

UNIVERSIDADE ESTADUAL DE MATO GROSSO DO SUL – UEMS

MARIANNY ALVES

**A EXECUÇÃO PENAL E A PREMISA DE CONTEMPLAÇÃO DOS
DIREITOS HUMANOS NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITOS:
sobre a necessidade de uma leitura constitucional**

PARANAÍBA-MS
2015

MARIANNY ALVES

**A EXECUÇÃO PENAL E A PREMISSE DE CONTEMPLAÇÃO DOS
DIREITOS HUMANOS NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITOS:
sobre a necessidade de uma leitura constitucional**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Programa de Pós-Graduação *lato sensu* em Direitos Humanos da Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul – UEMS, Unidade Universitária de Paranaíba/MS, como exigência parcial para obtenção do título de Especialista em Direitos Humanos.

Orientador: Prof.º Me. Isael José Santana

PARANAÍBA-MS

A48p Alves, Marianny

A execução penal e a premissa de contemplação dos direitos humanos no estado democrático de direitos: sobre a necessidade de uma leitura constitucional/ Marianny Alves. Paranaíba, MS: UEMS, 2015.

51f.

Trabalho de Conclusão de Curso (Especialização) – Direitos Humanos – Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul, 2015.

MARIANNY ALVES

**A EXECUÇÃO PENAL E A PREMISSA DE CONTEMPLAÇÃO DOS
DIREITOS HUMANOS NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITOS:
sobre a necessidade de uma leitura constitucional**

Este exemplar corresponde à redação final do trabalho de Conclusão de Curso apresentado e aprovado para obtenção do título de Especialista em Direitos Humanos pelo Programa de Pós-Graduação *Lato Sensu* em Direitos Humanos da Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul, Unidade Universitária de Paranaíba.

Aprovada em/...../.....

BANCA EXAMINADORA

Prof. Me. Isael José Santana –
Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul
(Orientador)

Profa. Me. Lisandra Moreira Martins –
Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul

Profa. Me. Muriel Amaral Jacob –
Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul

Aos amigos, parte de mim.

AGRADECIMENTOS

À Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul – UEMS, por oportunizar uma construção profissional que iniciou na graduação e que jamais se encerrará.

Aos meus professores, fontes de inspiração, pelas contribuições para minha formação humana e acadêmica.

Em especial, ao meu orientador, Prof^o. Me. Isael Jose Santana, pelos empréstimos de materiais, pela dedicação, paciência e sinceridade e por me fazer acreditar na docência como mecanismo de militância pela educação em direitos humanos.

À Profa. Me Lisandra Moreira Martins, pelos empréstimos de materiais, pela solicitude e pelas contribuições para as inquietações, das quais nem faz ideia.

Aos amigos, de uma forma geral, pelo empréstimo de materiais necessários à produção deste trabalho e pelo apoio sempre prestado.

À família, pelo apoio prestado direta ou indiretamente.

À Gisela, por acreditar mais do que eu na finalização deste trabalho, por instigar e apoiar meu crescimento profissional.

Enfim, a todos que contribuíram, de alguma forma, para a produção deste trabalho científico.

RESUMO

Este estudo diz respeito a uma pesquisa bibliográfica que aborda o tema da execução penal e sua inevitável relação com os direitos humanos fundamentais. O trabalho tem por intuito 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. Assim, a pesquisa se justifica a fim de lançar luzes de olhares críticos sobre um tema que não é suficientemente abordado na academia, uma vez que os estudos sobre a execução penal, em geral, se limitam, quando muito, a verificar o não cumprimento da Lei de Execução Penal (Lei nº 7.210/84) dentro dos estabelecimentos penais. Nesse sentido, a pesquisa propõe verificar não só o não cumprimento da legislação, mas também a impossibilidade de alcance dos direitos humanos quando o sistema de execução penal utilizado pelo ordenamento jurídico brasileiro se pauta em um modelo inquisitivo, que não contempla as garantias previstas no corpo constitucional, contaminando-se de ações de cunho administrativo, autorizadas pela própria legislação que regula a execução. No decorrer da pesquisa, constatou-se que o mero cumprimento da LEP não possibilita o alcance das garantias constitucionais, condicionando, inevitavelmente, o condenado a um status de “não-cidadania”, no qual seu acesso aos outros direitos é afetado. No mais, resta esclarecer que o trabalho não teve o objetivo de esgotar o assunto ou propor soluções, mas evidenciar a execução penal como processo incompatível com os anseios de um Estado Democrático de Direitos.

Palavras-chave: Execução Penal. Modelo Inquisitivo. Garantias Constitucionais.

ABSTRACT

This study refers to bibliographic research that addresses the issue of criminal enforcement and its inevitable relation with the fundamental human rights. The work is intended to raise discussions on criminal enforcement as a process that does not include the guarantees stated and desired by the fundamental human rights, especially when it is a criminal condemnatory deprivation of liberty sentence. So, the research is justified in order to shed light of critical views on a subject that is not sufficiently addressed in the academy, since studies about the criminal enforcement, in general, are limited, when mostly to verify the non-compliance of the Penal Execution Law (Law n° 7.210/84) in the prisons. In this sense, the research proposes to verify not only the failure to comply with legislation, but also the impossibility of reaching human rights when the criminal enforcement system used by the Brazilian legal system is guided in an inquisitive model, which does not include the guarantees provided in the constitutional body, infecting up with administrative actions, authorized by specific legislation that controls the execution. During the research, it was found that the mere fulfillment of the LEP does not allow the scope of constitutional guarantees, conditioning in an inevitable way, the convict to a status of "non-citizens" in which their access to other rights is affected. Finally, it remains to clear that this work was not aimed to exhaust the subject nor propose solutions, but to put in evidence the criminal enforcement as a process inconsistent with the aspirations of a Democratic State of Rights.

Keywords: Criminal Enforcement. Inquisitive Model. Constitutional Guarantee.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
1. A TRAJETÓRIA HISTÓRICA DE CONQUISTA DOS DIREITOS HUMANOS	10
1.1 A Hipótese de Germinação dos Direitos Humanos	11
1.2 Era Moderna: as Lutas pela Limitação do Poder do Estado	14
1.3 Idade Contemporânea: a Positivização Necessária dos Direitos Humanos	22
2. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITOS	26
2.1 Direitos Humanos Fundamentais e os Princípios Constitucionais	26
2.2 Princípios Penais-Constitucionais ou Limitadores do Poder Punitivo	30
2.3 Princípios-Constitucionais da Execução Penal	35
3 A (IM)POSSIBILIDADE DE CONTEMPLAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS NA EXECUÇÃO PENAL	37
3.1 O Processo de Execução da Pena	37
3.2 E execução da Pena Privativa de Liberdade, em Especial o Regime Fechado	39
3.3 A (Im)Possibilidade de Contemplação dos Direitos Humanos na Execução da Pena Privativa de Liberdade	42
CONSIDERAÇÕES FINAIS	46
REFERÊNCIAS	49

INTRODUÇÃO

O estudo em questão diz respeito a uma pesquisa bibliográfica, de cunho dedutivo, desenvolvida como trabalho de conclusão de curso de especialização em Direitos Humanos. Trata-se de uma discussão acerca da execução penal, mais precisamente sobre a execução da pena privativa de liberdade e suas incompatibilidades com o modelo proposto pelo Estado Democrático de Direitos.

A pesquisa se justifica a fim de instigar olhares críticos sobre a execução penal, uma vez que se trata de processo autônomo, submetido à ordem constitucional, devendo obedecer aos critérios de justiça e de contemplação de direitos humanos num ordenamento jurídico que, em tese, se dispõe à proteção do humano. E mesmo que a Lei de Execuções Penais traga alguns dispositivos que assegure à proteção do condenado e que pareça ser em sua plenitude, uma revisão acerca dos dispositivos legais ou um controle de constitucionalidade se faz necessário.

Embora a execução seja, ainda que superficialmente, estudada no decorrer do curso de direito ou mesmo discutida em nível de pós-graduação, poucas vezes ela é analisada sobre a ótica da compatibilidade com o ordenamento jurídico almejado, uma vez que as críticas ao seu respeito se limitam apenas a demonstrar o não cumprimento da Lei de Execução Penal, o que, claro, é um problema, mas não o único.

Nesse sentido, o trabalho será dividido em três capítulos 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.

Tenta-se demonstrar que a existência de um Estado Democrático de Direitos 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 n momento signifique de alguma forma elemento de composição da dignidade humana, sendo o conceito de direitos humanos um ideal a ser alcançado.

No segundo capítulo, 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 capítulo, 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, apenas 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. Ademais, a pesquisa se limita não só pela complexidade do tema, mas pela situação de produção científica inicial.

1. A TRAJETÓRIA HISTÓRICA DE CONQUISTA DOS DIREITOS HUMANOS

A discussão proposta neste capítulo versa sobre o processo de construção dos Direitos Humanos, que se deu, inegavelmente, ao longo da história e que está em constante “movimento”, uma vez que os direitos humanos não são apenas o que está positivado, mas princípios e valores a serem considerados e que, por isso, sujeitos a variações ao longo do espaço, do tempo, dentre outros fatores.

Tal enunciado, no entanto, não pretende afirmar que os direitos humanos estão sempre em evolução, o que seria um discurso ingênuo. As perspectivas sobre direitos humanos não, necessariamente, melhoram ao longo da história, mas sofrem alterações influenciadas por diversos fatores, tais como tempo, espaço, cultura, fatores geográficos etc.

Resta evidente, todavia, que o processo de construção dos direitos humanos diz respeito a uma história de conquistas de positivações de direitos por parte dos cidadãos e, logo, de limitação do poder de quem o detinha ou detém em grande quantidade, o Estado. De fato, a enunciação de direitos às pessoas muito tem a contribuir na luta pela proteção jurídica do humano, mas os mecanismos utilizados para assegurar tais direitos é que devem ser observados de forma minuciosa.

Defende-se de forma contundente a ideia de que de nada adiantaria ter direitos positivados se não fosse possível utilizar-se deles. Parece lógico, certamente, mas em meio às várias falácias e burocracias do sistema jurídico as constatações óbvias vão se perdendo, de forma a tratar com naturalidade a ineficácia. São precisos olhares críticos para desvendar as obscuras funções por detrás dos instrumentos de justiça, identificando por quais motivos se justificam, devendo ser os mesmo pelos quais se mantêm como tais.

Nesse sentido, a seguir, passa-se a expor a trajetória de histórica do que se denomina de direitos humanos e os diversos fatores que influenciam sua construção, ao menos até chegar-se a concepção que se tem hoje. Cabe ressaltar, no entanto, que se trata de conceito em aberto, que só tende a ampliar-se, jamais restringir-se, que não se trata apenas de direito natural ou direito positivo, é composto por leis, normas e princípios que possam garantir a dignidade e o total acesso de alcance aos direitos tidos como mínimos fundamentais.

1.1 A Hipótese de Germinação dos Direitos Humanos

Embora seja frequente utilizar-se do momento de promulgação da Declaração Universal dos Direitos Humanos, datada de 1948, para se iniciar uma discussão em Direitos Humanos, essa concepção de que as pessoas detêm certos direitos intrínsecos à condição humana tem origem remota. Vale lembrar que a concepção de direito não se restringe ao surgimento da escrita, mesmo entre os povos primitivos, já havia disposto um direito pautado em normas não escritas que orientavam a conduta social (CASTRO, 2014).

Essa ideia de que as pessoas detêm direitos, independente de estar positivado e mesmo é o que fundamenta aquilo que alguns pensadores denominaram de direito natural. Em todas as sociedades, de alguma forma, mesmo nas mais antigas, estaria nas entrelinhas das normas do convívio social tal elemento, que mais tarde comporia categoricamente o direito positivo.

Na clássica obra grega de Sófocles, *Antígona*, supostamente escrita por volta de 400 anos a. C., a personagem Antígona, em um diálogo com o rei Creonte, teria invocado a detenção de um direito que estaria acima de qualquer lei estabelecida. Na cena, a personagem estaria reivindicando o direito de enterrar o corpo de seu irmão, Polinices, que teria morrido em guerra como inimigo do rei e que, por isso, segundo édito real estabelecido por Creonte, não poderia receber os devidos ritos fúnebres. (ALVES, 2008)

Importante salientar que no referido contexto, não receber os ritos fúnebres não indicava só uma desonra para a família, acreditava-se, inclusive, que o ritual realizado no enterro era o meio para que a alma fizesse a devida passagem para o mundo dos mortos (FUSTEL DE COULANGES, 2000). Logo, o impedimento imposto pelo rei Creonte tratava-se de uma pena perpétua que afetava não só o condenado, mas toda a sua família.

Nota-se no discurso da personagem o intuito de declarar a existência de direitos, que ela denomina vir de órbita divina, acima de qualquer lei estabelecida pelos homens. Nesse episódio estaria configurado que mesmo naquela época as pessoas já eram capazes de cogitar uma ideia que mais tarde denominou-se de direito natural, que seria uma esfera de direito a ser observada além do direito posto, seja ele escrito ou não, podendo, por vezes, ser o fundamento para uma positivação de direitos.

Ainda em terras gregas, Aristóteles, em sua obra *Retórica*, sugeriu uma divisão entre lei particular e lei comum, citando, inclusive, a mencionada obra de Sófocles, no contexto em que a personagem Antígona evoca as imutáveis leis superiores, o que desencadearia na concepção de direito natural e direito positivo. Sendo assim:

[...] Lei particular é aquela que cada povo dá a si mesmo, podendo as normas dessa lei particular ser escrita ou não-escrita. Lei comum é aquela conforme à natureza, pois existe algo que todos, de certo modo, adivinhamos sobre o que por natureza é justo ou injusto em comum, ainda que não haja nenhuma comunidade ou acordo. (ARISTÓTELES apud LAFER, 2006, p. 35)

Aristóteles ainda alertou sobre a necessidade de governar em prol do bem comum e da lei ser elaborada pelo povo e não por um rei. É claro que as concepções do autor devem ser observadas com certa reserva, uma vez que se apresenta a favor da escravidão, o que lhe parecia justo e honroso, sendo a cidadania, para ele, restrita a poucas pessoas. Contudo, não é razoável descartar suas contribuições no que tange as discussões que fundamentam importante trajetória na conquista de direitos.

Posteriormente, na Roma Antiga, a obra *Da República*, escrita por volta de 106 a. C., deixaria nítida a concepção da existência de um direito natural. Seu autor, Cícero, [...]“defende, em uma passagem, a existência de uma lei verdadeira, que deve, esta sim, ser obedecida, porque é da natureza humana e não muda quando mudam os governantes nem quando o tempo avança.” (CASTILHO, 2013, p.23)

Embora alguns considerem o direito natural em ordem de contraponto ao direito positivo, algumas questões devem ser analisadas. O direito natural pode se tornar um direito positivado, sem deixar, assim, de ser natural. O que se deve manter esclarecido é que o direito natural estaria além ou independente do direito positivado.

É certo que o Direito Natural abrange uma elaboração doutrinária sobre o Direito que, no decorrer de sua vigência multissecular, apresentou – e apresenta – vertentes de reflexões muito variadas e diferenciadas, que não permitem atribuir-lhe univocidade. Existem, no entanto, algumas notas que permitem identificar, no termo Direito Natural, um paradigma de pensamento. Entre essas notas, que determinam o que uma doutrina do Direito Natural normalmente considera merecedor de estudo, podem ser destacadas: (a) a ideia de *imutabilidade* – que presume princípios que, por uma razão ou outra, escapam à história e, por isso, podem ser vistos como intemporais; (b) a ideia de *universalidade* destes princípios metatemporais [...] (c) e aos quais os homens tem acesso através da *razão*, da *intuição*, ou da *revelação*. Por isso, os princípios do Direito Natural são *dados* e não postos por convenção. (LAFER, 2006, p. 35-36) (grifos do autor)

Posto isso, a partir, ainda segundo Lafer (2006, p. 36), tais aspectos confeririam ao direito natural “preeminência em relação ao direito positivo”, pois o direito natural estaria vinculado a todos, à própria condição humana, representando um parâmetro para qualquer ordem jurídica positiva, pelos princípios e valores neles embutidos. Por esse motivo, as discussões quanto à origem dos direitos humanos não poderiam deixar de se respaldar nas discussões que permeiam o direito natural.

De acordo com Comparato (2010), no entanto, fundamentado em textos bíblicos, a origem ideológica dos direitos humanos teria se dado sob o reinado de Davi, por volta do

século X a.C., quando houver conhecimento de que as instituições do governo deveriam servir aos governados e não propriamente ao governante, o que seria um grande passo na admissão da existência de direitos inerentes às pessoas e ao limite no poder do Estado, representado pelo rei:

Em manifesto contraste com os regimes monárquicos de todos os outros povos do passado e de sua época, o reino de Davi, que durou 33 anos (966 a c. 963 a. C.), estabeleceu pela primeira vez na história política da humanidade, a figura do rei-sacerdote, monarca que não se proclama deus nem se declara legislador, mas se apresenta, antes, como o delegado do Deus único e o responsável supremo pela execução da lei divina. Surgia, assim, o embrião daquilo que, muitos séculos depois, passou a ser designado como o Estado de Direito, isto é, uma organização política em que os governantes não criam o direito para justificar o seu poder, mas submetem-se aos princípios e normas editados por uma autoridade superior. (2010, p.53-54)

Essa concepção de que as pessoas, inclusive o rei, deveriam estar submetidas igualmente à mesma lei teria influenciado no surgimento de um dos aspectos do que hoje é entendido como princípio da legalidade. Torna-se importante o apontamento de determinados marcos, uma vez que os direitos humanos não podem ser entendidos sem a soma de diversos princípios, valores e direitos de forma concomitante.

Assim, um direito ou princípio a ser considerado de suma importância nessa construção trata-se, oportunamente, da dignidade da pessoa humana. Embora alguns autores insistam em marcar seu surgimento a partir das teses cristãs, há que se remeter novamente a obra *Antígona*, no contexto em que a personagem argumentava com o rei Creonte a existência de uma lei superior, e questionar: que outro princípio estaria Antígona evocando, senão o da dignidade humana?

De acordo com Martins (2005, p. 21-22):

[...] Já na antiguidade clássica podem ser encontrados vestígios de certa preocupação, ainda que não consciente, com a dignidade da pessoa humana, no que se refere ao estabelecimento de leis destinadas a resguardar e proteger o indivíduo. Embora constituam formas jurídicas elementares, tanto o Código de Hamurabi, da Babilônia e da Assíria, quanto o Código de Manu, da Índia, podem ser mencionados como expressão de defesa da dignidade e dos direitos do ser humano. E, a rigor, em todas as civilizações antigas, inclusive na China, principalmente por força do conteúdo filosófico presente nas grandes religiões da história da humanidade, se observa a preocupação com a dignidade humana.

No início da Idade Média, o cristianismo suprimia qualquer outra religião, dessa forma os valores disseminados tinham fundamento na igualdade cristã. Partia-se do pressuposto de que Deus teria feito o homem a sua imagem e semelhança, logo todos seriam iguais. Ante a premissa de que Deus não fazia distinção entre indivíduos, então, todos mereceriam igual respeito e consideração.

O respeito à dignidade humana, então, buscou suas raízes na igualdade pregada pelo cristianismo, uma vez que a condição de equidade entre os seres dava a todos eles aspecto peculiar e essencial. Nas palavras de Martins (2005):

[...] inspirada, em menor ou em maior grau, na filosofia cristã, a humanidade ocidental passou a buscar, como expressão de respeito à sua dignidade, a igualdade entre os seres humanos. O ser humano passa a ser considerado, não obstante as múltiplas diferenças, em sua igualdade essencial. O fato de esta igualdade universal, durante muitos séculos, ter valido mais no plano sobrenatural do que na realidade do cristianismo, que continuou admitindo a escravidão e a inferioridade da mulher, não retira a extrema importância desta mensagem evangélica para a proteção da dignidade humana. (p.22)

Ainda na era medieval, a concepção de dignidade veio tomar força com os pensamentos de Tomás de Aquino, mais tarde reconhecido como santo, que vislumbrou a ideia de que toda pessoa possuiria uma substância individual que a atribuiria natureza racional, sendo assim, a dignidade comporia qualidade inerente a todo ser humano e que o distinguiria dos outros entes. (MARTINS, 2005)

Ao final da Idade Média, no entanto, haveria um retorno das concepções de direito natural, justamente, como uma resposta ao teocentrismo, que, por vezes, desconsiderava o humano em prol da divindade mesmo nas questões que envolvem o direito. Trata-se de uma reação racionalista que iniciaria um movimento antropocêntrico, considerando que [...]”é a razão humana, independente da fé, que deduz uma natureza humana da qual se extraem direitos naturais” (BITTAR; ALMEIDA, 2010)

Posto isso, embora sejam indispensáveis as contribuições no campo humanitário oriundas dos períodos antecessores à Idade Moderna, afinal, deve-se considerar toda a construção histórica, o grande avanço do direito, positivado ou não, no que diz respeito ao atual ideal que se tem de direitos humanos, teria maior fundamento a partir do surgimento dos primeiros documentos em lutas sociais.

1.2 Era Moderna: as Lutas pela Limitação do Poder do Estado

O que caracteriza o início da modernidade e fim da era medieval - à parte os acontecimentos comumente elencados nos livros clássicos como marcadores - é o desenvolvimento do comércio, o que mais tarde desencadearia no modo de produção capitalista; e a lenta desvinculação da Igreja com o Estado. O movimento de enfraquecimento do modelo feudal em prol do comércio ocasionou, conseqüentemente, a centralização de poder nas mãos dos monarcas, uma vez que a extinção das relações suseranas (poder do

senhor sob seus vassalos), ou seja, do poder fragmentado, deixava de existir (CASTRO, 2014).

Dessa forma, a era moderna é fundada em uma nova concepção de Estado, que se compunha, agora, de um território delimitado, que tendia a utilização de idioma unificado e estaria sob a soberania de um único governante, que detinha um poder que só aumentava, sendo necessária a formação de um novo exército, permanente e mais organizado que o medieval, para manutenção deste poder. (BONAVIDES, 2011)

Há que se observar, no entanto, que, nos séculos XIII e XIV, enquanto os outros Estados da Europa edificavam o poder absolutista, a Inglaterra, que nos séculos XI e XII já tinha uma monarquia poderosa e estável, iniciava um processo de transferência do poder do rei aos nobres, que viria a resultar, posteriormente, em seu sistema parlamentarista (CASTRO, 2014). O que parece um sutil detalhe, apenas de aceleração do processo de descentralização do poder, fará toda a diferença na construção do direito inglês.

Retomando, em 1199, quando o rei João, conhecido como João Sem-Terra, assumiu o trono inglês, resolveu criar e aumentar impostos, dentre outras medidas impopulares com o clero e os nobres, o que tornou suas relações não muitas boas com a classe, que, insatisfeita, redigiu um documento que limitaria o poder do soberano, a *Magna Charta Libertatum*, outorgada pelo rei, em 1215, sob incisiva pressão. (CASTRO, 2014)

A Carta pode ser considerada o primeiro documento de grande influência às positavações de direito na modernidade e possuía um caráter altamente liberal. Era, antes de tudo, uma forma de submeter o monarca a uma legislação que diminuísse seu campo de atuação e que também ampliasse os poderes do Conselho de Nobres, que mais tarde se chamaria Parlamento.

[...] Esse documento tinha como objetivo principal manter o rei, João ou quem quer que fosse, longe da ânsia de arrancar poder dos nobres e, visando isso, acabou por indicar uma defesa de liberdade que não tinha sido vista até então. É, sem dúvida, um documento feudal; busca salvaguardar benefícios aos Senhores Feudais, mas, mais amplamente, acaba com converter a Inglaterra em um todo [...] (CASTRO, 2014, p.183)

Por conta do histórico de desentendimentos entre o rei e a nobreza, desde a sua assunção ao trono, vários são os artigos do documento que buscam limitar o poder do rei ou dos seus funcionários, ampliando, em muito, as garantias de liberdades dos indivíduos. Há que se destacar, a previsão de que ninguém seja detido ou privado de seus bens sem, antes, ser julgado por seus pares, o que legalizou o julgamento por júri, impedindo que pertencesse ao rei o poder de tal decisão. (CASTRO, 2014)

Nesse sentido, ainda é possível observar na Magna Carta inglesa, certa garantia de proporcionalidade na aplicação das penas, o que parece ser um pequeno progresso na humanização das punições. Contudo, a ênfase se dá no que tange as penas pecuniárias, pois o documento trouxe dispositivos que tinham por objetivo evitar que o indivíduo pudesse falir, sem condições de se recuperar, o que demonstra nítida prevalência dos interesses dos nobres.

Durante anos, a disputa de poder entre monarquia e parlamento se manteve, mesmo passando outros reis pelo trono. Houve a Revolução Puritana em 1637, mas os interesses do Parlamento só prevaleceram, por definitivo, com a promulgação do *Bill of Rights*, em 1689. Esse documento evidenciou a subordinação do rei à lei, deu prerrogativa ao Parlamento para legislar e para decidir quaisquer questões que envolvessem impostos, exclusividade no controle do exército e independência para a eleição de seus membros. (CASTRO, 2014)

Importante salientar que, a partir dessa trajetória histórica, o direito inglês foi e ainda mantém um sistema jurídico que significa um modelo de exceção em comparação aos outros ordenamentos europeus. Trata-se de um direito essencialmente jurisprudencial, não dispendo de códigos ou legislações excessivas, ou seja, não possui caráter generalizante; foi elaborado pelas Cortes Reais e diz respeito a um conjunto de regras, princípios e mecanismos processuais que se consolidaram na aplicação ante aos litígios e que, assim, formaram precedentes, que orientam as demais decisões. (CASTRO, 2014)

Posto isso, de volta à regra de trajetória histórica dos países ocidentais, os outros Estados encontravam-se no auge do regime absolutista, que se justificava pela necessidade de manutenção da ordem, fundada, inclusive, em teses contratualistas, que, embora desenvolvidas nos séculos XVII e XVIII, tiveram seu nascedouro no antropocentrismo eclodido no Renascimento. Assim, atribui-se aos contratualistas a racionalização do jusnaturalismo, ou seja, transformar em direito positivo àquilo que se considera direito natural, para que se possa desfrutar dele dentro do pacto social. (BONAVIDES, 2011)

Na concepção de Thomas Hobbes (2014), importante contratualista inglês, em seu estado natural, ou seja, na ausência de regras, o homem seria seu próprio destruidor, logo, para promover a ordem social, o que é uma questão de sobrevivência, precisa-se necessariamente da intervenção do Estado soberano, ao qual ele denomina de *Leviatã*—figura de imposição de medo e poder que se tratava de um monstro marinho relatado na Bíblia.

No pensamento hobbesiano, então, projetado na obra *Leviatã*, o Estado, representado por um monarca que detém o poder soberano, seria o único capaz de instituir a ordem social. Dessa forma, os homens deveriam se submeter a um pacto, no qual os homens se orientariam

pelas regras impostas por uma autoridade reconhecida como necessária, para passar de um estado caótico de natureza ao estado civilizado. A figura do rei seria capaz de representar o critério de justiça e as vontades dos homens. (HOBBS, 2014).

Necessário esclarecer que, sob a perspectiva de Hobbes (2014), a ordem jamais poderia ser mantida só pela vontade dos homens, uma vez que eles se articulam apenas pelos seus interesses e não para o alcance da justiça. E aqui é possível verificar a influência que o autor recebeu das lições de Maquiavel (2011), tanto no que tange a essência humana; na consideração de que o homem seria capaz de decidir seu próprio destino, podendo fazer suas próprias escolhas; quanto no vislumbre da necessidade de manutenção da ordem por um poder soberano, que deveria ser exercido pelo monarca.

De fato, as ideias contratualistas alimentaram a expansão do absolutismo monárquico. Segundo a autora Castro:

A teoria mais utilizada pelos monarcas absolutistas e seus seguidores para justificar tamanho poder foi dada pelo Bispo Jacques Bossuet, autor de 'Política Extraída da Sagrada Escritura'. Nessa obra, afirma que a autoridade do rei é sagrada, pois emana de Deus. A partir dessa afirmação popularizou-se a ideia de que o rei é rei porque Deus quis e se é da vontade divina, não deve haver nenhum tipo de discussão acerca do assunto porque seria, no mínimo, um pecado. (2014, p. 200)

Na França, a teoria do Bispo Bossuet seria levada em consideração durante muito tempo, desde o domínio de Luiz XIV até o início da Revolução Francesa, em 1789, principalmente. O rei Luiz XIV foi popularmente conhecido como o Rei Sol, uma vez que atribuíram a ele a concepção da famosa frase "o Estado sou eu", e governou a França de 1661 a 1715. Foi um exemplo da centralização de poder e levou o país a ruína, diminuindo a população em 10% durante o seu reinado. (CASTRO, 2014)

A inconformidade com o absolutismo que ocupava a Europa deu origem a um movimento denominado de Iluminismo, que, embora tivesse aflorado a partir do século XVII, teve início com os ideais do Renascimento (CASTRO, 2014). A partir do século XVI, muitos pensadores passaram a opor-se a monarquia, assim, a luta por direitos foi enriquecendo, orientando-se naquilo que os contratualistas consideravam um direito natural: a liberdade e a propriedade.

John Locke, por exemplo, grande contratualista inglês, teria discordado das concepções de Hobbes, dizendo que, na ausência de regras, ou seja, no estado natural, as pessoas são livres e iguais, sendo que o pacto social deve ser feito para preservar os direitos que as pessoas já possuem naturalmente, uma vez que no decorrer da vida social a produção de riquezas faz com que se estabeleçam desigualdades (apud BONAVIDES, 2011).

Importante esclarecer que os pensadores iluministas tem grande preocupação com a liberdade, uma vez que no contexto se viam limitados de diversas formas pelo Estado absolutista; e da propriedade, afinal os ideais provinham de uma classe em ascensão, que não possuía garantias de direitos, mas que servia, de fato, para custear os gastos do rei, da nobreza e do clero. (CASTRO, 2014)

Immanuel Kant, iluminista prussiano, a partir do pensamento contratualista, conceituou a liberdade como a faculdade de agir dentro da lei. Basicamente, essa é a ideia mais comum que se tem de liberdade na atualidade. Isto porque, Kant desenvolveu seus escritos sobre ética com base em um imperativo categórico que traz consigo a ideia de que os homens dever agir de acordo com o que acredita que poderia ser considerado como uma lei universal. (apud BITTAR; ALMEIDA, 2010)

Mas a contribuição de Kant para a formação dos direitos humanos não se restringe ao ideal moderno de liberdade, no que tange a dignidade da pessoa humana, sua concepção também é utilizada atualmente. O autor parte da premissa de que todo homem existe como um fim em si mesmo, não podendo servir como meio para o alcance de vontades. Essa ideia de que o homem não pode ser descartável, possuindo por si só um valor fundamental, que impede a coisificação do humano, é a essência do fundamento da dignidade da pessoa humana. (MARTINS, 2005)

É claro que as concepções de Kant também devem ser observadas com reserva, uma vez que a lógica estruturalista do autor se apresenta a favor da pena de morte, pois não mereceria viver aquele que não segue o imperativo categórico. Contudo, conforme já mencionado em momento anterior, não se pode negar sua contribuição nas modernas concepções em direitos humanos, devendo apenas alertar ao leitor da necessidade de atenção nas interpretações de suas teorias, pois, uma leitura descontextualizada pode por em xeque suas evidentes contribuições.

O pensador Montesquieu, por sua vez, iluminista francês, tem sua contribuição no processo de afirmação histórica de direitos, dentre outras, por perceber, ante ao Estado Absolutista, a necessidade de descentralização do poder. Montesquieu propôs que a ideia de representação e de divisão do poder em outras três espécies (Legislativo, Executivo e Judiciário) era primordial para a manutenção de um Estado não absolutista. (CASTRO, 2014)

Contudo, o pensador iluminista de maior destaque, tamanha a contribuição de seus escritos, trata-se de Jean-Jaques Rousseau, filósofo francês, que repensou e propôs um novo ideal contratualista. A grande inovação do autor, em relação a Hobbes, por exemplo, está na

própria concepção da essência humana. Para Rousseau o homem em seu estado de natureza é bom, mas com a inevitável instituição da sociedade, ele se corrompeu, havendo, desse modo, a necessidade da criação de um pacto social que regule as relações sociais. (ROUSSEAU, 2014)

Embora seja um iluminista e divida o contexto histórico com os ideias liberais, Rousseau não acredita que a propriedade seja um direito natural, como a maioria dos contratualistas, pelo contrário, o surgimento da desigualdade, para ele, se deu na origem da propriedade privada (BITTAR; ALMEIDA, 2010). Para o autor, a democracia seria a melhor maneira da realização de um pacto social, pois essa representatividade daria ao povo a soberania, sendo essa a única forma de se concretizar a igualdade, uma vez que não é mais possível retornar ao estado pré-cívico (ROUSSEAU, 2014).

Em sua obra Rousseau (2014) estabelece que o critério de justiça está pautado na deliberação conjunta, isso significa que o pacto social deve ser a representação da vontade geral, que deverá ser pautada pela ideia do bem comum e não, propriamente, da somatória dos interesses particulares. Quanto aos direitos naturais, seriam eles os parâmetros para os direitos civis, que só teriam sentido se fundamentados naqueles. Sendo assim, a passagem do estado de natureza para o estado cívico se deu em função da necessidade de transformar o poder físico utilizado na era primitiva em poder moral.

Em contrariedade ao pensamento de Locke, Rousseau não acredita que em estado natural as pessoas sejam livres e iguais, pois em uma situação de conflito venceria o mais forte fisicamente, assim, o único meio de se instituir liberdade e igualdade seria dentro do pacto. É claro que o pacto é, ao mesmo tempo, um limitador da ação humana, mas a liberdade original só seria possível em estado de natureza, então, assim como acredita Kant, a liberdade estaria em agir dentro da lei. (ROUSSEAU, 2014)

Posto isso, resta afirmar que todos os autores citados contribuíram de alguma forma nas lutas por direitos que vieram a suceder suas obras. Após essa efervescência de ideias modernas, por diversos motivos específicos de cada sociedade, instaurou-se, em muitos territórios, um processo de luta por independência e/ou promulgação de documentos que estabeleceriam direitos individuais, limitando o arbítrio do Estado.

Em suma, na era moderna, as pequenas ou grandes conquistas de direitos travavam uma guerra contra o absolutismo. Não, propriamente, para estabelecer uma igualdade entre todos os indivíduos, uma vez que os direitos eram reivindicados apenas às classes

privilegiadas, mas a proteção jurídica já alcançaria mais indivíduos do que antes, o que não pode deixar de ser observado como um progresso na construção dos direitos humanos.

As novas positivações de direitos tinham como ponto de partida a ascensão de uma nova classe, a burguesia, que, ao ter maior poder aquisitivo, resolve participar das decisões políticas, acabando com a atuação absolutista. Se, por um lado, havia interesse considerável nessa luta por direitos que seriam destinados à apenas uma parcela da população, por outro, além de limitar, em muito, o poder estatal, acabou abrindo o caminho para uma luta posterior por outras positivações.

A concepção de um Estado de Direito se dá pela promulgação de documentos que possam garantir que a sociedade seja regida por leis e que o Estado também se submeta a essa lei, conforme se pode notar no conceito de Verdú (2007):

Quando um Estado estrutura juridicamente a organização e o exercício do poder político, de maneira que os indivíduos estejam protegidos pela existência prévia das normas e instituições garantidoras de seus direitos e liberdades, quando toda a atividade estatal se submete a essas normas e instituições, sem exceções além daquelas reclamadas pelo bem-estar geral, podemos dizer que nos encontramos perante uma comunidade jurídica civilizada. (p. 144)

Assim, a passagem do Estado Absolutista para o Estado de Direito edificou-se na construção da garantia de liberdades, oriundo de ideais liberais, estabelecendo limites ao abuso de poder do Estado em relação ao indivíduo (LAFER, 2006), o que pode ser denominado de liberdades negativas. Nos documentos promulgados na perspectiva liberal, tem o que mais tarde foi denominado de direitos de primeira dimensão/geração.

Dessa forma, a primeira declaração de direitos, considerada de grande peso, que garantia liberdades individuais, surgiu durante a Revolução Americana: a Declaração de Direitos do Bom povo de Virgínia, promulgada em 1776, tratava de diversos direitos humanos, embora dissesse respeito apenas ao povo de Virgínia. Foi o primeiro documento escrito, de valor jurídico a consagrar muitos dos ideais iluministas. (CASTRO, 2014)

A Revolução Americana ainda desencadearia uma Declaração de Independência (1776) e posteriormente, num curto prazo de tempo, considerando a complexidade, a Constituição Norte-Americana (1787), que instituiu a tripartição de poderes, proposta por Montesquieu, e um regime democrático presidencialista, com voto indireto.

Contudo, documento de mais efeito seria a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, promulgado em 1789, em meio a Revolução Francesa. Não que uma revolução seja mais importante do que outra, mas porque o documento muito inovou por trazer consigo pela primeira vez positivada a ideia de universalidade, pois ao contrário do documento americano,

o documento francês não fazia referência apenas aos cidadãos franceses, mas aos de todo o mundo:

[...] enquanto os norte-americanos mostraram-se mais interessados em firmar sua independência em relação à coroa britânica do que estimular igual movimento em outras colônias europeias, os franceses consideraram-se investidos de uma missão universal de libertação dos povos. [...] Foi justamente no sentido francês, e não na acepção inglesa, que a transformação radical na técnica de produção econômica, causada pela introdução da máquina a vapor em meados do século na Inglaterra, tomou o nome de Revolução Industrial. (COMPARATO, 2010, p. 64-65)

Embora de suma importância as revoluções e declarações deste período, importante esclarecer que todas essas lutas foram desencadeadas com ideais liberais, movidos essencialmente pela burguesia. Em sua essência buscavam a liberdade de livre mercado e o direito de ter livremente suas propriedades, sendo tratados pelo Estado de forma digna. É preciso reconhecer, é claro, toda contribuição para a conquista dos direitos humanos.

O que ficou estabelecido após as conquistas de direitos das revoluções modernas, mais do que um Estado de Direito, foi um Estado Liberal de Direito. Não que as concepções sejam contraditórias, mas não possuem o mesmo significado:

[...] esse Estado de Direito, em sua versão original, não significa qualquer garantia para o cidadão, a não ser a da existência formal de uma lei, de obediência geral e obrigatória, impondo ou proibindo determinado comportamento. Essa concepção formal do Estado de Direito significava qualquer tipo de Estado, fosse ele autoritário, despótico ou mesmo democrático. O importante, para ele, era a existência formal de uma lei, que teria por finalidade reger todos os comportamentos da sociedade, bem como os do próprio Estado. (GRECO, 2011, p. 21)

Há que se evidenciar a diferença para perceber que a conquista de um Estado Liberal de Direito é mais precisa, afinal não basta ser um Estado de Direito, se quem tem o poder para trabalhar com as leis não está voltado para o critério de justiça:

[...] Em sua concepção original, o chamado Estado Liberal de Direito significa que a liberdade do cidadão era a regra e a sua limitação, a exceção, que só poderia verificar-se através de uma lei formalmente editada (relação de coordenação). Em sentido contrário, o Estado somente podia fazer aquilo que estivesse previamente determinado em uma lei, ou seja, sua liberdade de ação ficava limitada e condicionada à prévia existência de um diploma legal (relação de subordinação). (GRECO, 2011, p. 23)

Embora só se tenha falado de Estado de Direito a partir das revoluções modernas, responsabilizando-as pela instituição do mesmo, mais do que isso, as conquistas de direitos no contexto possibilitaram a existência de um Estado Liberal de Direitos, que restringe ainda mais a atuação do ente estatal. O que deve ser observado é que o Estado de Direito pode ainda ter outras vertentes que não a Liberal, o que poderá ser verificado no próximo tópico de discussão.

1.3 Idade Contemporânea: a Positização Necessária dos Direitos Humanos

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 partir de todas essas positivações 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 deverão garantir nas legislações internas a preservação dos direitos humanos, desenvolvendo não só a proteção, mas mecanismos que os promovam. Em um Estado Democrático de Direitos nenhum direito será sacrificado em prol de outros, deve-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 NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITOS

No que diz respeito ao Estado brasileiro, a própria constituição traz em seu preâmbulo que este se trata de um Estado Democrático de Direitos e que tem por intuito assegurar direitos individuais e sociais. Assim, já no primeiro artigo, carta Magna dispõe o que seriam os fundamentos do Estado Democrático, dentre eles destaca-se: a cidadania e a dignidade da pessoa humana.

No presente capítulo, a partir dos estudos sobre direitos humanos, que, por óbvio, só podem ser alcançados a partir de um Estado Democrático de Direitos, intui-se demonstrar os princípios constitucionais que o fundamentam e também limitam o poder do Estado no que tange ao sistema penal e, ainda, sob quais princípios deve pautar-se a aplicação das penas.

Para tanto, optou-se por percorrer a trajetória, respectivamente, que define os direitos humanos dentro da ordem constitucional, que denota alguns esclarecimentos sobre o *ius puniedi*, demonstrando em quais princípios se pauta - ou deveria pautar-se - o direito penal, e quais princípios norteiam - ou deveriam nortear - o processo de execução da pena, principalmente a privativa de liberdade.

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 que 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 pelos 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 conseqüente 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 direito, 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*, 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 ilícitamente; 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.

Por fim, 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)

É preciso observar que a concepção de dignidade pressuposta no princípio não diz respeito apenas à garantia negativa de que o indivíduo não seja alvo de ameaças à sua dignidade, mas também a afirmação positiva que garante o pleno desenvolvimento de cada indivíduo, possuidor de todos os direitos que lhe atribui a condição humana, de forma a proporcionar dignidade.

Importante salientar, ainda, que embora expressa explicitamente no corpo constitucional, sendo um dos fundamentos deste Estado, como já mencionado, não há qualquer dúvidas 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 Penais-Constitucionais ou Limitadores do Poder Punitivo

À priori, é preciso esclarecer que os princípios penais constitucionais são princípios comuns do ordenamento jurídico, ligados a ordem constitucional, como os acima apresentados, derivados dos princípios de direito humanos, e voltados ao âmbito penal. E, talvez, por esse motivo, dispõe de mecanismos que possibilitam a limitação do *ius puniend*, poder atribuído exclusivamente ao Estado.

É preciso relembrar, no entanto, que o *ius puniend* nem sempre pertenceu ao Estado, passando por diversas fases, expandindo ou limitando-se, de acordo com o contexto no qual se insere o sistema penal e o seu respectivo meio de aplicação das penas, conforme foi exposto, oportunamente, em trabalho anterior (ALVES, 2012). O Estado, então, teria ilimitado direito/poder de punição principalmente na Era Moderna, no contexto de Estados absolutistas, o que não pode ser permitido num Estado de Direitos.

Nesse sentido, somente após os ideais disseminados pelas concepções contratualistas, e posteriormente a partir do final da modernidade, é que ficou atribuído exclusivamente ao Estado o direito/poder de punir, para que, dessa forma, amenizasse determinados conflitos sociais, mas não a todo custo, uma vez que o Estado também se submete à legislação e não pode agir senão em função da justiça.

Os cidadãos transferem ao Estado a faculdade de punir somente na medida em que tal seja indispensável para garantir uma convivência livre e pacífica. Uma vez que a pena é a intervenção mais grave do Estado na liberdade individual, só pode ele cominá-la quando não dispuser de outros meios mais suaves para alcançar a situação desejada. (ROXIN, 2006, p.33)

Posto isso, a própria atribuição do *ius puniend* ao Estado é limitada pelo suposto contrato social estabelecido, sob a legalidade na qual o Estado, inclusive, se insere. Nesse sentido, apenas a partir da concepção de Estado Democrático de Direitos é que o *ius puniend* seria atribuído legalmente ao Estado, sob a perspectiva de, em troca, se garantir aos indivíduos contratantes uma segurança jurídica:

No que diz respeito especificamente às normas de natureza penal, destaca-se o chamado *ius puniend*, que pode ser entendido tanto em *sentido objetivo*, quando o Estado, através de seu Poder Legislativo, e mediante o sistema de freios e contrapesos, exercido pelo Poder Executivo, cria as normas de natureza penal, proibindo ou impondo determinado comportamento, sob a ameaça de uma sanção, como também em *sentido subjetivo*, quando esse mesmo Estado, através de seu Poder Judiciário, executa suas decisões contra alguém que descumpriu o comando normativo, praticando uma infração penal, vale dizer, um fato típico, ilícito e culpável. (GRECO, 2011, p.19) (grifos do autor)

Os princípios que limitam a atuação do Estado na esfera penal estão localizados, predominantemente, explícitos ou implícitos, no artigo 5º da Constituição Federal e tem por intuito orientar o poder legislativo, executivo ou judiciário na adoção de um sistema penal que esteja de acordo com as concepções historicamente construídas pelos direitos humanos. Assim, é importante salientar que não cabe ao Estado buscar punição a todo custo, sob o risco de estar-se ferindo o conceito de Estado Democrático.

O primeiro princípio a ser analisado trata-se, por óbvio, do Princípio da Legalidade, que não só pressupõe existência para o a concretização de um Estado Democrático, como fundamentou a origem de um Estado de Direitos. Trata-se do mecanismo primário de limitação do poder estatal, que possa garantir que nenhuma medida deverá ser tomada fora do alcance da lei e, no que tange a questão penal, que seja uma disposição prévia. Assim preceitua o inciso XXXIX do artigo 5º, Constituição Federal (1988): “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”.

O referido princípio se desdobrará também, de certa forma, no Princípio da Reserva Legal, disposto no artigo 22 da Constituição Federal, que determina a competência de

regulamentação de determinadas matérias à União, sendo uma delas legislar no que diz respeito ao âmbito penal. Nesse sentido, compete somente a União, por meio de lei formal, legislar sobre matéria penal, o que limita a possibilidade de expansão penal que não seja da vontade, conhecimento e competência do ente estatal.

De acordo com Bittencourt (2015),

A adoção expressa desses princípios significa que o nosso ordenamento jurídico cumpre com a exigência de segurança jurídica postulada pelos iluministas. Para aquelas sociedades que, a exemplo da brasileira, estão organizadas por meio de um sistema político democrático, o princípio de legalidade e de reserva legal representam a garantia política de que nenhuma pessoa poderá ser submetida ao poder punitivo estatal, se não com base em leis formais que sejam fruto do consenso democrático. (p. 41)

Assim, vê-se o Princípio da Legalidade não só como precursor da igualdade formal, considerando a generalidade da lei, mas também como garantidor da segurança jurídica, afinal tudo o que não for expressamente proibido se torna permitido, em âmbito penal, só havendo crime com uma lei anterior que o defina, de forma a tipificar a conduta, nos moldes do artigo 5º, inciso XXXIX, da Constituição Federal.

Nesse sentido, o Princípio da Legalidade teria como função no âmbito penal proteger o indivíduo de retroatividade da lei, que também poderá ser intitulado de Princípio da Irretroatividade, e proibir o surgimento de tipificação de crime por qualquer outra via que não seja da União, vedando também a utilização de analogia para criar, fundamentar ou agravar penas. Assim, seu desdobramento como Princípio da Reserva legal enfatiza, ainda, que no tipo penal haja uma definição clara e precisa da conduta proibida ou imposta pelo ordenamento jurídico. (GRECO, 2011)

Nota-se que “como a lei penal limita o indivíduo em sua liberdade de agir, não se pode proibir mais do que seja necessário para que se alcance uma coexistência livre e pacífica” (ROXIN, 2006, p. 33). Tal afirmação é pautada na existência do Princípio da Intervenção Mínima, que, embora seja de suma importância, verdadeiro limitador da atuação penal, é, por vezes, ignorado não conseguindo conter a exacerbada expansão penal.

De forma coerente, impõe o Princípio da Intervenção Mínima, também chamado de Princípio da Subsidiariedade, que a atuação do direito penal só se dará na hipótese de estarem esgotadas as possibilidades de atuação dos outros ramos do direito, sendo que a criminalização só é justificável se a proteção da norma disser respeito a um bem jurídico relevante. Nas palavras de Bittencourt:

O *princípio da intervenção mínima*, também conhecido como *ultima ratio*, orienta e limita o poder incriminador do Estado, preconizando que a *criminalização* de uma conduta só se legitima se constituir meio necessário para a prevenção de ataques

contra bens jurídicos importantes. Ademais, se outras formas de sanção ou outros meios de controle social revelarem-se suficientes para a tutela desse bem, a sua criminalização é inadequada e não recomendável. Assim, se para o restabelecimento da ordem jurídica violada forem suficientes medidas civis ou administrativas, são estas as que devem ser empregadas, e não as penais. Por isso, o Direito Penal deve ser a *ultima ratio* do sistema normativo, isto é, deve atuar somente quando os demais ramos do Direito revelarem-se incapazes de dar a tutela devida a bens relevantes na vida do indivíduo e da própria sociedade. (2012, p. 43-44) (grifos do autor)

Como se pode verificar, o referido princípio atribui ao direito penal um caráter subsidiário, uma vez que é legítima sua atuação na inefetividade ou inadequação da atuação de outros ramos do direito. Assim, quando se recorre primariamente ao direito penal na expectativa da solução de um problema, por vezes, atribui-se a ele objeto ilegítimo para sua atuação, o que não só fere os princípios de um Estado Democrático como coloca a mercê do direito penal a inteira consolidação da justiça, o que, sem sombra de dúvidas, é inviável.

Ainda nesse sentido, o Princípio da Intervenção Mínima é desmembrado ao Princípio da Fragmentariedade, que também encontra respaldo parcial no já mencionado Princípio da Reserva Legal. A fragmentariedade do direito penal regulamenta a atuação deste apenas à bem jurídicos imprescindíveis, que vinculam os interesses da sociedade como um todo, assim, os demais bem jurídicos encontram proteção em outros ramos do direito, sendo legítima a proteção do direito penal quando restar comprovada a gravidade da lesão ao bem jurídico de indiscutível e relevante importância.

Dessa forma, é com base numa discussão acerca da relevância do bem jurídico que se constrói e se justifica o Princípio da Insignificância, também norteador da atuação penal, e conhecido popularmente como Princípio da Bagatela. Segundo este princípio, para a determinação de tipicidade penal exige-se ofensa de gravidade ao bem jurídico selecionado por critério de importância que resulte em relevante ofensa material. (BITTENCOURT, 2012)

Isso que dizer que, ainda que a conduta se enquadre na tipificação dentro dos moldes do Princípio da Intervenção Mínima, há que se considerar se a ação proibida executada surtiu efeito material e não só formal sobre a ordem imposta, ou seja, mesmo que a conduta se enquadre tipicamente em crime, não haverá qualquer lesão ao bem jurídico relevante se a ação não produziu efeitos materiais. (BITTENCOURT, 2012)

Isso porque, o direito penal deverá preocupar-se com a verdadeira quebra da ordem imposta, e não com condutas que, mesmo tipificadas como proibidas, não interferiram nos intuitos de ordem almejados pelo legislador. Ademais, deve-se levar em conta a adequação social que contextualiza a execução dessa conduta proibida, afinal, de acordo com o que se

denomina de Princípio da Adequação Social, não se considerará crime a ação realizada dentro do que é aceito socialmente.

O princípio da adequação social, na verdade, possui dupla função. Uma delas [...] é a de restringir o âmbito de abrangência do tipo penal, limitando a sua interpretação, e dele excluindo as condutas consideradas socialmente adequadas e aceitas pela sociedade. A sua segunda função é dirigida ao legislador e m duas vertentes. A primeira delas orienta o legislador quando da seleção das condutas que deseja proibir o u impor, com a finalidade de proteger os bens considerados mais importantes. Se a conduta que está na mira do legislador for considerada socialmente adequada, não poderá ele reprimi-la valendo-se do Direito Penal. Tal princípio serve-lhe, portanto, como norte. A segunda vertente destina-se a fazer com que o legislador repense os tipos penais e retire do ordenamento jurídico a proteção sobre aqueles bens cujas condutas já se adaptaram perfeitamente à evolução da sociedade. (GRECO, 2015, p. 106)

Posto isso, há que se falar no Princípio da Ofensividade ou Lesividade, o qual impõe, para a atuação do sistema penal, a premissa de que haja um perigo real e concreto de lesão ao bem jurídico relevante e não mera possibilidade de ameaça. A pretensão de seus efeitos está em limitar o poder do legislador no momento de confecção de uma norma jurídico-penal e mesmo a quem irá, posteriormente, aplicar essa lei. Neste ínterim, só “se admite a configuração da infração penal quando o *interesse* já selecionado (reserva legal) sofre um ataque (ofensa) efetivo, representado por um perigo concreto ou dano”. (BITTECOURT, 2012, p.50)

Há que se falar, ainda, no Princípio da Culpabilidade, que permite atribuir a alguém a responsabilidade pela prática de um delito, impedindo, no entanto, a atribuição de responsabilidade objetiva em âmbito penal. O princípio diz respeito, ainda, a atenção aos parâmetros de proporcionalidade que deve haver entre o crime praticado e a pena aplicada. Nota-se que o critério de culpabilidade é medida da pena e um dos critérios para a existência de crime.

Por fim, entende-se necessário mencionar o Princípio da Proporcionalidade, que embora, de certa forma, já esteja embutido em um dos aspectos do Princípio da Culpabilidade, possui diretrizes específicas e além das abordadas por aquele. Pelo referido princípio exige-se a proporcionalidade entre a pena aplicada e a gravidade do delito praticado; e tal premissa poder ser observada na exigência de individualização da pena, na proibição de determinadas sanções e na admissão de pena menos branda para infrações mais graves (BITTENCOURT, 2012), o que pode ser verificado, respectivamente no artigo 5º, incisos XLVI, XLVII e XLVIII, da Constituição Federal (1988).

Em suma, é claro que existem muitos outros princípios penais-constitucionais que não foram aqui explicitamente abordados, mas justifica-se a escolha destes por considerá-los mais

importantes para os objetivos do trabalho, limitados não só pela complexidade de tratar sobre princípios, mas também pelo curto espaço para o qual se destinou essa discussão não aprofundada sobre a temática.

2.3 Princípios-Constitucionais da Execução Penal

Os princípios que norteiam a execução penal 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 defendê-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 no que se refere a novos delitos e, também, em relação a faltas disciplinares" (2007, p. 384).

3. A (IM)POSSIBILIDADE DE CONTEMPLAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS NA EXECUÇÃO PENAL

O referido capítulo tem por intuito esclarecer, sucintamente, de que forma se dá a execução penal e em quais premissas o processo deveria basear-se, de forma a demonstrar e possibilitar o entendimento de que, na forma na qual é concebida, a execução se apresenta em desacordo com os ideais disseminados pelos direitos humanos, e não porque a Lei de Execução Penal esteja em desacordo com a Constituição Federal, mas porque na aplicação da pena a lei infra-constitucional é elevada sobre os princípios constitucionais, o que desencadeia abuso do exercício do direito

Neste viés, intui-se demonstrar de que forma se apresenta a execução penal ante ao ordenamento jurídico brasileiro, quais as peculiaridades no que tange a pena privativa de liberdade para, posteriormente, verificar a possibilidade de contemplação dos direitos humanos fundamentais e seus princípios vetores na fase de execução da pena, que, como um processo comum e autônomo, deverá estar pautado nos critérios de direitos humanos.

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.

Embora a prisão exista desde a antiguidade, como já foi exposto em trabalho anterior (ALVES 2012), hoje, ela se justifica, oficialmente, tanto pela finalidade (re)socializadora quanto pelo dever do Estado de manutenção da segurança social, permanecendo ainda o clássico intuito retributivo. Em outras palavras, a meta formal da pena privativa de liberdade, conforme se entende pela legislação vigente, seria a retribuição do mal causado, a prevenção da prática de novos delitos e a regeneração do infrator (THOMPSON, 1976).

Ressalta-se, porém, 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 ressaltar 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). Assim, de acordo com disposto no §1º do mesmo artigo, considera-se:

a) regime fechado a execução da pena em estabelecimento de segurança máxima ou média; b) regime semi-aberto a execução da pena em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar; c) regime aberto a execução da pena em casa de albergado ou estabelecimento adequado.

Deve-se esclarecer, 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

A priori, cabe evidenciar que, afirmar que a condição do condenado na execução penal, como já mencionado, é semelhante a do apátrida não significa dizer que ele não possua garantias jurídicas no que tange aos seus direitos humanos fundamentais, mas que lhe é negado o pleno acesso a tais direitos. Assim, por certo, de nada adiantaria ter seus direitos garantidos e não ter acesso a eles, o que diz respeito, portanto, a negação da cidadania, logo, a violação do princípio que norteia todo o ordenamento jurídico: a dignidade da pessoa humana.

Posto isso, 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.

Primeiro, 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 forçadas 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.

A dignidade nasce com a pessoa e é seu patrimônio indisponível e inviolável. Trata-se de valor fundamental expresso nas cartas políticas, sendo diluído nas normas concretas, porque, ao desconhecer a dignidade do homem, o Estado desconheceria a existência e universalidade dos demais direitos humanos. (CARVALHO, 2008, p. 156-157)

Posto isso, há que se esclarecer que a execução não ocupada 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 utiliza-se 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, quiçá 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 denuncia 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.

ALVES, Marianny. **A possibilidade de contemplação dos direitos humanos frente à utilização da pena privativa de liberdade**. Paranaíba-MS: UEMS, 2012.

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. 2015.

_____. Casa Civil. **Código Penal**. 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm> Acesso em: 24 jun. 2015.

_____. **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/l7210.htm> Acesso em: 24 jun. 2015.

_____. Secretaria Especial dos Direitos Humanos de Presidência da República. **Programa Nacional de Direitos Humanos (PNDH-3)**. 2008. Disponível em: <<http://www.sdh.gov.br/assuntos/direito-para-todos/programas/pdfs/programa-nacional-de-direitos-humanos-pndh-3>> Acesso em: 30 jun. 2015.

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: Lúmen 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, Flademir 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.