

A EMERGÊNCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: PARÂMETROS PARA TRANSPOSIÇÃO DEMOCRÁTICA NO DIREITO DE EXECUÇÃO PENAL

THE EMERGENCY OF FUNDAMENTAL RIGHTS: PARAMETERS FOR DEMOCRATIC TRANSPOSITION IN THE RIGHT OF CRIMINAL EXECUTION

Deborah Ferreira Cordeiro Gomes 1
Bartira Macedo de Miranda 2

Resumo: O presente artigo articula aspectos da Teoria dos Direitos Humanos aplicando-os à realidade da Execução Penal, buscando parâmetros teóricos e práticos para sua ambientação democrática. Partindo de uma análise empírica diagnóstica do cotidiano da experiência de prisionalização, em seu amplo processo de violação massiva e maciça de todo espectro de direitos fundamentais da população prisional, desenha-se uma avaliação sobre as potencialidades da emergência da cultura de direitos no contexto prisional. Trata-se de pesquisa bibliográfica ancorada no método dialético, que oferta parâmetros analíticos interdisciplinares para a composição de vertentes de ação viabilizadoras de um movimento socioinstitucional quanto à superação de bloqueios para efetivação dos direitos da pessoa privada de liberdade, a partir de um matiz de primária inclusão dada por políticas penitenciárias constitucionalmente adequadas sob a ótica de redução dos danos.

Palavras-chave: Execução Penal. Cultura de Direitos Humanos. Políticas Públicas Penitenciárias.

Abstract: This article articulates aspects of the Theory of Human Rights applying them to the reality of Penal Execution, searching theoretical and practical parameters for its democratic environment. Based on an empirical diagnostic analysis of the daily life of the prison experience, in its broad process of massive and solid violation of the entire spectrum of fundamental rights of the prison population, an assessment is made of the potential of the emergence of the rights culture in the prison context. This is a bibliographic research anchored in the dialectical method that offers interdisciplinary analytical parameters for the composition of action strands that make possible an initial socio-institutional movement regarding the overcoming of blocks for the realization of the rights of the person deprived of their liberty, from a hue of primary inclusion given by constitutionally appropriate prison policies from the perspective of harm reduction.

Keywords: Penal Execution. Rights Culture. Penitentiary Public Policies.

Mestranda no Programa de Direito e Políticas Públicas (PPGDP-UFG). Especialista em Direito Constitucional pela Uniderp. Graduada em Direito pela Universidade Federal de Goiás. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/1316075869457925>. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-4390-657X>. E-mail: dfcg.jus@gmail.com

Doutorado em História da Ciência pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Mestrado em Direito pela Universidade Federal de Goiás e Graduação em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Goiás. Professora permanente do PPGDP-UFG. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/5889103843439878>. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-0301-1413>. E-mail: bartira.ufg@gmail.com

Introdução

Desde o movimento de democratização brasileira, cujo marco fundamental dá-se pela Carta Constitucional de 1988, houve um amplo processo de reestruturação do exercício do poder dentro de suas vertentes e bases axiológicas, dando-se primazia e centralidade à promoção de direitos como atributo finalístico do Estado. Nesse cenário, a partir do constitucionalismo contemporâneo sobrepõe-se a inevitável crise estrutural do papel estatal, dado que se notabiliza nessa ambiência político-jurídico-cultural o imperativo da efetividade do projeto constitucional.

Há, a partir de então, como conseqüência lógica da necessidade de reestruturação das formas de atuação estatal, um evidente esforço teórico em adaptar e agregar novos marcos para o contorno das dificuldades do processo de democratização e promoção de direitos nas sociedades hipercomplexas às teorias e paradigmas vigentes, demarcando-se claramente as fragilidades e inconsistências de uma legitimação do Direito pelo próprio Direito em uma atuação formal e não instrumental.

Todo esse rol de amadurecimento teórico visa centralmente à superação de formas de ação política técnica, mas não ética (SALGADO, 1998) e, assim, progressivamente vem sendo reestabelecida a primazia do vetor axiológico da dignidade da pessoa humana como limite e fundamento da ação estatal, que deve pautar-se na realização de todo esse plexo de direitos capaz de a substancializar e possibilitar o desenvolvimento humano. Seria dizer que, gradativamente, com a evolução desses referenciais teóricos de forma congregada a um amadurecimento social, esse plexo de premissas tem sido trasladado aos múltiplos ramos jurídicos, encontrando, todavia, maiores e múltiplos bloqueios institucionais e culturais quando transportados à seara do Direito Penal.

No campo, denota-se, de forma clara, a patente colisão entre os objetivos constitucionais democráticos e as dinâmicas do processo criminal, condicionado pelo código binário e, historicamente sedimentado, entre positivo-negativo, entre premiar-punir, entre direito-sanção. Desta forma, a execução da pena privativa de liberdade nos moldes como perpetrada atualmente retrata a razão de Estado como uma dimensão de civilidade e projeto coletivo (SALVADOR NETTO, 2019).

Sob essa compreensão, impõe-se, por conseguinte, a reestruturação das formas de ação estatal para que as normas relativas à execução da pena não sejam mera expressão de uma legislação simbólica (NEVES, 2011) ou, ainda, de um pseudoconstitucionalismo no qual amparam-se restrições ilegítimas de direitos em clara vulneração à ordem constitucional como forma de manutenção da ordem e segurança pública dentro de ambiente de estado de exceção (SILVA, 2016), ambos os fenômenos carregando em si o gérmen do autoritarismo disfarçado de legalidade e normalidade jurídico-institucional.

Partindo desse cenário, observando como pano de fundo o processo de violação de direitos das pessoas privadas de liberdade ensejador do estado de coisas constitucional, o presente trabalho pretende promover uma discussão sobre os efeitos jurídico-sociais deste fenômeno. Para tanto, abordará nas próximas seções os megadesafios do processo de Execução Penal na ambiência do Estado Constitucional Democrático, primeiro fazendo uma breve contextualização localizada do problema, para, então, verificar os efeitos possíveis da emergência dos direitos humano-fundamentais¹ no Direito de Execução Penal. Dentro dessa abordagem, partir-se-á para uma análise crítico-propositiva em dois direcionamentos analíticos dados pela

1 Adota-se como marco analítico quanto à Teoria dos Direitos Humanos, a terminologia composta “humano-fundamentais” indicada por Saulo Coelho (In: Reconhecimento, Experiência e Historicidade: considerações para uma compreensão dos Direitos Humano-Fundamentais como (in)variáveis principiológicas do Direito nas sociedades democráticas contemporâneas. Filosofia do Direito. Florianópolis: Conpedi/FUNJAB, 2012, p.15-16). O sentido dessa terminologia é substancialmente informado pelo não apego à diferenciação conceitual entre direitos humanos e direitos fundamentais, mas, ao contrário, considerando-os dentro de um conceito amadurecido como elementos indissociáveis. Sob esse ponto de vista, elas funcionam como simultaneamente (in)variáveis principiológicas sem que sejam ou representem balizas absolutas e atemporais, e, paralelamente, também variáveis socialmente e culturalmente situadas que ajudam a compreender o movimento da eticidade histórica de uma cultura a partir não apenas de seu reconhecimento em sede formal, mas dentro de seu potencial de concretização e efetivação.

necessária emergência dos direitos humanos no contexto prisional.

Em primeiro lugar, considerando as primordiais mudanças paradigmáticas quanto à cultura jurídico-institucional do Sistema de Justiça Criminal, mensura-se a emergência dos direitos humanos como *urgência temporalmente definida* em se promover a transposição dos valores democráticos à realidade prisional como forma de obstar a grave inconstitucionalidade cotidiana da execução penal. Sedimentadas essas premissas, passar-se-á a uma segunda perspectiva de análise, agora focando os efeitos da inserção da principiologia jushumanista no Direito de Execução Penal. Nesse segundo sentido, considera-se outra perspectiva da emergência dos direitos – agora como os *efeitos jurídicos e sociais* que podem dar-se com o ato de emergir, isto é, com o afloramento dessa cultura de direitos em sede do processo de cumprimento de pena.

Em síntese, a partir destas duas perspectivas de análise, discute-se a *emergência dos direitos humanos na Execução Penal* com foco analítico em possíveis parâmetros para pensar em políticas públicas penitenciárias sob a égide da redução de danos. Inicia-se esse percurso pela compreensão dos impactos da democratização e constitucionalização de direitos nesse contexto.

A execução penal pós-democratização: a violação diária de direitos ainda como um estado de coisas naturais

Desde a promulgação da Carta Constitucional de 1988, assiste-se à irradiação jurídica e social da primazia da Teoria dos Direitos Humanos na Teoria do Direito. Em sede formal, no extenso capítulo relativo aos direitos individuais e sociais vieram previstos, com eficácia geral e aplicabilidade imediata, uma série de direitos e garantias fundamentais de matiz penal-constitucional ancorada no ideal de dignidade da pessoa humana, com correspondente previsão infraconstitucional por meio da Lei nº 7.210/1984 (Lei de Execução Penal), dentro os quais destacam-se, especialmente, os direitos à segurança e à integridade física e psíquica; o direito à saúde; o direito à alimentação; o direito à educação; o direito ao trabalho; e direito à assistência material e assistência jurídica; sendo este combinados à vedação à tortura e ao tratamento desumano ou degradante, devendo, nessa via, direcionar-se o exercício das funções estatais a essa ordem de valores principiologicamente otimizada, a partir de força normativa de reestruturação da realidade (ANDRÉA, 2018).

Dito isto, vencido o devido processo legal, a execução da pena privativa de liberdade, em tese, não deveria escapar de tais premissas, algo que, contudo, não coaduna com aquilo que é empiricamente observado dentro das estruturas de funcionamento do sistema de justiça criminal. Isto porque, de maneira flagrantemente contrária a referidas premissas teóricas, tem-se nos estabelecimentos penais não apenas uma concretização insuficiente ou defeituosa de direitos, tal como em outras áreas sociais, mas um cenário de violação deliberada e naturalizada de direitos em absoluta desconformidade com a ordem jurídico-constitucional.

Por essa razão, frente a esse cenário de violações maciças (qualitativamente) e massiva (quantitativamente) de direitos, pode-se considerar haver durante o processo de execução da pena uma intrínseca dualidade dada com a observação entre uma *pena ficta* - cominada através da sentença penal condenatória – em paralelo a uma *pena real* – averiguada a partir da realidade das condições dos estabelecimentos prisionais.

No primeiro caso, tem-se de forma autorizada a privação da liberdade, no segundo caso, entretanto, há o cenário de privação quase total de direitos durante o período de cumprimento da sentença penal condenatória. Assim que, embora a aplicação da pena privativa de liberdade imponha *per se* a restrição legalmente autorizada de alguns dos direitos do apenado decorrente do cerceamento de sua liberdade, não se pode, durante esse período, condicionar e anuir com a restrição de todo plexo de direitos, impondo-se o resguardo das condições mínimas de sobrevivência digna (TAVAREZ, 2015).

Referendando esta premissa, em reação a esse cenário histórico de naturalizada violação de direitos, referida questão é objeto de judicialização através da Arguição de Descumprimento de Direitos Fundamentais (ADPF 347/DF), na qual tem-se a formação de litígio estrutural para buscar a tutela dos direitos da população carcerária brasileira em processo objetivo,

isto é, partindo de um instrumento por meio do qual o Poder Judiciário pudesse, uma vez colocada a temática na agenda pública, induzir à retirada das instâncias burocráticas da omissão inconstitucional (ANDRÉA, 2018).

Nesse sentido, o estado de coisas inconstitucional², reconhecido formalmente a partir da concessão da medida cautelar na ação acima mencionada, é representativo da possibilidade de chamada responsabilidade política sobre o sistema penal, irrefutavelmente marcado pela vulneração generalizada diária de todo o sistema de direitos fundamentais dada pela exclusão reiterada de uma universalidade de pessoas das possibilidades reais de acesso aos mesmos, ante a inércia e bloqueio dos poderes públicos (ANDRÉA, 2018).

Com o tardio, mas relevante reconhecimento do estado de coisas inconstitucional tem-se, sob um prisma objetivo, o reconhecimento do insustentável cenário de precariedade do sistema penitenciário e, sob um prisma subjetivo, o reconhecimento da condição dos presos como meros objetos do processo de execução³ e não como reais sujeitos de direitos. Isso aparece de forma clara nas palavras do Ministro Celso de Mello, em seu voto no julgamento da ADPF 347/DF, pelo qual este estabelece que frente às

[...] condições intoleráveis e degradantes em que vivem os internos nos estabelecimentos prisionais constitui a pungente e dramática revelação de que “os presos não têm direitos” em razão do estado de crônico e irresponsável abandono, por parte do Poder Público, do seu dever de prover condições minimamente adequadas ao efetivo e pleno cumprimento dos preceitos fundamentais consagrados em nossa Constituição e cujo desrespeito dá origem a uma situação de permanente e inadmissível violação aos direitos humanos [...] a situação precária e caótica do sistema penitenciário brasileiro, cuja prática, ao longo de décadas, vem subvertendo as funções primárias da pena (BRASIL, 2015, p.135-160).

Nesse contexto, apenas a título ilustrativo, verificando os dados apresentados pelo Departamento Penitenciário Nacional⁴, tem-se a constatação do drástico cenário quanto ao acesso à direitos essenciais da população prisional em muitos daqueles pontos acima destacados. Como parâmetro analítico-quantitativo das condições de aprisionamento, observa-se uma elevada taxa de óbitos dentro da população carcerária, variando esta, de 2014 a 2018, entre 13,6 a 17,4 pessoas a cada 10 mil presos (BRASIL, 2014; 2017; 2018).

Por outra via, quanto ao acesso aos direitos sociais essenciais a uma suposta função ressocializadora da pena, no mesmo lapso temporal de 2014 a 2018, tem-se quanto ao alcance do direito à socialização que não chegam a alcançar minimamente um quarto da população prisional brasileira, conforme gráfico colacionado a seguir:

2 Sobre o conceito de estado de coisas inconstitucionais tem-se que é instituto representativo de uma “[...] técnica de decisão voltada a sanar um quadro de violação massiva, generalizada e sistemática de direitos fundamentais, decorrente de ações e/ou omissões em função de bloqueios políticos e/ou institucionais de diferentes autoridades/órgãos/poderes públicos que prejudicam um grupo vulnerável de pessoas” (ANDRÉA, 2018, p.65).

3 A referendar quantitativamente essa ideia, de acordo com dados apresentados pelo Infopen (BRASIL, 2014) referendando o parâmetro de acesso à justiça, tem-se que aproximadamente 65,6% das pessoas privadas de liberdade no país estavam sem assistência jurídica durante o processo de execução da pena. O cálculo para esse requisito verifica critério negativo de pessoas que não detêm acesso à justiça com dados obtidos pelos gestores da administração prisional calculados por intermédio da média dos estados que ofereceram dados diferentes que zero no ano de 2014.

4 Sobre a existência e o acesso de dados e informações do sistema de justiça criminal, importante observar que é este o campo no qual apenas recentemente iniciou-se a busca pela coleta e sistematização de dados. Com isso, têm-se os primeiros relatórios e bases de dados a partir dos anos de 2005 e ainda marcados pela não transparência quanto a processos e metodologias, bem como pela opacidade, pela falta de dados correlacionados e de indicadores sistêmicos.

Gráfico 1. Níveis de acesso da população prisional aos direitos



Fonte: dos autores (2020)

A partir da análise desses números, constata-se não haver avanços e, em alguns pontos, é até possível observar-se um retrocesso numérico quanto à oferta de vagas nos parques programas em andamento. Isso talvez ocorra porque observa-se claramente uma tendência na progressão das mazelas sociais do sistema penitenciário dado o crescimento exponencial das *taxas de aprisionamento*, conforme dados a seguir em que aparecem correlacionados o aumento da taxa de aprisionamento e um paralelo *déficit* de vagas ofertadas:

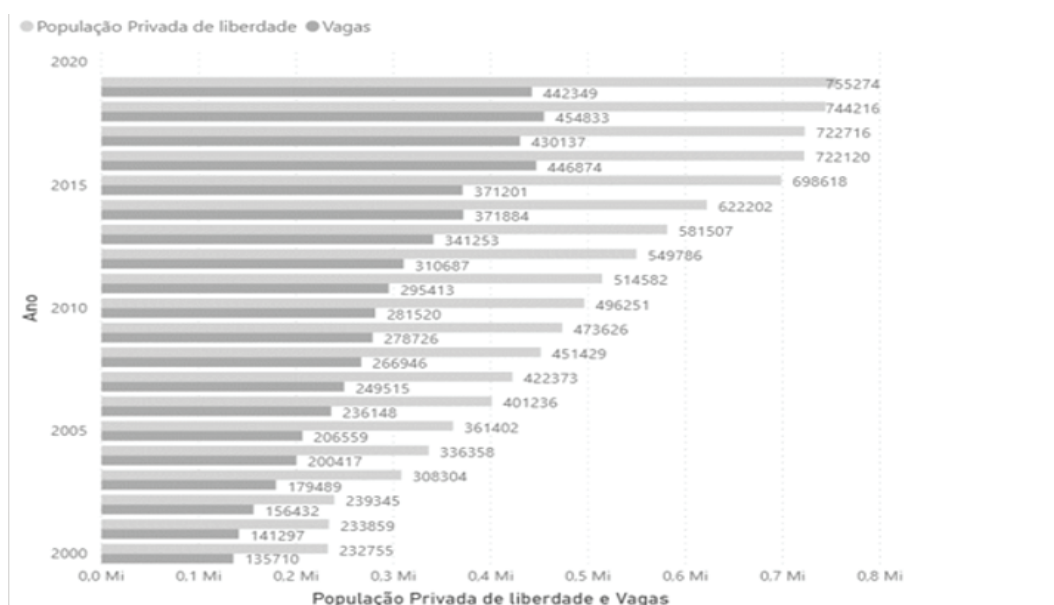
Gráfico 2. Taxas de aprisionamento e déficit de vagas por ano



Fonte: Levantamento de Informações Penitenciárias – DEPEN (2019)

Nesse cenário, de pronto, consegue-se avaliar a curva ascendente dos valores relativos à taxa de aprisionamento com o aumento vertiginoso da população carcerária, sem o correlativo agregado da infraestrutura de Administração Penitenciária quanto ao gerenciamento dessas vagas originando, em valores absolutos, uma também ascendente curva quanto ao *déficit de vagas*, conforme o infográfico:

Gráfico 3. População Prisional e número de vagas por ano



Fonte: Levantamento de Informações Penitenciárias – DEPEN (2019)

Portanto, partindo destas premissas teóricas de forma correlacionadas aos dados, verifica-se subsistir no Brasil não apenas o problema da não transposição democrática da ambientação humanizada do cumprimento de pena, em uma atuação contraditória aos fundamentos e objetivos do Estado, mas algo potencialmente mais complexo.

É preciso atentar-se à ideia da não transposição democrática dentro do fenômeno de *mass incarceration*, no qual se tem de forma drástica a mais completa *precarização de quaisquer direitos dada pelas condições do aprisionamento* a partir do agigantamento da população carcerária e das taxas de aprisionamento, não apenas a partir da comparação local e seriada de dados, mas especialmente quando essas informações são cotejadas com modelos e práticas penais historicamente considerados (FURTADO; SILVA, 2019).

Para mais, considerando que esse processo de encarceramento em massa vem adicionado de outros problemas estruturais de ordem socioeconômica, já que denota-se a concentração desse processo face a grupos populacionais específicos -representados pela população negra, jovem e pobre - a partir de seriada falência das políticas estatais quanto à promoção de direitos acompanhada pelo recrudescimento da legislação penal (FURTADO; SILVA, 2019), pode-se visualizar nesse cenário uma premente necessidade de repensar formas de transposição da Teoria dos Direitos Humanos, no sentido de uma decisiva e factual constitucionalização da Execução Penal.

A emergência dos direitos humanos na Execução Penal: balizas para conformatação do tratamento penitenciário e ampliação dos sujeitos de direito

Conforme brevemente contextualizado anteriormente, se o regime democrático traz e agrega inúmeros desafios à transição dos paradigmas de ação do Estado - dado que afirma como fundamento ontológico a dignidade da pessoa humana - e, como fundamento teleológico - o bem comum - referidos objetivos apenas encontrarão possibilidades factíveis de realização substancial caso o processo de interpretação e aplicação de normas se dê sob parâmetros constitucionalmente adequados. Nesse sentido, essencial que se parta a uma análise criminal que possibilite a transposição da principiologia dos direitos humano-fundamentais ao Direito de Execução Penal como forma de superar essa “evasão da legalidade” (PALAZZO, 1989, p. 67), dada pela não internalização dos ideários de humanização da pena.

Tal processo, contudo, não se dá apenas com a positivação de direitos, todavia, a partir disto, de forma paralela, a partir de uma atividade interpretativa adequada à Constituição dada por uma mudança de mentalidade sobre finalidades do Direito Penal no Estado Democrático de Direito (PALAZZO, 1989). Sendo o cárcere “uma instituição ao mesmo tempo não liberal, desigual, atípica, ao menos em parte extra-legal e extra-judicial, lesiva à dignidade da pessoa, penosa e inutilmente aflitiva” (FERRAJOLI, 2002a, p.36) a título introdutório, nesta seção, contextualiza-se elementarmente o cenário geral de problemas relativos à Execução Penal dentro da ambiência do Estado Constitucional Democrático.

Partindo desse cenário, buscar-se-á encarar a Execução Penal dentro de seu estado de coisas naturais, qual seja compreender algumas premissas que indicam de que forma há uma naturalização e banalização da violação de todo plexo de direitos fundamentais do preso, focando em balizas para enfrentamento desta “antinomia entre a pena de prisão e a própria condição do sujeito” (TAVARES, 2015, p.29), como uma das problemáticas imanentes ao tema.

Nesse íterim, promover-se-á metodologicamente, fundado em uma análise dialética contextualizada, a inserção do fenômeno do encarceramento no contexto de pós-democratização dentro de um novo eixo cognitivo-compreensivo, possível apenas caso promova-se a associação das dimensões político-culturais da produção do saber jurídico (FOUCAULT, 2002).

Por esta razão, parte-se nessa análise de uma integração entre práxis penal e direitos humanos-fundamentais por um caminho que contemple a possibilidade de uma *epistemopolítica do dispositivo carcerário* (GODOI, CAMPOS, MALLART, CAMPELLO, 2020), qual seja como uma forma de gerar balizas teóricas que possibilitem um primário processo de transição democrática também quanto à questão criminal a partir de crítica analítico-propositiva.

Execução Penal: a desproteção dos seres humanos não sujeitos de direitos

De início, buscar-se-á, nessa via, perfectibilizar uma contraposição entre o “*estado de coisas constitucional*” e o “*estado de coisas natural*”. Sendo assim, parte-se da concepção de que o cotidiano de execução da pena privativa de liberdade deva aqui ser assentado em um *cenário de dualidade analítica*, eis que a realidade normativa dada ao operador jurídico é dis-par da realidade prisional colocada à Direção Penitenciária que é, por sua vez, ainda diversa da colocada ao preso na cadeia final do processo de prisionalização.

Destarte, a primária problematização recupera uma análise acerca da Lei de Execução Penal e dos bloqueios e disfuncionalidades quanto à sua aplicação no sentido de repensar o papel de pena privativa de liberdade como sanção paradigmática face às suas deseconomias – incluídas as perdas de direitos e da sociabilidade (FERRAJOLI, 2002a).

Inicialmente, ressalta-se que, embora haja nessa lei algumas deformidades, ainda assim, se estritamente cumprida, haveria um cenário de mínima conformação constitucional do cenário de cumprimento de pena (VALOIS, 2019). Ocorre que, por hora, apesar de ser considerada dentro de espectro geral uma legislação avançada e recepcionada pelo projeto social dado pela Carta Constitucional, a Lei de Execução Penal revela em seus comandos um arcabouço normativo estruturalmente falho e ainda desconexo com a base cultural-institucional, o que a torna socialmente inefetiva.

Dentro de um cenário de factibilidade, o que se verifica é a existência de uma lei válida, adequada, vigente e com avanços quase nulos quanto ao desenvolvimento de uma infraestrutura socioinstitucional para sua realização, ainda que parcial. Visto isto, em oposição a esta normatividade ideal, o que ocorre frente à Execução Penal da realidade é representativo tão somente de um cenário de *procedimentalização da ideia de exclusão social* em um desumanizador ambiente de degradação social e psicológica da pessoa presa.

Nesse sentido, a grande reivindicação que se faz nesse cenário é no sentido de que, o mesmo bloco normativo que sustenta a condenação e a prisão de alguém sob um espectro de legalidade deveria igualmente sustentar a execução da pena no que se refere ao tratamento penitenciário, sob pena de perda da legitimidade do processo de execução da prisão-pena e de suas consequências jurídicas. Todavia, a partir do momento em que se adentra ao universo

prisonal parece haver uma patente quebra dessa compreensão normativa-estruturadora, ao passo que passam a ser comuns todas as formas de ilegalidade e de inconstitucionalidade possibilitadas apenas porque amparadas em processos prévios de desumanização e desprezo ao preso.

Chega-se aqui ao ponto-chave da questão pois, sem embargo haja previsão do devido processo de execução, constata-se cotidianamente o “*status quo* da barbárie no cumprimento de pena” (VALOIS, 2019, p.11), situação esta da qual infere-se a real funcionalidade da prisão e o reconhecimento de sujeitos excluídos da posição de sujeitos integral de direitos. Em um ambiente de *ilegalidade consuetudinária*, coloca-se o ambiente prisional como aquele em que todas as vulnerabilidades sociais são potencializadas a partir de uma diferenciação hermenêutica e filosófica acerca da posição da pessoa enquanto sujeito de direitos e, por consequência, da concreção de seus direitos que refletem entraves no cumprimento dos deveres estatais quanto às condições de cumprimento de pena.

Assim sendo, frente a um ambiente sumamente deletério, repleto de desvios cotidianos que contraditam com qualquer possibilidade de dignidade e de reinserção social, tem-se como remate à concreção do ideal de que “o meio prisional acaba sendo visto como local de vácuo de direitos, onde o Estado de Direito é abandonado” (VALOIS, 2019, p.16). Destarte, representando esse *locus* da relativização e de violação de direitos, ainda que normativamente se tenha criado uma ilusão de ordem juridicizada, nem o discurso político e nem o discurso jurídico, por muito que bem estruturados, são capazes de converter a realidade das instituições prisionais em prática constitucional (VALOIS, 2019).

Em síntese, o drástico cenário da Execução Penal é o da flexibilização de todo bloco normativo-constitucional porquanto ali não apenas se violam direitos primários sem qualquer oposição, resistência ou responsabilização institucional, mas também encontra-se um cenário frente ao qual “mesmo decisões diretas e vinculantes, no campo prisional, quando são para resguardar direitos e garantias fundamentais, têm dificuldades de efetivação” (VALOIS, 2019, p. 24), fazendo com que o exercício arbitrário das próprias razões entrelaçado em ambiente de violência institucional seja a lógica de regência do processo de cumprimento de pena, mesmo no paradigma do Estado Democrático de Direitos pela principiologia humanizadora da pena.

Tal ordem de coisas demonstra haver nessa seara um profundo atraso cognitivo, dado por uma forma de bloqueio à aplicação da lei em tudo aquilo que mitigue o cumprimento da pena, optando-se por dinâmicas que favoreçam interpretações que agravem a pena e que tratem direitos da pessoa presa como meros benefícios a serem concedidos com certa margem de discricionariedade pelo operador jurídico (VALOIS, 2019).⁵

Frente a tudo isto, tem-se, nessa ambiência, não apenas o infausto “espetáculo de indignidade humana” (CARNEIRO, 2005, p.20), mas um ecossistema em que são os incidentes e circunstâncias do cumprimento da pena um contrassenso não sanável do sistema jurídico-normativo, face a dissonância com os *standards* mínimos de humanidade dados a partir do projeto constitucional. A prisão é, em seu estado de coisas natural, representativa da violência e ilegalidade institucionalizada, razão pela qual a lógica regente da Execução Penal é a manifestação de formas de ação estatal *contra legem* (TAVAREZ, 2015).

Sob esse viés, as possibilidades de readequação desse estado de coisas, como forma de resguardar uma possível transição a uma ambiência constitucional, exigem dos poderes constituídos não apenas uma completa reestruturação das instituições carcerárias com projetos de médio e longo prazo, e sim de forma decisiva para o *resgate da força normativa da principiologia inerente à teoria dos direitos humanos* e sua transposição concreta à Execução Penal. Afinal,

⁵ Nesse ponto, embora se identifique um ordenamento jurídico apto a promover a garantia de direitos, a grande parcela dos agentes públicos ainda adere aos ideais punitivistas-segregacionistas, não havendo um compromisso ético-social na efetivação destes mesmos direitos em relação à pessoa presa. Assim sendo, meras alterações no desenho institucional ou no desenho de políticas públicas per si não refletem efeitos práticos no que se refere às possibilidades reais de efetivação de direitos. Por isso, parte-se para a correspondente abordagem sistêmica sob o viés de desenvolvimento de uma cultura humanista-democrática que seja capaz de progressivamente alterar, em todos níveis de poder desde o estratégico até o operacional, os processos formalistas e autoritários de tomada de decisão não instrumental acerca dos direitos das pessoas presas.

[...] olhar de perto nossas prisões aumenta a dúvida do que é o Direito. Técnica hermenêutica, linguagem, instrumento político de opressão, qualquer conceituação que se queira dar esbarra na violência da realidade do cárcere, que não comunica, não se encaixa em nenhuma hermenêutica nem pode ser tido como algo político, a não ser que câmaras de gás, campos de extermínio, também possam, dentro do conceito de política de extermínio. [...] *A prisão é o símbolo da desesperança, não só jurídica ou política, mas da sociedade como um todo* que faz de um buraco o local onde joga os seus próprios dejetos, restos humanos que sobram das cidades lotadas, já sem espaço para quase ninguém desesperança da própria população carcerária (VALOIS, 2019, p.159-160, *grifo nosso*).

Interromper essa dinâmica representa o megadesafio colocado ante a possibilidade de experenciação de um Estado Constitucional de Direito em sua integridade. Indica-nos também a necessidade primária de superar todo esse amplo conjunto de práticas que caracterizam esta *racionalidade penal moderna* (PIRES, 2004), conceito essencial para perfazer uma transição paradigmática.

Isso porque, ao falar em racionalidade penal, passa-se a contemplar toda a complexidade das nuances estrutural e cultural que englobam o problema penal e, de forma especial, todo esse rol de práticas institucionais reveladoras de uma mundivisão constitutiva do Direito Penal como um subsistema jurídico específico lastreado em práticas que externalizam um retrocesso democrático a partir da desproteção de direitos fundamentais da pessoa presa.

Em outros termos, compreender a violação naturalizada de direitos da pessoa presa dentro da rotina penitenciária demanda a primária compreensão de que esse estado de coisas inconstitucional representa, na verdade, o estado de coisas naturais frente à ideia do não-reconhecimento das reais finalidades da pena de prisão, bem como do não-reconhecimento da pessoa presa como sujeito de direitos. Passa-se, assim, a nuances de aprofundamento destas questões.

A prisionalização e o perfil da população carcerária: da seleção social à subcidadania

Dadas todas essas “evidências estruturais de funcionamento do sistema de justiça criminal – tais como a seletividade, a reprodução da violência, a criação de condições para maiores condutas lesivas, a corrupção institucionalizada, a concentração de poder, a verticalização social e a destruição das relações horizontais” (TAVAREZ, 2015, p.39), parte-se a uma análise que congrega a possibilidade de *ampliação cognitivo-compreensiva* de como tem-se, em paralelo, formas de ação estatal diversas pelas quais a um grupamento de indivíduos trabalha-se pela promoção de direitos, enquanto, em paralelo, a outros segmentos tem-se a autorização habitual de violação desse mesmo núcleo de direitos sem maiores repercussões jurídicas ou institucionais em uma espécie de “acordo social implícito dentre aqueles que não são selecionados pelo sistema de justiça criminal” (FURTADO; SILVA, 2019, p.200).

E essa compreensão apenas pode ser feita quando inserida mais uma chave-analítica essencial ao tema: a seletividade operada dentro do sistema penal. Assim que do fenômeno do *mass incarceration*, em uma ordem de verticalização analítica, passar-se-á ao *hyperincarceration* como uma corrente teórica que agrega o foco da seletividade ao fenômeno do encarceramento em massa, evidenciando haver na sociedade brasileira não apenas um encarceramento desmedido como direcionado a um nicho social (FURTADO; SILVA, 2019).

Essa complexificação e amadurecimento teórico consigna o potencial explicativo para a

chegada à ideia do preso como *subcidadão*⁶, pois a partir da seletividade torna-se possível dimensionar de forma dúplice as dinâmicas e efeitos do processo de criminalização pelo axioma do não-reconhecimento, denotando ser a prisionalização o processo final que retroalimenta dinâmicas de seleção social e da construção da subcidadania.

Nesse sentido, afirma-se que, do processo de seleção social e inserção de grupos específicos no sistema prisional advém a possibilidade de construção de sujeitos desprovidos de direitos. Logo, neste processo de construção de subcidadãos prisionalizados é que residem os maiores desafios impondo a premissa de que a universalização de direitos implica na ampliação dos sujeitos de direitos, etapa que depende da transposição da centralidade axiológica do vetor da dignidade da pessoa humana ao Direito de Execução Penal.

Por sua vez, esse redirecionamento cultural-valorativo depende do reconhecimento primário da posição do preso como sujeito integral de direitos, cabendo ante sua peculiar condição de submissão aos órgãos estatais a realização de todo rol de direitos negligenciados até o advento da sentença sob a forma de assistência material, educacional, à saúde, jurídica e social conforme previsto na Lei de Execução Penal.

E, nesse ponto, há um evidente *gap* entre teoria jurídica e prática penitenciária dada justamente pela dificuldade de transposição a alguns nichos dessa principiologia jushumanista, sobremaneira porque face à imensa polarização política visualizada na sociedade contemporânea percebe-se um esvaziamento no conteúdo dos direitos humanos ora invocados para amparar e ora para refutar o exercício da pena de prisão como estratégia de contenção da criminalidade (CINTRA, 2019).

Esse esvaziamento dos potenciais e contributos da teoria jushumanista dado pelo seu uso apologético por duas correntes antagônicas é um dos pontos centrais a dificultar o processo de institucionalização de direitos porque faz um uso corrente, porém atécnico e disfuncional destes institutos. Em vista disto, como premissa possibilitadora desta transposição à complexa seara do Direito de Execução Penal, tem-se a necessidade de promoção e solidificação das bases conformatadoras dos direitos fundamentais pelas quais realça-se o valor do ser humano como axiomático, manifestando e reconhecendo uma natureza imanente transcendente a qualquer posição ideológica ou partidária (CINTRA, 2019). Nesse sentido,

[...] por trás do que hoje se concebe como direitos fundamentais de todo ser humano, há uma particular cosmovisão (*Weltanschauung*), uma ontologia ou modelo descritivo de mundo, um complexo de ideias e crenças por meio das quais um indivíduo ou sociedade interpreta a realidade e com ela interage. Dentre os elementos comuns de toda cosmovisão, a filosofia, em particular a epistemologia alemã, aloca: 1. uma explicação do mundo; 2. uma expectativa sobre o que há de vir; 3. Uma epistemologia; 4. uma praxeologia (forma de alcançar seus objetivos); e, 5. uma deontologia (CINTRA, 2019, p. 60).

Dentro deste leque de proposições é possível encontrar-se algumas balizas explicativas para entender por que os direitos humanos não são apropriados no cotidiano da Administra-

⁶ O processo de construção da identificação de classe de pessoas como subcidadãos remonta ao histórico processo de formação da sociedade brasileira que dentro do contexto complexo das sociedades periféricas latino-americanas, através de sofisticadas e imbrincadas interconexões de cunho social, cultural, político, econômico e religioso constitui um espectro de crenças e práticas sociais pautadas na diferenciação e hierarquização social dentro de sua constituição cultural. Todo esse agregado de fatores está de forma muito sólida nas raízes causais e explicativas do processo de geração de uma desigualdade estrutural e naturalizada, que engendra processos de subalternização e marginalização de setores expressivos da população o que reflete, a nível institucional, nas imensas dificuldades de consolidação de uma ordem plural, universal e democrática (SOUZA, 2005). Uma abordagem que pretenda investigar déficits nos processos de efetivação de direitos deve, nessa via, inegavelmente partir de uma dimensão compreensiva dada pela perspectiva culturalista por fazer parte do imaginário social constitutivo da sociedade brasileira.

ção Prisional, já que se desvia da cosmovisão, das expectativas e da *praxeologia da instituição prisional*. Atuando frente a um perfil social específico, ao qual é negligenciado previamente todo tipo de direito fundamental sob a ótica individual e social, constrói-se um estereótipo criminalizante condicionado pela compreensão do não-ser, de inimigo social. Nessa seara, o Direito Penal passa, então, a revestir-se da *síndrome do impostor* frente ao cenário do Estado Democrático ao passo que responde à violência social com violência institucional mediando e lidando com um público-alvo homogeneizado e estruturalmente marginalizado.

Em outros termos, cria-se um modelo de construção de cidadania estratificável perante o qual há uma “distribuição desigual de direitos universalistas” (ANDRADE; ALVES; FERNANDES, 2016, p.03). Logo, como pré-requisito para uma inserção possível da principiologia jushumanista na dinâmica da Execução Penal torna-se vital considerar-se os processos prévios de marginalização e associação disto à criminalidade apresentando a significação sociocultural das práticas penais e prisionais. Desta forma, compreendendo o crime como etapa final de um imbricado processo de hierarquização social e a pena como forma de defesa social artificial, não basta apenas a mera incorporação da teoria dos direitos humanos ao discurso jurídico-penal, sob o risco de se perpetuar a ilegitimidade de sua reprodução (FERRAJOLI, 2002).

À vista disto, como corolário desse prognóstico, emerge a necessidade da transposição da teoria dos direitos humanos como uma forma de promoção de autogestão técnica e humanizada do cumprimento da pena a partir do deslocamento e internalização desses ideais teórico-acadêmicos dentro da atuação administrativa quotidiana, algo ainda remoto sem uma prévia construção de uma educação jurídico-social emancipadora. É preciso que se caminhe a outro nível do que à mera previsão ou *institucionalização de direitos*, mas da *internalização desses mesmos direitos* demandando giro epistemológico-cultural acerca da execução penal.

Execução penal e emergência dos direitos humanos: a ascensão da cultura de direitos humanos como pressuposto para efetivação de direitos

Ao encarar-se o fenômeno do hiperencarceramento e do processo de assujeitamento da pessoa presa evidenciam-se nitidamente esses efeitos colaterais de um macroprocesso estrutural: a ausência de Política Criminal coerente com diretrizes constitucionais. De forma até mais abrangente, poder-se-ia dizer que hoje padece-se de um vício de origem dado pela falta de prévios acordos em consonância formal e material com projeto constitucional sobre as funções e objetivos da prisão-pena. Disto, desborda essencialmente a atual crise estrutural a que está circunscrita o Direito de Execução Penal porque nele cria o impasse da existência concomitante de dois extremos inconciliáveis, eis que a prisão-pena guarda intrinsecamente um grau de aflição e sofrimento (*malum passionis*) que é imposto ao preso como núcleo-base e essência da experiência da prisão (SALVADOR NETTO, 2019).

Com isso, a questão penal reflete e conduz à dubiedade do projeto de Estado caso não reconhecidos, como questão de ordem, os patentes excessos ou desvios efetuados na execução, primando-se por uma mudança cognitivo-paradigmática, na qual os direitos humano-fundamentais funcionam como pressuposto base para consignar materialidade constitucional ao sistema penal (SANTOS; SANTOS, 2012).

Em outros termos, sendo o Estado Democrático cotidianamente vilipendiado, é relevante considerar que o Sistema de Justiça Criminal se torna o *locus* privilegiado da luta política (CASARA, 2017). Uma luta política e cultural que possa transpor legitimidade democrática à prática prisional não mais sob o atributo artificial de consignar proteção ao bem-comum, mas em sentido profundamente díspar, dados pela proteção de direitos de minorias, ocasião em que, pensa-se na população carcerária como grupo de pessoas hipervulneráveis.

Embora haja avanços e essas premissas venham ganhando espaço em sede formal, ainda não são reconhecidas e não adentram aos fluxos e rotinas prisionais de forma espontânea⁷ ante a sua incompatibilidade ao real “funcionalismo penitenciário” (GODOI, CAMPOS,

⁷ No ponto, embora sua adentrada na esfera administrativa se perfaça menos visível, há na seara jurisprudencial, um primário movimento de vanguarda nesse sentido. Denota-se, via de exemplo, em julgamentos como do

MALLART, CAMPELLO, 2020, p.149). Por isso, torna-se vital avaliar o contexto prisional, enquanto espaço institucional, sob uma análise dada a partir de uma ótica na qual se observe a expressão de tecnologias de saber-poder dentro de suas práticas e dinâmicas (FOUCAULT, 2002), isto é, dentro da qual há um espaço de naturalização da diferenciação social, da opressão e do controle da existência como chaves de enfrentamento ao real problema penal.

Nesse preciso sentido, o desafio de *institucionalizar direitos humanos* no processo de execução da pena agrega o desafio do conjunto *processo de internalização destes direitos* – dado pelo desenvolvimento de uma postura dos agentes públicos no sentido de não apenas reconhecer formalmente a existência destes, mas, sobretudo, de se comprometer a efetivá-los habitual e ordinariamente. Destarte, referido processo implica também reconhecer a constitucionalização de direitos a nível cultural, suprimindo a tensão atualmente dada entre a urgência e a impossibilidade da realização de direitos (GODOI; CAMPOS; MALLART; CAMPELLO, 2020), já que

[...] Adentrar a prisão é estar necessariamente implicado com pessoas e suas urgências. É ser interpelado por questões das quais um descuido ou omissão produz um cúmplice. É penetrar o interior de uma máquina e pouco a pouco, quase sem perceber, fazer parte dela. [...] Se o cárcere é hoje um dispositivo concebido e administrado não somente pelo Estado, mas por uma multiplicidade de agências e de agentes, configurando o que se poderia chamar de uma *gestão compartilhada da delinquência*, infiltrar-se em seus muros e atentar para a agonia dos que ali habitam resvala sempre no risco de assumir o indesejável papel de co-gestor (GODOI; CAMPOS; MALLART; CAMPELLO; 2020, 153-154, grifo nosso).

Em suma, a superação do estado de coisas naturais na Execução Penal caracterizado pela denegação e violação de direitos, demanda partir-se à seguinte questão: como é possível promover a passagem de um contexto de assujeitamento, perante o qual a pessoa privada de liberdade seja vista como portadora de dignidade circunstancial (BARCELLOS, 2010), a condição de sujeito de direitos integrais?

Pressupostos jurídico-culturais para a realização de direitos durante a Execução Penal

Sedimentou-se até o presente momento a transposição de balizas da teoria dos direitos humanos na seara do cumprimento de pena como um complexo processo de mudança cultural-institucional, que torne possível uma constitucionalização tangível do Direito de Execução Penal. Nesse cenário, verifica-se a *urgência temporal* de se promover a cultura de direitos através do reconhecimento e implementação gradual destes como forma de possibilitar a quebra do núcleo estruturador de uma série de práticas pelas quais passou-se a “tolerar o intolerável” (FACHIN, 2009, p.265).

Sendo assim, a partir do momento em que se promove a hierarquização de pessoas, retirando-lhe sua condição de sujeito de direitos dada pelo não reconhecimento de sua dignidade intrínseca, gera-se um patente “ruído significacional” (COELHO, 2014, p. 02) dentro da teoria e aplicação da Teoria dos Direitos Humanos, comprometendo toda a dimensão objetiva do sistema de direitos fundamentais. Esse é, portanto, o cerne do problema cultural imbuído na transição democrática.

Recurso Especial 1.537.530-SP, o reconhecimento dessa perspectiva em ocasiões em que nota-se a expressa admissão de que há um espectro de deveres constitucionais e legais indisponíveis dentro do quais há substancial e absoluta vedação de descumprimento estatal ante a textura íntima de direitos humanos substantivos, a reserva de intocabilidade da essência (BRASIL, 2020).

Retirar os direitos da pessoa presa desse cenário aporético e bipolar, transladando-os a um cenário em que se posicione como núcleo estruturador do convívio social (FACHIN, 2009) é o que aqui denomina-se como etapa da *internalização de direitos*, condição sem a qual não se operará efetivação dos mesmos. Trata-se, em consequência, de uma necessária transformação na forma como são apresentados e interpretados os direitos que devem sair do espectro em que, por hora, são postos dentro de uma mundivisão maniqueísta que os coloca como feixe de relações possíveis apenas aos “humanos direitos”.

A transposição concreta dos direitos humanos à seara execução penal apenas se perfectibiliza quando se é, enquanto sociedade, capaz de estabelecer formas de vencer essa depreciação e subordinação do outro (FACHIN, 2009), marcada dentro dessa dinâmica prisional. No ponto, essa proposta representa um ponto de mediação e início de diálogo em busca bem-estar social e desenvolvimento humano a partir da solidariedade social.

Em outros termos, esse movimento representa e consolida o desafio colocado com o *constitucionalismo de efetividade* no sentido de engendrar formas de progresso social e desenvolvimento humano sustentável e sustentado, a partir do projeto constitucional que implique correções de desigualdade social e déficits de cidadania (NEVES, 2018). Contudo, para que se chegue a esse ponto final, essencial que haja um elementar comprometimento com os direitos humanos dentro de uma “base dialogal compartilhada” (FACHIN, 2009, p.276).

Somente a partir dessa premissa passa-se a recompor balizas compreensivas do fenômeno criminal sob o viés da complexidade, consignando a possibilidade de novas perspectivas para velhos problemas, por se possibilitar a conciliação das duas bases fundantes dos direitos humanos - o homem e a cultura - a partir de um referencial analítico que reconheça a vinculação e derivação de problemas culturais, políticos e socioeconômicos. Enfim, a transposição à execução penal implica um permanente exercício de alteridade e tolerância no qual se rompa com a ideia de que é possível para a defesa dos direitos de alguns a violação dos de outros, partindo da premissa, em sentido diametralmente oposto, de que todo desrespeito e violação a direitos implica a lesão de seus próprios direitos porque os vulnerabiliza e relativiza enquanto atributo intrínseco a todos (FACHIN, 2009).

Intermediar formas de comunicação entre a esfera do punitivismo e a do garantismo: essa é a base de sustentação de uma primária etapa de transição democrática à esfera execução da pena. E essa compreensão mais sólida sobre esses processos é o que, teoricamente, concede abertura compreensiva e crítica sobre a inserção dos direitos humanos em um campo de “disputas ideológicas ou culturais nem sempre claras para os sujeitos envolvidos, porque muitas vezes encobertas pelas estruturas discursivas institucionais” (COELHO, 2015, p.14).

Por meio desta mediação, alça-se como princípio-base a ideia de que seria possível, em um movimento de transição democrática, executar a sanção penal sem ferir o plexo de direitos existenciais do apenado se, e somente se, o cumprimento de pena for um espaço de mínima correção quanto à possibilidade de acesso a direitos primários. Nesses termos, considerando-se que a pessoa privada de liberdade é sujeito de direitos e que se encontra em particular sujeição à esfera estatal, a execução penal apenas poderia ser levada a cabo dentro da visão de Estado Social Democrático caso se proponha não apenas a respeitar, mas também a implementar direitos aos apenados.

A institucionalização de direitos no espaço prisional corresponderia ao objetivo de engendrar uma espécie de “universalidade inclusiva” (COELHO; PEDRA, 2013, p.12) que corresponde, a nível administrativo, à efetivação dos direitos fundamentais da pessoa humana como forma de engendrar o reconhecimento de um direito de acesso a políticas públicas, razão pela qual o desafio torna-se o de desenvolver propriamente uma cultura dos direitos humanos a partir da qual, internalizando sua principiologia e praxeologia, se vença a ideia de insinceridade normativa (BARROSO, 2005).

Cultura de Direitos: afirmação da ação estatal técnica e ética na concreção de direitos à pessoa presa

Firmada esta premissa, referenda-se a ideia de que para efetivação de direitos torna-se imprescindível uma medular moldura jurídica compatível com desenvolvimento social, no sentido de gerar engajamento dos atores sociais envolvidos no processo de consubstancialização de direitos. Nesse viés, dentro de uma acepção dialética e culturalista, pela qual desperta-se a comunidade jurídica para geração de condições propiciadoras à realizabilidade do projeto constituinte (STRECK, 2014), a ideia de formação de uma cultura dos direitos humanos abrange, nesse sentido, uma nova perspectiva em que estes possam ser não apenas melhor compreendidos e interpretados no plano das relações sociais complexas (COELHO, 2014), mas também experienciados diariamente dentro da gestão penitenciária.

Busca-se um resgate da função legítima do Direito de Execução Penal em que este é colocado como uma “experiência social potencialmente direcionada ao desenvolvimento crítico-inclusivo da sociedade em um contexto de hipercomplexidade” (COELHO, 2014, p.42), ou seja, para haver um desenvolvimento humano efetivo, includente, universal e democrático, no qual se tenha não apenas reconhecimento formal, mas igualmente uma fruição concreta e completa destes direitos, torna-se crucial que haja aprioristicamente uma internalização cultural seguida da criação de redes de interação e comprometimento técnico-ético dos atores sociais (COELHO; PEDRA, 2013).

Posto isto, a inserção da cultura de direitos humanos dentro das instituições penitenciárias denota a necessidade e possibilidade de uma mínima legitimação jurídico-social e de uma transposição democrática como forma de extensão e universalização a todos os nichos socioinstitucionais, movimento pelo qual transposta a seara penal efetivamente têm-se os direitos humanos como o apogeu e afirmação de ação estatal ética na sociedade contemporânea (COELHO; PEDRA, 2013).

Nesse nodal de premissas, a democratização e universalização plenas dependem de um desafio paralelo representado pela transformação do pensamento jurídico e elevação em mentalidade interdisciplinar, dialética e não reducionista que enfrente desafios, tanto de regulação como de implementação de direitos rumo a uma cultura penalista democrática e garantista (FERRAJOLI, 2002).

Desafio este que culmina em uma verdadeira ruptura em relação a paradigmas culturais, chamando o papel e a força normativa da constituição para auxiliar na promoção de uma melhoria contínua dos instrumentos jurídicos-gerenciais sob as dinâmicas da alteridade e reconhecimento (COELHO, 2014). Para tanto, a pena deve ser posta como um fato político que, dentro da construção de ambiência democrática, carece ser compreendida dentro de possibilidades limitadas e como alternativa fraca de resposta à criminalidade (FERNANDES; MATOS, 2016).

Destarte, como efeito do desenvolvimento de uma cultura de direitos, tem-se a emergência de um movimento de transição que vai repensá-la dentro do binômio legitimação-limitação da ação estatal em busca de saídas possíveis e factíveis, já estabelecendo como uma das alternativas possíveis pensar na Execução Penal dentro da sua inserção na ótica da redução de danos, a partir do desenho e implemento de políticas penitenciárias. Nessa ambiência reestruturadora, passa-se fatalmente por um processo de revisão desconstitutiva, afinal “o reconhecimento da deslegitimação da pena de prisão é um imperativo ético-político, diante da empiricamente demonstrada incompatibilidade entre seus discursos legitimantes e o seu desempenho histórico real” (FERNANDES; MATOS, 2016, p.159).

Logo, pensar em políticas públicas penitenciárias constitucionalmente adequadas é parametrizar formas de ação estatal técnica e ética voltadas, em um primeiro momento, ao combate ao “achatamento da subjetividade dos internos”(FERNANDES; MATOS, 2016, p.170), qual seja esse processo amplo de fratura da autonomia e o assujeitamento a partir da naturalização de processos de violação e não reconhecimento de direitos.

Em uma análise criminodogmática, torna-se imprescindível transpor de forma aplicada parcela da crítica criminológica dentro de processos de formulação de políticas públicas através de ações que possibilitem a re-personificação jurídica e social daqueles. Sob esta pers-

pectiva, implica pensar a minimização de danos da prisionalização como a grande revolução epistemológica das ciências penais e como a maior conquista jurídica do século XXI (FERRAJOLI, 1998).

Nesse sentido, o desenvolvimento de um Direito de Execução Penal com foco na redução de danos externaliza a premissa pela qual se tem a potencialidade de, simultaneamente, promover a mínima ambientação do período de cumprimento da reprimenda penal no paradigma constitucional e reduzir-se, ao máximo, os danos que a experiência de encarceramento causa ao preso e à sociedade. Para mais, com a gradual emergência dos direitos humano-fundamentais na ambiência do cumprimento de pena tem-se a inserção de uma cultura de direitos como uma das possibilidades de se pensar nas dinâmicas de efetivação do constitucionalismo contemporâneo, a partir da importância estrutural de superar todo leque de omissões constitucionais e disfuncionalidades institucionais a partir da efetivação de direitos como forma de ampliação de cidadania.

Em vista disto, a emergência dos direitos humanos na Execução Penal promove a atualização política, histórica e cultural das práticas penais-penitenciárias e chama a responsabilidade dos atores sociais para atuação finalística e harmônica com finalidades institucionais e sociais de forma temporalmente emergente. Nesta acepção, é a partir do aprimoramento gradual de políticas sociais para mitigação da desigualdade social e marginalização que se tem chances de superar o estado natural de coisas inconstitucionais.

A institucionalização e internalização dessa cultura de direitos, como forma de propiciar uma revolução epistemológica das Ciências Penais de fundo normativo-institucional-cultural, emerge como o maior desafio e, também, caso levada a cabo, como a maior conquista jurídica do século (FERRAJOLI, 1998).

Considerações Finais

Em uma análise dialética e interdisciplinar buscou-se enfocar a aplicabilidade da principiologia jushumanista no âmbito da Execução Penal, repensando o amplo processo de violação de direitos e de vulnerabilização da população prisional. Observa-se que gerar mudanças cognitivo-compreensivas sobre a teoria dos direitos humanos de forma contextualizada ao ambiente prisional é o principal obstáculo a ser transposto como forma de enfrentamento aos problemas penitenciários.

Para tanto, além da mera institucionalização de direitos dada pelo seu reconhecimento formal, torna-se preciso que tais direitos sofram um apriorístico processo de internalização pela via de mudança cognitivo-compreensiva das finalidades e fundamentos da prisão-pena. Tal processo demanda, contudo, que haja uma profunda crítica acerca das apropriações indevidas do discurso de proteção aos direitos humanos, alocando-os, técnica e eticamente, como fundamentos axiológicos de ordem social sob paradigma constitucional-democrático.

Frente a isto, a emergência dos direitos humanos na ambiência da Execução Penal não é apenas temporalmente necessária como implica, caso efetivada, a possibilidade de agregar sensibilidade social e responsividade político-normativa sob a finalidade da pena sob paradigma democrático, reduzindo seus danos.

Referências

ANDRADE, B. O. A.; ALVES, G. L. A; FERNANDES, I. S. Abordagem policial, violência e juventude pobre: a seletividade punitiva e a evidência da cidadania controlável. **Anais...** IV Seminário Internacional Direitos Humanos, Violência e Pobreza: a situação de crianças e adolescentes na América Latina hoje. Rio de Janeiro: 2016. Disponível em: http://www.proealc.etc.br/VI_SEMINARIO/assets/pdfs/gtv/Bet%C3%A2nia%20de%20Oliveira%20Almeida%20de%20Andrade%20et%20al%20GT05.pdf. Acesso em: 28 jul. 2020.

ANDRÉA, G. F. M. **Estado de coisas inconstitucional no Brasil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

BARCELLOS, A. P. Violência urbana, condições das prisões e dignidade humana. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 254, p. 39-65, mai. 2010. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/8074/6862>. Acesso em: 15 mai. 2020.

BARROSO, L. R. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito: O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, p.1-42, abr/jun. 2005.

BRASIL. **Lei de execução penal**. Lei nº. 7.210, de 11 de julho de 1984.

BRASIL, Departamento Penitenciário Nacional. **INFOPEN – Levantamento de Informação Penitenciária**. Brasília: Ministério da Justiça, Departamento Penitenciário Nacional, 2014. Disponível em: http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/infopen_dez14.pdf. Acesso em: 08 jan. 2020.

BRASIL, Departamento Penitenciário Nacional. **INFOPEN – Levantamento de Informação Penitenciária**. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública, Departamento Penitenciário Nacional, 2017. Disponível em: <http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorios-sinteticos/infopen-dez-2016-rev-12072019-0802.pdf>. Acesso em: 08 jan. 2020.

BRASIL, Departamento Penitenciário Nacional. **INFOPEN – Levantamento de Informação Penitenciária**. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública, Departamento Penitenciário Nacional, 2019. Disponível em: <http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorios-sinteticos/infopen-jun-2017-rev-12072019-0721.pdf>. Acesso em: 08 jan. 2020.

BRASIL, Departamento Penitenciário Nacional. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – 2019**. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Brasília: 2019. Disponível em: <http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen>. Acesso em: 23 mar. 2020.

CARNEIRO, A. S. **A Construção do Outro como Não-Ser como fundamento do Ser**. Tese (Doutorado em Educação). Programa de Pós-Graduação em Educação da Universidade de São Paulo – Feusp, São Paulo, 2005.

CASARA, R. R. R. **Estado pós-democrático: neo-obscurantismo e gestão dos indesejáveis**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2017.

CINTRA, A. C. F. A transcendência dos Direitos Humanos. **Revista da Defensoria Pública do Distrito Federal**, Brasília, v. 1, n. 1, p. 59-68, 2019.

COELHO, S. Para uma crítica das críticas ao discurso dos direitos humanos e fundamentais: da desconstrução do jushumanismo ao jushumanismo crítico. **Revista Direitos Humanos e Efetividade**, v. 1, p. 1-18, 2015.

COELHO, S.; PEDRA, C. Direitos Humanos entre Discursos e Ideologias: a plurivocidade semântica dos direitos humanos, a necessidade de crítica democrática permanente e o permanente risco de reviravolta autoritária. In: **Direitos Fundamentais e Democracia**. Florianópolis: Funjab, 2013, v. I, p. 173-192.

COELHO, S. P. C. *Desarrollo Humano Crítico-Inclusivo: crítica del derecho al desarrollo y desarrollo crítico del derecho*. In: **Posdisciplinarietà y Desarrollo Humano: entre pensamiento y política**. Barcelona: Linkgua, 2014, p. 41-63.

OMMATI, J. E. **Uma teoria dos direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2019, p.235-251.

GODOI, R.; CAMPOS, M. S.; MALLART, F. M.; CAMPELLO, R. Epistemopolíticas do dispositivo carcerário paulista: refletindo sobre experiências de pesquisa-intervenção junto à Pastoral Carcerária. **Revista de Estudos Empíricos no Direito**, vol.7, nº1, p.143-158, abr.2020. Disponível em: <https://reedrevista.org/reed/article/view/332/249>. Acesso em: 02 mai. 2020.

FACHIN, M. G. **Fundamentos dos direitos humanos: teoria e práxis na cultura da tolerância**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

FERRAJOLI, L. **Direito e razão: Teoria do Garantismo Penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

_____. A pena em uma sociedade democrática. **Discursos Sediciosos: crime, direito e sociedade**, Rio de Janeiro, v. 7, n. 12, p. 31-39., 2002a.

_____. *Sobre el papel cívico y político de la ciencia penal en el estado constitucional de derecho*. **Nueva doctrina penal**, Buenos Aires, p. 63-71, 1998.

FOUCAULT, M. **A verdade e as formas jurídicas**. Tradução: Roberto Cabral de Melo Machado e Eduardo Jardim Morais. Rio de Janeiro: NAU Editora, 2002b.

FURTADO, B. S.; SILVA, T. C. G. *Mass incarceration e hyperincarceration: a realidade brasileira entre o senso comum e a pesquisa criminológica*. In: **Direito e Sociedade 2**. Ponta Grossa: Atena Editora, 2019, p.189-202.

JOBIM, A. Ensaio sobre uma teoria agnóstica da pena: fronteiras entre o político e o direito penal. In: XVII ENCONTRO PREPARATÓRIO PARA O CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI. **Anais...** Salvador/BA, 2008, p. 1591-1611.

NEVES, M. **A constitucionalização simbólica**. 3ª ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2011.

_____. **Constituição e direito na modernidade periférica: uma abordagem teórica e uma interpretação do caso brasileiro**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2018.

MOREIRA NETO, D. F. **Mutações do Direito Público**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

PALAZZO, F. **Valores Constitucionais e Direito Penal**. Tradução de Gérson Pereira dos Santos. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1989

PIRES, A. A racionalidade penal moderna, o público e os direitos humanos. **CEBRAP - Novos Estudos**, São Paulo, n. 68, p. 39-60, 2004.

SALVADOR NETTO, A. V. Execução Penal: ambiente de cogência ou espaço de dispositividade. **Boletim IBCCrim**, ano 27, n.324, p.04-06, nov. 2019.

SANTOS, A. L. C.; SANTOS, E. F. C. Constituição, Direito Penal e diferença: Sobre a emergência de uma tutela penal de minorias e vulneráveis sociais pós-constituição de 1988. **Revista Direito e Justiça – reflexões sociojurídicas**, v. 12, n. 18, p. 251-270, 2012. Disponível em: http://srvapp2s.santoangelo.uri.br/seer/index.php/direito_e_justica/article/view/969/456. Acesso em: 22 mar. 2020.

SALGADO, J. C. O Estado Ético e o Estado Poiético. **Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais**, Belo Horizonte, v. 27, n. 2, p. 37-68, abr./jun. 1998.

SOUZA, J. (Sub)cidadania e processo de naturalização da desigualdade. **Política & Trabalho - Revista de Ciências Sociais**, p. 67-96, abr. 2005.

SILVA, R. *Los estados de excepción legitimación de estado de cosas inconstitucional: expresión del pseudoconstitucionalismo*. **Revista Eleuthera**, n.15, p. 46-58, 2016.

STRECK, L. L. A Baixa Constitucionalidade como Obstáculo ao Acesso à Justiça em Ter-rae Brasilis. Seqüência: **Estudos Jurídicos e Políticos**, Florianópolis, v. 35, n. 69, p. 83-108, dez. 2014. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/21777055.2014v35n69p8>
3. Acesso em: 22 mar. 2020.

TAVAREZ, J. **Parecer consultivo**. Dispõe a pedido do coordenador da Clínica de Direitos Fundamentais da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ) do funcionamento do sistema prisional brasileiro nos autos da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347. Brasília: 07 abr. 2015.

VALOIS, L. C. **Processo de execução penal e o estado de coisas inconstitucional**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019.

Recebido em 29 de julho de 2020.
Aceito em 09 de outubro de 2020.