XXVII CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI PORTO ALEGRE – RS

DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS II

GILMAR ANTONIO BEDIN

VLADMIR OLIVEIRA DA SILVEIRA

OSMAR VERONESE

Copyright © 2018 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina
Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais
Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe
Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul
Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI
Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:
Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro
Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina
Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo
Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)
Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais
Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - IMED – Rio Grande do Sul
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará
Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM– Distrito Federal
Relações Internacionais para o Continente Americano
Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goías
Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia
Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão
Relações Internacionais para os demais Continentes
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná
Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo
Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:
Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch UFSM – Rio Grande do Sul
Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho Unifor – Ceará
Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta Fumec – Minas Gerais

Comunicação:
Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro UNOESC – Santa Catarina
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali – Rio Grande do Sul
Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - ESDHC – Minas Gerais

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

---

D597

Direito internacional dos direitos humanos II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UNISINOS

Coordenadores: Gilmar Antonio Bedin; Vladmir Oliveira da Silveira; Osmar Veronese. – Florianópolis: CONPEDI, 2018.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-710-6
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Tecnologia, Comunicação e Inovação no Direito

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVII Encontro Nacional do CONPEDI (27 : 2018 : Porto Alegre, Brasil).

CDU: 34

CONPEDI

Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis
Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

UNISINOS

Universidade do Vale do Rio dos Sinos
Porto Alegre – Rio Grande do Sul - Brasil
http://unisinos.br/novocampuspoa/

XXVII CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI PORTO ALEGRE – RS

DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS II

Apresentação

Os direitos humanos têm se constituído num dos temas centrais da agenda política das últimas décadas das sociedades democráticas nas diversas regiões do mundo. Essa centralidade é impulsionada por uma divergência essencial sobre as contribuições dos direitos humanos para a conformação de um mundo melhor e para o fortalecimento do processo civilizatório. O intenso debate existente envolve estudiosos das diversas correntes teóricas sobre os direitos humanos e representantes (militantes) dos diversos grupos sociais.

Dessa forma, fica evidente que é uma preocupação transversal (que envolve questões teóricas e práticas de defesa dos direitos humanos) e que as possibilidades de construção de eventuais consensos são pouco prováveis. Nesse contexto, um primeiro debate que ganha forma é o que se pergunta sobre o fato dos direitos humanos representarem ou não valores universais. Essa indagação reflete uma das questões centrais do mundo atual (globalização) e se interroga sobre o sentido mais profundo dos direitos humanos. Isto é, se os direitos humanos são verdadeiramente uma conquista civilizatória ou são apenas valores do Ocidente que estão sendo impostos unilateralmente ao resto do mundo. Esse quadro fica ainda mais problemático na medida que são acrescidas questões geopolíticas ou geoestratégicas fundamentais.

Além desse fato, um segundo debate importante pode ser identificado na luta estabelecida entre o predomínio do direito à igualdade (típico de um cenário de modernidade sólida) e o predomínio do direito à diferença (típico de um cenário de modernidade líquida). Essa tensão desencadeia um debate virtuoso sobre a questão da identidade e do reconhecimento nas atuais sociedades complexas. Mas, pode levar também a fragmentação da luta pelos direitos humanos e ao fortalecimento de determinados préconceitos dos grupos sociais mais conservadores. Ademais, alguns teóricos importantes lembram que a luta pelo reconhecimento da diferença foi historicamente uma reivindicação política dos setores políticos ultraconservadores e que, portanto, a afirmação das diferenças pode ser uma verdadeira cilada (pois traz consigo a ideia de superioridade).

Um terceiro debate importante é a questão da proteção nacional verso proteção internacional dos direitos humanos. Nesse sentido, pergunta-se: é importante essa duplicidade? Qual é a esfera político-jurídica mais apta a proteger os direitos humanos? Como se passa de um âmbito de proteção para outro? Quais são os requisitos a serem cumpridos? É possível o

controle de convencionalidade? São todas questões importantes e que em relação a muitas delas, ainda não é possível uma resposta única. O importante é que as questões estão colocadas e os pesquisadores do tema estão indagando sobre os diversas respostas possíveis e suas consequências para os direitos humanos.

Três debates, como se pode ver, muito importantes sobre os direitos humanos e sobre as quais, na atualidade, é quase impossível chegar a um acordo entre os participantes do debates. Mas, porque, então, chamar a atenção para a existências dos mesmos? Pelo fato que muitos dos artigos que integram a presente obra se aproximam, de uma forma ou de outra, dos mesmos (o que é essencial). Contudo, é importante alertar que os textos não possuem a pretensão de adotarem, em nenhuma hipótese, um posicionamento definitivo e muito menos excluírem os outros possíveis olhares legítimos sobre o aspecto em discussão. Ao contrário, colocam-se à disposição para diálogo franco, aberto e construtivo e para o enriquecimento teórico mútuo.

Os títulos dos artigos que compõe essa obra são os seguintes: Os Conflitos Armados e o Tribunal Penal Internacional; O Terrorismo Internacional e o Tribunal Penal Internacional: Uma Análise a Partir da Nova Ordem Mundial; Os Direitos Humanos Multiculturais; O Processo de Dinamogenesis dos Direitos dos Idosos no âmbito da Organização das Nações Unidas; Normas de Jus Cogens e Crime Contra a Humanidade: O Caso Herzog vs. Brasil; Uma Análise do Caso Damião Ximenes Lopes x Brasil na Corte Interamericana de Direitos Humanos: A Efetivação de Políticas Públicas Como Garantia de Direitos Humanos; A Infraestrutura como Elemento do Direito Humano ao Desenvolvimento no Marco da Integração Regional Sul-Americana; O Papel das Imigrações no Imaginário Colonial Brasileiro: Por Uma Concepção Contra-Hegemônica do Direito Humano de Imigrar; Migrações em Sociedades de Risco: O Gatilho da Insegurança e Desrespeito aos Direitos Humanos; Margem Nacional de Apreciação e Controle de Convencionalidade: Mecanismos Complementares de Harmonização Entre o Direito Internacional e os Ordenamentos Jurídicos Nacionais; Há Lugar Para A Hierarquia Supralegal dos Tratados de Direitos Humanos na Constituição Federal de 1988?: Notas Sobre a Interpretação do Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário n. 466.343/SP; A Aplicação dos Tratados de Direitos Humanos Independe do Decreto Executivo de Promulgação Interna? Perspectivas de Mudança do Entendimento Jurisprudencial; Primazia de Jurisdições: Do Transconstitucionalismo à Teoria do Diálogo das Fontes; O Controle de Convencionalidade Na Defesa Dos Direitos Humanos: Uma Abordagem A Partir da Teoria Sistêmica de Niklas Luhmann; A Responsabilidade Internacional do Estado pela Escravidão Contemporânea Praticada Por Particulares: O Caso Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde Vs. Brasil; A Questão dos Direitos Humanos em Terras (Des) Colonizadas e Uma Abordagem Sobre a

Incompletude da Justiça de Transição: Estaremos Retrocedendo em Nossa Frágil Democracia?; As Prisões Brasileiras Como um Espaço de Antidireitos: Entre o Discurso Oficial e o Agir Estatal.

É importante registrar, por fim, que os textos que fazem parte da presente publicação foram apresentados e discutidos no Grupo de Trabalho de Direito Internacional dos Direitos Humanos II, realizado no dia 15 de novembro de 2018, Porto Alegre, no Rio Grande do Sul, durante o XXVII Congresso Nacional do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito - CONPEDI. No conjunto, os textos revelam a complexidade temática da situação atual da proteção internacional dos direitos humanos e permitem a constatação da rica produção acadêmica brasileira sobre o tema. Por isso, eles merecem uma leitura cuidadosa e crítica de todos os interessados na luta pelos direitos humanos.

Professor Doutor Gilmar Antonio Bedin (UNIJUÍ/URI-Santo Ângelo)

Professor Doutor Vladmir Oliveira da Silveira (UFMS/MS)

Professor Doutor Osmar Veronese (URI-Santo Ângelo)

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 8.1 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

AS PRISÕES BRASILEIRAS COMO UM ESPAÇO DE ANTIDIREITOS: ENTRE O DISCURSO OFICIAL E O AGIR ESTATAL

BRAZILIAN PRISONS AS A SPACE OF ANTI-RIGHTS: BETWEEN OFFICIAL SPEECH AND STATE ACT

Carolina Soares Castelliano Lucena De Castro

Resumo

Ao mesmo tempo em que o Estado brasileiro é signatário de diversos tratados internacionais de direitos humanos – além de possuir uma legislação interna em consonância com esse ideal – mantém prisões nas quais o tratamento desumano e degradante dispensado aos indivíduos ali mantidos sob custódia é a regra. O paradoxo, portanto, entre o discurso oficial e o agir estatal é flagrante. A busca pela efetivação do discurso no mundo real, perpassa pelo alargamento dos conceitos de exigibilidade e justiciabilidade, os quais exigem uma forma de atuação estratégica perante o cenário global.

Palavras-chave: Prisões, Direitos humanos, Discurso, Justiciabilidade

Abstract/Resumen/Résumé

At the same time that Brazil is a signatory to several international human rights treaties - in addition to having domestic legislation in line with this ideal – the country maintains prisons where the inhuman and degrading treatment for inmates is the rule. The paradox, therefore, between official discourse and state action is apparent. The search for the effectiveness of the discourse in the real world, goes through the extension of the concepts of enforceability and justiciability, which require a form of strategic action in the global scenario.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Prisions, Human rigths, Speech, Justiciability

INTRODUÇÃO

No ano de 1764, a obra "Dos Delitos e Das Penas", escrita por Cesare Beccaria, foi publicada, tornando-se célebre ao tratar a aplicação das penas sob um viés humanitário, repudiando a prática da tortura e pena de morte, então usuais à época. Tal obra influenciou as bases dos ordenamentos jurídicos espalhados pelo mundo, tornando-se referência no âmbito do direito penal.

No início de 2017, cento e nove presos foram mortos, por outros detentos, em presídios localizados em três Estados do norte e nordeste do país, a maioria das vítimas foram decapitadas e alguns chegaram a ter órgãos arrancados do corpo[1]. Os presídios em que tais mortes ocorreram, apresentavam superlotação e condições precárias de estrutura e manutenção.

Caso seja adotada a perspectiva evolucionista dos direitos humanos, como uma ideia que avançou no transcorrer dos séculos e foi defendida mediante guerras e revoluções que marcaram a histórica civilizatória ocidental, fica muito difícil compreender como é possível ainda persistirem no século XXI espaços mantidos pelo aparato estatal, nos quais ocorrem, de forma notória, situações de absoluta degradação e desumanidade contra indivíduos ali mantidos sob custódia.

Partindo dessa premissa, o presente artigo não pretende ser tão somente texto a abordar as barbaridades que já fazem parte do cotidiano dos presídios brasileiros, ainda que textos com essa proposta sejam extremamente importantes na formação de um corpo uniforme e repetido de denúncia e reivindicatório de mudanças.

Assim, o que se busca nesse trabalho é tentar compreender o paradoxo que nosso próprio Estado produz, tendo em vista que, se por um lado temos uma avançada lei de execução penal e somos signatários de tratados internacionais que exigem o respeito à dignidade humana de forma indiscriminada e ampla, por outro lado, as condições encontradas em nossas prisões

[1] Massacre em presídio de Manaus deixa 56 mortos. Disponível em http://brasil.elpais.com/brasil/2017/01/02/politica/1483358892_477027.html. Acesso em 23/02/2017. Governo do Rio Grande do Norte confirma 26 mortes em rebelião. Disponível em http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2017/01/1850078-rebeliao-em-presidio-deixa-ao-menos-27-mortos-diz-governo-do-rn.shtml. Acesso em 23/02/2017. 31 presos são mortos em penitenciária de Roraima. Disponível em http://g1.globo.com/rr/roraima/noticia/2017/01/mais-de-30-presos-sao-mortos-na-penitenciaria-de-roraima-diz-sejuc.html. Acesso em 23/02/2017

podem ser equiparadas aos campos de concentração nazistas da segunda guerra[2], em termos de degradação em que os seres humanos ali colocados (ou melhor, depositados) são obrigados a experimentar. Da mesma forma, trabalhar com possibilidades de mudanças, dentro desse paradoxo, também é objetivo desse artigo.

Dessa forma, na primeira parte do trabalho, busca-se compreender a gênese por detrás da ideia dos direitos humanos, sua função, identificando-se, por conseguinte, que se trata, em verdade, de um mecanismo que opera historicamente sob a lógica da inclusão versus exclusão. Tal percurso ontológico revela-se necessário para uma melhor reflexão sobre o paradoxo acima descrito.

Na segunda parte do trabalho, é desenvolvida uma abordagem que compreende a prisão enquanto um espaço no qual vige o antidireito - marcado pela violência e desumanidade. Perspectiva, essa, que permite verificar o quanto a lógica da exclusão produz invisibilidades, que dificultam a possibilidade de construção de reinvindicações e, por conseguinte, mudanças.

Dessa forma, até mesmo o reconhecimento de um estado de coisas inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal após provocação em sede do controle concentrado de constitucionalidade, não é capaz de produzir por si só alterações na realidade, que permanece inalterada na reprodução de pura selvageria.

Ao final do trabalho, possível constatar que partir do discurso dos direitos humanos, e toda a força que o mesmo representa perante o cenário de Direito Internacional, o alargamento dos conceitos de exigibilidade e justiciabilidade se revelam como caminhos possíveis para uma mudança de cenário, obrigando o agir estatal a agir em coerência com a sua própria fala.

---

[2] No mutirão carcerário realizado em março de 2014 no presídio Central de Porto Alegre, o juiz João Marcos Buch, que acompanhou a vistoria, afirmou que a situação é calamitosa e o local se compara a um campo e concentração. Disponível em http://www.jornalnh.com.br/_conteudo/2014/03/noticias/rio_grande_do_sul/27990-apos-vistoria-juiz-campara-presidio-central-com-campo-de-concetracao.html. Acesso em 23/02/2017.
Em março de 2010, o juiz corregedor do Tribunal de Justiça de Rondônia determinou o fechamento da casa de detenção de Vilhena, comparando o local com um campo de concentração. Disponível em http://www.rondoniagora.com/cidades/juiz-interdita-casa-de-detencao-ameaca-esvaziar-presidio-e-lacrar-as-instalacoes. Acesso em 23/02/2017.

CAPÍTULO 1. DIREITOS HUMANOS ENQUANTO CONSENSO E A LÓGICA DA INCLUSÃO Vs EXCLUSÃO

Na sociedade contemporânea, o ideal dos direitos humanos parece ser um consenso entre grupos reunidos nas mais diferentes e, até mesmo, inconciliáveis formas organizativas. Dificilmente um agente público, ou pessoa com algum tipo de projeção social, se colocará expressamente contra esse ideal, ainda que muitas vezes a atuação cotidiana possa significar na prática a violação desses direitos.

Assim, defender e seguir os ditames preconizados pelos direitos humanos demonstra alinhamento com a lógica imperativa mundial, e qualquer fala que destoe desse "script" rompe com o padrão esperado, pois que esse ideal "une a Esquerda e a Direita, o púlpito e o Estado, o ministro e o rebelde, os países em desenvolvimento e os liberais de Hampstead e Manhatan" (DOUZINAS, 2009, p. 19).

Importante não perder de vista que, conforme alertado pela professora Juliana Neuenschwander Magalhães, "a noção de 'direitos humanos' é uma concepção tipicamente moderna, isto é, uma ideia que se pôde realizar, apenas, nas condições que só a modernidade ofereceu" (MAGALHÃES, 2013, p. 90). E quanto à sua gênese, lembra Douzinas que

> [o]s direitos humanos estavam ligados inicialmente a interesses de classe específicos e foram as armas ideológicas e política na luta da burguesia emergente contra o poder político despótico e a organização social estática. Mas suas pressuposições ontológicas, os princípios de igualdade e liberdade, e seu corolário político, a pretensão de que o poder político deve estar sujeito às exigências da razão e da lei, agora passaram a fazer parte da principal ideologia da maioria dos regimes contemporâneos e sua parcialidade foi transcendida. (DOUZINAS, 2009. p. 90).)

No Brasil, o ideal de direitos humanos atravessa todo o ordenamento jurídico vigente, tendo a Constituição Federal de 1988 erigido a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos da República (art. 1ª, III) e estabelecido como um dos objetivos fundamentais a construção de uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I). Além disso, há expressa vedação

à submissão a tortura ou tratamento desumano ou degradante (art. 5º, III), sendo assegurado à pessoa presa o respeito à integridade física e moral (art. 5º, XLIX).[3]

Nesse aspecto, nosso país é signatário de Tratados Internacionais que determinam a dispensa de tratamento digno a pessoas encarceradas sob a tutela do Estado, como, por exemplo, a Convenção Americana de Direitos Humanos[4], o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos[5] e a Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos e Degradantes[6]. Além de possuir uma legislação de execução penal prevendo que "ao condenado e ao internado serão assegurados todos os direitos não atingidos pela sentença ou pela lei."[7]

Entretanto, as violações à dignidade dos custodiados em nossos presídios ocorrem de maneira estrutural e sistêmica[8], o tratamento desumano e degradante é a tônica que permeia o sistema, sendo rotineiramente noticiado na grande mídia esse quadro de barbárie, principalmente quando o mesmo foge do usual e descamba para o cometimento de massacres, como os relatados no início do artigo.

Portanto, há uma dissonância entre discurso e prática, pois os direitos humanos que se prega não consegue alterar a realidade fática daquilo que ocorre nos presídios. Assim, refletir

---

[3] Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituição.htm> Acesso em 23/02/2017.

[4] Art. 5º, item 1: Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua integridade física, psíquica e moral. Item 2: Ninguém deve ser submetido a torturas, nem a penas ou tratos cruéis, desumanos ou degradantes. Toda pessoa privada da liberdade deve ser tratada com o respeito devido à dignidade inerente ao ser humano. Disponível em <http://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencaoamericana> Acesso em 23/02/2017.

[5] Art. 7º: Ninguém poderá ser submetido à tortura, nem a penas ou tratamento cruéis, desumanos ou degradantes. Será proibido sobretudo, submeter uma pessoa, sem seu livre consentimento, a experiências médias ou cientificas. Art. 10, item 1: Toda pessoa privada de sua liberdade deverá ser tratada com humanidade e respeito à dignidade inerente à pessoa humana. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm> Acesso em 23/02/2017.

[6] Art. 16: Cada Estado Parte comprometer-se-á a impedir, em qualquer parte do território sob a sua jurisdição, outros atos que constituam tratamento ou penas cruéis, desumanos ou degradantes, que não equivalem a tortura, tal como definida no artigo 1º, quando tais atos forem cometidos por um funcionário público ou por outra pessoa no exercício de atribuições públicas, ou ainda por sua instigação ou com o seu consentimento ou aquiescência. Aplicar-se-ão, em particular, as obrigações contidas nos artigos 10, 11, 12 e 13, substituindo-se as referências à tortura por referências a outras formas de tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0040.htm>. Acesso em 23/02/2017.

[7] Art. 3º da Lei 7210/1984. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210.htm>. Acesso em 23/02/2017.

[8] Fazendo um paralelo com o problema da superlotação tratado por Rodrigo Roig na obra Execução Penal. Teoria Crítica. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 546, "pode-se entender por natureza estrutural da superlotação aquela não excepcional, emergencial ou sazonal, que resulta porém do mau funcionamento crônico do sistema penitenciário, que não oferece uma medida efetiva para impedir a continuação daquela e, assim, assegurar aos presos o melhoramento das suas condições materiais de encarceramento. Já por natureza sistêmica da superlotação, é possível considerar aquela não pontual ou local, mas que na verdade permeia todo o sistema penitenciário."

sobre o papel e função que o ideal de direitos humanos realmente possui é se suma importância para compreender esse fenômeno.

Nesse sentido, Juliana Neuenshwander Magalhães chama atenção para o fato de que "muita antes que a ideia de 'humano' coincidisse com a noção de 'direito', o apelo à 'humanidade' do homem serviu para estabelecer critérios de inclusão e, portanto, também de exclusão social" (MAGALHÃES, 2013, p. 35). Portanto, quanto à função, pode-se afirmar que

> [s]e os direitos humanos expressam os mecanismos de inclusão dos homens na sociedade, mas não estão em condições de, por si só, incluí-los, isso então significa que eles expressam, sobretudo, as formas toleráveis de exclusão social numa sociedade em que se afirmou, através do sistema jurídico, a inclusão generalizada. A função dos direitos, portanto, não é aquela com base na qual ele supostamente se afirmaram. É outra. Esconde-se por detrás das afirmações de igualdade, da liberdade, da 'humanidade' (MAGALHÃES, 2013, p. 35).

Assim, outros conceitos já desempenharam o papel de

> construção de soluções para inclusão e, portanto, também da exclusão social. Tal foi o caso do conceito de humanitas, da diferença entre gregos e bárbaros, entre senhores e escravos, fiéis e infiéis, nobres e servos, soberanos e súditos, ricos e pobres. (MAGALHÃES, 2013, p. 37).

No quadro atual, a lógica da inclusão versus exclusão, produz o modelo de livres versus encarcerados. E a garantia de direitos, assim como a tolerância quanto às suas violações, podem sofrer mudanças drásticas quando se passa de um *status* para outro. A prisão torna-se um espaço de invisibilizados, para os quais o discurso libertário e igualitário dos direitos humanos não consegue chegar.

CAPÍTULO 2. A PRISÃO COMO UM ESPAÇO DE NÃO DIREITOS

A prisão pode ser encarada como um espaço de não direitos em dois aspectos: as normas vigentes não chegam e, portanto, não são capazes de produzir mudança no quadro fático de

violação de direitos, e, por outro lado, não há formação de reivindicações pelos próprios indivíduos que nesse espaço se encontram.[9]

A própria representatividade desses indivíduos no mundo exterior é uma questão delicada, uma vez que atores do Poder Legislativo tem exata noção do quanto é impopular encampar um discurso sensível à situação dos presos, por mais que tal abordagem se coadune com o próprio ideal de direitos humanos. Portanto, a perspectiva de se manter no poder, e ser reeleito, pesa na escolha das causas a serem defendidas.

E quanto aos atores do Poder Judiciário, os juízes, quando livres de preconceitos e ideologias punitivistas, se veem amarrados numa superestrutura, na qual a atuação em casos pontuais e isolados não é capaz de alterar o todo, e o todo, dessa forma, se perpetua e expande-se.

A noção de esfera pública desenvolvida por Habermas, enquanto uma "arena discursiva, livre, aberta à participação e ao reconhecimento do outro como igual no direito de uso da palavra, lugar onde as interpretações serão negociadas comparativamente" (OLIVEIRA e FERNANDES, 2011, p. 126) definitivamente não abrange o espaço da prisão. Assim, para Habermas,

> a esfera pública é vista como um fórum importante para onde discussões e debates de questões sociais relevantes são trazidos à luz por indivíduos e coletividades, inclusive por aqueles que eventualmente sintam-se excluídos. Na esfera pública, as minorias tentam defender-se da cultura majoritária, contestando a validade do auto-entendimento coletivo, e se esforçando para convencer públicos amplos da pertinência e justeza de suas reivindicações. É nesse espaço, possibilitado pela comunicação, que sujeitos vão colocar seus pontos de vista, suas experiências e perspectivas do que acha justo e tentar convencer os outros da validade de seus propósitos. (OLIVEIRA e FERNANDES, 2011, p. 126)

O que se vê nas prisões é justamente o oposto, visto que os sujeitos e suas causas são invisibilizados, pois que as mazelas ali verificadas são de conhecimento amplo e irrestrito. Assim, o rótulo que se adquire a partir de uma condenação criminal retira do sujeito criminalizado qualquer legitimidade reivindicatória, e o tratamento abusivo e degradante que

[9] Dados do Infopen apontam que em 2014 o Brasil atingiu a marca de 6222.000 pessoas presas, tornando-se a quarta maior população carcerária do mundo. Disponível em <http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/documentos/infopen_dez14.pdf>. Acesso em 23/02/2017.

lhe é dispensado passa a ser tolerado, não havendo mais o estabelecimento da relação de alteridade entre os membros da sociedade e esse sujeito.

A situação de desumanidade e degradação em tais espaços é tão notória que, inclusive, ensejou o reconhecimento por parte do Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347, de um estado de coisas inconstitucionais[10], apto a possibilitar a interferência do Judiciário em políticas públicas a cargo do Poder Executivo, como o descontingenciamento da verba do FUPEN (Fundo Penitenciário Nacional).

Tal "estado de coisas" restou reconhecido nos seguintes termos:

> (...) o Plenário anotou que no sistema prisional brasileiro ocorreria violação generalizada de direitos fundamentais dos presos no tocante à dignidade, higidez física e integridade psíquica. As penas privativas de liberdade aplicadas nos presídios converter-se-iam em penas cruéis e desumanas. Nesse contexto, diversos dispositivos constitucionais (artigos 1º, III, 5º, III, XLVII, e, XLVIII, XLIX, LXXIV, e 6º), normas internacionais reconhecedoras dos direitos dos presos (o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, a Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos e Penas Cruéis, Desumanos e Degradantes e a Convenção Americana de Direitos Humanos) e normas infraconstitucionais como a LEP e a LC 79/1994, que criara o Funpen, teriam sido transgredidas.
>
> (...)
>
> Os cárceres brasileiros, além de não servirem à ressocialização dos presos, fomentariam o aumento da criminalidade, pois transformariam pequenos delinquentes em "monstros do crime". A prova da ineficiência do sistema como política de segurança pública estaria nas altas taxas de reincidência. E o reincidente passaria a cometer crimes ainda mais graves. Consignou que a situação seria assustadora: dentro dos presídios, violações sistemáticas de direitos humanos; fora deles, aumento da criminalidade e da insegurança social. Registrou que a responsabilidade por essa situação não poderia ser atribuída a um único e exclusivo poder, mas aos três — Legislativo, Executivo

[10] O reconhecimento do estado de coisas inconstitucionais "foi uma medida desenvolvida pela Corte Nacional da Colômbia a qual identificou um quadro insuportável e permanente de violação de direitos fundamentais a exigir intervenção do Poder Judiciário de caráter estrutural e orçamentário." Disponível em http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=299385. Acesso em 24/02/2017.

> e Judiciário —, e não só os da União, como também os dos Estados-Membros e do Distrito Federal. Ponderou que haveria problemas tanto de formulação e implementação de políticas públicas, quanto de interpretação e aplicação da lei penal. Além disso, faltaria coordenação institucional. A ausência de medidas legislativas, administrativas e orçamentárias eficazes representaria falha estrutural a gerar tanto a ofensa reiterada dos direitos, quanto a perpetuação e o agravamento da situação. O Poder Judiciário também seria responsável, já que aproximadamente 41% dos presos estariam sob custódia provisória e pesquisas demonstrariam que, quando julgados, a maioria alcançaria a absolvição ou a condenação a penas alternativas. Ademais, a manutenção de elevado número de presos para além do tempo de pena fixado evidenciaria a inadequada assistência judiciária. A violação de direitos fundamentais alcançaria a transgressão à dignidade da pessoa humana e ao próprio mínimo existencial e justificaria a atuação mais assertiva do STF. Assim, caberia à Corte o papel de retirar os demais poderes da inércia, catalisar os debates e novas políticas públicas, coordenar as ações e monitorar os resultados. A intervenção judicial seria reclamada ante a incapacidade demonstrada pelas instituições legislativas e administrativas (...).[11]

Por outro lado, mesmo diante da constatação dessa situação violadora de direitos humanos, os tribunais brasileiros historicamente posicionaram-se pela inviabilidade de pagamento de indenização ao preso submetido a tratamento desumano ou degradante. Tal cenário sofreu alteração recente, com a decisão do Supremo Tribunal Federal em sede de recurso extraordinário com repercussão geral, no sentido de que o preso submetido a situação degradante e a superlotação na prisão tem direito à indenização do Estado por danos morais, tendo sido restabelecida a decisão que havia fixado a indenização em R$ 2 mil para um condenado[12].

Ainda que tal decisão represente relativo avanço na responsabilização do Estado pela situação de indignidade encontrada nos cárceres brasileiros, fato é que ainda significa que a

---

[11] Brasil. Supremo Tribunal Federal. ADPF 347 MC/DF, rel. Min. Marco Aurélio, Julgamento: 09.09.2015. Disponível em http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo798.htm. Acesso em 25/02/2017.

[12] Brasil. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 580.252., rel. Min. Teori Zavascki, Julgamento: 16.02.2017. Disponível em http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=336352. Acesso em 25/02/2017

violação dos direitos humanos de um indivíduo preso tem um peso muito menor do que os danos morais advindos de uma inscrição indevida em cadastro de inadimplentes, pois que os valores indenizatórios nesses casos são muito maiores.

Assim, a prisão pode ser encarda como um espaço de antidireitos, na medida em que toda norma de direitos humanos vigente em nosso ordenamento é ali negada e sistematicamente violada pelo próprio estado. Portanto, a máquina estatal revela certa eficiência tão somente até colocar o indivíduo naquele espaço, pois a partir desse momento a única eficiência demonstrada é quanto à segurança para prevenir fugas.

O autor Roberto Lyra defende que o Direito

> se apresenta como positivação da liberdade conscientizada e conquistada nas lutas sociais e formula os princípios supremos da Justiça Social que nelas se desvenda. Por isso, é importante não confundi-lo com as normas em que venha a ser vazado, com nenhuma das séries contraditórias de normas que aparecem na dialética social. Estas últimas pretendem concretizar o Direito, realizar a Justiça, mas nelas pode estar a oposição entre a Justiça mesma, a Justiça Social atualizada na História, e a "justiça" de classes e grupos dominadores, cuja ilegitimidade então desvirtua o "direito" que invocam (LYRA, 1982, p. 56).

Portanto, diante da violência estatal exercida quase que de forma oficial nos espaços das prisões, o texto normativo e texto de decisões judiciais só são o que são: textos. Não são capazes de alterar a realidade verificada na quase totalidade das prisões brasileiras.

E o direito, enquanto concepção libertadora e que visa o atingimento do ideal igualitário, convive com sua negação, pois que "a legislação abrange, sempre, em maior ou menor grau, Direito e Anti-direito: isto é, Direito propriamente dito, reto e correto, entortado pelos interesses classísticos e caprichos continuítas do poder estabelecido."[13]

Percebe-se, dessa forma, a formação de um círculo viciado: reivindicações não são produzidas, mantém-se o *status quo*, o qual impede que reivindicações sejam levantadas. E o rompimento com a reprodução desse cenário em um futuro não tão distante se revela extremamente dificultoso.

[13] Ibid, p. 01.

Ao denunciar o que chama de distância interminável entre o discurso humanizador e as práticas desumanizadoras funcionais[14], Joaquim Herrera Flores cita o autor Bessis, o qual diz que "o paradoxo do ocidente reside em sua faculdade de produzir universalidades, elevá-las ao nível de absolutas, violar com um fascinante espírito sistemático os princípios que delas derivam e elaborar as justificativas teóricas destas violações."[15]

Assim, possível perceber que o ideal dos direitos humanos foi apreendido pelo direito oficial estatal enquanto discurso, muito mais pela força que representam no cenário do Direito Nacional e Internacional, do que efetivamente enquanto uma ideia a contribuir na dialética do agir estatal, que se por um lado não pode prescindir da força e autoridade, por outro, deveria respeito ao indivíduo em toda sua subjetividade.

CAPÍTULO 3. A RUPTURA COM A LÓGICA VIGENTE: A CONTRADIÇÃO PROMOVENDO MUDANÇAS

Obviamente que não há soluções fáceis para o rompimento com as contradições existentes entre o discurso oficial e o agir estatal, e talvez a mudança desse quadro esteja dentro dele próprio. Isso porque, ao tornar-se signatário de convenções e tratados com viés humanista, o Brasil assume uma série de responsabilidades, não só junto ao cenário jurídico internacional como também nacional, tornando-se os direitos humanos praticamente uma *comodity*, que valoriza a imagem do país que a possui e, por consequência, mancha a reputação daquele que sistematicamente o despreza.

Nesse sentido, José Geraldo de Souza Júnior trabalha com o conceito de exigibilidade dos direitos humanos, tomando-o como o "processo social de mobilização política voltado à denúncia ou à efetivação de direitos sonegados e violados." (ESCRIVÃO FILHO E JOSÉ GERALDO, 2016, p. 64). Por sua vez, a justiciabilidade

---

[14] FLORES. Joaquim Herrera. Colonialismo e Violência. Bases para una reflexão pós-colonial desde os derechos humanos. Revista Crítica de Ciências Sociais, nº 75/2006, 21-40. p. 12. Tradução livre. No original: el discurso humanizador y las prácticas deshumanizadoras funcionales.

[15] S., Bessi. , Occidente y los otros. Historia de una supremacía, Alianza Edit., Madrid, 2002 apud FLORES, Joaquim Herrera, Ibid. p. 12. Tradução livre. No original: La paradoja de occidente reside en su facultad de producir universales, elevarlos al rango de lo absoluto, violar con un fascinante espíritu sistemático los principios que de ellos derivan y elaborar las justificaciones teóricas de estas violaciones"

> aparece como uma de suas dimensões estritas, qual seja, a dimensão da exigência, defesa e promoção de direitos perante o sistema de justiça, o que amplia os espaços de ação estratégica e os instrumentais manejados na luta pelos direitos humanos. (ESCRIVÃO FILHO E JOSÉ GERALDO, 2016, p. 64).

Assim, a justiciabilidade imprimindo um duplo aspecto aos direitos humanos – legitimamente exigíveis perante o sistema de justiça e função de efetivação (poder-dever) para as instituições do sistema de justiça – amplia a margem de proteção de tais direitos – "trazendo ao contexto de luta por direitos não apenas novas estratégias e instrumentais para a sua exigência perante o Estado, senão que ampliando a própria competência e mecanismos de exigência do Estado em face desta proteção e efetivação."

Portanto, o discurso estatal descompromissado e simbólico, vazio de intenções, gera consequências, uma vez que abre margem de atuação para diversos atores sociais, sejam do próprio aparato estatal ou não – como movimentos organizados e entidades sem fins lucrativos – se movimentem na busca da concretização daquele discurso, nem que para isso o acionamento das Cortes Internacionais, com a consequente condenação do país seja o caminho a ser trilhado.

Assim, as condenações do Brasil na Corte Interamericana de Justiça – não mais incomuns[16] – em decorrência das situações verificadas nos presídios brasileiros, abre uma possibilidade para que tais espaços deixem de ser natural e historicamente vistos como espaços de não direitos.

Abordando a contradição entre o discurso dos direitos humanos e sua violação - enquanto algo ínsito na expansão da própria sociedade ocidental - Boaventura de Souza Santos afirma que "direitos humanos são desta forma violados para poderem ser defendidos, a democracia é destruída para a garantir a sua salvaguarda, a vida é eliminada em nome de sua preservação." (SANTOS, 2010, p. 36).

Portanto, de um lado, essa contradição permite que os horizontes da agenda política de exigibilidade sejam alargados – para alcançar as instituições do sistema de justiça, e, por outro, o mesmo ocorre com o conceito de justiciabilidade, "a fim de superar uma cultura judicial essencialmente engessada na via jurisdicional."

---

[16] Justiça Interamericana monta supercaso contra presídios brasileiros. Corte da OEA decidi unificar quatro casos de violações de direitos humanos em presídios do país em um só, e cobra explicações. Disponível em http://brasil.elpais.com/brasil/2017/02/24/politica/1487961377_891224.html. Acesso em 27/02/2017.

A própria mudança de comportamento adotada pelo Superior Tribunal Federal, que passou a adotar uma postura mais incisiva e intransigente quanto à necessidade de observância do quadro mínimo de direitos humanos – e todo o potencial que essa jurisprudência tem em refletir nas demais instâncias do Poder Judiciário – indicam que a perspectiva de uma mudança mais ampla esteja justamente na contradição do sistema e a forma como se pode trabalhá-la a partir daí, rejeitando-se uma postura conformista e partindo-se para atuação estratégica de promoção e proteção dos direitos humanos.

CONCLUSÃO

Diante da constatação do paradoxo que marca o agir do Estado brasileiro, e da própria sociedade - que endossa um discurso humanizador ao mesmo tempo em que mantém espaços públicos estatais em que seres humanos são tratados na mais extrema forma degradante e cruel - se revela acertada a constatação de Douzinas no sentido de que "na pós-modernidade, a ideia de história como um processo singular unificado que se move para o objetivo da libertação humana não é mais verossímil" (DOUZINAS, 2009, p. 24).

Assim, compreender o ideal dos direitos humanos como um mecanismo que historicamente operou, e ainda opera, sob a lógica da inclusão versus exclusão leva à visão cética do discurso e a busca pelo efetivo agir no cotidiano da sociedade. E particularmente no caso dos presídios brasileiros, a mudança efetivada pelos indivíduos que têm suas dignidades sistematicamente violadas mostra-se muito difícil, pela série de barreiras que tornam os invisíveis, bem como suas demandas.

A compreensão da prisão como um espaço de anti-direitos, significa que tudo aquilo que está formalmente previsto na legislação, tanto interna quanto internalizada por meio de tratados, é sistemática e amplamente negada.

Ainda que na prática a desobediência a pressupostos básicos de humanidade seja a regra, o discurso dos direitos humanos, vendido no cenário internacional como uma mercadoria imprescindível, tem peso e influência, a ponto de impulsionar mudanças de comportamento no Supremo Tribunal Federal.

De fato, a Corte Suprema reconheceu o estado de coisas inconstitucionais que predomina nas prisões brasileiras, situação, essa, que já ensejou condenações do país em Cortes

Internacionais de Justiça. Além disso, o STF decidiu de forma inédita pelo direito de pessoa presa em situação degradante receber indenização pelo estado por violação a direitos da personalidade.

Assim, os conceitos de exigibilidade e justiciabilidade se abrem como molas propulsoras dessa mudança, pois que o agir estatal é marcado por avanços e retrocessos no que concerne à promoção e garantia dos direitos humanos, e justamente para aqueles interessados sempre nos avanços, a alternativa que melhor se apresenta no atual quadro global é operar de acordo com a lógica da contradição, construindo caminhos que levem ao cruzamento do falar com o agir.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Constituição Federal. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituição.htm> Acesso em 23/02/2017.

Convenção Americana de Direitos Humanos. Disponível em <http://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencaoamericana> Acesso em 23/02/2017.

Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm>. Acesso em 23/02/2017.

Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos e Degradantes. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0040.htm>. Acesso em 23/02/2017.

Lei de Execução Penal. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210.htm. Acesso em 23/02/2017

DOUZINAS, Costas. O Fim dos Direitos Humanos. São Leopoldo: Unisinos, 2009

ESCRIVÃO FILHO, Antônio. SOUSA JUNIOR. JOSÉ GERALDO. Para um debate teórico-conceitual e políticos sobre os direitos humanos. Belo Horizonte: D´ Plácido, 2016

FLORES. Joaquim Herrera. Colonialismo e Violência. Bases para una reflexão pós-colonial desde os derechos humanos. Revista Crítica de Ciências Sociais, nº 75/2006.

LYRA, Roberto. O que é o Direito. São Paulo: Brasiliense, 1982.

MAGALHÃES. Juliana. A Formação do Conceito de Direitos Humanos. Curitiba: Juruá. 2013

OLIVEIRA, Luiz. FERNANDES, Adélia. Espaço público, política e ação comunicativa a partir da concepção habermasiana. Revista Estudos Filosóficos nº 6 /2011.

ROIG, Rodrigo. Execução Penal. Teoria Crítica. São Paulo: Saraiva, 2016.

S., Bessi. , Occidente y los otros. Historia de una supremacía, Alianza Edit., Madrid, 2002

SANTOS, Boaventura de Souza. Epistemologias do Sul. Coimbra: Almedina, 2010. p. 36

http://brasil.elpais.com/brasil/2017/01/02/politica/1483358892_477027.html. Acesso em 23/02/2017.

http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2017/01/1850078-rebeliao-em-presidio-deixa-ao-menos-27-mortos-diz-governo-do-rn.shtml. Acesso em 23/02/2017.

http://g1.globo.com/rr/roraima/noticia/2017/01/mais-de-30-presos-sao-mortos-na-penitenciaria-de-roraima-diz-sejuc.html. Acesso em 23/02/2017.

http://www.jornalnh.com.br/_conteudo/2014/03/noticias/rio_grande_do_sul/27990-apos-vistoria-juiz-campara-presidio-central-com-campo-de-concetracao.html. Acesso em 23/02/2017.

http://www.rondoniagora.com/cidades/juiz-interdita-casa-de-detencao-ameaca-esvaziar-presidio-e-lacrar-as-instalacoes. Acesso em 23/02/2017.

http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/documentos/infopen_dez14.pdf. Acesso em 23/02/2017.

http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=299385. Acesso em 25/02/2017

http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo798.htm. Acesso em 25/02/2017.

http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=336352. Acesso em 25/02/2017

http://brasil.elpais.com/brasil/2017/02/24/politica/1487961377_891224.htm. Acesso em 27/02/2017