressos do sistema prisional: a visão de empregadores/as**. 57 fls. Trabalho de Conclusão de Curso (Psicologia) – Universidade Católica, Brasília, 2012.

HERREIRA FLORES, Joaquín. **A (re) invenção dos direitos humanos**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009.

NOGUEIRA JUNIOR, G. R., MARQUES, V. T. **Reinserção Social: para pensar políticas públicas de proteção aos direitos humanos** In: Direitos sociais e políticas públicas I [Recurso eletrônico on-line].1 ed. Florianópolis : FUNJAB, 2014, v.1, p. 444465

OLIVEIRA, S. R. M. ; NOVAES, J. L. . **APAC, Conselho da Comunidade, Penarte: experiências de reintegração prisional**. In: Conpedi e Unicuritiba. (Org.). Direitos Sociais e Políticas Públicas I. 22 ed. Curitiba: FUNJAB, 2013, v. p. 365-383.

OLIVEIRA, Samyle Regina Matos. **O direito à cidadania no cárcere como mecanismo de efetivação dos direitos humanos em Sergipe**. Aracaju, SE, 2014.2 TCC (Graduação em Direito) - Universidade Tiradentes - UNIT, Aracaju, 2014.2

SÁNCHEZ RUBIO, David. **Repensar derechos humanos**. De la anestesia a la sinestesia. Sevilla: Editorial MAD, 2007

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Para uma revolução democrática da Justiça**. 3 ed. São. São Paulo: Cortez, 2011

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Por uma concepção multicultural de direitos humanos**. Revista Crítica de Ciências Sociais, 48, 11-32, Local de edição, 1997.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 9. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

WALDRON, Jeremy. **Derecho y desacuerdos**. Trad. José Luis Martí e Águeda Quiroga. Madrid: Marcial Pons, 2005.