

**INSTITUTO BRASILIENSE DE DIREITO PÚBLICO
PÓS GRADUAÇÃO EM DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL**

DIREITOS E DEVERES DO APENADO

LUCY VIEIRA DA SILVA PINTO

CUIABÁ

2010

LUCY VIEIRA DA SILVA PINTO

DIREITOS E DEVERES DO APENADO

Monografia apresentada à diretoria do Curso de Graduação do Instituto Brasiliense de Direito Público como requisito parcial para a obtenção do título em pós graduação Direito Penal e Processual Penal.

Orientador:

CUIABÁ

2010

Dedico ao meu marido e aos meus filhos que sempre estiveram ao meu lado em todos os momentos e muito colaboraram para alcançar esta vitória.

*Agradeço a Deus, Luz de minha vida que em todos os momentos me voltou o seu olhar.
Aos meus irmãos, que sempre foram meu porto seguro.
A todos os professores, pelo conhecimento e amizade cedidos durante todos esses anos.
A vitória chega a mim com a força que vocês me deram.*

RESUMO

Esta monografia tem como objetivo demonstrar os princípios que envolvem o direito penal, determinar quais os direitos e deveres do apenado no ordenamento jurídico brasileiro. As penas visam a punição daquele que violou direitos legalmente previstos. Sabe-se que atual sistema carcerário no Brasil ainda pende por reformas, pois o atual ainda não se adequou-se aos objetivos da lei de execução penal. Não existe estabelecimento prisional adequado a lei, fora a carência de presídios. Os apenados vivem em condições desumanas e sofrem maus tratos diretamente, como se nota diariamente na imprensa. Atualmente os presídios estão superlotados, com o triplo da sua capacidade, tornando num cenário de sofrimento e descaso, o que impossibilita qualquer atitude de readaptação à convivência da sociedade. Nota-se com o presente trabalho que inúmeros são os direitos do apenado e poucos são os deveres que estes tem para com o Estado. Mas todos esses direitos e deveres devem ser observados rigidamente como forma de manter a ordem social.

Palavras-chave: Apenados. Sistema carcerário. Direitos. Dever. Ordem Social.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	6
CAPÍTULO I	
DO APENADO E SUA CLASSIFICAÇÃO.....	8
CAPÍTULO II	
PRINCÍPIOS DO DIREITO PENAL	11
2.1 PRINCÍPIO DA LEGALIDADE OU DA RESERVA LEGAL.....	11
2.1.1 Aspectos do Princípio da Legalidade	11
2.1.2 Princípios Decorrente do Princípio da Legalidade	12
2.1 PRINCÍPIO DA IRRETROATIVIDADE DA LEI PENAL	13
2.3 PRINCÍPIO DA HUMANIDADE DAS PENAS	14
2.4 PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE DA PENA.....	16
2.5 PRINCÍPIO DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA	17
2.6 PRINCÍPIO DA INTERVENÇÃO MÍNIMA	18
2.7 PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA OU DA BAGATELA.....	18
2.8 PRINCÍPIO DA CULPABILIDADE	19
2.9 PRINCÍPIO DA IGUALDADE.....	19
2.10 PRINCÍPIO DA PERSONALIDADE DA PENA	19
CAPÍTULO III	
DIREITOS E DEVERES DO APENADO.....	21
3.1 DOS DEVERES.....	21
3.2 DOS DIREITOS.....	22
CONCLUSÃO.....	26
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	28

INTRODUÇÃO

Primitivamente existiam grupos sociais que acreditavam em magia, em religião. Eles relacionavam os fenômenos naturais à castigos divinos, criavam também muitas proibições, chamadas de “tabu”, as quais desobedecidas geravam castigo, esse por sua vez poderia ser o sacrifício da própria vida ou oferenda do transgressor de objetos valiosa serem ofertados à divindade. Assim era a pena, tida principalmente como vingança e aplicada sem preocupações de justiça.¹

Nesta época o Estado ainda não se impunha, os próprios grupos sociais faziam suas leis, assim qualquer ofensa era combatida de forma violenta, não existiam limites. Nestes termos a primeira fase recebeu o nome de vingança privada, também conhecida por vingança de sangue, nesta se cometido crime, havia a reação de todo o grupo ofendido, não observavam a gravidade da ofensa, reagiam violentamente por meios cruéis e desumanos, gerando desta forma verdadeiras guerras entre os grupos.²

Essa fase foi deixada de lado quando, visando a dizimação dos grupos sociais que se debatiam até a extinção de um deles, surgiu então a composição, o que consistia em acordo, ou seja aquele que praticasse a ofensa contra qualquer dos grupos, deveria comprar sua liberdade mediante pagamento em moeda, gado, armas.

Um pouco mais a frente tem-se a fase da vingança divina, a religião influenciava muitos estes povos antigos, então os sacerdotes começaram a impor-se face as ofensas e como forma de intimidação, aplicando pena cruéis, severas e desumanas. A repressão do crime consistia nessa época a satisfação dos deuses.

Pouco mais a frente, a partir de maior organização da sociedade e de maior estabilidade para o Estado, atingiu-se a vingança pública, agora é príncipe, o soberano que vai aplicar a pena e mesmo com essa evolução, não deixaram de ser severas, cruéis e desumanas.³

Com o tempo o homem foi percebendo as injustiças, desenvolvendo a partir desse pensamento o período humanitário, neste período ouve a humanização

¹ MIRABATE, Julio Fabrini. **Manual de direito penal**: parte geral. 18. ed. rev. atual. São Paulo: Atlas, 2002. p. 35.

² GAECEZ, Walter de Abreu. **Curso básico de direito penal**: parte geral. São Paulo: José Bushatsky, 1972. p. 66.

³ MIRABATE, Julio Fabrini. *Op. Cit.* p. 36.

das penas, foram observados o direito de punir, o porquê punir, o crime cometido pelo ofensor começou a ser observado. O principal pensador dessa época é César Beccaria, o qual demonstra a necessidade da reforma das lei penais, tem como principal objetivo a justiça penal, para isso demonstra que o homem apesar de seu ato ofensivo, continua sendo um humano e assim deve ser tratado.⁴

Em seguida ao período humanitário, aparece o médico César Lombroso e revoluciona essa época penal. Tem-se a escola positiva, o período científico ou criminológico, nesta fase da pena a preocupação era tanto com o delinqüente, como pelas razões que o levaram a delinqüir. Percebe-se neste ponto, uma fantástica evolução para aquela época, visto que tinham a necessidade e preocupação com os motivos que levaram à pratica delitativa, partindo desta a penalidade correta. Nesta escola, o homem passou a ser o centro dos estudos, a pena já não era considerada um castigo, mas sim a oportunidade de ressocialização do delinqüente, e seu isolamento se dava objetivando a proteção da sociedade.

O objetivo deste trabalho é definir quais os princípios que envolvem o direito penal, determinar quais os direitos e deveres do apenado no ordenamento jurídico brasileiro e constatar a evolução desde o nascimento da Lei 7.210/1984 a atualidade.

Verificou-se que o sistema prisional não se adequou, não existe estabelecimento prisional no Brasil, que tenha atingido os objetivos da Lei.

Além da superlotação, as condições desumanas em que vive o apenado, o que por objetivo principal seria a reintegração do apenado a sociedade, o que constatamos foi uma troca de experiências entre bandidos. O apenado sai pós graduado em práticas de crimes, enquanto nós como sociedade, bancamos esta escola, perdemos nossos entes queridos para a criminalidade, e ainda ficamos a mercê do Estado.

Denota-se que embora a Lei seja considerada pela população como perfeita o Estado ainda não conseguiu, e está muito aquém de atingir os objetivos dela. Contudo, direitos e deveres devem ser observados em nome da ordem social.

⁴ TRACHTA, Dário do Amaral. Exame psicológico do interno, por que razão é necessário para ver-se cumprir o restante da pena?. **Jus Navigandi**, Terezina, abril de 2001. Disponível em: <<http://www.jus2.uol.com.br>>. Acesso em: 05 de setembro de 2009.

CAPÍTULO I

DO APENADO E SUA CLASSIFICAÇÃO

O artigo 5º, XLVI da Constituição da República dispõe sobre a individualização da pena, sendo tal dispositivo taxativo. Tal individualização deve acontecer em três circunstâncias: na cominação, na aplicação e na execução. Tem se assim “a individualização legislativa ou formal, a individualização judicial ou do caso concreto, no processo de conhecimento e a individualização executória”.⁵

A individualização da pena no processo de conhecimento visa aferir e quantificar a culpa exteriorizada no fato passado. A individualização no processo de execução visa propiciar oportunidade para o livre desenvolvimento presente e efetivar a mínima dessocialização possível. Daí caber à autoridade judicial adequar a pena às condições pessoais do sentenciado.⁶

A classificação do apenado é pressuposto essencial para definir o início da execução científica das penas privativas da liberdade e da medida de segurança detentiva. Tal classificação tem por objetivo garantir os princípios constitucionais da personalidade e da proporcionalidade da pena.

Assim sendo, cada apenado receberá o tratamento penitenciário adequado a sua personalidade reforçando o princípio da individualização da pena.

Prevê o artigo 6º da Lei de Execução Penal, que a categorização deverá ser realizada por uma Comissão Técnica de Classificação responsável pela elaboração do programa de individualização da pena privativa de liberdade adequada ao condenado ou ao preso provisório.

A LEP teve alguns dispositivos alterados pela Lei n. 10792 de 1º de dezembro de 2003, entre estes o artigo 112, a nova redação dispensa o parecer da Comissão Técnica de Classificação e o exame criminológico, ocasionando profunda modificação no sistema progressivo brasileiro. A Comissão Técnica de Classificação, além da finalidade de individualização da pena, fornece subsídio às autoridades para que possam decidir sobre as progressões e regressões do regime prisional, as

⁵ MARCÃO, Renato. **Curso de execução penal**. 7. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 11.

⁶ BARROS, Carmen Sílvia de Moraes. **A individualização da pena na execução penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2001, p. 23.

conversões de pena, livramento condicional, etc. Já o exame criminológico tem como escopo aferir a personalidade, a conduta social, os antecedentes e o comportamento carcerário do sentenciado, realizados por corpo técnico especializado e multidisciplinar, composto de psiquiatras, psicólogos e assistentes sociais.

O mérito do condenado para a progressão do regime prisional consiste no seu comportamento, mas também na sua aptidão para retornar ao convívio social e esta última, por sua vez, deve ser verificada por meio do exame criminológico, instrumento capaz de precisar a personalidade do criminoso, sua periculosidade, eventual arrependimento, possibilidades de reincidência, ou seja, o exame criminológico não é um meio de dificultar a progressão do regime prisional, mas sim um meio de proteção social sendo que a sociedade é a mais atingida quando delinqüentes sem escrúpulos são beneficiados pela progressão sem a realização do exame criminológico.⁷

Apesar de o artigo 112 da LEP excluir a questão do mérito do condenado, tem-se outros dispositivos que fazem menção a realização do exame criminológico, assim o artigo 33, § 2º do Código Penal, dispõe que “ as penas privativas de liberdade deverão ser executadas em forma progressiva, segundo o mérito do condenado”, o artigo 8º da LEP dispõe que “o condenado será submetido à exame criminológico para obtenção dos elementos necessários a uma adequada classificação e com vistas à individualização da execução”. Artigo 110 também da LEP dispõe que “o juiz, na sentença, estabelecerá o regime no qual o condenado iniciará o cumprimento da pena privativa de liberdade, observado o disposto no artigo 33 e seus parágrafos do Código Penal”.

Pode-se concluir da análise dos dispositivos que o exame criminológico não foi totalmente excluído e que para uma correta individualização da pena, necessário se faz a realização de tal exame, obtendo-se deste, dados reveladores da personalidade do condenado, os quais definirão possibilidade ou não de os infratores obterem o benefício da progressão de regime, pois se estes revelarem através do exame criminológico tendências a reincidência ou comportamento explosivo ou ainda não possuir condições para retornar ao convívio social o juiz

⁷ MANCILHA, Hudson. Comentários sobre progressão de regime, livramento condicional e incidentes de execução, 17 de dezembro de 2004. **Direito Net**. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/textos/x/84/77/847>>. Acesso em: 10 de outubro de 2009.

deverá indeferir a progressão, até porque a natureza do sistema progressivo de regime pressupõe a readaptação gradativa do preso à liberdade.

CAPÍTULO II

PRINCÍPIOS DO DIREITO PENAL

2.1 PRINCÍPIO DA LEGALIDADE OU DA RESERVA LEGAL

Princípio constitucionalmente garantido disposto no artigo 5º, XXXIX da Constituição federal e no artigo 1º do Código Penal: “não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal”.

2.1.1 Aspectos do Princípio da Legalidade

a) Aspecto político

O princípio da legalidade constitui garantia constitucional fundamental e exerce função garantidora da liberdade, pois, só se pune alguém pela prática de crime previamente definido na lei, assim, os membros da sociedade ficam protegidos contra toda e qualquer invasão arbitrária do Estado, lembrando-se neste ponto, da regra de que, ninguém poderá ser punido pelo poder estatal, nem sofre violação em seu direito de liberdade, a exceção à regra ocorrerá quando indivíduos vierem a praticar condutas previamente definidas em lei.

b) Aspecto histórico

Pode se dizer que descobriu-se este princípio através da tradução do latim *nullum crimen, nulla poena sine proevia lege*. Originalmente, surgiu pela primeira vez na Magna Charta Libertatum, em 1215, imposta pelos barões ingleses ao rei João Sem Terra.

Em 1532, foi adotado também na Constituição Carolina germânica, mas somente no século XVIII, sob influência do Iluminismo é que o princípio da legalidade ganhou força e efetividade, sendo aplicado com objetivo de garantir segurança jurídica e conter o arbítrio estatal.

Em 1792, este princípio teve grande impulso com a teoria do Contrato Social de Rousseau, pois, o cidadão só celebrava o pacto para viver em sociedade,

se tivesse garantias mínimas contra o arbítrio.

Mais tarde, com a Teoria de Separação do Poderes, preconizado por Montesquieu, o juiz foi decisivamente impedido de considerar condutas ainda não contempladas pelo legislador, competindo ao legislador a função exclusiva de selecionar dentre o inúmero rol de comportamento humano, aquele mais perniciosos e defini-los como crime, cominando-lhe uma sanção penal.

2.1.2 Princípios Decorrente do Princípio da Legalidade

Para o Código Penal este princípio se desdobra em dois princípios:⁸

a) Princípio da reserva legal, princípio que prediz que nenhuma outra fonte, subalterna, pode gerar uma norma penal, somente a lei, na sua concepção forma e escrita emanada e aprovada pelo poder legislativo, por meio de procedimento adequado pode criar tipos e impor sanções.

Para isso, a lei penal deverá ser precisa, uma vez que o fato só será considerado criminoso se houver perfeita correspondência com o tipo. Assim, o princípio da reserva legal, veda por completo o emprego da analogia em matéria de norma penal incriminadora, impondo normas taxativas que descrevem a conduta criminosa específica. Há exceções quanto a taxatividade, sendo que, no caso de crimes culposos as clausulas, as previsões típicas devem ser genéricas, limitando-se o legislador a impor as sanções. São também denominados tipos abertos, aqueles que podem ser praticados de várias maneiras e mesmo sem intenção, pó isso, a necessidade de não definir a pena, a qual será analisada no caso concreto, dependendo das condições da prática delitiva e de suas conseqüências para a sociedade.

a. Princípio da anterioridade consiste na tipicidade do delito antes que seja cometido, pois do contrário não poderá ser punível, a própria disposição do princípio da legalidade estabelece, Lei anterior e prévia cominação da pena. Por este princípio, pode-se entender que se a conduta foi cometida antes que fosse criminalmente tipificada, não existe crime. A conduta delitiva só poderá assim ser considerada desde que já esteja devidamente definida pela Lei e será ao mesmo

⁸ DAMÁSIO, E. de Jesus. **Direto penal**: parte geral. 27. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 65.

tempo irretroativa ao fato ocorrido anteriormente a sua vigência.

Vê-se que, ainda que o fato seja considerado imoral, anti-social ou danoso se não previsto na lei não poderá ser imputado como crime.

Vigora ainda em consonância com este princípio:⁹

O princípio da taxatividade, que por sua vez obriga que as leis penais sejam precisas, claras que não deixem dúvidas quanto a sua aplicação no caso concreto;

O princípio da função de garantia fundamental da liberdade, que também surge da necessidade de clareza na norma penal, de modo que a liberdade consiste em fazer aquilo que é permitido na lei;

O princípio da proibição da analogia in malam partem;

O princípio da fragmentariedade, segundo o qual o direito penal, não tutela todas as lesões, mas, somente as mais importantes.

2.1 PRINCÍPIO DA IRRETROATIVIDADE DA LEI PENAL

Princípio penal que vem obedecer o princípio constitucional, disposto no artigo 5º, XL da Constituição Federal, o qual dispõe: "a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu." Essa natureza de aplicação de lei mais favorável desencadeia um outro princípio qual seja o princípio da retroatividade da lei mais favorável.¹⁰ Nestes termos lei posterior mais severa não vai alcançar fato praticado antes de sua vigência, o contrário pode acontecer, quando a lei posterior for benéfica ela poderá retroagir, beneficiando aqueles que praticaram fatos delitivos anteriormente a sua vigência.

Assim:¹¹

Irretroatividade da lei mais severa quanto a penas – TJSP: "se é verdade que *tempus regit actum* e que a lei ao tempo delituoso é que a incidência legal em que o mesmo deve tipificar-se, não é menos verdade que a irretroatividade da lei penal *in pejus* é vedada pelo legislador penal brasileiro, *ex vi* do disposto no parágrafo único do art. 2º do Código Penal" (RT 467/313). TJSP: "Não é possível dar-se efeito retroativo à lei penal mais severa, aplicando-se a multa de conformidade com a lei n. 6426 de 1977, a fato ocorrido vários anos antes. Cumpre, pois, ajustá-la aos padrões da época" (RT 512/376). TACRSP: "Não se pode aplicar uma lei mais gravosa a fatos pretéritos, sob pena de se estar afrontando a regra geral da irretroatividade das leis penais, que só se dará quando beneficiar o réu" (JTACRIM 51/430)

⁹ MIRABETE, Julio Fabrini. **Código penal interpretado**. São Paulo: Atlas, 1999. p. 98.

¹⁰ DOTTE, René Ariel. **Penas restritivas de direito**: crítica e comentários às penas alternativas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 78.

¹¹ Idem. p. 100.

Diante dos julgados tem-se maior clareza no que consiste o princípio da irretroatividade da lei mais severa. A retroatividade da lei mais favorável é também direito e garantia fundamental e também presente no Código Penal em seu artigo 2º: "Ninguém pode se punido por fato que lei posterior deixa de considerar crime, cessando em virtude dela a execução e os efeitos penais da sentença condenatória."¹²

Quanto as normas processuais, não vigora o princípio da irretroatividade, pois assim dispõe o artigo 2º do Código de Processo Penal: "a lei processual penal aplicarse-a desde logo, sem prejuízo da validade dos atos realizados sob vigência da lei anterior". Assim, as normas processuais têm incidência imediata a todos os processos em andamento, mesmo que o crime seja anterior.

As normas processuais, aqui mencionadas, são aquelas que repercutem diretamente sobre o processo, não tendo relação alguma com o direito de punir do estado. No entanto, existem normas que parecem ser processuais e estão previstas na legislação processual, mas que têm como consequência a extinção da punibilidade, sendo assim, possuem natureza penal. Por exemplo o artigo 60, I do Código de Processo Penal, que prevê a pena de perempção ao querelante que deixar o processo paralisado por 30 (trinta) dias seguidos.

Aparentemente trata-se de regra processual, além do que a perempção é uma sanção processual, mas a norma, entretanto, é penal pois o efeito da perempção consiste na extinção da punibilidade.

Luiz Flávio Gomes, atenta para a existência de normas processuais híbridas, regras processuais dotadas de conteúdo penal, capazes de afetar direito substancial do acusado, são consideradas híbridas todas as regras processuais que restringem direito de liberdade. Neste aspecto, defende que a norma processual possui conteúdo e sendo assim é irretroativa. Neste caso sempre que houver lei híbrida (misto de penal e processual) a parte penal tende a prevalecer, para fins de retroatividade em benefício do agente.

2.3 PRINCÍPIO DA HUMANIDADE DAS PENAS

O réu deverá ser tratado com pessoa humana. A constituição Federal traz

¹² Ibidem. p. 79.

alguns dispositivos referentes a este princípio, entre eles: a) Artigo 1º, III: a dignidade da pessoa humana; b) Artigo 5º, Incisos: III: ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante; XLVI: a lei regulará a individualização da pena e adotará, dentre outras, as seguintes: privação ou restrição de liberdade; perda de bens; multa; e prestação social alternativa. XLVII: Não haverá penas: de morte; de caráter perpétuo; de trabalhos forçados; de banimento; e cruéis.

Dispositivos que devem ser observados antes do processo, artigo 5º, incisos:

LXI: ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar definido em lei;

LXII: a prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente e a família do preso ou a pessoa por ele indicado;

LXIII: o preso será informado de seu direito, entre os quais os de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado;

LXIV: o preso tem direito à identificação dos responsáveis por sua prisão ou por seu interrogatório policial.

Dispositivos que devem ser observados durante a fase processual, artigo 5º, incisos:

LIII: ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente.

LIV: ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem devido processo legal.

LV: aos litigantes em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa com os meios e recursos a ela inerente.

LVII: ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória. Este inciso vem a declarar o princípio do estado de inocência, só podendo ser considerado culpado o indivíduo, depois de a condenação tornar-se irrecorrível.¹³

A estas normas e garantias constitucionais quanto à humanização das sanções podem-se acrescentar outros dispositivos previstos no código penal, entre eles seus artigos 38, 39 e 40, além de assistência à saúde, jurídica, educacional social e religiosa; direito ao trabalho e sua remuneração, dispostos na Lei de Execução Penal.

¹³ DAMÁSIO, E. de Jesus. *Op. Cit.* p. 11.

2.4 PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE DA PENA

Também chamado de princípio da proibição de excesso, diante deste a pena não pode ser superior ao grau de responsabilidade pela prática delitiva. Prevista no artigo 59 do Código Penal traduz o interesse da sociedade em por uma medida penal necessária e suficiente para repressão e prevenção do crime, garantido ao condenado o direito de não sofrer uma punição que não exceda o limite do mal causado pelo fato delitivo. A Constituição Federal assegura em seu artigo 5º, V, direito de resposta que deve ser proporcional ao agravo, assim a pena também deve ser proporcional ao ilícito.¹⁴ Este princípio tem sua base material na disposição constitucional que determina a observância do devido processo legal substantivo, surgiu com a finalidade de impedir restrições desproporcionais aos direitos fundamentais, seja por atos administrativos, seja por atos legislativos.

Tem-se no princípio da proporcionalidade que a pena deve guardar razoável proporção com o delito, devendo sua aplicação ser diretamente ligada a este princípio, resguardando ao mesmo tempo a individualização, envolvendo na análise do caso concreto somente a pessoa do acusado e os fatos para que se possa encontrar em cada caso a pena mais adequada. Tal princípio impõe uma limitação no alcance das regras jurídicas positivadas, ou seja, não basta que a lei tenha sido feita conforme os procedimentos previstos, a lei, além de seu conteúdo formal deverá ser também proporcional, adequada, ou seja, a restrição aos direitos fundamentais deve ser adequada ao padrão de justiça social. Para seu entendimento, faz-se necessário à análise de seus subprincípios, tais como:

- Princípio da adequação: neste subprincípio o poder do público deve ser adequado para alcançar os objetivos pretendidos pela Constituição Federal.
- Princípio da exigibilidade ou da necessidade: Este subprincípio impõe que o Estado deve selecionar meios eficazes e adequados a cada indivíduo financeiramente.
- Princípio da proporcionalidade em sentido estrito: o Estado deve equilibrar os benefícios e prejuízos da decisão tomada, e decidir, este subprincípio deve ser analisado após análise dos subprincípios anteriores.

O legislador deve utilizar meios adequados e exigíveis para alcançar sua

¹⁴ Idem. p. 11.

finalidade. Tais meios serão adequados, se não dispendo de outro mais eficientes, sendo estes menos restritivos aos direitos fundamentais.

A exata compreensão do significado do princípio da proporcionalidade requer uma transformação do próprio modo de se conceber a tarefa da ciência jurídica, agora diversamente da mera interpretação e aplicação de normas jurídicas com a estrutura de regras.¹⁵

A idéia de proporcionalidade revela-se não só um importante - o mais importante, por viabilizar a dinâmica de acomodação dos diversos princípios - princípio jurídico fundamental, mas também um verdadeiro *topos* argumentativo, ao expressar um pensamento que, além de aceito como justo e razoável, de um modo geral, é de comprovada utilidade no equacionamento de questões práticas, não só do direito em seus diversos ramos, como também em outras disciplinas, sendo grande exemplo a filosofia, sempre que se tratar da descoberta do meio mais adequado para atingir determinado objetivo¹⁶.

2.5 PRINCÍPIO DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA

Expressamente declarado na Constituição Federal, que ao declarar a existência de direito e garantias fundamentais também especifica direitos e deveres individuais. Individualização que dizer que é referente ao indivíduo, a cada ser humano separadamente. Para os efeitos penais refere-se exclusivamente à pessoa natural ou física que atua como o sujeito e que infligiu normas legais. Entende-se por este ensinamento que ninguém pode ser responsabilizado pela prática delitiva de terceiro, a não ser que seja co-autor ou participe de crime ou contravenção penal.¹⁷

Nestes termos:¹⁸

Processo de individualização da pena – STJ: “ao proceder a individualização da pena, o juiz, após aferir um leque de circunstâncias de natureza subjetiva-culpabilidade, antecedente, conduta social e

¹⁵ MANFRED STELZER, apud GUERRA FILHO, Willis Santiago. **O princípio da proporcionalidade em direito constitucional em direito privado no Brasil**. maio de 2003. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acessado em 10.07.2008

¹⁶ GUERRA FILHO, Willis Santiago. **O princípio da proporcionalidade em direito constitucional em direito privado**. maio de 2003. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acessado em 10.07.2008

¹⁷ DOTTE, René Ariel. *Op. Cit.* p. 71.

¹⁸ MIRABATE, Julio Fabrini. *Op. Cit.* 1999, p. 326.

personalidade do agente – e de natureza objetiva – motivo, circunstâncias e conseqüências do crime -, fixará aquela aplicável dentre as cominadas, em quantidade que for necessária e suficiente para reprovação e prevenção do delito, definindo. A seguir, o regime inicial de cumprimento da pena, a qual não deve ser excessiva, nem demasiadamente branda, mas justa, adequada e idônea, em qualidade suficientes para reprimir a prática da infração e promover a tutela da sociedade”.(RT 732/605-6).

Pela individualização da pena, entende-se que a pena não pode passar da pessoa do apenado.

2.6 PRINCÍPIO DA INTERVENÇÃO MÍNIMA

Por este princípio o Estado só deve recorrer à pena criminal quando não houver no ordenamento positivo, meios adequados para prevenir e reprimir o ilícito.¹⁹

Somente quando a sanção civil se apresenta ineficaz para a reinserção da ordem jurídica é que surge a necessidade da enérgica sanção penal. O legislador não obedece a outra orientação. As sanções penais são último recurso para conjurar a antinomia entre a vontade individual e a vontade normativa do Estado. Se um fato ilícito, hostil a um interesse individual ou coletivo, pode ser convenientemente reprimido com as sanções civis, não há motivo para reação penal.

Percebe-se que este princípio tem finalidade de restringir ou impedir o livre arbítrio do legislador, no sentido de se evitar a definição desnecessária de crimes e a possível imposição de penas injustas, desumanas e cruéis, possibilitando ainda a utilização da lei penal quando os outros ramos do direito não conseguirem prevenir a conduta delitiva.

2.7 PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA OU DA BAGATELA

Crimes de bagatela são delitos de lesão mínima, dano de pouca importância, nestes casos deve ser reconhecida atipicidade do fato, por se perturbações jurídicas muito leves, neste termos, não haverá crime de furto quando a *res furtiva* não tiver nenhuma significância para o proprietário, assim como não

¹⁹ HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao código penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1958. p. 178.

haverá crime contra a honra se a dignidade, a reputação, não foi realmente afetada ou ofendida. Necessário então que seja comprovada a magnitude da ofensa para que conclua pela posituação da tipicidade.²⁰

2.8 PRINCÍPIO DA CULPABILIDADE

A pena só pode ser imposta a quem, mediante dolo ou culpa, causou algum dano ou praticou conduta ilícita, merecendo reprovação. Este princípio surge a partir da individualização da pena, ele determina a distinção entre o sujeito imputável e o inimputável.²¹

2.9 PRINCÍPIO DA IGUALDADE

Disposto na Constituição Federal, consiste num princípio de grande importância, não podendo haver discriminações em razão de raça, cor, sexo, religião, procedência, quando da aplicação da pena. Assim dispõe o artigo 5º, caput da Constituição Federal: “todos são iguais perante a lei”.

2.10 PRINCÍPIO DA PERSONALIDADE DA PENA

Princípio determinado na Constituição Federal, mais precisamente em seu artigo 5º, inciso XLV: “nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o patrimônio transferido.”

Trata-se de uma especial medida judicial, visando recompor o patrimônio público afetado por algum ato de enriquecimento ilícito, quando não consistir em penalidade, pode passar aos sucessores, mas, em casos de dispositivos que condicionam uma pena, por exemplo de perda de bens, esta não pode passar aos

²⁰MIRABATE, Julio Fabrini. *Op. Cit.* 2002. p. 118.

²¹DOTTI, René Ariel. *Op. Cit.* p. 79.

herdeiros.

Nestes termos tanto a pena nova de perda de bens, como a prestação pecuniária, são de certa forma uma antecipação da reparação dos danos, podem ser estendidas aos sucessores e contra eles executadas até o limite de seus quinhões. No que se refere a multa, morrendo o autor do fato essa obrigação jamais pode passar aos sucessores, pois, pena nenhuma pode passa da pessoa do delinqüente.²²

²² LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. **Penas restritivas de direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 372.

CAPÍTULO III

DIREITOS E DEVERES DO APENADO

A execução penal implica em um conjugado de deveres e direitos que acabam por envolver o Estado e o apenado de tal modo que, além das obrigações legais intrínsecas a sua individualidade, o apenado deve submeter-se a uma série de normas de execução de pena.

3.1 DOS DEVERES

As normas de execução de pena representam os deveres do apenado, como sendo um verdadeiro código de postura, implicando desenvolvimento ético-social que muitas vezes não condizem com a realidade do apenado.

Ingressando no meio carcerário o sentenciado se adapta, paulatinamente, aos padrões da prisão. Seu aprendizado nesse mundo novo e peculiar é estimulado pela necessidade de se manter vivo e, se possível, ser aceito no grupo. Portanto, longe de estar sendo ressocializado para a vida livre, está na verdade, sendo socializado para viver na prisão, pois está interessado em não sofrer punições. Assim, um observador desprevenido, pode supor que um preso de bom comportamento é um homem regenerado, quando o que se dá é algo inteiramente diverso: trata-se apenas de um homem prisonizado.²³

Como atividade complexa que é, em todos os sentidos, a execução penal pressupõe um conjunto de deveres e direitos envolvendo o Estado e o condenado, de tal sorte que, além das obrigações legais inerentes ao seu particular estado, o condenado deve submeter-se a um conjunto de normas de execução da pena.

Referidas normas, traduzidas em deveres, representam, na verdade, um código de postura do condenado perante a Administração e o Estado, pressupondo formação ético-social muitas vezes não condizente com a própria realidade do preso. Paralelamente aos deveres há um rol de direitos do preso.

²³ PIMENTEL, Manoel Pedro. **O crime e a pena na atualidade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983, p. 158.

A execução penal, no Estado Democrático e de Direito, deve observar estritamente os limites da lei e do necessário ao cumprimento da pena. Tudo o que excede aos limites contraria direitos.

3.2 DOS DIREITOS

Os primordiais direitos do apenado, os quais se deve dar maior relevância são os previstos no artigo 5^o, III e XLIX, da Constituição da República que prevê: “ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante” e “é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral”.

O apenado deve ter seus direitos observados, devendo o Estado por meio de seus agentes, seguir estritamente o que está disposto em lei, observando o exato cumprimento da pena ou da medida de segurança.

É bem verdade que o artigo 41 estabelece um vasto rol onde estão elencados o que se convencionou denominar *direitos do preso*. Quer nos parecer, entretanto, que referido rol é apenas exemplificativo, pois não esgota, em absoluto, os direitos da pessoa humana, mesmo daquela que se encontra presa, e assim submetida a um conjunto de restrições.

Também em tema de *direitos do preso*, a interpretação que se deve buscar é a mais ampla no sentido de que tudo aquilo que não constitui restrição legal decorrente da particular condição do sentenciado, permanece como direito seu.

Alguns autores conferem à prisão caráter de confinamento, punição, intimidação particular ou geral e regeneração, pois é durante o período de aprisionamento que se oferece ao condenado a oportunidade de realizar mudanças comportamentais, a fim de adaptar-se a sociedade no momento da reintegração.²⁴

A LEP (Lei de Execuções Penais – Lei 7.210/1984) é a lei que regula os direitos e deveres dos detentos com o Estado e a sociedade, estabelecendo normas fundamentais a serem aplicadas durante o período de prisão. Por esta razão recebe a alcunha de Carta Magna dos detentos. É considerada, atualmente, como uma das leis mais avançadas, por estabelecer normas e direitos eficientes, principalmente, quanto à ressocialização do detento.

²⁴ TOMPSON *apud* COELHO, Daniel Vasconcelos. **A crise do sistema penitenciário brasileiro**. Disponível em: <<http://www.infojus.com.br>>. Acesso em 04 de outubro de 2010.

Em seu artigo 1º estabelece brilhantemente, como um dos principais objetivos da pena, a oferta de condições que propiciem harmônica integração social do condenado ou internado. Assim, se cumprida integralmente, grande parcela da população penitenciária atual alcançaria êxito em sua reeducação e ressocialização.

O termo ressocializar denota tornar o ser humano condenado novamente capaz de viver pacificamente no meio social, de forma que seu comportamento seja harmonioso com a conduta aceita socialmente. Assim, deve-se reverter os valores nocivos a sociedade, com a finalidade de torná-los benéficos.²⁵

O mesmo instituto, em seu art. 3º, assegura ao condenado todos os direitos não atingidos pela sentença. Mesmo privado de sua liberdade assegura-se ao preso determinadas prerrogativas dispostas, inclusive, em cláusulas pétreas da Constituição Federal, art. 5º, incisos XLVIII e XLIX, determinando que o respeito à integridade física e moral é assegurada ao preso e que a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito. Assim, dá-se por garantido ao preso o mínimo de existência, personalidade, liberdade, intimidade e honra, imprescindíveis ao bom resultado do processo de reintegração.

Destarte, é preciso que o Estado resguarde um mínimo de liberdade e personalidade do condenado para que este possua condição para assimilar o processo de ressocialização. Ainda neste sentido, prescreve a LEP, art.10º: "A assistência ao preso e ao internado é dever do Estado, objetivando prevenir o crime e orientar o retorno a convivência social." O art.11 do mesmo instituto especifica a assistência devida pelo Estado, devendo esta ser material (alimentação, vestuário e instalações higiênicas), jurídica, educacional, social, religiosa e assistência à saúde.

De acordo com o art.22 a assistência social tem por finalidade amparar o preso e o internado e prepará-los para o retorno à liberdade.

Atentando a tais considerações, ironicamente, elencam-se como os principais problemas do sistema carcerário a violência física, psicológica e sexual entre presos e agentes custodiadores e entre os próprios presos; a superlotação penitenciária obrigando detentos primários a conviverem com reincidentes e praticantes de crimes hediondos; a falta de assistência médica efetiva, principalmente aos portadores do vírus HIV.

²⁵ WEBARTIGOS.COM. **Direitos e deveres do Condenado.** Disponível em: <http://www.webartigos.com/articles/10471/1/Direitos-e-Deveres-do-Preso/pagina1.html>. Acesso em: 04 out 2010.

Estes fatos denunciam claramente que devido a não observância das normas de proteção ao detento, restam prejudicadas as operações de recuperação do detento. Sabe-se que atualmente uma ínfima parte deles retorna para sociedade recuperada. A grande maioria regressa ao cárcere em curto lapso de tempo, geralmente reincidentes e mais perigosos.

Assim, se uma parcela maior de sentenciados obtivessem auxílio satisfatório no processo de reeducação durante a detenção, a sociedade seria beneficiada com a diminuição dos índices criminológicos e, ainda, os próprios detentos, pois achariam, novamente, seu espaço dentro do meio social.

Como já visto, compete exclusivamente ao Estado orientar a reintegração do encarcerado, provendo-o de capacidade ética e profissional. Todavia, permite que este permaneça dentro de um sistema penitenciário malgrado, capaz de inutilizar os valores em formação ou desenvolvimento, estimulando o processo de despersonalização e legitimando o desrespeito aos direitos humanos.

O sistema penitenciário brasileiro não oferece quaisquer possibilidades de apoio ao detento para sua ressocialização, pois, durante o período de detenção, os esforços para manter a dignidade dos encarcerados são praticamente nulos.

Não oferecem auxílio físico ou psicológico garantidos por lei e imprescindíveis ao preso no momento de sua reintegração.

Uma vez que os direitos dos reeducandos não estejam sendo resguardados, a recuperação e reeducação restam impossibilitadas e a função da pena privativa de liberdade, visivelmente restringe-se ao caráter de punição, castigo e vingança estatal, ou seja, como forma de retribuição ao crime.

A finalidade de reintegrar somente será alcançada quando propiciarem-se às instituições prisionais, qualidades ideais e satisfatórias ao trabalho de regeneração. Para que isto ocorra, é necessário que o Estado envie verbas para reforma dos estabelecimentos, a fim de escassear a superlotação penitenciária, e, ainda, que se criem programas dedicados a recuperar e reeducar o detento.

É importante que se ofereça ao sentenciado alguma forma de ensinamento, como, por exemplo, as bases de aprendizagem técnica/profissional, que lhe proporcionem, quando de sua liberdade, a oportunidade do exercício de atividade laborativa honesta, requisito essencial para perfeita adaptação na sociedade.

Para alcançar este intento, seria necessário que as prisões fossem

ambientes capazes de proporcionar ao condenado um mínimo de experiência que lhes inspirasse e permitisse o desenvolvimento de valores benéficos à sociedade.

Neste aspecto insere-se um problema de complexa solução: diante da intensa crise econômica, que dificulta a ação do Estado em áreas sociais essenciais, como a educação, a saúde e alimentação, entre outros, de que forma se poderia financiar estas mudanças dentro do complexo carcerário?

De imediato, uma solução plausível seria a mais freqüente aplicação de penas alternativas ou substitutivas, como por exemplo as penas restritivas de direito - que custam menos ao Estado e apresentam maior índice de recuperação do preso -, conjugada ao princípio da intervenção mínima, onde a pena privativa de liberdade seria somente empregada em casos de crimes hediondos, reincidentes e de maior gravidade.

CONCLUSÃO

Quando o sujeito pratica um crime surge a relação jurídica-punitiva: de um lado, aparece o Estado com o jus puniendi; de outro, o réu, com a obrigação de não obstaculizar o direito de o Estado impor a sanção penal.

A partir da prática do crime o direito abstrato de punir do Estado se consolida, surgindo a punibilidade que nada mais é do que a possibilidade jurídica de o Estado impor sanção. As penas tem como objetivo, punir aquele que violou direitos legalmente previstos.

Nestes 26 anos, desde o nascimento da Lei 7.210/1984, o que se percebe é que a Lei é perfeita, mas o ajuste a lei ainda não foi alcançado.

É cediço que o sistema carcerário no Brasil ainda pende por reformas, pois o atual ainda não se adequou-se aos objetivos da lei de execução penal. Não existe estabelecimento prisional adequado a lei, fora a carência de presídios.

Os apenados vivem em condições desumanas e sofrem maus tratos diretamente, como se nota diariamente na imprensa.

Atualmente os presídios estão superlotados, com o triplo da sua capacidade, tornando num cenário de sofrimento e descaso, o que impossibilita qualquer atitude de readaptação à convivência da sociedade.

Por conseguinte, a aplicação das penas privativas de liberdade contribui para o aumento populacional nas prisões, penitenciárias e casas de detenção, enfatizando, desta forma, a falência do sistema carcerário brasileiro e a dificuldade do Estado em atingir os principais objetivos atribuídos a pena, principalmente no que se refere a reintegração do preso no meio social. Neste sentido, questiona-se: o sistema penitenciário brasileiro age de forma eficaz a fim de reincorporar o detento na sociedade?

Com o aumento da criminalidade, notável na última década, trouxe incontáveis conseqüências para toda sociedade. No presente trabalho, procurou-se os efeitos causados à população carcerária brasileira, que em decorrência disto, tende à considerável ampliação, uma vez que implica na intensificação do número de condenações judiciais, portanto, na utilização cada vez maior das penas privativas de liberdade.

Com tudo, buscou saber por que uma Lei que se preocupou em regulamentar os deveres e os direitos do apenado é tida popularmente como perfeita

e na pratica o sistema é falido? Com essa pesquisa chegou-se a conclusão que a realidade esta longe de atingir os objetivos da lei. Tanto os cidadãos apenados quanto os não apenados, estamos a mercê do Estado.

Nota-se com o presente trabalho que inúmeros são os direitos do apenado e poucos são os deveres que estes tem para com o Estado. Mas todos esses direitos e deveres devem ser observados rigidamente como forma de manter a ordem social.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROS, Carmen Silvia de Moraes. **A individualização da pena na execução penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2001.

COELHO, Daniel Vasconcelos. **A crise do sistema penitenciário brasileiro**. Disponível em: <<http://www.infojus.com.br>>. Acesso em 04 de outubro de 2010.

DAMÁSIO, E. de Jesus. **Direito penal**: parte geral. 27. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2003.

DOTTI, René Ariel. **Penas restritivas de direito**: crítica e comentários às penas alternativas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

GAECEZ, Walter de Abreu. **Curso básico de direito penal**: parte geral. São Paulo: José Bushatsky, 1972.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **O princípio da proporcionalidade em direito constitucional em direito privado**. maio de 2003. Disponível em: <<http://www.mundojurídico.adv.br>>. Acessado em 10.07.2008.

HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao código penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1958.

LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. **Penas restritivas de direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

MANCILHA, Hudson. Comentários sobre progressão de regime, livramento condicional e incidentes de execução, 17 de dezembro de 2004. **Direito Net**. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/textos/x/84/77/847>>. Acesso em: 10 de outubro de 2009.

MANFRED STELZER, apud GUERRA FILHO, Willis Santiago. O princípio da proporcionalidade em direito constitucional em direito privado no Brasil. maio de 2003. Disponível em: <<http://www.mundojurídico.adv.br>>. Acessado em 10.07.2009.

MARCÃO, Renato. **Curso de execução penal**. 7. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

MIRABATE, Julio Fabrini. **Código penal interpretado**. São Paulo: Atlas, 1999.

_____. **Manual de direito penal**: parte geral. 18. ed. rev. atual. São Paulo: Atlas, 2002.

PIMENTEL, Manoel Pedro. **O crime e a pena na atualidade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983.

TRACHTA, Dário do Amaral. Exame psicológico do interno, por que razão é necessário para ver-se cumprir o restante da pena?. **Jus Navigandi**, Terezina, abril de 2001. Disponível em: <<http://www.jus2.uol.com.br>>. Acesso em: 05 de setembro de 2009.

WEBARTIGOS.COM. **Direitos e deveres do Condenado**. Disponível em: <http://www.webartigos.com/articles/10471/1/Direitos-e-Deveres-do-Preso/pagina1.html>. Acesso em: 04 out 2010.