

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

A Execução Penal: um olhar a partir da proporcionalidade e da
dignidade da pessoa humana

Dissertação apresentada, como exigência parcial para a obtenção do grau de Mestre em Direito, no Curso de pós-graduação em Direito, na Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, sob a orientação do Professor Doutor Ingo Wolfgang Sarlet.

SIMONE SCHROEDER

Porto Alegre, julho de 2006

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

S381e Schroeder, Simone

A execução penal: um olhar a partir da proporcionalidade e da dignidade da pessoa humana / Simone Schroeder. – Porto Alegre, 2006.
288 f.

Dissertação (Mestrado) – Fac. de Direito, PUCRS, 2006.
Orientador: Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet.

1. Direito Penal. 2. Execução Penal. 3. Princípios Constitucionais – Brasil. 4. Dignidade Humana. 5. Direitos Fundamentais. 6. Constituição – Brasil, 1988. I. Sarlet, Ingo Wolfgang. II. Título.

CDD 341.4352

Bibliotecária Responsável
Iara Breda de Azeredo
CRB 10/1379

SUMÁRIO

RESUMO	9
ABSTRACT	10
INTRODUÇÃO.....	11
1. A LEI DE EXECUÇÃO PENAL E A CONSTITUIÇÃO: uma aproximação.	14
1.1. Conceito e perfil do Estado Democrático de Direito.....	14
1.2. A função da Execução Penal no Estado Democrático de Direito: um novo olhar, à luz da Constituição Federal de 1988	20
1.3. O direito à garantia de uma execução penal digna.....	47
1.4. O juiz no controle da legitimidade constitucional da execução penal	Error! Bookmark not defined.
2. DIREITOS FUNDAMENTAIS E EXECUÇÃO PENAL.....	69
2.1. Noções introdutórias sobre o conceito e funções dos Direitos Fundamentais.....	69
2.2. Proteção dos Direitos fundamentais: uma execução digna	85
2.2.1. Dignidade: conceito e conteúdo.....	90
2.2.2. Dignidade como limite e limite dos limites dos direitos fundamentais	101
2.3. Proporcionalidade: algumas ponderações.....	115
2.3.1. A dupla face da proporcionalidade: proibição de excesso e proibição de insuficiência.....	124
3. CONTROLE DA LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL NA EXECUÇÃO PENAL E O PAPEL DA PROPORCIONALIDADE COMO INSTRUMENTO DE EFETIVAÇÃO DA EXECUÇÃO DIGNA	134
3.1. Considerações introdutórias	134
3. 2. Proporcionalidade como instrumento de efetivação.....	146
Estudo de caso 1	172
3.2.1. Direito à vida x privação da liberdade.....	172

Estudo de caso 2	189
3.2.2. Do direito ao trabalho (remição) x direito à saúde.....	189
Estudo de Caso 3.....	204
3.2.3. Direito à individualização executória x privação da liberdade	204
3.3. O juiz como garantidor do processo de execução penal digno – da legalidade formal à legalidade material: do legislado ao aplicado.....	229
 CONCLUSÃO.....	 259
 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	 268

RESUMO

O presente trabalho analisa o processo de execução penal, cujo norte é verificar os mecanismos utilizados pelo intérprete na individualização da reprimenda a partir da análise de alguns incidentes na Lei de Execução Penal, frente à Constituição Federal. A investigação perpassa o modelo administrativizado utilizado por largo tempo, em que o apenado era tido como objeto da execução da pena privativa de liberdade. Diante de tal problemática, procura estudar se há instrumentalidade e efetividade dos mecanismos na lei de execução da pena, por meio da filtragem constitucional, na qual os princípios constitucionais devem ser resguardados.

Neste sentido, é imperiosa a análise mediante uma interpretação sistemática do Direito, a partir de uma pesquisa exploratória e bibliográfica, bem como a análise de casos para elucidar tal propósito, à luz da proporcionalidade.

O juiz é o intérprete que faz valer o controle da legalidade e da constitucionalidade na execução da pena. Entretanto, apesar deste controle, assegurado no Estado Democrático de Direito, é preciso que haja um novo olhar, no qual as premissas basilares recaiam na condição do apenado como sujeito de direito. Apesar desta vinculação do juiz à lei e à Constituição, a lei por si só não basta: é preciso aplicabilidade no caso concreto, no qual os direitos fundamentais não são exercidos na sua plenitude, mas como corolário do direito ao acesso a uma ordem jurídica digna, limitado a um exercício proporcional e razoável, em conformidade com a Constituição.

Deste modo, comprova-se que, apesar de alguns princípios constitucionais serem preservados na Constituição Federal, norma fundamental de um Estado, o condenado sujeito à pena privativa de liberdade, ainda é submetido ao processo inverso cujo diagrama é reflexo de Direito Penal máximo, com um discurso simbólico de preservação das garantias fundamentais.

Entretanto, é preciso uma nova interpretação, em que as garantias constitucionais sejam resguardadas ao condenado, observadas por meio da proporcionalidade e que sejam amparadas não por discurso simbólico, instrumental e falacioso, mas sim por um efetivo instrumento garantidor da Constituição. Todavia, o que se constata é um desvirtuamento da intenção normativa, levada ao efeito da violação do valor que fundamenta o direito em questão. É necessário, pois, uma mudança de paradigma. É preciso que se alcance aos jurisdicionados uma tutela digna, proporcional, também prevista pelo ordenamento jurídico.

Palavras-chave: proporcionalidade – controle de legalidade – dignidade – modelo administrativizado – individualização – reprimenda – princípios constitucionais

ABSTRACT

The focus of this work is the analysis of the criminal prosecution and the methodology used by the interpreter in applying the constitutional rights. Considering the historical problematic of the administrative model which have consolidated the image of the convicted persons as a mere object of sanctions, this work investigates the scope and the effectiveness of criminal prosecution through the postconviction institutions prescribed in Brazilian law, more specifically on Law n. 7210/84.

For such purposes it is necessary to lead the research through a systematic interpretation of Law, combining a theoretical framework with a concrete analysis of criminal case law.

Judges are the interpreters of law and they play an indispensable role in sustaining the legality during the criminal prosecution. However, such control is not always sufficient for granting the constitutional basis in criminal process. A new approach in Law's interpretation is needed. An approach which conceives the imprisoned as subject to constitutional rights.

Regardless the linkage between the judges and the law, the law itself may not be enough for securing and guaranteeing defendant's constitutional rights. In some cases the control exercised by the law may not render a constitutional grounding for criminal prosecution if it is not combined with a constitutional approach. To fulfill the constitutional's aim of protecting human's dignity, it is necessary to grant to the imprisoned full access to all resorts of defense in order to maintain the due process of law.

Nowadays, in despite of the existence of a myriad of rights prescribed in our Constitution, the imprisoned is often subject to a drastic loss of liberty by an unlawful process based on a law and order approach.

A paradigm shift in interpreting the law is needed, in which the constitutional rights of the convicted are guaranteed and preserved. The protection of such rights is to be sustained by the proportionality, the effective tool for constitutional applicability. What is pursued is the achievement of a proportional and lawful prosecution as the result of a new paradigm in Law's interpretation and applicability.

Key-Words: proportionality – legality control – dignity – administrative model – individualized sanctions – criminal sanctions - constitutional principles.

INTRODUÇÃO

Ao iniciarmos a pesquisa a respeito de um novo olhar sobre a execução da pena, a partir da proporcionalidade e do princípio da dignidade da pessoa humana, constatamos que poucos doutrinadores pátrios se preocuparam com a matéria. Além disso, as obras existentes remontam à época de 1984, trazendo no seu arcabouço o que a Lei de Execução Penal, Lei 7.210, propunha quando foi publicada e seus reflexos no Processo Penal. Vale salientar que o acervo existente é formado por comentários, especialmente a crítica referente ao estudo da referida lei e à sua interpretação. Diante de algumas obras específicas, cumpre destacar as de conteúdo altamente qualificado, que se tornaram ponto de partida e referência do presente estudo.

Não obstante esse quadro de escassez, a literatura referente à execução penal tem-se debruçado, cada vez mais, sobre o tema desafiador da atualidade, ou seja, a efetividade dos direitos da execução penal cujo pano de fundo repousa na função do juiz, como garantidor de direitos, a partir da Constituição Federal de 1988. Com essa nova (ou velha?) roupagem, surge a necessidade de repensar o paradigma processual no âmbito da execução penal. Isto deve ser feito notadamente sobre a resposta de que o sistema processual penal brasileiro confere o direito a ser tratado como sujeito de direito, àquele que se utiliza de um processo, embora submetido à segregação em razão da privação da liberdade.

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, informando expressamente os princípios explícitos e implícitos definidores da finalidade de um Processo Penal, há fatos que operaram relevantes alterações sobre a matéria, sendo (re)discutida, a partir de uma nova leitura. Contudo, com tais alterações, os processualistas nacionais não outorgaram à matéria a importância dispensada pelos doutrinadores do início do século passado. Pretende-se, com este trabalho, abordar o tema sob um novo ângulo, na esfera constitucional, elevando o

processo de execução à efetividade de um direito à execução digna não como um fim em si mesmo, mas como um início para efetivamente minimizar os limites de intervenção do Estado na imposição de uma execução de pena.

A pesquisa alcança o seu objetivo com a seguinte abordagem: se a execução penal deve ter uma nova leitura, frente aos ditames constitucionais, quais os mecanismos que podem ser utilizados para alcançar tal fim? Quais os instrumentos efetivos para chegar ao direito à execução penal digna? Que formas esse sistema coloca à disposição dos jurisdicionados, a partir da análise judicial? O mote da pesquisa, neste sentido, é verificar a efetividade da prestação jurisdicional, na execução da pena, a partir da instrumentalidade garantista, cuja moldura perpassa o estudo da proporcionalidade como meio que possa atingir minimamente o substrato de dignidade do condenado.

Cumprir ressaltar que, apesar de o sujeito de direito submeter-se à égide da pretensão executória do Estado, ou seja, estar cumprindo pena, as máximas constitucionais não podem ficar à mercê de uma mera normatividade; na verdade, elas precisam mais do que isso: devem proteger os direitos fundamentais (com mínima intervenção) ou na proporção possível na perspectiva de um sistema de garantias, cuja pedra de toque está em um dos instrumentos que possa abalizar tal dinâmica. O juiz, nesse contexto, atrelado ao Estado de Direito, deve respeitar a diferença, trabalhar com o direito de ser do apenado.

A dissertação está, pois, dividida em três partes. A primeira realiza uma abordagem constitucional do problema, uma vez que é a Constituição que confere unidade ao ordenamento jurídico e traça os limites de atuação do legislador infraconstitucional, na execução de uma pena privativa de liberdade e requer de seu aplicador uma atitude comprometida com o viés constitucional. Não é demais lembrar que a Constituição estabelece as normas fundamentais de organização e a escala dos valores, que envolvem a idéia de dignidade, na concepção de direitos humanitários provenientes desde a Declaração dos Direitos Humanos.

Ao estudar a Lei de Execução Penal, partiremos da análise do direito à execução penal digna, primeiramente verificando o que a execução propugna e seus efeitos à luz da Constituição Federal, e quais os mecanismos sobre a efetividade da prestação jurisdicional oferecida pelo sistema processual na execução da pena; a partir disso, faremos a análise da função do juiz, da legalidade formal à material através da concepção de substância da Constituição.

Diante da possibilidade de análise da efetividade de direitos, é importante verificar se há meios de proteção aos direitos fundamentais e quais são os limites que possam minimizar os efeitos da intervenção estatal.

Por meio dessa concepção, iniciaremos uma análise interpretativa em que se aplicará a máxima da proporcionalidade e verificar-se-á efetivamente se os direitos postulados em sede de execução penal estão sendo aplicados. Desta maneira, depreender-se-á se existe um discurso simbólico no cumprimento da prestação jurisdicional ou se, de fato, os mecanismos garantidores de tal instrumentalidade são aplicados ou ficam à mercê de concepções arbitrárias e falaciosas. Com esta finalidade, o discurso passa a ter uma concretização prejudicial que afronta a dignidade daqueles que ainda acreditam na concepção de garantias trazidas na Constituição e fatalmente esquecidas no Processo de Execução Penal.

Se os mecanismos forem efetivamente desvinculados do comprometimento com a Constituição, a maior responsabilidade de resguardá-los está eminentemente na concretização de tais direitos.

Optou-se por dividir o estudo, levando-se em conta o dever de proteção do Estado e os direitos à proteção pelo Estado e os mecanismos utilizados pelo juiz na concretização desses direitos, através da concepção da execução como um

direito digno do condenado; utiliza-se, aqui, como moldura, o estudo da proporcionalidade, resguardada a substância garantista.

CONCLUSÃO

Ao fazermos uma retrospectiva a respeito da Lei de Execução Penal, precisamos refletir sob duas perspectivas: ou lhe atribuímos uma roupagem constitucional, exigência de um Estado de Direito, ou continuamos a interpretá-la sob um enfoque secundário e retrógrado, como vem acontecendo ao longo dos vinte anos de sua publicação. Se elegermos a primeira opção, precisamos verificar quais os mecanismos que podem ser utilizados para cumprir o seu pressuposto fundamental, isto é, a instrumentalidade de garantias, cujos mecanismos sirvam de alicerce para alcançar um espaço ao direito à execução penal digna.

Talvez o seu objetivo esteja sendo encoberto pelo discurso simbólico de poder, no qual a administração penitenciária vem retomando maior expansão, quando os elementos garantidores dos direitos fundamentais se escondem atrás do texto de lei expresso, culminando no descompasso verdadeiro entre a Lei de Execução Penal e a ordem constitucional. De outra parte, observamos que essa lei jamais foi interpretada conforme a Constituição, embora revestida de um mecanismo hermenêutico que respalde o intérprete no compromisso de efetivá-lo segundo a ordem constitucional substancial, que resguarda o atributo maior – a proteção dos direitos fundamentais - de quem quer que esteja sofrendo qualquer restrição de direitos.

O que se verifica é o verdadeiro reconhecimento do poder da administração penitenciária, revestido de decisões vazias, vinculado ao processo de disciplinas e regras enfrentadas não só pela administração carcerária mas também publicadas através de portarias e regulamentos das Secretarias de Segurança do Estado, com a finalidade de exigir o que a Lei de Execução Penal não exige mais, contudo aqueles ainda encontram o seu reconhecimento pelos órgãos de Execução Penal. Ainda que haja a necessidade de uma interpretação comprometida com a Constituição, em que o preso possui direitos constitucionalmente assegurados, a

vulneração de tais direitos poderá ensejar a responsabilidade civil do Estado e de seus agentes se não houver uma mudança, sobretudo com problemas “vinculados à máquina judiciária que possui como compromisso – o mais básico dos direitos humanos – um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir e, não apenas proclamar, o direito de todos”.¹

A partir dessa concepção, a trajetória carcerária vem sendo aplicada ainda por conduções e respostas disciplinares, dissociadas da função constitucional, mas atreladas à letra fria da Lei de Execução Penal, cuja substancialidade material - constitucional da norma ficaria relegada a segundo plano.

Desta forma, o mote da pesquisa propôs uma nova análise, ao questionar quais seriam os mecanismos que serviriam à mudança.

Neste sentido, como limite do poder – a lei é absolutamente indispensável como condição de humanidade,² CARVALHO comenta que a função da lei deixa de ser limite ao poder para ela mesma ser fonte de opressão, porém cuja crítica não só se respalda na lei – contudo faz-se presente no papel do juiz.³ Se há uma nova leitura, o que se propõe a respeito da Lei de Execução Penal é não fechar os olhos ao acesso ao direito à execução penal digna, visto que o processo executório também está diretamente relacionado aos ditames do devido processo legal, não só por questões de forma, mas sim por questões de conteúdo. Assim só haverá direito à execução penal digna, se houver o direito à dignidade, consubstanciado não só no custo do processo, que, por questões de fundo, os presos sofrem reflexos diretos na possibilidade de um direito de defesa, como assevera

¹ CAPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988. p. 11.

² CARVALHO, Amilton Bueno de. Lei, para que(m)? In: WUNDERLICH, Alexandre (org). **Escritos de Direito e Processo Penal em homenagem ao professor Paulo Cláudio Tovo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 55.

³ CARVALHO, loc. cit.

Gómez de La Serna⁴ que “ningún derecho es más natural, ninguno es más sagrado que el de la defensa”. A eficiência de um Processo Penal precisa também de um direito natural de defesa não só assegurado pelo Pacto de San José da Costa Rica, de 21 de novembro de 1969 (de modo que as suas disposições foram recepcionadas como direitos fundamentais, previstas no parágrafo 2º do art. 5º da Constituição Federal de 1988), mas também pelas inserções nas declarações de Direitos Humanos (art. 7, 4 da CADH) que corroboram com o direito da pessoa de ser informada sobre as razões de sua detenção. No processo de execução, não pode ser diferente: além de ter a conotação de processo, merece o respeito não só do legislador mas também do intérprete.

O que se pretende é direcionar mecanismos efetivos ao direito a uma ordem jurídica digna, sedimentada, de cunho substancial, representada pela possibilidade de alcançar o substrato da dignidade, atrelada à inafastabilidade do Poder Judiciário, bem como no seu fundamental exercício, como intérprete e elemento garantidor da Constituição. E se há conteúdos limitativos do exercício do Poder Público, tais restrições devem ser sopesadas frente às finalidades perseguidas pelo Estado de Direito.

Desta forma, só se alcançará a efetividade de direitos, se as decisões deixarem de ser centradas em discursos simbólicos, sujeitas a questões disciplinares e migrarem ao campo decisório, porém vinculadas aos princípios constitucionais, cujos argumentos possam se aproximar das garantias fundamentais, ao abrir o espaço ao direito à dignidade, no curso da execução criminal. Além disso, as decisões devem ser fundamentadas, em verdadeiro compasso com o modelo de sistemas de garantias, contudo sem ficarem subordinadas a um mero critério vinculado a meros tratamentos, ou melhor, sujeitos a técnicas pedagógicas e impositivas de comportamento.

⁴ LA SERNA, Gómez apud MORENO CATENA, Vitor. **La defensa em el Proceso Penal**. Madri: Civitas, 1982. p. 23.

Entretanto, através da proporcionalidade, com o fito de atenuar a vulnerabilidade do condenado, o processo hermenêutico alcança a devida relevância (como instrumento), ao ostentar um processo que garanta os devidos direitos, como meio de restringir à atuação estatal, na ingerência arbitrária, resultante do cumprimento da pena privativa de liberdade. Neste sentido, como forma de combatê-la, é preciso amparar o cumprimento da pena, na busca inseparável entre o Processo e Constituição, ou seja, na efetividade dos direitos do apenado, com o direito à dignidade. Como lembra STRECK,⁵ “é necessário ressaltar [...] que o Direito Processual Penal [...] não deve ser, como lembra HASSEMER, outra coisa senão Direito Constitucional aplicado”. E, se deve ser assim interpretado, deve ter a sua extensão, também, na execução criminal.

Se já existe o uso da imputação formal como instrumento de seleção processual, a necessidade de um real contraditório vem sendo discutida no curso da execução, cada vez mais, culminando na suspeita de ilegitimidade não só por critérios de desinformação aos destinatários do processo executório mas também pelo próprio desconhecimento de deveres e direitos; além disso, pelo desamparo em que se sustenta as normas processuais que envolvem o âmbito executório.

O que se constata é uma interpretação da Constituição Federal à luz da Lei de Execução Penal, amparada em um paradigma compensatório. Como refere GUINDANI⁶, a política penitenciária está esvaziada, pois, além de ficar relegada a um plano secundário, acabou mantendo um caráter de contenção dos excluídos sociais. Desta forma, verifica-se que um dos fatores que deve ser considerado na presente pesquisa são os reflexos de uma execução criminal na ordem constitucional sob a proteção da dignidade da pessoa humana, que, na maioria das vezes, a pessoa é rebaixada a objeto ou mesmo se torna instrumento de contenção de poder, cuja pessoa-condenada - fica sujeita a uma série de

⁵ STRECK, Lenio Luis. **As interceptações telefônicas e os direitos fundamentais**. 2. ed. rev. e aum. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 27.

⁶ GUINDANI, Miriam K. A. Tratamento penal: a dialética do instituído e do instituinte. **Revista Serviço Social e Sociedade**, n. 67, p. 41, 2001.

violações de direitos, com a chancela do Judiciário, apesar da utilização de um discurso de garantias constitucionais. Ou o Judiciário, ou os demais órgãos da execução, não vislumbram a execução como um processo revestido de garantias, ou trabalham na perspectiva de o condenado ser objeto de sujeição à segregação sem qualquer respaldo constitucional. Na verdade, esta pesquisa não pontua somente as vicissitudes carcerárias, inerentes da privação da liberdade, mas questiona as possibilidades de um olhar, sob a necessidade de uma interpretação, através de mecanismos que deixem que a tolerância e o bom senso sejam os norteadores do processo executório, porém vinculados à norma constitucional.

É necessário salientar que há temores no sentido da intervenção desmedida do Poder Judiciário, assim como existe uma tensão permanente entre legislação e jurisdição. Todavia, por ter a Constituição uma força normativa, sua função está atrelada à implementação de valores substanciais, cujo intérprete está limitado aos direitos fundamentais, à dignidade e à proporcionalidade. Dessa forma, a primeira atribuição do Estado reserva-se à proteção à dignidade da pessoa humana, sobretudo que haja proteção e a efetivação mais ampla possível dos direitos fundamentais. Todavia, como os direitos fundamentais são passíveis de restrições, para a manutenção da unidade constitucional, precisa haver a preocupação do intérprete em utilizar a ponderação. Na execução penal não pode ser diferente: assegura-se a proteção à dignidade do indivíduo segregado, servindo-se como limite da intervenção estatal, mas de outra parte sendo sustentáculo de possibilidade de alcançar o máximo possível em dignidade, ao evitar a coisificação do indivíduo.

Entretanto, se utilizarmos a proporcionalidade, como um dos instrumentos que garantam a proteção à execução digna, deveremos observá-la, para a solução mais adequada aos valores humanitários, tendo maior incidência na execução penal, porque trabalharemos a proporcionalidade não como princípio mas como um mecanismo para que a execução atinja a viável e compreensível

marca de um verdadeiro processo, em que se preserve as garantias fundamentais, mesmo que restringíveis.

Sabemos que há uma inter-relação entre os direitos fundamentais e as garantias fundamentais, visando assegurar ao indivíduo a possibilidade de exigir do Poder Público a efetivação de seus direitos. Todavia, no processo de execução criminal, nós nos deparamos com duas possibilidades que afrontam a harmônica proteção do Estado: a primeira diz respeito ao custo do processo, e a segunda, à desinformação dos condenados. Essas duas causas atingem de forma direta a dignidade do indivíduo como condenado não só pela seleção processual que vislumbramos nos processos de execução criminal no Estado do Rio Grande do Sul, cuja clientela na maioria dos casos é composta de pessoas de baixo poder aquisitivo, sem ao menos ter o suficiente conhecimento dos direitos assegurados constitucionalmente, ao afrontar o acesso à Justiça, inerentes à desinformação. Neste sentido, apesar de tais limites estarem amparados na ordem constitucional, as ilegalidades permanecem no modelo esvaziado de garantias individuais, porém ainda adotado pelo intérprete, canceladas pelos órgãos fiscais da lei e esquecidas por muitos advogados, que ainda denominam a Lei de Execução Penal um mero procedimento administrativo, sem qualquer interpretação sistemática e criteriosa. É essencial o respeito ao mínimo existencial de dignidade da pessoa humana, em razão da própria isonomia apregoada na Constituição, que não pode restar unicamente em modelos cujos tratamentos dos indivíduos são discriminatórios e arbitrários; no entanto, também, devem ser respeitados na Execução Penal. Entretanto, o problema não está restrito ao aspecto da jurisdicionalidade da execução criminal, mas sim na própria consagração da normatividade; neste sentido, é preciso que todas as pessoas tenham acesso jurídico à pretensão material.⁷ E, dentre os vários obstáculos, encontra-se o “custo e a desinformação”.

⁷ BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais:** o princípio da dignidade da pessoa humana. Rio de Janeiro; São Paulo: Renovar, 2002. p. 293.

O primeiro, apesar da consagração constitucional e dos mecanismos disponíveis, cujos registros são de grande importância, ainda ocorre a ausência, até o momento de uma solução jurídica consistente que as enfrente. O segundo empecilho identifica o obstáculo maior na execução criminal, em razão do total desconhecimento dos que cumprem a pena privativa de liberdade, decorrentes da ignorância de seus direitos materiais e, segundo, pela própria estrutura, que lhe é oferecida; apesar de termos encontrado o acesso à Justiça formalmente,⁸ no âmbito material, os apenados permanecem sem o amparo efetivo, não só no que se refere à educação (que promova o pleno desenvolvimento da pessoa e a prepare para o desenvolvimento da cidadania) mas também pelas questões de fundo encontradas no Processo de Execução Penal, cujos direitos apregoados nos artigos de base da lei sequer são conhecidos por aqueles que ali enfrentam o processo de segregação e nem são informados pelos órgãos competentes, havendo um hiato entre a posse das garantias e a possibilidade de vir a utilizá-las.

Como direito fundamental, a dignidade da pessoa humana deve ser protegida na execução da pena e a partir dos mecanismos de proteção. A proporcionalidade - como moldura de uma instituição e de juízos para a aferição de direitos - poderá ser adotada pelo intérprete, para a proteção da dignidade do condenado, nas situações em que há necessidade da intervenção do Estado na proteção dos direitos fundamentais. Desta maneira, se a dignidade não precisa de qualquer esforço para merecê-la, também deve ter seu espaço reservado no âmbito da Execução Penal. Por outro aspecto, elege-se o direito ao acesso à Justiça, dando guarida aos fundamentos constitucionais um tratamento digno, com o comprometimento com questões referentes à motivação das decisões, através da proporcionalidade, em que as restrições dos direitos fundamentais devem ser sopesadas no caso concreto, sem fazer qualquer análise precipitada. Deve-se, sim, buscar um equilíbrio através do critério de proporcionalidade, que se consubstancia na adequação e na necessidade de observância, no devido equilíbrio das garantias constitucionais, que ainda merecem respaldo - apesar das

⁸ BARCELLOS, 2002, op. cit., p. 300.

limitações enfrentadas no processo de segregação, segundo a Lei de Execução Criminal -, ou melhor, a possibilidade de ainda garantir que se lhe submetam – a individual e equilibrada proteção do Estado.

Se não há um mínimo a proporcionar (um nível geral de informação cívica), pelos menos cabe ao Ministério Público, como fiscal da lei, à Defensoria Pública, ao Poder Judiciário, às Faculdades e até mesmo ao próprio Conselho Penitenciário trabalhar com questões de cidadania, para que o mínimo existencial de dignidade possa ser aferido durante a privação da liberdade.

Um dos pontos mais emblemáticos referidos nesta dissertação versou sobre o direito à saúde do preso, como direito fundamental, cujo mínimo de dignidade deixou de ser amparado. Isso resultou em fator de extrema relevância para que se viabilizasse o estudo a respeito do tema, ao elegermos a proporcionalidade como mecanismo que poderá se utilizado pelo Judiciário, como moldura para a proteção de um princípio em detrimento de outro, na preservação de um mínimo existencial de dignidade. É preciso o enfrentamento no caso concreto, a partir da análise de seus subcritérios (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito) a fim de que possamos evitar a violação ao princípio da dignidade, que jamais pode estar dissociado da proporcionalidade, em razão das condutas restritivas aos direitos fundamentais; além disso, que jamais possam acarretar o aniquilamento à dignidade, ao direito de ser, ou seja, o direito inerente a todo ser humano.

Entretanto, ao elegermos a proporcionalidade como substrato, podemos utilizá-la no curso da Execução Penal, como moldura à proteção de direitos fundamentais do preso ao analisar a adequação da medida restritiva, segundo a Lei de Execução Penal. Isso significa que, se, ao menos, a medida atinge um fim e se os meios utilizados pelo julgador — ainda que no processo executório foram empregados com mecanismos de menor ofensividade —, ou seja, se existiam mecanismos de menor restrição — daqueles que a lei dispunha como disponíveis

— e se, dos instrumentos utilizados, o grau de ponderação possa atingir o direito fundamental (com a preservação de um mínimo de dignidade), isto é, que a medida aplicada seja menor que a conduta infligida pelo agente.

Desta forma, os mecanismos diretivos da Lei de Execução Penal devem estar consubstanciados em regras gerais, ou seja, com a conjugação de normas definidoras da lei, em consonância com a carga principiológica resguardada na Constituição Federal de 1988. E se, ao final, o intérprete for aplicar qualquer restrição no âmbito executório, que possa construí-lo dentro da perspectiva de constitucionalidade, ao restringir direitos, protegendo os demais, desde que isto ocorra na justa medida. Isso quer dizer que a proporcionalidade deve apregoar e manter os direitos daqueles que ainda estão privados da liberdade, mas ainda são sujeitos de direitos, e, por consequência, são destinatários dos direitos fundamentais - se não podemos mudar o início da Lei de Execução Penal, que possamos mudar o fim. E se estamos diante de uma lei com mais de vinte anos de sua publicação, convidamos os seus intérpretes, para que tenham o compromisso de utilizá-la de acordo com as garantias constitucionais, com o olhar da velha metodologia para o paradigma de uma nova Execução Penal.

O que se pretendeu nesta pesquisa foi poder trabalhar com a Execução Penal e fazer um convite a cada cidadão, a fim de que possamos enfrentar a lei com o compromisso da legitimidade constitucional e que todos aqueles que acreditam em algo novo possam mergulhar no diagrama da lei, sem desvincular-se dos contornos vinculados às raízes constitucionais.