

**III JORNADA INTERAMERICANA DE
DIREITOS FUNDAMENTAIS E I
SEMINÁRIO NACIONAL DA REDE
BRASILEIRA DE PESQUISA EM
DIREITOS FUNDAMENTAIS | RBPDF**

**ANAIS III JORNADA INTERAMERICANA DE
DIREITOS FUNDAMENTAIS E I SEMINÁRIO
NACIONAL DA REDE BRASILEIRA DE PESQUISA
EM DIREITOS FUNDAMENTAIS | RBPDF**

COMISSÃO CIENTÍFICA

Profa. Dra. Ana Cândida da Cunha Ferraz (UNIFIEO)
Prof. Dr. Carlos Luiz Strapazzon (UNOESC)
Prof. Dr. Cesar Landa (PUC, Lima – Peru)
Prof. Dr. Cezar Bueno de Lima (PPGDH/PUCPR)
Prof. Dr. Eduardo Biacchi Gomes (UNIBRASIL)
Profa. Dra. Elda Coelho de Azevedo Bussinger (FDV)
Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu (Unifor)
Prof. Dr. Gonzalo Aguillar (Universidade de Talca - Chile)
Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet (PUCRS)
Prof. Dr. Luis Henrique Braga Madalena (ABDCONST)
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva (UFS)
Profa. Dra. Margareth Anne Leister (UNIFIEO)
Profa. Dra. Mônia Clarissa Hennig Leal (UNISC)
Prof. Dr. Narciso Leandro Xavier Baez (UNOESC)
Prof. Dr. Pedro Paulino Grandez Castro (PUC, Lima – Peru)
Prof. Dr. Rubens Beçak (USP-Ribeirão Preto-SP)
Prof. Dr. Vladimir Oliveira da Silveira (PUCSP)

UNIVERSIDADES E INSTITUIÇÕES PARTICIPANTES

ABDCONST | Academia Brasileira de Direito Constitucional, Curitiba, PR
CONPEDI – Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito - Brasil
FDV | Faculdade de Direito de Vitória, ES, Brasil
IDP | Instituto Brasiliense de Direito Público, Brasília, DF, Brasil
PUCP | Universidade Católica do Perú, Lima, Perú
PUCPR | Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, PR, Brasil
PUCRS | Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, RS, Brasil
RBPDI | Rede Brasileira de Pesquisa em Direitos Fundamentais
Rede Interamericana de Pesquisa em Direitos Fundamentais
UEXTERNADO | Universidad Externado, Colômbia
UFMS | Universidade Federal do Mato Grosso do Sul, Campo Grande, MS, Brasil
UFMT | Universidade Federal do Mato Grosso, Cuiabá, MT, Brasil
UFS | Universidade Federal de Sergipe, Aracaju, SE, Brasil
UNIBRASIL-PR | Centro Universitário Autônomo do Brasil, Curitiba, PR, Brasil
UNIFIEO | Centro Universitário FIEO – São Paulo, SP, Brasil
UNIFOR | Universidade de Fortaleza, Fortaleza, CE, Brasil
UNISC | Universidade de Santa Cruz do Sul, Santa Cruz do Sul, RS, Brasil
UNINOVE | Universidade Nove de Julho, SP, Brasil
UNOESC | Universidade do Oeste de Santa Catarina, Chapecó, SC, Brasil
UPF | Universidade de Passo Fundo, RS, Brasil
USP | Universidade de São Paulo - Ribeirão Preto, SP, Brasil
UTALCA | Universidade de Talca, Chile

A532

Anais III Jornada Interamericana de Direitos Fundamentais e I Seminário Nacional da Rede Brasileira de Pesquisa em Direitos Fundamentais [Recurso eletrônico on-line] organização Rede Brasileira de Pesquisa em Direitos Fundamentais;

Coordenadores: Carlos Luiz Strapazzon, Lucas Gonçalves da Silva, Vladimir Oliveira da Silveira – São Paulo: RBPDI, 2017.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-384-9

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

11. Direito – Estudo e ensino (Graduação e Pós-graduação) – Brasil – Congressos internacionais. 2. Direitos humanos. 3. Direitos fundamentais. 4. Jurisdição constitucional. 5. Direitos Civis. 6. Direitos políticos. 7. Direitos sociais. 8. Direitos econômicos. 9. Direitos culturais. I. III Jornada Interamericana de Direitos Fundamentais e I Seminário Nacional da Rede Brasileira de Pesquisa em Direitos Fundamentais (1:2016 : São Paulo, SP).

CDU: 34



Rede Brasileira de Pesquisa
em Direitos Fundamentais

III JORNADA INTERAMERICANA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS E I SEMINÁRIO NACIONAL DA REDE BRASILEIRA DE PESQUISA EM DIREITOS FUNDAMENTAIS | RBPDF

ANAIS III JORNADA INTERAMERICANA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS E I SEMINÁRIO NACIONAL DA REDE BRASILEIRA DE PESQUISA EM DIREITOS FUNDAMENTAIS | RBPDF

Apresentação

APRESENTAÇÃO

Os Anais da III Jornada Interamericana de Direitos Fundamentais e I Jornada Brasileira do Seminário da Rede Brasileira de Pesquisa em Direitos Fundamentais, realizado entre os dias 26 a 28 de outubro do ano de 2016, na cidade de São Paulo, contou com a apresentação de artigos científicos nos Grupos de Trabalho Temáticos que analisaram os mais relevantes temas correlatos e conexos aos direitos fundamentais.

Os trabalhos foram avaliados pela Comissão Científica do Seminário, mediante o processo da dupla avaliação cega por pares, de forma a atender aos critérios Qualis Eventos da CAPES. Na presente publicação, foram selecionados os resumos dos trabalhos apresentados e que foram criteriosamente selecionados.

Conforme pode ser verificado, os resultados disponibilizados na publicação resultam de temas mais importantes da a Rede Brasileira da Pesquisa em Direitos Fundamentais e da Rede Latino Americana de Pesquisa em Direitos Fundamentais. Naturalmente, como se trata da primeira publicação, existe uma tendência de que as pesquisas venham a se consolidar e que para o próximo Seminário, os resultados possam trazer elementos mais concretos de análise, inclusive em relação ao aumento do fator de impacto dos trabalhos.

Vale destacar que os temas ligados aos direitos fundamentais, direitos sociais, acesso à justiça, tanto no plano interno como internacional, cada vez estão mais presentes em nossa sociedade, principalmente quando vivemos em tempos de reduções e de limitações dos direitos sociais e fundamentais.

Naturalmente debater os temas mais importantes que estão na pauta nacional e mundial são de extrema relevância para que possamos buscar dialogar, cada vez mais, com os meios acadêmicos e produtivo, englobando a própria sociedade civil.

Portanto, os resultados aqui publicados, demonstram parte das pesquisas realizadas dentro da Rede Brasileira de Pesquisa em Direitos Fundamentais e que pretende-se consolidar, cada vez mais, como um espaço de referência e de debate sobre os mais importantes temas que ocupam as agendas nacional e internacional.

São Paulo, 15 de novembro de 2016.

Prof. Dr. Carlos Luiz Strapazzon

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva

Prof. Dr. Vladimir Oliveira da Silveira

A EXECUÇÃO PENAL E A PREMISSA DE CONTEMPLAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO: SOBRE A OBSERVÂNCIA DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

THE CRIMINAL ENFORCEMENT AND PREMISE CONTEMPLATION OF HUMAN RIGHTS IN A DEMOCRATIC STATE OF RIGHTS: AN OBSERVANCE OF CONSTITUCIONAL PRINCIPLES

Marianny Alves ¹
Rejane Alves De Arruda ²

Resumo

O estudo em questão é fundado em pesquisa bibliográfica, de cunho dedutivo, que visa suscitar discussões acerca da execução penal enquanto processo que não contempla as garantias previstas e almejadas pelos direitos humanos fundamentais, principalmente quando se trata de uma sentença penal condenatória de privação de liberdade. Busca-se, verificar a (im)possibilidade de alcance dos direitos humanos quando o sistema de execução penal utilizado pelo ordenamento jurídico brasileiro se pauta em um modelo de características inquisitivas, que não contempla as garantias previstas no corpo constitucional, contaminando-se de ações de cunho administrativo, autorizadas pela própria legislação que regula a execução.

Palavras-chave: Execução penal, Direitos humanos, Garantias

Abstract/Resumen/Résumé

This study is based in a bibliographical research, by the deductive method, which claims to discuss the criminal enforcement as a process that does not include the guarantees provided and intended by the fundamental human rights, especially when it deals with a criminal sentence of liberty privation. The pretention is to verify the (im)possibility of reaching human rights when the enforcement system used by the Brazilian legal system is guided by a model of inquisitorial characteristics, which does not include the guarantees provided by the constitutional system, tainting up administrative decisions, which are authorized by the criminal enforcement law.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Criminal enforcement, Human rights, Guarantees

¹ Pós-graduanda stricto sensu pelo Programa de Mestrado em Direito da UFMS. Especialista em Direitos Humanos pela UEMS. Graduada em Direito pelo UEMS. Bolsista pelo Programa de Bolsas da CAPES.

² Doutora em Direito pela PUC-SP. Mestre em Direito das Relações Sociais pela PUC-SP. Graduada em Direito pela UCDB. Professora Adjunta da UFMS. Docente na UCDB, na ESMAGIS e na FESMP.

INTRODUÇÃO

O estudo em questão diz respeito a uma pesquisa bibliográfica, por vezes documental, de cunho dedutivo, que propõe uma discussão sobre a execução da pena privativa de liberdade e suas incompatibilidades com o modelo proposto pelo Estado Democrático de Direitos. Tem-se como referência teórica preponderante as concepções advindas da criminologia crítica.

Nesse sentido, o trabalho será dividido em três partes a fim de esquematizar a compreensão da discussão proposta. No primeiro, far-se-á uma apresentação da trajetória que demonstre a conquista dos direitos humanos ao longo da história, de forma a apontar o caminho percorrido para que se chegasse a um Estado Democrático de Direitos, o que inclui quais são seus pressupostos de existência.

Tentar-se-á demonstrar que a existência de um Estado Democrático de Direito não está apenas na positivação de direitos e do planejamento de mecanismos que concretizem tais direitos, mas no aperfeiçoamento desses mecanismo e efetividade da tutela prometida. Propõe-se, ainda, a tratar sobre direitos humanos como um conceito em constante ampliação, capaz de abarcar tudo aquilo que no momento signifique de alguma forma elemento de composição da dignidade humana, sendo o conceito de direitos humanos um ideal a ser alcançado.

No segundo item, por sua vez, pretende-se demonstrar minimamente quais princípios norteiam parte do ordenamento jurídico e quais suas funções dentro do sistema penal, buscando evidenciar a importância de cada um deles para a constituição da justiça e de limitação da atuação penal, que seria ainda mais interventiva, caso os princípios não fossem observados.

Há neste capítulo a tentativa de evidenciar a utilização dos princípios como atividade primordial no alcance de um Estado Democrático de Direitos, uma vez que este se compromete com a proteção dos Direitos Humanos e se utiliza do aspecto de supremacia constitucional para garantir que as premissas sejam respeitadas em âmbito interno, dispondo que as leis infraconstitucionais estejam em conformidade com os ideais da Constituição Federal.

No terceiro tópico, por fim, buscar-se-á demonstrar os motivos pelos quais a execução penal não contempla os direitos humanos, sendo a sentença penal condenatória, principalmente a que declara uma pena privativa de liberdade, o mecanismo jurídico que

anuncia a negação da cidadania, esta fundamento basilar dos Direitos Humanos, logo do Estado Democrático de Direito.

Tem-se a intenção de demonstrar que a execução penal, mesmo sob o controle judicial que camufla a ilegalidade das violações, precisa estar de acordo com os ideais constitucionais, não só pelo mero cumprimento estrito do que dispõe a Lei de Execuções Penais, mas também uma revisão de certos dispositivos que abrem espaço para que a atuação da Administração interfira no caráter puramente jurisdicional que se espera do processo de execução penal.

Cabe ressaltar que o trabalho não tem por intuito esgotar o assunto ou propor soluções, mas tecer críticas e demonstrar incompatibilidades entre a execução penal e de forma mais nítida a pena de privação de liberdade e a essência incumbida aos direitos humanos.

1. A CONQUISTA DOS DIREITOS HUMANOS E SUA RELAÇÃO COM O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Ao longo da história, é possível notar que, ao passo que os direitos em prol do indivíduo foram sendo conquistados, mais limitado foi se tornando o poder do Estado ou de quem o detém em representação. Na era moderna, período no qual é comum situar o início das discussões sobre a positivação de direitos humanos, as pequenas ou grandes conquistas de direitos travavam uma guerra contra o absolutismo. A concepção de um Estado de Direito se deu pela promulgação de documentos que podiam garantir que a sociedade fosse regida por leis e que o Estado também se submetesse a essas leis.

Didaticamente, a contemporaneidade é marcada na história a partir do término da Revolução Francesa (1789). Não que os períodos da história possam mesmo ser fragmentados por acontecimentos classificados de grandiosos, mas a possibilidade de demarcação aqui anuncia uma nova era para a positivação de direitos. Afinal, após as grandes declarações de direitos oriundas das revoluções, o período de Revolução Industrial exigiria uma nova concepção de direitos e mesmo de Estado.

O fato é que desde a extinção dos feudos, que se deu de forma lenta e não instantânea, a população que antes trabalhava na servidão não tinha mais o que fazer, com o que trabalhar e prover seu sustento, o que gerou um aumento considerável na mendicância na cidade, causada por um inevitável êxodo rural. E, então, com a instituição de fábricas, não

havia alternativa a classe baixa, a não ser a submissão às exaustivas cargas horárias de trabalho a baixos salários, uma vez que não havia qualquer lei que regulasse tal condição. (BITENCOURT, 2001)

Se noutra oportunidade foi instituído um Estado Liberal, limitador do poder estatal, os direitos positivados não eram mais suficientes para garantir dignidade ao sujeito. O aspecto liberalista do Estado assinala, principalmente, a ausência de regulação na atividade econômica e a proteção aos direitos individuais, impedindo que o Estado atue diretamente nas atividades do cidadão, mas não acarreta ao ente estatal a obrigação ativa de atuar em proteção do indivíduo, há uma obrigação apenas omissiva. (BONAVIDES, 2011)

Ante ao momento histórico, mola propulsora do capitalismo, no contexto da revolução industrial, o Estado Liberal considerava em igualdade, por exemplo, a condição do trabalhador e do empregador, o que desconsidera o real sentido do princípio da igualdade e seu critério de proporcionalidade. O resultado dessa liberalidade foi o aproveitamento das massas proletárias pela burguesia já no início do século XIX, que viria a desencadear novas revoltas e cobranças por novos direitos.

A classe trabalhadora, que vivenciava um capitalismo selvagem, era arbitrariamente explorada e humilhada pelos empresários. Recebia salários injustos, trabalhava demasiadamente, não conseguia adquirir propriedades, enfim, a desigualdade, o abismo existente entre as camadas sociais era gritante. O século XIX foi marcado pelo reconhecimento de certos direitos sociais fundamentais nas Constituições de vários Estados, bem como na legislação infraconstitucional. (GRECO, 2011, p. 46)

Nesse sentido, a partir do reconhecimento da necessidade e então positivação de direitos sociais, mas tarde denominados como direitos de segunda dimensão/geração, o que se pretendia era estabelecer a igualdade material, uma vez que a formal já estaria posta. E o acesso à vida digna seria amplificado no sentido de acesso a garantias mínimas como o direito à saúde, à educação, ao trabalho, à habitação, segurança social etc.

Tratava-se, sem dúvida, do nascimento de uma nova concepção de Estado: o Estado Social de Direito. Que, assim como o Estado Liberal, não eliminava a existência do Estado de Direito, seria, segundo Bonavides (2011), a segunda forma do Estado de Direito. “Estado social significa um Estado que assume encargos para uma sociedade, intervindo na área econômica com o fim de equilibrar as forças sociais” (GUERRA FILHO; CARNIO, 2013)

Se nas primeiras declarações, dentre outros, as garantias conquistadas faziam referência à liberdade, o momento posterior seria de luta por direitos sociais. A classe trabalhadora conquistou alterações na Constituição Francesa, mas a plena positivação desses direitos agora considerados humanos só ocorreu com as constituições de México, 1917, e de

Weimar, 1919, que observava não só direitos sociais, mas econômicos (COMPARATO, 2010).

Não se pode esquecer, no entanto, que em meio aos períodos de lutas por direitos sociais, estaria acontecendo a Primeira Guerra Mundial (1914-1918), que, respaldada pela soberania dos Estados, também merecia atenção na regulamentação de um direito internacional humanitário. A questão a soberania teria sido estabelecida como um viés do Estado Liberal, que embora limitasse o Estado em território nacional, declarava sua supremacia em âmbito internacional, devendo os outros Estados respeitarem sua soberania.

Nesse contexto, embora a instituição de um Estado Social acarretasse obrigações ao Estado, por outro lado, a partir de uma concepção contratualista, novamente o ente estatal teve seu poder expandido, uma vez que, cumprida suas obrigações, via-se como justo o sacrifício de direitos individuais, tão importantes num Estado Liberal, em prol do cumprimento do alcance dos direitos sociais.

Se o processo de industrialização refletia na órbita econômica e social, expandia também pelo mundo bélico, multiplicando a capacidade de destruição humana. Era necessário, antes de mais nada, evitar a eliminação em massa de indivíduos que se tornariam descartáveis. Surgiu a necessidade de regulamentação na órbita internacional. A Sociedade das nações (SDN) surge em 1919, como a primeira tentativa de instauração de um organismo internacional capaz de mediar conflitos entre Estados. (BITTAR, ALMEIDA, 2010)

No que tange o direito humanitário, documentos e acontecimentos a serem destacados são a Convenção de Genebra de 1864, a fundação da Comissão Internacional da Cruz Vermelha, a Convenção de Haia e a Convenção de Genebra de 1929 (COMPARATO, 2010). Foi com o término da Segunda Guerra Mundial, entretanto, que se percebeu necessária a internacionalização de direitos mínimos e fundamentais:

No momento em que os seres humanos se tornam supérfluos e descartáveis, no momento em que vige a lógica da destruição, em que cruelmente se abole o valor da pessoa humana, torna-se necessária a reconstrução dos direitos humanos, como paradigma ético capaz de restaurar a lógica do razoável. A barbárie do totalitarismo significou a ruptura do paradigma dos direitos humanos, por meio da negação do valor da pessoa humana como valor fonte do direito. Diante dessa ruptura, emerge a necessidade de reconstruir os direitos humanos, como referencial e paradigma ético que aproxime o direito da moral. Nesse cenário, o maior direito passa a ser, adotando a terminologia de Hannah Arendt, o direito a ter direitos, ou seja, o direito a ser sujeito de direitos. (PIOVESAN, 2010, p.176)

Nesse contexto, foi criada uma nova organização, a Organização das Nações Unidas (ONU), responsável pela manutenção da paz e da segurança internacional, que objetivou instaurar regras de conduta nas relações internacionais, inclusive na proteção dos direitos

humanos, sendo este, o grande motivo para se limitar o poder soberano do Estado (PIOVESAN, 2011).

Assim, a internacionalização de direitos teria começado na segunda metade do século XIX e só foi “terminar” com a 2ª Guerra Mundial (COMPARATO, 2010). É na carta da ONU, por exemplo, que se declara pela primeira vez na história de construção dos direitos humanos a proibição da guerra como forma legítima de resolução de conflitos (BITTAR; ALMEIDA, 2010).

Ante a necessidade, iniciou-se então a redação da Declaração Universal dos direitos Humanos, proclamada em 1948, diante da aprovação de 48 Estados, com 08 abstenções. Ficou estabelecido, assim, um rol de direitos inerentes ao homem pela simples condição humana, afirmando a compreensão comum destes direitos pelas nações como o primeiro passo ao seu pleno cumprimento. (PIOVESAN, 2011)

É preciso esclarecer, que, após a Declaração Universal dos Direitos Humanos, muitas outras convenções foram promulgadas, trazendo um caráter vinculativo ao cumprimento das declarações. Foi estabelecido, ainda, mecanismos de proteção aos direitos humanos a nível global, regional e mesmo temáticos. Hoje o direito internacional já dispõe de Tribunal Penal Internacional (2006) e da possibilidade de tribunais *ad hoc* para o julgamento de violações de direitos humanos. (PIOVESAN 2011).

Por mais, resta esclarecer que a partir de todas essas positivizações de direitos, principalmente após a Declaração Universal, mais uma vez houve a necessidade de mudança do Estado de Direito, que passou a se estruturar não mais como um mero Estado Social ou Liberal, mas como um Estado Democrático. Percebe-se que, mesmo após a conquista de direitos sociais, o Estado social não foi capaz de conter uma segunda grande guerra, sendo necessária a reestruturação dos Estados:

[...] Se em um primeiro momento observou-se um prestígio de um modelo social e, mesmo, socialista de Estado, a fórmula do Estado Democrático se firma a partir de uma revalorização dos clássicos direitos individuais de liberdade, que se entende não poderem jamais ser demasiadamente sacrificados em nome da realização de direitos sociais. O estado Democrático de Direito, então, representa um forma de superação dialética de antítese entre os modelos liberal e social ou, mesmo, socialista de Estado. (GUERRA FILHO; CARNIO, 2013, p. 172-173)

De acordo com a nova estrutura, os Estados deveriam garantir, nas legislações internas, a preservação dos direitos humanos, desenvolvendo não só a proteção, mas mecanismos que os promovessem. Em um Estado Democrático de Direitos nenhum direito será sacrificado em prol de outros, devendo-se manter um equilíbrio que pressuponha a efetivação de todas as garantias. Sendo assim, o compromisso assumido por um Estado

Democrático está na harmonização dos interesses públicos, privados e coletivos.

2. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS APLICADOS À EXECUÇÃO PENAL

2.1 Direitos Humanos Fundamentais e os Princípios Constitucionais

A partir do processo de internacionalização de direitos, oriundo do movimento de positivação dos direitos humanos, as sociedades, de uma forma geral, passaram a compor um movimento de constitucionalização de direitos, principalmente a partir das lutas por conquistas de direitos sociais. Esses Estados Constitucionais possuem característica fundamental de se pautarem em constituições rígidas, que só podem ser alteradas por meio de procedimentos complexos e pré-estabelecidos no corpo constitucional. (GRECO, 2011)

Nesse sentido, a partir do instante em que os direitos humanos foram inseridos no texto constitucional passaram a ser reconhecidos como direitos fundamentais. Há que se notar uma substancial distinção entre direitos humanos e direitos fundamentais não propriamente em conteúdo, uma vez que os direitos fundamentais são, de forma simplória, os direitos humanos positivados em órbita nacional, mas no que tange a sua limitação, uma vez que:

[...] o termo ‘direitos fundamentais’ se aplica para aqueles direitos do ser humanos reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado, ao passo que a expressão “direitos humanos” guardaria relação com os documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que, portanto, aspiram a validade universal, para todos os povos e tempos, de tal sorte que revelam um inequívoco caráter supranacional (internacional). (SARLET, 2006, p. 35-36)

Observa-se que, os direitos humanos não são apenas direitos positivados e em vigor num determinado espaço e tempo por uma sociedade específica, nem mesmo direitos pré-estabelecidos de origem “sobrenatural”, anteriores a existência humana, trata-se de um conjunto de direitos e princípios historicamente conquistados - e por isso em constante construção - inesgotáveis, universais, imprescritíveis, inalienáveis e irrenunciáveis, complementares e concorrentes, invioláveis e vedados ao retrocesso, entre outras muitas características. (SARLET, 2006)

Cabe ressaltar que, o conceito de direitos humanos, propriamente, não é passível de suficiente definição, trata-se de um ideal a ser perseguido. Note as observações de Piovesan:

Defende este estudo a historicidade dos direitos humanos, na medida em que estes não são um dado, mas um construído, uma invenção humana, em constante processo de construção e reconstrução. Enquanto reivindicações morais, os direitos humanos são fruto de um espaço simbólico de luta e ação social, na busca por dignidade, o que compõe um construído axiológico emancipatório. (2011, p.167-168)

Nesse sentido, esclarece-se que, ao dispor em seu artigo 4º, inciso II, que o Estado rege-se, entre outros, pelo princípio da prevalência dos direitos humanos, a Constituição Federal (1988) está confirmando o compromisso do Estado Democrático de Direitos com a proteção aos direitos humanos, observando-os na composição e/ou aplicação de qualquer legislação infraconstitucional, sendo a constituição respaldada explícita ou implicitamente, em seus princípios.

Os direitos humanos não são, porém, apenas um conjunto de princípios morais que devem informar a organização da sociedade e a criação do direito. Enumerados em diversos tratados internacionais e constituições, asseguram direitos aos indivíduos e coletividades e estabelecem obrigações jurídicas concretas aos Estados. Compõem-se de uma série de normas jurídicas claras e precisas, voltadas a proteger os interesses mais fundamentais da pessoa humana. São normas cogentes ou programáticas que obrigam os Estados no plano interno e externo. (BRASIL, 2008)

No mais, é preciso lembrar, ainda, que a dignidade da pessoa humana, fundamento basilar dos direitos humanos; e a cidadania (BRASIL, 1988), dispositivo de acesso a todos os outros direitos (LAFER, 2006), são fundamentos deste Estado, devendo ser levado em consideração, obviamente, em quaisquer situações no ordenamento jurídico nacional, o que, por si só, limitaria ofensas ou ameaças a direitos humanos fundamentais tanto na composição das leis como em sua aplicação.

Os direitos humanos, então, ocupam um papel norteador, devendo prevalecer sua superioridade e a necessidade de atendimento aos seus princípios, utilizados como fundamento da norma e da interpretação na aplicação da lei ao caso concreto. Posto isso, passa-se a discorrer brevemente sobre alguns princípios constitucionais, respaldados nos direitos humanos, que compõem o ordenamento jurídico brasileiro.

O primeiro princípio que compõe, necessariamente, um Estado Democrático de Direitos trata-se do Princípio da Legalidade. É no momento em que o Estado, dotado de soberania, se submete à lei que se estipula o surgimento de um Estado de Direitos, como visto oportunamente em momento anterior. Isso quer dizer que a lei possui um aspecto de generalidade e, sendo assim, todos, inclusive o ente estatal, deve se submeter a ela de forma igual.

Ademais, embora se refira a todos, não se pode esperar e nem permitir que a lei seja específica e clara a todas as situações as quais são reguladas pelo direito. O Princípio da Legalidade atribui à legislação certa abstração que permite a contemplação das mais diversas situações. Assim, está disposto explicitamente no *caput* do artigo 5º da Constituição (1988), que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza” e implícito ao longo

de diversos dispositivos que garantem a igualdade entre as pessoas e a subordinação de todos à lei.

O princípio da legalidade pode ser considerado a “espinha dorsal” do Estado de Direito, e, através dele, podemos entender que a liberdade é a regra; e sua restrição, a exceção. O princípio da legalidade limita, de um lado, a tendência à onipotência dos detentores do poder e, por outro, esclarece à população em geral o que pode e o que não pode ser feito, isto é, explicita todas as proibições, uma vez que o que não é proibido, segundo a regra geral, é permitido fazer. (GRECO, 2011, p.54)

Entendido que se trata de fator imprescindível para a composição de um Estado Democrático de Direito, o Princípio da Legalidade abre espaço ao consequente e indissociável reconhecimento do Princípio da Igualdade, afinal, se todos se submetem igualmente a lei, todos são considerados formalmente iguais. Contudo, há se observar este princípio no que tange ao seu aspecto material, uma vez que, em verdade as pessoas não são iguais e por isso o ordenamento deve se valer de justiça para a aplicação do princípio da igualdade.

Outro princípio de suma importância a ser considerado trata-se do Princípio da Justicialidade, ou seja, o Direito de Acesso à Justiça. Isso tudo porque, de nada valeria o quesito da legalidade se não houvesse a garantia sobre a sua aplicação (GRECO, 2011). É somente por meio do acesso à jurisdição que se pode garantir a existência de outros direitos, sendo condição para a se falar em cidadania, afinal, o próprio controle de constitucionalidade pode ser garantido pela jurisdição.

Embora a noção de legalidade tenha se estabelecido em meio a um Estado liberal, a concepção de acesso a jurisdição não levava em consideração as circunstâncias sociais, sendo um direito apenas formal de propor uma ação. O que não pode ser visualizado como acesso livre à jurisdição, afinal:

[...] Estaria em juízo quem pudesse suportar os custos de uma demanda, pois a desigualdade econômica e social não era objeto das preocupações do estado. Bastava se proclamar o direito de ir a juízo, pouco importando se o titular do direito material lesado pudesse usufruir do direito de ação. (MARINONI, 2010, p. 188)

E não só pelo custo, a própria demora processual carrega consigo grande risco de inefetividade, pois a justiça tardia pode não ser mais justiça. A celeridade processual é tão importante quanto à possibilidade de alcançar o direito de ação. Essa concepção sobre o direito de ação só passou a ser um conceito de acesso à justiça a partir das constituições modernas, com a promulgação de direitos sociais e econômicos, uma vez que os direitos elencados nas respectivas cartas magnas só poderiam ser concretizados pelo efetivo acesso à justiça.

De acordo com Greco, a importância da justicialidade é indiscutível, sendo que:

[...] a aplicação da lei ao caso concreto só será legítima se houver: a) a preservação do chamado *juiz natural*, ou seja, o juiz que, anteriormente à prática do fato, tinha

competência para julgá-lo, vedando-se, em consequência, os tribunais de exceção; b) o *due process* *flaw*, permitindo-se o contraditório e a ampla defesa daquele contra a quem foi proposta a ação; c) a publicidade dos atos processuais; d) a motivação das decisões judiciais; e) a proibição das provas obtidas ilicitamente; e) o direito de recorrer a decisão que lhe for contrária; g) o reconhecimento da presunção de inocência. Enfim, existe um conjunto de medidas e pensamentos que deverão ser adotados para que o acesso à Justiça seja uma realidade. (GRECO, 2011, p.74) (grifos do autor)

Essa questão de possibilitar o acesso aos direitos diz respeito não apenas ao acesso à jurisdição, mas ao empoderamento/emancipação do indivíduo a tomar conhecimento de seus próprios direitos e deles disporem. É claro que torna mais nítida a garantia de direitos por meio de uma atividade jurisdicional, mas a própria garantia do direito de cidadania - fundamento deste Estado - em si estaria possibilitando o acesso a todos os outros direitos. Isto porque se tem por objetivo entender a cidadania em seu conceito mais amplo, como quis a filósofa Hannah Arendt, o direito a ter direitos (apud LAFER, 2006).

Importa dizer, oportunamente, que a não garantia da cidadania estabelece, assim como pensou Arendt (apud LAFER, 2006), a condição de apátrida, logo, não detentor de direitos ante ao ordenamento jurídico. Assim, a cidadania se encontra entre os fundamentos do Estado Democrático de Direito não por acaso, trata-se da completa possibilidade de acesso à condição humana ante ao Estado pós-moderno, o alcance à dignidade.

No mais, resta mencionar o princípio que fundamenta não só o Estado Democrático de Direito, enunciado pela Constituição Federal (1988), mas também os direitos humanos e, sob o prisma de alguns autores, o próprio direito como um todo (MARTINS, 2003), o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. Afinal, qual seria o objetivo do direito se não a proteção do homem e da sua dignidade?

A dignidade da pessoa humana, assim como os direitos humanos, foi construída ao longo da história, tratando-se de uma somatória de direitos que juntos comporiam o conceito. Trata-se, portanto, de um conceito também em aberto, amplo, versátil, que, na verdade, fundamenta todos os outros princípios já mencionados neste trabalho. Assim, deverá ser entendido como um princípio superior que tem por objetivo orientar todo o sistema jurídico, desde a composição das leis, aplicação ou a aferição de sua validade. (GRECO, 2011)

Importante salientar que, embora expressa explicitamente no corpo constitucional, sendo um dos fundamentos deste Estado, como já mencionado, não há qualquer dúvida de sua qualidade sob a ótica de princípio implícito ao longo de toda a constituição, decorrente inevitavelmente do próprio Estado Democrático de Direitos, podendo promover a validade de normas não constitucionais que a ele se submetem.

2.2 Princípios-Constitucionais da Execução Penal

Os princípios que norteiam a execução penal, por sua vez, nada mais são do que os princípios constitucionais já mencionados anteriormente, afinal todo o ordenamento jurídico deve pautar-se na Constituição Federal, devidamente direcionados ao aspecto penal, contudo, com recorte indispensável de atuação no processo de execução da pena. Por certo, nada mais lógico do que fundamentar a execução no Princípio da Legalidade, uma vez que definido um crime, por lei, este automaticamente estará vinculado a aplicação de uma pena, que se trata de uma consequência jurídica.

Em relação à pena, então, se pode evidenciar desde já os Princípios da Anterioridade e da Taxatividade também indispensáveis na execução penal. Afinal, as normas materiais e processuais da execução deverão obedecer ao intuito de haver dispositivo taxativo de conduta proibitiva antes da ação ser executada, o que limita a discricionariedade do magistrado em decidir a partir do caso concreto e também fornecendo ao Poder Judiciário certo controle do processo legislativo, que requer mecanismos formais de trâmite.

Contudo, o princípio de maior importância nesta ocasião trata-se, oportunamente, do Princípio da Garantia da Jurisdição. Tal princípio tem como fundamento a independência e legitimidade do Poder Judiciário na atuação de garantidor de direitos, principalmente quando se trata de indivíduo condenado a privação de liberdade, uma vez que detém menos poder de lutar sozinho pelos seus direitos, quando alguns outros direitos já foram legalmente afetados pela sentença penal condenatória.

Ainda sobre a Garantia da Jurisdição, é conveniente ressaltar que dentro a perspectiva de garantidor, cabe ao magistrado ser espectador, no sentido de que cabe atuação de sua parte apenas após a provocação das partes envolvidas – Ministério Público e réu -, não podendo proceder no caso de busca de provas contra o sentenciado, uma vez que tal ação afetaria a imparcialidade que exige sua posição. (LOPES, 2007)

Atrelado ao acesso à jurisdição, encontra-se a necessidade de fundamentação das decisões do magistrado, como elencado no artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal (1988), tratando-se o condenado de um cidadão, e mais precisamente no artigo 59 da Lei de Execução Penal (1984). Tal premissa tem por intuito evitar decisões autoritárias e dar a oportunidade de apresentação de recurso à decisão tomada.

Nesse sentido, outro princípio que não pode deixar de ser destacado trata-se do Princípio da Ampla Defesa e do Contraditório. Diz respeito a um direito fundamental que o condenado tenha acesso à autodefesa, de forma a permitir o confronto de argumentações; e que lhe seja dada a oportunidade de produzir provas que auxiliem na busca da verdade. Trata-

se da garantia de um procurador capaz para defende-lo, que haja, necessariamente, uma audiência e que o condenado seja ouvido a partir de um contato mais próximo e humano.

No mais, trata-se de um princípio pertinente a execução penal o Princípio da Presunção de Inocência, o que já não é observado no processo penal e muito menos no processo de execução penal. Importante observar que o apenado continua merecendo o tratamento de inocente tanto no que se refere a novos delitos, como em relação as faltas disciplinares.

3. DA (IM)POSSIBILIDADE DE CONTEMPLAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS NA EXECUÇÃO DA PENA

3.1 O Processo de Execução da Pena

O Processo de Execução Penal consiste no cumprimento de uma sentença penal transitada em julgado, que, ao depender de condenação ou absolvição, imporá uma pena ou medida de segurança – no caso de absolvição imprópria - a determinado indivíduo. Tais cumprimentos são regulados pela Lei de Execução Penal, que, não podendo se isentar de tal situação, é respaldada por princípios norteadores que possuem raízes constitucionais.

Embora alguns, equivocadamente, considerem que a Execução Penal seja uma continuação do Processo Penal, há que se esclarecer que, conforme consta na Exposição de Motivos da Lei de Execução Penal (BRASIL, 1984), se trata de um procedimento autônomo, desvinculado do processo de conhecimento, uma vez que não mais se questionará a pena aplicada, mas seu legal cumprimento, observadas as garantias constitucionais que regulam e limitam a ação executória em prol dos direitos que ao condenado cabem.

Outra grande falácia no que tange à execução da pena se refere à afirmação de que se trata de procedimento de índole meramente administrativa e não jurisdicional. Importa dizer que, ainda, na Exposição de Motivos da LEP (BRASIL, 1984) constam os devidos esclarecimentos sobre seu caráter eminentemente jurisdicional, uma vez que a atividade do Estado não cessa – ou não deveria cessar - após a prolação de sentença, tampouco passa do âmbito do poder judiciário para o poder executivo.

No caso da pena se tratar de privação de liberdade, por exemplo, haveria que se cobrar do Estado uma maior atenção ao condenado, uma vez que o detentor do *ius puniendi* retirou do indivíduo uma garantia constitucional de liberdade e sob alguns aspectos a cidadania, tornando-se responsável primordial pela garantia dos demais direitos. É o que

pensa a portuguesa Anabela Rodrigues (2001) sobre a condição do recluso ao afirmar que é mais do que nítida a necessidade de uma maior intervenção do Poder Judiciário na execução da pena no que tange a obrigação de garantia dos demais direitos não atingidos pela privação da liberdade.

Há algum tempo falou-se também que a Execução Penal teria um aspecto híbrido, sob a ideia de que a Administração ficaria encarregada de estipular e aplicar as regras da execução, enquanto o Judiciário se encarregaria apenas das questões que dizem respeito aos “benefícios” que o condenado teria previstos em lei. Tal afirmação, no entanto, não pode ser formalmente considerada, uma vez que a atuação da Administração não exclui a responsabilidade do Judiciário. (CARVALHO, 2008)

Deste feito, após a promulgação da Lei de Execução Penal, enfim, ficou evidenciado, ao menos em âmbito formal, que o processo de execução possui cunho jurisdicional e não administrativo ou misto. Contudo:

[...] somente com o advento da Carta de 1988 é que o tratamento da execução penal adquiriu feição constitucional. A Constituição, como instrumento de reconhecimento de direitos e garantias individuais, sociais e difusos, bem como recurso de interpretação da legislação ordinária (*locus hermenêutico*), possibilitou verdadeiro redimensionamento na leitura dos assuntos referentes ao processo penal executório. Como em nenhum outro estatuto nacional, a Constituição de 1988 introduziu expressamente direitos ao preso, rompendo com a lógica belicista que tornava o sujeito condenado mero objeto nas mãos da administração pública. (CARVALHO, 2008, p.154)

Ocorre que, assim como em outras situações no ordenamento jurídico brasileiro, na prática ela possui, sim, um viés que depende, e muito, do Estado-administração, e é aqui habita o problema de contemplação dos direitos humanos ou dos princípios constitucionais na execução da pena. A dificuldade repercute justamente na distinção entre os atos administrativos e jurisdicionais, uma vez que os primeiros admitem certa discricionariedade, enquanto os segundos são respaldados necessariamente em preceitos constitucionais. (PRADO, 2006)

É preciso assumir, oportunamente, que a Lei de Execução Penal (BRASIL, 1984), no entanto, prevê a participação e a autonomia da Administração na prática de determinados atos, por exemplo: na transferência de condenados; permissão de saída; autorização para trabalho fora do estabelecimento penal; regulamentação do sistema disciplinar, dentre outros. Nesse sentido, é possível notar que muito ainda se atribui a Administração, o que permite a não observância total das garantias constitucionais, obrigatórias em âmbito jurisdicional.

Cabe ressaltar, ainda, que é - ou deveria ser - de responsabilidade da Execução Penal a mediação da relação entre o Estado e o condenado, de forma a proporcionar a este a

possibilidade plena de reintegração social, uma vez que a condição de apenado não deveria implicar perda da cidadania, o que também deve ser problematizado, uma vez que a Constituição autoriza, sob alguns aspectos, limites ao exercício da cidadania ao condenado.

3.2 A Execução da Pena Privativa de Liberdade, em Especial o Regime Fechado

Importa destacar que, embora o Estado tenha tomado para si o *jus puniendi*, acabando de vez com a vingança, a finalidade retributiva das penas ainda é algo de muito peso, sendo uma das justificativas para a grande utilização da privação de liberdade:

A sociedade, em geral, contenta-se com esta finalidade, porque tende a se satisfazer com essa espécie de “pagamento” ou compensação feita pelo condenado, desde que, obviamente, a pena seja privativa de liberdade. Se ao condenado for aplicada uma restritiva de direitos ou mesmo de multa, a sensação, para a sociedade, é de impunidade, pois que o homem, infelizmente, ainda se regozija com o sofrimento causado pelo aprisionamento do infrator. (GRECO, 2015, p. 525)

Desde o surgimento da privação de liberdade como pena em si, contudo, a justificativa de criação e manutenção da prisão altamente propagada é a ressocialização. Tal argumento, no entanto, parece contraditório, uma vez que a prisão se demonstrou ineficaz em seu fundamento (re)socializador, afinal o sistema prisional não regenera os apenados, por vezes tornando-os piores ou, quando muito, neutralizando-os, mas se mantém como pena por excelência. (BITENCOURT, 2001)

É importante esclarecer que a ressocialização é entendida como estar apto a um novo convívio social. Se o caráter preventivo da prisão considera que o condenado, em *ultima ratio*, deva ser privado de sua liberdade por não ter capacidade/condições de viver em sociedade, trazendo insegurança social, a prisão se justifica a fim de (re)orientá-lo a viver em sociedade, o que a torna uma instituição oficialmente reeducativa.

Assim, o Código Penal vigente (BRASIL, 1940) esclarece em seu Título V (Das Penas), Capítulo I (Das Espécies de Pena), Seção I (Das Penas Privativas de Liberdade), que as penas privativas de liberdade são as de reclusão e de detenção. Nesse aspecto, as penas privativas de liberdade devem obedecer aos regimes previstos - quais sejam: fechado, aberto ou semiaberto - de forma progressiva, conforme estabelece o artigo 33, § 2º, do Código Penal (BRASIL, 1940).

Deve-se evidenciar, no entanto, que poucas são as situações de cumprimento de pena, minimamente, nas formas acima previstas, pois poucas são as varas de execução penal que contam com colônias agrícolas, industriais ou similares. Na maioria das vezes, o reeducando progredirá do regime fechado para o semiaberto, mas frequentará a casa do

albergado, ou, no caso de detenção, começará a cumprir sua pena em regime semiaberto também na casa do albergado.

Tal situação parece apenas um detalhe sem grandes consequências, mas na prática o apenado estaria saltando uma fase da progressão de regime, isso tudo porque, como não é de se espantar, o Estado não cumpre as exigências legais, impossibilitando o correto cumprimento da pena em estabelecimento adequado. De modo que, nem as prisões, que são muitas, encontram-se, o pouco que seja, dentro dos padrões previstos pela Lei de Execução Penal, quiçá as instituições de cumprimento de penas mais brandas ao condenado.

Seguindo o que preceitua o Código Penal (BRASIL, 1940), em seu artigo 34, o condenado ficará sujeito a trabalho no período diurno e no noturno deverá submeter-se a descanso isolado, sendo que a atribuição do trabalho a ser executado pelo condenado deverá obedecer às suas aptidões ou ocupações anteriores, o que quase sempre é ignorado.

A questão do trabalho dentro dos estabelecimentos penais, por si só, é um problema no que tange as garantias e os deveres do condenado. Primeiro, porque, sendo um direito do preso, torna-se dever do Estado disponibilizar ao condenado a possibilidade de trabalhar, caso queira, a fim de utilizar-se do recurso de remição de pena, o que não é cumprido pelo Estado-punição, afinal não há oportunidade de trabalho a todos os internos.

Depois, porque, o trabalho deve ser considerado facultativo, mas dentro da execução ocupa um caráter obrigatório, afinal a LEP (1984) esclarece em seu artigo 39, inciso VI, que constitui dever do condenado a execução do trabalho recebido, sendo, de acordo com o artigo 50, inciso VI, falta grave a não observação do mencionado dever. Importa dizer que assim a decisão do interno de não trabalhar influenciará diretamente na avaliação dos critérios subjetivos de bom comportamento para a progressão de regime.

Outras peculiaridades, em maior extensão, estão previstas na Lei de Execução Penal (BRASIL, 1984), que já no seu artigo 1º fixa seu conteúdo jurídico, enunciando os supostos objetivos da execução penal. Fica explícito em seu artigo 6º que a pena privativa de liberdade será aplicada de forma diferente ao condenado e ao preso provisório. Essa distinção, no entanto, inexistente no dia-dia das penitenciárias, não havendo separação física dos presos provisórios com os condenados, muito menos distinção no planejamento da execução de suas penas.

Ainda no que tange a LEP (BRASIL, 1984), seu artigo 3º, em concordância com o artigo 38 do Código Penal (BRASIL, 1940), assegura ao condenado todos os seus direitos não afetados pela sentença, o que, de certa forma, autoriza a limitação daquilo que oportunamente

em capítulo anterior determinou-se de cidadania: o direito que dá acesso a todos os outros direitos.

Necessário destacar que, no que tange a privação de liberdade:

É lógico que da perda do direito de ir e vir decorrem inúmeras limitações, daí o escopo normativo em suprir o encarcerado das necessidades materiais através do estatuto social positivo – normas que regulam alimentação, vestuário e instalações higiênicas (art. 12, LEP); atendimento médico, farmacêutico e odontológico (art. 14, LEP); assistência jurídica (art. 15, LEP); instrução escolar e formação profissional (art. 17, LEP); recreação, orientação, segurança e previdência (art. 23, LEP); assistência religiosa (art. 24, LEP); direitos decorrentes de atividade laboral (arts. 28 e seguintes, LEP) *et coetera*. Tudo porque reconhece-se que o preso, apesar de ter sua liberdade restringida, não perde todos os direitos adquiridos enquanto cidadão. (CARVALHO, 2008, p. 176)

Nessa perspectiva, cabe esclarecer sobre os direitos dos presos que, diz respeito ao estatuto positivo, os direitos sociais; e ao estatuto negativo, os direitos individuais. Tal posicionamento é claramente defendido pela autora Anabela Rodrigues (2000), que entende que o estatuto positivo faz referências as prestações do Estado no dever de assegurar os direitos sociais, enquanto o estatuto negativo diz respeito à proteção dos direitos individuais, de forma a não interferir na vida privada do condenado.

Em tempo, cabe salientar que a negativa do status de cidadão, por meio da violação constante dos direitos humanos fundamentais do condenado a uma sentença penal condenatória, é legitimada, basicamente, pela premissa da disciplina e da segurança. Dessa forma, ao suprimir direitos em prol de tais pressupostos, estaria o Estado condicionando o apenado ao status de apátrida ou condenando-o a morte civil, uma vez que a condição de cidadão não se dá em partes, ou seja, não se pode ser meio cidadão; ou há cidadania em sua plenitude ou não há que se falar em cidadania. (CARVALHO, 2008)

No que tange a pena de privação de liberdade, então, é possível observar a negação da cidadania de forma mais nítida, mas a negação de acesso aos direitos humanos fundamentais se expande por toda a execução, de uma forma geral, ocasionado uma inevitável crise no processo de execução penal, ante aos inúmeros direitos e princípios basilares ignorados aos condenados.

Posto isso, é importante esclarecer que a crise do processo de execução penal não se dá apenas pela inobservância dos preceitos estabelecidos na LEP, o que se trataria apenas do cumprimento daquilo que foi estabelecido em lei infraconstitucional, mas de uma leitura constitucional de todo o ordenamento.

3.3 A (Im)Possibilidade de Contemplação dos Direitos Humanos na Execução da Pena Privativa de Liberdade

Embora, ao menos sob o aspecto formal, seja superada a dúvida quanto ao caráter jurisdicional do processo de execução penal, o que, caso contrário, levaria a uma discussão sobre a hipótese de garantia de direitos ao condenado a privação de liberdade, a problematização crítica quanto à incompatibilidade da execução penal e do direito penitenciário com a contemplação dos direitos humanos fundamentais não se dá nesse ponto.

Nesse sentido, é preciso lembrar que, como já demonstrado, prevalece o caráter jurisdicional da execução da pena apenas no âmbito formal, uma vez que há a participação e a autonomia da Administração na prática de determinados atos no processo de execução – o que é autorizado pela própria LEP -, sendo que, no geral, tais atos acabam sendo predominantes. Depois, ainda que essa não fosse a realidade, resta esclarecer que estar sujeito à jurisdição não, necessariamente, garante a contemplação dos direitos humanos fundamentais.

Isto porque:

Mesmo se fossem cumpridas as normas sociais previstas na LEP, os direitos dos presos não seriam assegurados plenamente em decorrência da *opção inquisitiva de sua jurisdicionalização*. Somente se atingirão determinados graus de garantias se se conceber o processo de execução penal com feição acusatória, pois apenas esta otimiza a ampla defesa e o contraditório. (CARVALHO, 2008, p. 173) (grifos do autor)

Com a afirmação, o autor suscita discussão pautada na ideia de que a execução penal, assim como o processo penal, não possui a almejada natureza acusatória - esta pautada na observância das garantias constitucionais, tendo o magistrado como espectador e não acusador -, mas inquisitiva, uma vez que a execução se submete aos procedimentos administrativos:

Embora os direitos do preso tenham atingido *status* constitucional, a estrutura processual (inquisitiva) inviabiliza sua plenitude. A ‘natureza mista’ (híbrida) representada pela tensão entre jurisdição e administração, aliada ao modelo jurisdicionalizado autoritário normatizado na LEP, possibilitou diagnosticar o sistema de execução penal brasileiro como inquisitorial. A inquisitorialidade encontra-se fundamentalmente no processo de submissão do direito processual penal, genealogicamente garantista e acusatório, às regras e aos procedimentos administrativizados, ou seja, na colisão entre os direitos do apenado e os pressupostos de disciplina e segurança que justificam a ação administrativa. (CARVALHO, 2008, p. 175)

Importa dizer que a caracterização do modelo processual, segundo Ferrajoli (apud CARVALHO, 2008), dar-se-á, basicamente, de acordo com a posição do magistrado no processo. Em um sistema acusatório, o magistrado ocupa uma posição passiva, ou seja, não depende dele a iniciativa da ação e nem a produção de provas, assegurando imparcialidade, enquanto no sistema inquisitivo, o magistrado determina a busca e a valoração de provas.

Falar em um sistema processual acusatório, embora haja muitos modelos e suas conceituações sejam distintas, é, primordialmente, estabelecer um processo em concordância com os preceitos constitucionais. No que tange ao processo de execução, torna-se elementar para a concretização de um processo acusatório a separação radical entre juiz e acusação, impossibilitando a manifestação do magistrado *ex officio*, mas, de forma essencial, a garantia de ampla defesa e contraditório, principalmente com a instituição de júízo oral. (PRADO, 2006)

Afinal, o modelo processual no qual a decisão é pautada em instrução escrita, sem a possibilidade de contraditório, não se pode denominar de outro nome, que não um sistema inquisitivo (LIMA, 1989). O processo de execução é circundado por regras inegavelmente inquisitivas, a própria execução se inicia por um ato *ex officio* do magistrado, que emite guia sem qualquer iniciativa da parte interessada, qual seja: o Ministério Público, no interesse do Estado-punição (PRADO, 2006).

Outro ponto de destaque a ser considerado na constatação de um modelo inquisitivo da execução penal trata-se da flexibilidade que acompanha a decisão penal condenatória, que define a qualidade e quantidade de pena, e as demais decisões tomadas pelo juiz no decorrer da execução. Nota-se que a qualquer momento a pena poderá sofrer alguma alteração, determinada pelo magistrado, que não vincula definitivamente as partes, podendo ser alterado por condições determinadas pelo Estado-Administração, que dispõe de toda subjetividade que a LEP permite.

Alerta-se:

A simbiose entre o sistema processual inquisitivo e a criminologia clínica perfectibilizará um modelo ótimo de violação das garantias fundamentais que será potencializado por outra sintonia não menos doentia: as relações de poder forjadas pelas noções de disciplina e segurança. (CARVALHO, 2008, p. 179)

E mais, qualquer característica que contemple um sistema inquisitivo anularia a existência de um modelo acusatório, pois “o modelo jurídico é garantista ou antigarantista, o sistema processual é acusatório ou inquisitório, o sistema executivo é jurisdicional ou administrativo” (CARVALHO, 2008, p. 170). Não há uma forma híbrida que contemplem dois modelos, pois são regidos por princípios unificadores preponderantes, que são inviáveis de um modelo para outro.

Dessa forma, a partir do pensamento de Carvalho (2008) é que se sustenta a argumentação de ainda não haver uma execução penal jurisdicional, uma vez que contaminada pelos autorizados atos administrativos. Sustenta Schecaira (1995), nesse mesmo

sentido, que é preciso reconhecer o caráter contraditório que possui a execução penal, assumindo, por exemplo, que ao condenado não é possibilitada a produção de provas e contra-provas, na concessão ou revogação de qualquer direito.

Imprescindível, pois, se se quer realmente democracia processual, reavaliar a posição do juiz, tornando-o garante dos direitos individuais em uma forma processual penal acusatória, regida pelos princípios do devido processo penal. Do contrário, em sendo mantida a opção inquisitiva adotada no processo de execução penal, muito embora seu caráter jurisdicional, será extremamente difícil garantir o mínimo dos direitos dos apenados. (CARVALHO, 2008, p. 175)

De fato, trata-se de uma forte e lamentável tradição que tem o sistema jurídico brasileiro em privilegiar a legislação ordinária em face da Constituição. Sem demasiados esforços, é possível notar a confirmação de tal afirmação em muitos outros âmbitos do direito. É claro que o que se espera da legislação não constitucional é que esteja em consonância com os preceitos constitucionais, mas uma interpretação pautada em tais princípios jamais pode ser ignorada.

Dessa forma, temos a Constituição Federal como a lei principal do Estado. Ela deverá ser considerada a fonte da validade de todo o sistema legal, que lhe é inferior. Nenhuma lei, por mais que atenda aos requisitos formais, poderá ser considerada válida se sua matéria colidir com as determinações expressas, ou mesmo implícitas, do texto constitucional. (GRECO 2011, p.53-54)

O que fica evidente no processo de execução, principalmente no que tange a pena privativa de liberdade, em especial o regime fechado, é que, embora o âmbito normativo tende para um processo de execução de viés jurisdicional, a atuação administrativa se sobressai de forma a não contemplar os princípios e garantias constitucionais. “Depois de prolatada a sentença penal condenatória, o apenado ingressa em ambiente desprovido de garantias” (CARVALHO, 2008, p. 154).

Desse modo, é sobre tal constatação que se verifica a inobservância dos princípios constitucionais, logo, a não utilização de um modelo acusatório no processo de execução penal. Assim, sendo a cidadania o direito que possibilita o alcance de todos os outros direitos e o princípio da dignidade humana o fundamento de todo o ordenamento jurídico, não há que se falar em contemplação dos direitos humanos dentro da execução penal, quiçá da pena privativa de liberdade.

Posto isso, há que se esclarecer que a execução não ocupa um viés garantista na proteção do condenado, ainda após sua jurisdicionalização, o que não pode ser tolerado ante ao um Estado Democrático de Direitos. Premissa maior para a existência da democracia, trata-se do ilimitado acesso das garantias fundamentais, ou seja, se a violação da dignidade humana

afeta substancialmente a estrutura jurídica, a violação autorizada destitui a conquista até então traçada em direitos humanos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ante ao exposto, à guisa de considerações finais e não propriamente de conclusões, constatou-se que os direitos humanos fazem referência a um conceito em aberto, que se encontra em constante mudança, o que não traz qualquer descrédito pela argumentação da falta de uma definição concreta, pelo contrário, enriquece seu poder de alcance/atuação. Trata-se não apenas de direito natural ou de direito positivo, mas de direitos, positivados ou não, intrínsecos à natureza humana, suficientes a garantir dignidade, possibilitando o acesso à cidadania, logo a todos os outros direitos.

Nesse sentido, a construção histórica dos direitos humanos se dá concomitantemente na alteração das concepções de Estado, uma vez que o modelo estatal influencia diretamente na garantia e no acesso aos direitos. Assim, concluiu-se que só é possível a concretização dos direitos humanos em um Estado Democrático de Direitos, porque apenas nele é possível equilibrar direitos negativos e positivos, de forma e limitar a atuação do Estado em proteção aos indivíduos e ao mesmo tempo atribuir ao ente estatal prestações aos cidadãos.

Posto isso, certo de que a legislação abrange suficientes direitos, é importante salientar que o real problema no que diz respeito aos direitos humanos não é, certamente, a quem se atribui, sendo este um problema cientificamente superado, mas de que maneira se dá sua aplicação de forma a efetivá-los em sua plenitude. Ou seja, a preocupação que se tem quanto à proteção dos direitos humanos não é mais relativa a positivações, mas a políticas públicas e interpretações constitucionais que os tornem reais.

Quantos aos princípios constitucionais, dentre as suas diversas funções, prepondera a de manutenção dos valores propostos pelos direitos humanos na órbita nacional. Cabem aos princípios atuar no que tange a interpretação das leis não-constitucionais e no estabelecimento de parâmetros na feitura de normas dentro do ordenamento jurídico interno, garantindo que os direitos humanos fundamentais sejam invioláveis, inclusive pelo Estado.

Ante ao rol de princípios penais-constitucionais destacados, observou-se que só é possível falar em um Estado Democrático de Direitos quando do respeito aos princípios, logo, das concepções de direitos oriundas dos direitos humanos. Aqui, é preciso evidenciar que a dignidade humana deve ser o fundamento de qualquer medida utilizada ou autorizada pelo

ente estatal, de forma que o Estado esteja protegendo o sujeito de direitos da sua própria atuação, que pode ser violadora.

No que tange a execução penal, por sua vez, explanou-se brevemente a problematização sobre seu caráter jurisdicional, conforme é possível verificar no âmbito normativo, mas que não escapa da órbita administrativa, principalmente se a pena aplicada disser respeito a uma privação de liberdade, quando ficam mais nítidas as decisões do Estado-Administração preponderando sobre o Estado-Jurisdição, logo a não observação dos preceitos constitucionais se torna algo, equivocadamente, admissível.

O prejuízo que se tem, então, das atividades administrativas em proveito das jurisdicionais estaria na observância de que os primeiros admitem certa discricionariedade, ainda que os atos devam ser motivados, enquanto os segundos devem observar necessariamente os preceitos constitucionais. Tal constatação se torna ainda mais inconveniente ao destacar que seria função da execução penal a mediação entre o Estado e o condenado, uma vez que a prestação do Estado ao cidadão se torna ainda maior durante o cumprimento da pena, afinal o condenado não pode dispor plenamente de seus direitos por uma imposição estatal.

Ante as peculiaridades que afetam o caráter jurisdicional da execução penal, considerou o estudo que na falta de plenas garantias de um processo de execução penal de cunho acusatório, restou assumir que o ordenamento jurídico brasileiro se utiliza de um modelo de execução inquisitivo, ou seja, que não exige o cumprimento dos preceitos constitucionais em sua plenitude.

Dessa forma, considerando às medidas autorizadas pela própria Lei de Execução Penal para a atuação da Administração, não há que se falar na contemplação dos direitos humanos fundamentais no processo de execução penal, quicá quando se trata de uma pena privativa de liberdade. Isso porque não é possível admitir a existência de um processo jurisdicional que ora garante direitos, ora não, em proveito de um ideal de segurança e disciplina, o que parece ser mais compatível com os preceitos administrativos.

É claro que o intuito de tal evidencia é a denúncia do processo de execução penal no modelo utilizado como violador dos direitos e garantias fundamentais, não exigindo meramente seu cumprimento de acordo com o prescrito na Lei de Execução Penal, pois que a referida lei, em determinados momentos, não se encontra de acordo com o que foi estabelecido nos preceitos constitucionais, necessitando de uma interpretação que tenda aos direitos humanos e não ao bel prazer da Administração Pública.

Nesse sentido, defende esse estudo não só a plena e verdadeira jurisdicionalização da Execução Penal, mas também a observância dos princípios constitucionais, devendo haver uma revisão da legislação infraconstitucional vigente, seja por meio de controle de constitucionalidade ou mesmo por reformas consideráveis, com fim autêntico de redefinição do processo de execução, ou mais: do próprio sistema penal.

No mais, enfoca-se que este não é um problema apenas do âmbito penal em si, mas de todo o ordenamento jurídico, que tende tradicionalmente privilegiar a legislação ordinária em prejuízo dos preceitos constitucionais. Evidencia-se, por fim, que ao ingressar em processo de execução o condenado encontra-se desprovido da proteção efetiva do Estado, o que afeta substancialmente sua cidadania, pois de nada vale ter seus direitos garantidos e positivados e não ter acesso a eles.

Em suma, a argumentação levantada no trabalho tende a concluir que a situação da execução penal no ordenamento jurídico brasileiro, por não priorizar os princípios constitucionais, logo, violar os direitos humanos fundamentais, não se encontra compatível com o Estado Democrático de Direitos previsto na Constituição Federal. Assim, muito ainda deverá ser alcançado para a verdadeira contemplação dos direitos humanos na execução penal.

REFERÊNCIAS

ALVES, Marcelo. **Antígona e o direito**. Curitiba: Juruá, 2008.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da pena de prisão: causas e alternativas**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

_____. **Tratado de direito penal: parte geral**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca; ALMEIDA, Guilherme Assis de. **Curso de Filosofia do Direito**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

BONAVIDES, Paulo. **Do Estado liberal ao Estado social**. 10. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

_____. **Curso de Direito Constitucional**. 15. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

BRASIL. Casa Civil. **Constituição Federal**. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em: 24 jun. 2016.

_____. **Lei nº 7210 de 11 de julho de 1984**. Institui a Lei de Execução Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17210.htm> Acesso em: 24 jun. 2016.

BRETAS, Adriano Sérgio Nunes. **Fundamentos da criminologia crítica**. Curitiba: Juruá, 2010.

CARVALHO, Salo de. **Penas e garantias**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2008.

CASTILHO, Ricardo. **Direitos Humanos**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

CASTRO, Flávia Lages de. **História do Direito: Geral e Brasil**. 10. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O papel do novo juiz no processo penal. In COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Coord.). **Crítica à Teoria Geral do Direito Processual Penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

FUSTEL DE COULANGES, Numa Denis. **A cidade antiga**. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

GRECO, Rogério. **Direitos humanos, sistema prisional e alternativas à privação de liberdade**. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. **Curso de Direito Penal**. 17. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2015.

_____. **Direito Penal do Equilíbrio**. 8. ed. Niterói: Impetus, 2015.

GUERRA FILHO, Willis Santiago; CARNIO, Henrique Garbellini; **Teoria política do direito: a expansão política do direito**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

HOBBS, Thomas. **Leviatã**. São Paulo: Hunter Books, 2014.

LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hanna Arendt**. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

LIMA, Roberto Kant. A Tradição Inquisitorial. In **Revista Brasileira de Ciências Sociais**(10). Rio de Janeiro: ANPOCS/Vértice, 1989, volume IV, pp. 65-84.

LOPES, Aury Jr. Revisitando o processo de execução penal a partir da instrumentalidade garantista. In: CARVALHO, Salo de (Coord.). **Crítica à execução penal**. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2007.

MAQUIAVEL, Nicolau. **O príncipe**. São Paulo: Hunter Books, 2011.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria Geral do Processo**. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

MARTINS, Fladimir Jerônimo Belinati. **Dignidade da pessoa humana: princípio constitucional fundamental**. Curitiba: Juruá, 2005.

PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório: A Conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais**. 4 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

RODRIGUES, Anabela Miranda. **Novo olhar sobre a questão penitenciária: estatuto do recluso e socialização, jurisdicionalização, consensualismo e prisão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

_____. **A Posição Jurídica do Recluso na Execução da Pena Privativa de Liberdade**. São Paulo: IBBCrim, 2000.

ROUSSEAU, Jean-Jaques. **Do contrato social**. São Paulo: Hunter Books, 2014.

ROXIN, Claus. **Estudos de direito penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. O Trabalho e a Remição da Pena; Coisa Julgada na Execução Penal. In SHECAIRA, Sérgio Salomão & CORREA JR., Alceu. **Pena e Constituição**. São Paulo: RT, 1995.

THOMPSON, Augusto F. G. **A questão penitenciária**. Petrópolis, Vozes, 1976.

VERDÚ, Pablo Lucas. **A Luta pelo Estado de Direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.