

# O SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO E O (DES)RESPEITO AOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS

Shelley Macias Primo ALCOLUMBRE<sup>6</sup>  
Gabriela Esther Nascimento dos SANTOS<sup>7</sup>  
(Centro Universitário Fibra)

## RESUMO

Esta pesquisa está centrada na análise científica sobre a prática da execução penal no Sistema penitenciário brasileiro e a observância aos direitos e garantias fundamentais, visando colaborar para melhor entendimento do funcionamento atual do nosso sistema penitenciário, apontar suas deficiências e direcionar o campo jurídico para possíveis soluções. Desta forma

---

<sup>6</sup>Mestra em Direito do Estado: Constituição, Direitos Humanos e Relações Internacionais pela Universidade da Amazônia – PA; Pós Graduada em Direito Penal e Processual Penal pela UES – RJ; Pós Graduada em Direito do Estado pela UES – RJ; Bacharela em Direito pela Universidade da Amazônia – PA; Professora de Direito Penal da Graduação e da Pós Graduação do Centro Universitário Fibra; Professora orientadora da Investigação Científica da FIBRA; Assessora Jurídica do TJE/PA. E-mail: [shelleymacias@lwmail.com.br](mailto:shelleymacias@lwmail.com.br)

<sup>7</sup> Orientanda de iniciação científica do Centro Universitário Fibra, licenciada em Filosofia (UFPA), Pós graduanda em Sistema de Garantia de Direitos da Criança e do Adolescente (UFPA) e mestranda em Educação (PPGED – UEPA). Integra o Grupo de Estudo e Pesquisa em Pensamento Social e Educacional das Margens Amazônicas (GEPPSEMA/UEPA). E-mail: [gabi.phi.adv@gmail.com](mailto:gabi.phi.adv@gmail.com).

nosso objetivo geral é investigar se as normas penais brasileiras estão pautadas coerentemente na observância dos princípios fundamentais oriundos da positivação dos direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro. A pesquisa se assenta metodologicamente por meio do método dialético, abordagem qualitativa, com pesquisa bibliográfica e documental e a análise de dados por meio da análise textual dissertativa. As conclusões provenientes do estudo apontaram para a inobservância dos direitos fundamentais na prática de execução penal que configuram o exercício de um Estado de Exceção.

**Palavras-chave:** Sistema Penitenciário Brasileiro. Lei de Execução Penal. Direitos Humanos. Garantias e Direitos Fundamentais. Estado Social Democrático de Direito. Estado de Exceção.

## **ABSTRACT**

### **THE BRAZILIAN PENITENTIARY SYSTEM AND THE (DIS)RESPECT FOR FUNDAMENTAL RIGHTS AND GUARANTEES**

This research is focused on the scientific analysis of the practice of criminal execution in the Brazilian penitentiary system and the observance of fundamental rights and guarantees, aiming to collaborate for a better understanding of the current functioning of our penitentiary system, point out its deficiencies and direct the legal field to possible solutions. . In this way, our general objective is to investigate whether Brazilian

criminal norms are coherently based on the observance of the fundamental principles arising from the positivization of human rights in the Brazilian legal system. The research is methodologically based through the dialectical method, qualitative approach, with bibliographic and documental research and data analysis through the dissertational textual analysis. The conclusions from the study pointed to the non-observance of fundamental rights in the practice of criminal execution that configure the exercise of a State of Exception.

**Keywords:** Brazilian Penitentiary System. Penal Execution Law. Human rights. Guarantees and Fundamental Rights. Democratic Social State of Law. State of Exception.

## 1 INTRODUÇÃO

“Quando o horizonte está turvo e os caminhos confusos, é hora de buscarmos na memória, em nossa trajetória, o momento em que nos perdemos no caminho”.

Dos indígenas Wayuu-Añuu que habitam as margens do Lago Maracaibo, atual Venezuela.

São muitos os debates atuais que movimentam as pesquisas no campo jurídico brasileiro, dentre os quais, tem se destacado a discussão acerca da validade dos direitos humanos e sua aplicação no exercício do poder

punitivo do Estado. O Brasil tem vivenciado um cenário alarmante sobre a superlotação do sistema penitenciário, o encarceramento em massa e o descrédito das medidas adotadas para prevenção e punição de práticas criminosas.

É diante desse panorama de muitas reflexões sobre esses problemas sociais cotidiano na vida dos brasileiros que esta pesquisa se propôs analisar e apresentar cientificamente uma discussão sobre a prática da execução penal no sistema penitenciário brasileiro e a observância aos direitos e garantias fundamentais que estabelecem o pleno funcionamento de um Estado Social Democrático de Direito.

Para isso, em um primeiro capítulo percorremos historicamente o caminho que guiou a comunidade internacional a elaborar o entendimento da necessidade de garantir direitos mínimos que conjuntamente proporcionam o mínimo para uma existência humana digna, e sua posterior positivação no ordenamento jurídico interno dos países, assim os transformando em direitos fundamentais.

No segundo capítulo apresentamos uma análise da recepção desses princípios constitucionais na Lei de Execução Penal, Lei nº 7.210/84, pontuando sua

manifestação no instrumento legal e posteriormente fazendo a comparação com sua aplicabilidade material no Sistema Penitenciário brasileiro, evidenciando um déficit alarmante na observância desses direitos fundamentais.

Por fim, no terceiro capítulo contextualizamos essa problemática apontada ao cenário político e social brasileiro, apontando para uma associação estruturante de políticas públicas, ações institucionais e manifestações sociais como fruto do exercício de um Estado não mais Democrático de Direito, mas uma manifestação metamorfoseada de um Estado de Exceção que comumente negligencia os princípios fundantes do exercício social, democrático e de direito das instituições públicas.

Este trabalho é produto de um programa de Iniciação Científica do Centro Universitário FIBRA, e teve como conjunto metodológico o método dialético, com abordagem qualitativa, tipo de pesquisa bibliográfica combinada com documental, com a coleta de dados indireta e análise de dados por meio da análise discursiva textual.

Findamos com a reflexão necessária e cada vez mais emergente no campo de estudo do direito que nos

convoca a inovação científica do estudo do direito por uma abordagem mais contextualizada, encarando a produção jurídica como uma produção necessariamente multidimensional e socialmente situada.

## **2 DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS E O ESTADO SOCIAL E DEMOCRÁTICO DE DIREITO**

“Não se pode visualizar a humanidade como sujeito de Direito a partir da ótica do Estado; impõe-se reconhecer os limites do Estado a partir da ótica da humanidade” (TRINDADE, 2005).

A efervescência jurídica em torno da concepção e garantia de direitos fundamentais a existência humana surgiu no horizonte jurídico após um longo período histórico marcado por guerras internacionais que, em uma conjuntura de conflitos armados, conduziram Estados-Nação a aplicação indiscriminada de práticas violentas que posteriormente conduziram a uma reflexão muito importante: Qual o limite da soberania estatal? Existe limites ao exercício do poder estatal?

É a partir desta instigação que internacionalmente houve um esforço mútuo entre os países de estabelecer direitos mínimos que garantissem: a) limites da atuação

dos Estados-nação; b) promoção da segurança internacional. É muito importante perceber que ao desejarem estabelecer normas internacionais que limitassem o poder soberano dos Estados-Nação, automaticamente, a comunidade internacional estaria estabelecendo parâmetros de condutas aceitáveis para uma “boa convivência” na comunidade internacional e isso foi essencial para que os países ao redor do mundo aderissem à Declaração dos Direitos Humanos de 1948.

Piovesan (2013) discorre sobre a efetivação desse sistema normativo internacional de proteção dos direitos humanos como algo que projetou uma vertente de um constitucionalismo global, ou seja, a comunidade internacional necessitava da criação de uma estrutura internacional que visasse a proteção de direitos e estabelecesse um ordenamento jurídico que guiasse os Estados-Nação.

Dessa forma, o estabelecimento dos direitos humanos convocou a instituir organizações internacionais que materializassem essa noção de constitucionalismo global centrado na discussão das relações horizontais entre os Estados, mas fortemente intencionado na

determinação de limites na relação entre Estado e povo (MAZZUOLI, 2021).

É nessa conjuntura que a valorização da concepção da dignidade humana se mostra fundamental para nortear a relação Estado/Povo, pois é através dela que se reconhece a necessidade da garantia de direitos mínimos à existência humana. Quais serão esses direitos mínimos? Os direitos humanos. É, portanto, a partir desse alicerce que os direitos humanos internacionais foram positivados internamente nos países, como forma de garantir os direitos mínimos aos seus cidadãos e, como consequência, a obediência aos limites acordados pela comunidade internacional.

Por isso, o Poder Constituinte dos Estados e, conseqüentemente, das respectivas Constituições nacionais, está hoje cada vez mais vinculado a princípios e regras de direito internacional. É como se o Direito Internacional fosse transformado em parâmetro de validade das próprias Constituições nacionais (cujas normas passam a ser consideradas nulas se violadoras das normas do jus cogens internacional). O Poder Constituinte soberano criador de Constituições está hoje longe de ser um sistema autônomo que gravita em torno da soberania do Estado. A abertura ao Direito Internacional exige a observância de princípios materiais de

política e direito internacional tendencialmente informador do Direito interno. (PIOVESAN, 2013, p. 66).

Com a positivação dos direitos humanos nas Cartas Magnas dos países, estes ganham a roupagem de direitos fundamentais (MAZZUIOLI, 2021), ou seja, são direitos garantidos internamente pelos Estados como um conjunto de garantias que são fundamentais a existência humana digna. Essa materialização da influência internacional do exercício do Poder de Estado internamente configura o fim de uma era “em que a forma pela qual o Estado tratava seus nacionais era concebida como um problema de jurisdição doméstica, decorrência de sua soberania” (PIOVESAN, 2013, p.67).

Os direitos fundamentais, por sua vez, são os direitos humanos incorporados ao ordenamento jurídico doméstico. Significam a positivação, pelo Estado, dos direitos morais das pessoas. Isto se dá por previsão expressa ou implícita no texto constitucional, ou no chamado bloco de constitucionalidade (BARROSO, 2020, p. 511).

No Brasil, a positivação dos direitos humanos pela Constituição Republicana Federativa de 1988 é expressa,

o art. 5.º, § 2.º, CF/88 , estabelece uma relação de complementariedade entre a Constituição e os Tratados Internacionais aderidos pelo Brasil, bem como, confere-se status de emenda constitucional a Tratados Internacionais que obtiverem aprovação pelo Poder Legislativo em votação de dois turnos, e por três quintos dos votos e, ainda assegura a aplicação imediata das normais que definem os direitos e garantias fundamentais, art. 5.º, § 1.º, CF/88.

Ramos (2020) exemplifica a incidência dos direitos humanos no Brasil na garantia do Poder Legislativo legislar de acordo com os direitos humanos (art. 60, § 4º, IV, da CF/88), a exigência de reserva legal para a atuação do Poder Público (art. 37 da CF/88), da individualização da pena (art. 5º, XLVI, CF/88), proibição de penas desumanas (art. 5º, XLVII, CF/88), a garantia da criação do Ministério Público e da Defensoria Pública etc. Essas materialidades decorrentes das garantias fundamentais determinam o estado brasileiro como um Estado Social Democrático de Direito (RAMOS, 2020; PIOVESAN, 2013; MAZZUOLI, 2021).

Como toda norma infralegal deve obedecer aos parâmetros constitucionais estabelecidos, os direitos

fundamentais assegurados na Constituição Federal devem reverberar nas demais normas brasileiras que adquirem o pressuposto de validade por estarem em consonância com a Constituição. Dessa forma a manifestação do Estado Social Democrático de Direito se materializa nas diversas áreas de atuação do Estado, no âmbito civil, tributário, administrativo, penal, etc.

Quanto a relação entre Constituição, Direito Penal e a efetivação do Estado Social Democrático de Direito, Junqueira e Vanzolini (2021) nos apresentam os pressupostos principiológicos básicos que decorrem da garantia constitucional dos direitos fundamentais e que iremos tratar especificamente a partir de agora.

De ser um Estado Social, que busca o maior benefício com o menor custo aos cidadãos, decorrem os princípios da exclusiva proteção a bens jurídicos, a intervenção mínima, da fragmentariedade, da subsidiariedade, da insignificância da adequação social. De ser um Estado Democrático decorrem os princípios da culpabilidade e da personalidade. De ser um Estado de Direito decorre o princípio da legalidade e suas consequências, como a taxatividade, a anterioridade e a proibição da analogia. (JUNQUEIRA; VANZOLINI, 2021, p. 40).

O princípio da exclusiva proteção a bens jurídicos se fundamenta como uma forma de limitação a punibilidade do Direito Penal determinando que para que haja a sua incidência é necessário a ofensa a um bem jurídico penalmente tutelado, com isso, o direito punitivo estatal não pode criminalizar/tipificar meras condutas sem que estas ofendam efetivamente bens jurídicos indispensáveis a convivência social (JUNQUEIRA; VANZOLINI, 2021).

O princípio da intervenção mínima ou da *ultimaratio* estabelece que o uso do Direito Penal deve ser posto como última medida de controle social, quando já houver se esgotado todas as outras possibilidades de controle e estas se mostrarem insuficientes para salvaguardar os bens jurídicos tutelados (RAMOS, 2020; PIOVESAN, 2013). “A Política Criminal (estratégias políticas de redução da violência intrassocial) não pode ficar reduzida ao Direito Penal (incriminação e sanção de condutas com emprego, majoritariamente, da pena corporal) e nem mesmo tê-lo como seu primeiro e principal recurso.” (JUNQUEIRA; VANZOLINI, 2021, p. 46).

Outro princípio é o da fragmentariedade que impõe uma limitação a aplicabilidade do direito penal quanto a

tutela dos bens jurídicos, segundo esse princípio o direito penal somente deve atuar quando houver lesões graves aos bens jurídicos mais relevantes. Por isso a característica de fragmentariedade, pois ele não deve agir sobre a totalidade, mas tão somente sob uma parcela, parcela essa definida quando houver graves lesões a bens jurídicos mais relevantes.

Junqueira e Vanzolini (2021) exemplificam “O patrimônio é sem dúvida um bem jurídico-penal, mas nem todas as lesões ao patrimônio podem ou dever ser criminalizadas. O inadimplemento de uma dívida, por exemplo, causa uma lesão patrimonial, mas constitui um problema civil e não um crime.” (JUNQUEIRA; VANZOLINI, 2021, p. 47).

Quanto ao princípio da subsidiariedade ou da necessidade, evidencia que a aplicabilidade do Direito Penal deve ser secundária, acessória, exceção, etc. (JUNQUEIRA; VANZOLINI, 2021), ou seja, a proteção do bem jurídico pelo Estado deve ser feita através de outros mecanismos distintos, menos gravosos para cidadãos e, quando estes se esgotarem, aplica-se o Direito Penal de forma subsidiária.

Há também a incidência do princípio da insignificância, que em resumo defende que “ainda que se concretize, em algum grau, lesão a um bem jurídico penal, tal circunstância não basta para que seja legítima a incriminação da conduta.” (JUNQUEIRA; VANZOLINI, 2021, p. 76), devendo a repressão penal recair quando houver violação de bens jurídicos relevantes. Este princípio é bastante controverso e tem gerado muitas discussões doutrinárias por não se apresentar de forma mais objetiva, enquanto isso, as jurisprudências brasileiras têm buscado regulamentar sua incidência.

O princípio da ofensividade ou lesividade “significa que não há crime sem que haja lesão ou perigo de lesão a um bem jurídico determinado” (JUNQUEIRA; VANZOLINI, 2021, p. 81), dessa forma o direito penal somente pode incriminar condutas que se manifeste como lesivas, ou por apresentarem ofensividade ao meio externo, atentando contra bem jurídico tutelado (ROIG, 2016).

Outro princípio posto é o da alteridade que determina que a tutela penal só incidirá em condutas, ação ou omissão, que lese interesse juridicamente protegido de outro sujeito. “Por esse motivo não são

punidos a autolesão, o suicídio ou qualquer conduta que apenas lese o sujeito que a prática.” (JUNQUEIRA; VQANZOLINI, 2021, p. 82).

O princípio da culpabilidade insere ao direito penal a avaliação da subjetividade do ato praticado. No Brasil adota-se a culpabilidade como fundamento e limite da pena, dessa forma, a punição penalmente imposta deve ser proporcional a culpabilidade do sujeito. E de forma complementar, há o princípio da personalidade determina que a aplicação da pena somente deve recair na pessoa do autor ou partícipe do delito, não se admitindo sanção a terceiros que não incorreram para a prática delituosa.

Apresenta-se também o princípio da humanidade das penas que visa a contenção dos danos produzidos pelo exercício desmesurado do poder punitivo (ROIG, 2016), determina que o condenado não deve ter violado a sua condição humana e deve continuar resguardado a sua dignidade da pessoa humana, ou seja, a aplicação da pena deve visar a ressocialização do condenado e não o seu extermínio, visando isso a Constituição Federal de 1988, em seu art. 5, XLVII, da CF, proibiu expressamente as penas de morte, de caráter perpétuo, de trabalhos forçados, de banimento e as penas cruéis.

O princípio da individualização, sua repercussão determina que deve ser respeitada a proporcionalidade entre a gravidade do crime e a pena prevista. Dessa forma o juiz deve, em cada caso concreto, determinar a sentença de acordo com cada caso e que incidam no mesmo tipo penal, já na fase de execução da pena, tem-se que a pena deve ser cumprida em local adequado às peculiares circunstâncias do condenado (JUNQUEIRA; VANZOLINI, 2021, p. 97).

Quanto ao princípio da reinserção social previsto no art. 1º o da Lei de Execução Penal, tem como finalidade a integração social do condenado e devendo ser vinculador no momento de fixação e execução da pena (JUNQUEIRA; VANZOLINI, 2021). E por fim temos os princípios da legalidade que determina que ninguém será punido sem que haja previsão legal e o da coisa julgada que estabelece que a execução da pena não pode ultrapassar os limites fixados na decisão condenatória definitiva em qualidade ou quantidade.

Estes princípios apresentados, em conjunto, garantem a efetividade do Estado Social Democrático de Direito brasileiro, nota-se que estes princípios buscam limitar o poder punitivo do Estado, estabelecendo

parâmetros principiológicos que devem ser observados no exercício de jurisdição. Entretanto, Barroso (2020) nos chama a atenção quanto a aplicabilidade destes princípios:

[...] direitos fundamentais são vinculantes e podem ser tutelados pelo Poder Judiciário. Porém, a interpretação e aplicação de direitos subjetivos com caráter de direitos fundamentais podem envolver complexidades e sutilezas. Normas de direito fundamental ora se apresentam com estrutura de regra, ora de princípios. Muito frequentemente, terão a natureza de princípios, o que significa que podem sofrer restrições, podem ter de ceder parcial ou inteiramente diante de certas situações fáticas ou jurídicas e estarão sujeitas à ponderação com outros direitos fundamentais ou interesses coletivos. (BARROSO, 2020, p. 512).

Ao descrever os nuances que acompanham a aplicabilidade desses princípios, Barroso (2020) apresenta uma característica importante, a aplicabilidade dos princípios não é absoluta, esta deve ser considerada de forma dinâmica. Corresponde a hermenêutica jurídica ampliar ou restringir os entendimentos e aplicações decorrente dos princípios acima apresentados, de forma

tal que busque na incorporação destes a justa decisão e a efetivação do Estado Social e Democrático de Direito.

A seguir veremos como há a recepção destes princípios na Lei de Execução Penal e o funcionamento do Sistema Penitenciário Brasileiro.

### **3 A LEI DE EXECUÇÃO PENAL E O SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO**

Lamentavelmente, enquanto não prescindirmos da pena privativa de liberdade, teremos que continuar lidando com ela, espelho de nossas imperfeições e prova de nossa incompetência na busca por maneiras mais racionais de lidar com o fenômeno criminal (ROIG, 2021, p. 16).

A execução penal no Brasil é regulamentada pela Lei de Execução Penal (Lei 7.210/84) - LEP que obedece aos parâmetros internos estabelecidos na Constituição Federal de 1988, o Código Penal e no Código de Processo Penal. O Conjunto harmônico dessas normas compõe as “regras do jogo” do sistema penal brasileiro. Se todas as legislações brasileiras devem estar em conformidade com a Constituição Federal como fundamento de sua validade, com a LEP não seria

diferente, as disposições constitucionais alicerçam as normas previstas nela.

Dessa forma, há a recepção dos princípios constitucionais penais na LEP que aplicados de forma mais específica à execução buscam delimitar os limites ao exercício do Poder de Polícia do Estado brasileiro (MIRABETE, 1997). A presença das garantias e direitos fundamentais na LEP insere as normas da execução penal dentro do conjunto de leis que são regidas em conformidade com os Direitos Humanos e orientadas pelo princípio da Dignidade da Pessoa Humana.

Conforme Mirabete (1997) apresenta, a própria Constituição Federal de 1988 – CF/88 incorporou expressamente algumas garantias à execução penal que decorrem dos princípios e direitos fundamentais, como a garantia do devido processo legal (artigo 5º, LIV), ao contraditório e ampla defesa (artigo 5º, LV), a proibição de provas ilícitas (artigo 5º, LVI) na busca de assegurar parâmetros mínimos para um julgamento justo e imparcial.

Há também a previsão da garantia a comunicação da prisão (artigo 5º, LXII), os direitos do preso a calar-se e a ter assistência da família e de advogado (artigo 5º,

LXIII) individualização da pena (artigo 5º, XLVI), a proibição das penas desumanas (artigo 5º, XLVII), a distinção de estabelecimentos penais de acordo com a natureza dos delitos, idade e o sexo do condenado (artigo 5º, XLVIII), a garantia da integridade física e moral dos presos (artigo 5º, LIX), o habeas corpus, habeas data e o mandado de segurança (artigo 5º, LXVIII, LXXII e LXIX), dentre tantos outros direitos e garantias que são estabelecidas para que o sistema penal brasileiro esteja em conformidade com o Estado Democrático de Direito (RAMOS, 2020; PIOVESAN, 2013).

Segundo a LEP, art. 1º, cabe a execução penal a estrita efetivação do disposto na decisão jurisdicional penal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado. Para isso, as normas visam a contenção do uso desmensurado do poder punitivo estatal e seus danos provenientes do abuso no exercício deste poder (ROIG, 2021; CARVALHO, 2008).

Um dos principais princípios norteadores da LEP é o princípio da humanidade que decorre diretamente do fundamento constitucional da pessoa humana e da prevalência dos direitos humanos (art. 4º, II, CF/88 c/c art.

60, § 4º, CF/88). Na LEP sua materialização se encontra por exemplo na previsão das sanções disciplinares não colocarem em perigo a integridade física e moral do condenado (art. 45, § 1º), a vedação o emprego de cela escura (art. 45, § 2º), o dever de respeito à integridade física e moral dos presos provisórios também (art. 40 da LEP), o direito à alimentação suficiente e água potável (art. 41, I, da LEP), etc.

Nota-se que esses artigos buscam garantir a integridade mínima ao condenado, internado ou preso provisório, além de assegurar condições estruturais físicas mínimas para sua contenção no sistema penitenciário. Entretanto, a realidade vivenciada no sistema penitenciário é outra, as péssimas condições de custódia das pessoas presas e internadas escancaram publicamente as violações sofridas, compartimentos de proporções reduzidas, precária ventilação, superlotação, ausência de luminosidade, falta de alimentação e água, restrição a acesso de sanitários, além de punições disciplinares como a proibição de frequentar cultos religiosos e a obrigação de usar uniformes com cores chamativas, cortar cabelos, permanecer em silêncio absoluto, etc. são formas de restringir direitos

constitucionais invioláveis (art. 5º, IV; X, CF/88) (ROIG, 2021; SCHMIDT, 2002).

Banalizado pela sociedade em geral e pela instituição pública, tais violações encontram justificativas na ausência de condições da administração Penitenciária de zelar pela disciplina e ordem do estabelecimento e pela saúde das pessoas presas, além da utilização da teoria da reserva do possível por escassez de recursos. De forma que é pacífico o entendimento jurídico que a ofensa a direitos humanos mínimos não pode ser justificada pelo uso da reserva do possível.

Sobre o tema, em decisão monocrática, o Ministro Celso de Mello salientou com acerto que “a cláusula da ‘reserva do possível’ – ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível – não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade” (STF, ADPF 45 MC/DF, Relator Min. Celso de Mello, j. 29-4-2004 *apud* ROIG, 2021, p. 40).

Outro princípio bastante presente no âmbito da execução penal é o da Legalidade, expressado no art. 45 da LEP “não haverá falta nem sanção disciplinar sem expressa e anterior previsão legal ou regulamentar”, deste artigo infere-se que para além de necessitar ter anterior previsão legal, o cumprimento desta deve ser estritamente ao que a lei estabelece, funcionando como instrumento de contenção do poder discricionário do sistema penitenciário e do arbítrio judicial (ROIG, 2021; CARVALHO, 2008). Para isso é necessário norma anterior, expressa, clara e precisa.

A exigibilidade desses requisitos põe em discussão a validade de normas escritas de maneira vaga ou imprecisas, que deixam em aberto a interpretação das mesmas. A título de exemplo podemos citar os incisos art. 50, I e II, e art. 150, §único da LEP que inserem expressões como “subverter a ordem pública”, e “demonstração do merecimento do condenado” como expressões que abrem procedência para arbitrariedades e causa insegurança jurídica ao condenado (ROIG, 2021; CARVALHO, 2008).

O princípio da individualização aplicado a execução penal estabelece que a fixação e execução da

pena devem levar em consideração cada caso individualmente e não de forma genérica, a pena deve ser a mais justa às especificidades do apenado, visando à minimização dos danos. Bem como o princípio da intervenção mínima se materializa no uso excepcional das algemas ou meios de coerção análogos, a medida disciplinar de isolamento prevista no art. 53, IV da LEP etc. todas essas ações devem ser utilizadas quando se mostram inviáveis outros meios, e sua aplicação deverá visar a proteção de bem tutelado e não uma ação meramente punitiva.

A LEP incorporou taxativamente o princípio da culpabilidade ao dispor que são vedadas as sanções coletivas (art. 45, § 3º, LEP). “Com esse dispositivo, procura-se impedir a punição disciplinar daqueles que sequer tiveram dolo ou culpa na ocorrência de determinado resultado lesivo” (ROIG, 2016, p. 43). Disto decorre também o princípio da transcendência mínima violado quando há proibição ou restrição de visita como forma de sanção disciplinar (arts. 41, parágrafo único, e 53, III, da LEP), Roig (2021) explica:

Isso porque não somente o preso possui o direito de receber seus visitantes (art. 41, X, da LEP) e receber assistência da família (art. 5º, LXIII, da CF), mas os próprios visitantes também têm direito de estar com seus parentes e amigos presos e com eles manter laços afetivos. (ROIG, 2021, p. 46).

Schmidt (2002) também apresenta o princípio da presunção de inocência e da proporcionalidade como norteadores da execução, segundo esses princípios deve haver tratamento diferenciado de acordo com a situação do apenado, seja em caso de prisão preventiva ou provisória, estes não podem ser tratados da mesma forma que uma pessoa condenada, pois ainda estão em processo de julgamento. Da mesma forma são as medidas, direitos, deveres, benefícios que são aplicados pela Administração que deve sempre buscar a proporcionalidade a cada caso concreto.

Muitas são as questões levantadas nessas breves considerações, nosso objetivo não esgotar essa discussão, mas apresentar de forma exemplificativa como a presença dos princípios orientados pelos direitos fundamentais são utilizados como fundamento para limitar a ação punitiva do Estado. A obediência a esses parâmetros é o que nos garante viver em um Estado

Democrático de Direito, e a sua desobediência nos conduz a um terreno de incertezas, onde nossas prerrogativas encontram aparato legal, mas não se concretizam no dia a dia.

Como nos foi apresentado acima e como é largamente conhecido pela sociedade brasileira, a execução penal no Brasil atualmente é reducto de violações dos direitos fundamentais garantidos na Constituição Federal. Este problema tem sido enfrentado inclusive pelo STF, conforme trecho abaixo:

No Brasil, a situação do sistema penitenciário está em colapso, quer pela superlotação decorrente da desatenção dos gestores do Poder Executivo, quer pela escassez de recursos, comum aos países subdesenvolvidos, quer, em especial, pela absoluta falta de responsabilidade dos operadores do sistema de Justiça Penal, que promovem um superencarceramento inconsequente, ou seja, a condenação é construída sem o mínimo cuidado para conhecer ou providenciar local para o cumprimento da pena. Sob o pretexto de cumprir a lei penal (que prevê crimes e impõe penas), são descumpridas a Constituição e as leis que regem a execução penal. Diante da referida situação de evidente colapso do sistema prisional brasileiro, o STF reconheceu um “estado de coisas inconstitucional” e concedeu liminar em ADPF (ADPF 347) para determinar a

realização de audiências de custódia e liberação do saldo acumulado no Fundo Penitenciário Nacional para utilização na finalidade para a qual foi criado, proibindo a realização de novos contingenciamentos. (JUNQUEIRA; VANZOLINI, 2021, p. 91).

É bem verdade que enquanto não houver a garantia do mínimo a dignidade humana a execução no Brasil escancara a ineficiência do Estado e nos coloca a refletir se é possível dizer que vivemos em um Estado Democrático de Direito, pois a violação dos direitos humanos das pessoas presas, as condições de tratamento desumano que são submetidas, torna ilegais as prisões brasileiras e, portanto, materializa a condução abusiva do poder punitivo brasileiro.

#### **4 ESTADO DE EXCEÇÃO, CONSERVADORISMO E COLONIALIDADE**

“O estado de exceção se tornou norma”  
Giorgio Agamben

Como foi possível constatar através dos apontamentos apresentados acima, atualmente há no Brasil uma problemática que circula em nosso sistema jurídico, a falta de efetivação das nossas leis, a

inobservância dos pressupostos básicos para a existência efetiva/concreta de um Estado Democrático de Direito, nos convoca a refletir sobre o que tem guiado o nosso sistema jurídico para um lugar de negligência aos direitos humanos fundamentais nas execuções penais. Será que isto é fruto de uma má formulação? De uma má aplicabilidade formal? É um problema estrutural? Político?

É fato que é largamente constatada a inobservância dos direitos fundamentais na prática da Execução Penal pelo Sistema Penitenciário, há diagnóstico que nos aponta para o funcionamento de um Estado que não têm cumprido com seus parâmetros constitucionais. Ora, uma vez que a observância dos direitos fundamentais é basilar para a existência do Estado Social Democrático de Direito, a pergunta que nós fazemos é: Em que Estado estamos vivendo atualmente?

Para buscar uma melhor compreensão acerca deste Estado, romperemos com os paradigmas absolutos que alicerçam a noção de direito como puro, um fim em si mesmo e apontaremos para o entendimento de que o direito é fruto da sociedade e, portanto, sujeito as maleações dos fenômenos sociais. Marques Neto (2001) nos convoca a pensar o direito como necessariamente

multidimensional e interdisciplinar, dessa forma, precisa ser estudado de forma contextualizada e que seja capaz de refletir sobre o espaço-tempo-social vigente.

Mendes (2008) complementa ao destacar que o “campo” do direito deve promover o estudo de forma contextualizada, compreendendo a influência dos fenômenos sociais na construção do entendimento jurídico. Ele aponta para a análise das estruturas sociais, entendendo-as como diversas e que dentro de uma situação global é preciso observar as características que compõe cada sociedade, para romper com uma noção estática do direito e propô-lo de forma dinâmica e dialógica.

[...] a teoria do campo jurídico é a aplicação, no mundo das leis e da ciência do direito, das instituições da psicologia da forma (Gestalt), com vistas a superar as visões apenas dogmáticas ou críticas do direito, procurando compreendê-lo em perspectiva envolvente e dinâmica, como uma estrutura simbólica da sociedade, destinada a dar segurança e estabilidade a determinados interesses”. (MENDES, 2008, p. 57)

Partindo deste entendimento, ao analisar a história da sociedade brasileira podemos afirmar que a

constituição do nosso sistema jurídico iniciou durante o período do Brasil Colônia com a forte influência dos modelos jurídicos da Europa, e desde então o Brasil tem vivenciado diversas modificações de sistema e forma política na busca de estabilizar a sua estrutura estatal. Nos últimos anos há um esforço político e social que busca a estabilização do modelo democrático no Brasil com significativo comprometimento da ordem pública e jurídica.

Entretanto, como foi largamente discutido nas seções anteriores, a efetivação do Estado Social e Democrático de Direito tem enfrentado limitações que evidenciam a ineficiência na promoção dos direitos e garantias fundamentais asseguradas constitucionalmente. Agamben (2004) tem apresentado este déficit como característica fundante de um modelo de Estado de Exceção.

Para Agamben (2004), o Estado de Exceção vem se metamorfoseando com o passar dos anos e atualmente tem se apresentado como uma manifestação desequilibrada entre o direito público e o fato político, configurando uma instabilidade entre o jurídico e o político. Tal cenário aponta para uma “anomalia” que

permite a existência de situações que extrapolam a normalidade do texto constitucional vigente.

Dessa forma, pensar a atualidade da execução penal no Brasil, é pensar na manifestação de um Estado de Exceção, quando esta se manifesta de forma desmedida, inobservados direitos e garantias fundamentais, incorporando à normalidade do Estado uma série de condutas que evidenciam uma zona de anomia na qual as determinações legais são ignoradas.

Alinha-se a esse entendimento, o avanço de medidas neoliberais que buscam deslocar o compromisso do poder público em assegurar direitos sociais. Uma das diversas medidas jurídicas que exemplificam tal tendência, é a Emenda Constitucional nº 95/2016 (BRASIL, 2016), que efetiva a redução drástica de políticas sociais de Estado, revogando dispositivos protetivos, precarizando políticas de educação em direitos humanos, promovendo reformas e políticas que intensificam a desigualdade de social, étnico-racial e de gênero no Brasil.

Atualmente temos vivenciado em nosso cenário sociopolítico a retomada da ideologia conversadora conduzindo-nos a intensificação institucional de condutas

e políticas orientadas pelo conservadorismo. Joseph de Maistre (1753-1821) ao caracterizar o pensamento conservador afirma que este opera em defesa da existência do poder absoluto do governante que mantém intrínseca relação com a vontade divina, sob o argumento de manutenção da ordem e do progresso, supervalorizam a tradição, hierarquia e a soberania.

Barroco (2008) também apresenta o conservadorismo como um movimento que se fundamenta no estabelecimento de um poder dominante legitimado por instituições tradicionais que visem manter a hegemonia de uma classe e que esta será a responsável por regular a sociedade em geral.

A partir disto, é possível perceber a crescente valorização do conservadorismo no Brasil atualmente, como por exemplo, a influência notória no *slogan* utilizado na campanha do atual Presidente da República Jair Bolsonaro “Brasil acima de tudo, Deus acima de todos”, nesta máxima é possível perceber a questão da soberania “Brasil acima de tudo” e a evocação ao divino “Deus acima de todos”. Durante seu governo, Jair Bolsonaro busca em seus pronunciamentos sempre mesclar política com religião, sempre aproximando o

Estado da Igreja, da religiosidade, dos padrões morais cristãos, da noção de soberania associada ao divino etc e distanciando cada vez mais o exercício do Estado como laico, guiado pela legalidade, pelo Estado de Direito, o social de forma igualitária e sem discriminação, as políticas e ações de forma democratizada, etc.

Pelo contrário, cada vez mais a gente vê a supervalorização de um padrão de família, um padrão de condutas, um padrão de pessoas e por consequência um ataque ao que foge desse padrão hegemônico. Um discurso de ódio destinado as “minorias”, aos LGBTQIA+, aos negros, nordestinos etc. Essa forma de manifestação jurídica, política, social, econômica do Estado brasileiro vem consolidando uma existência pautada ideologicamente no conservadorismo, socialmente penal e criminalizadora.

Segundo dados apresentados pelo Fórum Brasileiro de Segurança Pública, a população penitenciária brasileira é de 66, 7% de negros. Logo, das 657,8 mil pessoas em cárcere privado, 438, 7 mil são negras, dados de 2019. O encarceramento em massa da população negra no Brasil se soma ao crescente conservadorismo político, a uma prática de execução

penal desumanizadora e a negligência aos direitos humanos, consolidando uma cultura racista que marginaliza e desumaniza os corpos negros periféricos e que encontra nas instituições vínculos que permanecem até os dias atuais e que contribuem para uma estigmatização de perfis, e ponta para o racismo praticado pelo Estado penal.

O Brasil tem manifestado um fenômeno bastante comum no mundo moderno, o exercício do Estado de Exceção caracterizado pela formação de um “estado de emergência permanente (ainda que, eventualmente, não declarado no sentido técnico) tornou-se uma das práticas essenciais dos Estados contemporâneos, inclusive dos chamados democráticos” (AGAMBEN, 2004, p.13), que tem adotado recorrentemente condutas que para assegurar a ordem violam princípios constitucionais fundamentais. Almeida (2018) conceitua o racismo estrutural que engendra as instituições brasileiras responsáveis pelo padrão de ações de ataque, de eliminação, de extermínio de pessoas e coletivos considerados fora do padrão hegemônico, institucionalizando a reprodução de inúmeras formas de

violência que marginalizam vidas inferiorizadas socialmente.

## **5 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

O que se coloca no horizonte como debate a ser enfrentado é como podemos buscar a estabilização do Estado Social Democrático de Direito no Brasil, de que forma podemos fortalecer a aplicabilidade dos direitos humanos positivados em nossa Constituição Federal, como garantir uma prática de execução penal guiada pelos pressupostos fundamentais salvaguardados em nossa Carta Magna.

A problemática de negligência dos direitos fundamentais no exercício do poder punitivo estatal se apresenta a nós como fruto de um Estado orientado por valores conservadores, coloniais, racistas, hegemônicos que instrumentalizam as intuições públicas para reverberar em suas ações os valores que por eles são defendidos e propagados.

Atualmente no Brasil um modo de pensar que cristaliza esse padrão que tem sido promovido pelos políticos e reverberados na sociedade brasileira em geral

é de que para punir os infratores os nossos agentes públicos e suas condutas devem ser mais perversas do que os atos praticados, ou seja, “há a mentalidade de que para anular a violência do crime bastaria ser ainda mais forte e violento que o criminoso” (MANSO, 2020, p.11).

E esse entendimento tem guiado práticas abusivas inclusive praticadas por agentes públicos que deveriam buscar o fortalecimento do Estado Social Democrático de Direito. Porém, nota-se que não é uma questão meramente de conduta individual, há uma questão estruturante, há valores e defesa de um projeto de nação que para além de não criminalizar esses abusos ainda defende a sua existência e sua normatização como se as instituições democráticas e a garantia de direitos iguais não fossem uma escolha.

Sr. Presidente, sras. E srs. Deputados, desde que a política dos direitos humanos chegou ao país a violência só aumentou e passou a ocupar grandes espaços nos jornais. A marginalidade tem estado cada vez mais à vontade, tendo em vista os neoadogados para defendê-la. Quero dizer aos companheiros da Bahia – há pouco ouvi um parlamentar criticar os grupos de extermínio – que enquanto o Estado não tiver coragem e adotar a pena de morte, o

crime de extermínio, ao meu entender, será muito bem-vindo [...] (BOLSONARO, 2003)

A defesa de combate aos direitos humanos abertamente defendida no Congresso Nacional brasileiro é uma das diversas facetas da anomalia social e política que o Brasil vive atualmente. Por isso, é preciso romper com essa visão cristalizada do estudo do direito puro, instrumental, elaborar leis e entendimento jurídicos não é o bastante para efetivar os direitos e deveres na sociedade, é preciso compreender essa construção de forma multidimensional afim de encarar os problemas sociais concretos e propor soluções jurídicas socialmente fundamentadas.

Enquanto os “operadores do direito” mergulham na abstração conceitual de normas sem eficácia social, a sociedade fica a mercê de um Estado violador das garantias fundamentais, de um Sistema Penitenciário em ruínas enquanto o nosso *VadeMecum* aumenta seus números de páginas. É necessária e urgente a convocação dos juristas, doutrinadores, pesquisadores, estudantes, para refletir sobre nossa sociedade e pensar soluções jurídicas objetivas cientificamente, mas não neutras socialmente.

## REFERÊNCIAS

AGAMBEN, Giorgio. **Estado de exceção**. São Paulo: Boitempo, 2004.

ALMEIDA, S. L. de. **O que é racismo estrutural?** Belo Horizonte (MG): Letramento, 2018.

BARROCO, Maria Lúcia. **Ética: fundamentos sócio-históricos**. São Paulo: Cortez, 2008.

BRASIL. Emenda Constitucional nº 95, de 15 de dezembro de 2016. **Altera o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, para instituir o Novo Regime Fiscal, e dá outras providências**. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 15 dez. 2016. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/emendas/emc/emc95.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc95.htm). Acesso em: 10 maio. 2022.

BARROSO, L. R. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

CAMARA DOS DEPUTADOS FEDERAIS. **SESSÃO 138.1.52.O. Orador: JAIR BOLSONARO, PTB-RJ.** Disponível em: <https://www.camara.leg.br/internet/sitaqWeb/TextoHTML.asp?etapa=Sessao=138.i.52.o=horarioQuarto=BC&Data=12/08/2003>. Acesso em 26/05/2022.

CARVALHO, S. de. **Pena e garantias.** 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

JUNQUEIRA, G.; VANZOLINI, P. **Manual do Direito Penal: Parte Geral.** 7. Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

MANSO, B. P. **A REPÚBLICA DAS MILÍCIAS: Dos esquadrões da morte à era Bolsonaro.** 1. ed. São Paulo: Todavia, 2020.

MARQUES NETO, A. R. **A Ciência do Direito: conceito, objeto, método.** Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

MAZZUOLI, V. de O. **Curso de Direitos Humanos.** 8. ed. Rio de Janeiro: Forense; MÉTODO, 2021.

MENDES, A. C. **Dimensões Conceituais do Direito.** 2. ed. Curitiba: Champagnat, 2008

MIRABETE, J. F. **Execução penal: comentários à lei nº 7.210, de 11-7-84.** 8. ed. São Paulo: Atlas, 1997.

PIOVESAN, F. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional.** 14. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

RAMOS, A. de C. **Curso de Direitos Humanos.** 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

ROIG, R. D. E. **Execução penal: teoria crítica.** 2. ed. – São Paulo: Saraiva, 2016.

SCHMIDT, A. Z. Direitos, deveres e disciplina na execução penal. In: CARVALHO, Salo de. **Crítica à execução penal.** Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2002.

TRINDADE, A. A. C. **El Futuro de la Corte Interamericana de Derechos.** 3 ed. San José, C.R.: Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados, 2005.