

PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA APLICAÇÃO DA PENA

FABIANO MAZZONI DO NASCIMENTO¹

RESUMO: O trabalho realizado procura levantar os principais princípios constitucionais penais como solução dos problemas presentes no sistema prisional e na sociedade atual, através de uma análise da ineficácia da pena de prisão. A pena privativa de liberdade vem passando sobre tortuosos caminhos para atingir diversas finalidades que nunca frearam a criminalidade. O caos que atravessa o atual sistema carcerário, marcado pelo total desprezo pelos direitos humanos dos condenados, que cumprem pena em ambientes insalubres e superlotados. O presente trabalho também propõe como solução destas mazelas prisionais e sociais a devida aplicação dos princípios constitucionais penais para a implantação de uma política criminal baseada na prevenção como forma da prevalência da dignidade da pessoa humana no combate da criminalidade.

Palavras-chave: Princípios constitucionais penais. Sistema prisional. Criminalidade. Pena. Dignidade da Pessoa Humana.

1 INTRODUÇÃO

O trabalho em questão trouxe alguns aspectos importantes sobre a aplicação dos Princípios Constitucionais Penais para implementar uma política criminal séria no combate dos desajustes sociais e penais, diante da crescente onda de violência e criminalidade que assola nosso país. É preciso fazer valer a Constituição Federal.

Diante dos problemas carcerários como parâmetro, buscou-se como principal objetivo demonstrar a atual crise que atravessa o sistema prisional como reflexo do desrespeito aos princípios constitucionais penais.

Diante a inércia do Estado, que não garante os direitos individuais dos presos e que muitas vezes os violam, trás à tona a ineficácia da pena privativa de liberdade, que não cumpre seu papel de ressocialização.

O aprimoramento do sistema prisional e a diminuição da criminalidade dependem da efetivação dos princípios constitucionais penais para proteger a dignidade da pessoa humana.

No que tange a metodologia, utilizou neste trabalho a pesquisa bibliográfica, através das doutrinas citadas, além de periódicos e da internet.

¹Bacharel do curso de Direito das Faculdades Integradas "Antonio Eufrásio de Toledo" de Presidente Prudente. e-mail mazzoni_fabiano@yahoo.com.br

Quanto à organização do texto, encontra-se disposta em seus capítulos e seus subtópicos.

2 APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS PENAIS

Os princípios formam a verdadeira base do direito, de onde decorre todas as normas do ordenamento jurídico. Os princípios constitucionais possuem verdadeira força normativa no sistema atual.

A constituição não se limita somente em prever limitações ao direito de punir do Estado, mas estabelece o norte do direito penal. A irradiação dos princípios constitucionais penais no sistema prisional se desenvolve entre as relações de direito penal e política criminal.

No entender de Luiz Luisi (2003, p.14-15):

Nas Constituições brasileiras os princípios penais, tanto os especificamente criminais como os influentes em matéria penal tem nelas se feito presente. Mas a que lhe reservou um maior espaço foi, sem dúvidas, a Constituição vigente de outubro de 1988.

São exemplos de princípios penais constitucionais específicos e da legalidade dos delitos e das penas (seja explicitamente na forma dos postulados da reserva legal e da irretroatividade, seja implicitamente na forma do postulado da determinação taxativa das normas incriminadoras), da pessoalidade e da individualização das penas, o da humanidade e da culpabilidade. E ainda, os implícitos princípios relativos a intervenção mínima e aos fins da pena.

Os princípios atinentes da matéria penal e, pois, não exclusivamente criminais, permeiam a Carta Magna de 1988, bastando, por ora, lembrar, dentre muitos outros, os preceitos concernentes a bens de mais alta relevância social, como relativos ao meio ambiente, ao trabalho individual e coletivo, a atividade econômica pública e privada, a pesquisa científica, etc., para cuja tutela concreta se faz necessária a resposta penal.²

² LUISI, Luiz. **Os Princípios Constitucionais Penais**. 2ª edição. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2003, p.14-15.

A ressocialização do sentenciado depende da devida aplicação dos princípios constitucionais penais, para que se atinja a finalidade da pena, evitando a reincidência e assim contribuindo para a diminuição da criminalidade.

2.1 Princípio da legalidade

O reconhecimento legislativo do princípio da legalidade ocorreu através da criação da Constituição Americana de 1787 e da Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789. Após destes marcos, esse princípio começou a ser previsto na maior parte das Constituições.

No Brasil, o princípio da legalidade já se encontrava presente na Constituição do Império de 1824.

A Constituição Federal de 1988 prevê expressamente o princípio da legalidade no seu artigo 5º, inciso XXXIX, assim como o Código Penal em seu artigo 1º: “Não há crime sem lei anterior que o defina, não há pena sem cominação legal”.

Por esse princípio, garante-se a autonomia das pessoas contra o arbítrio estatal, limitando o direito de punir do Estado, assegurando a devida aplicação da lei criminal, de modo a criar crimes e penas certas, dando aos cidadãos a certeza que somente serão punidos por fatos previamente definidos como criminosos, com cominações penais que foram anteriormente fixadas por lei.

Do princípio da legalidade decorrem três postulados: da taxatividade, da reserva legal e da anterioridade.

Pelo princípio da taxatividade se tem a exigência de que as leis incriminadoras sejam certas, precisas e claras, evitando expressões obscuras, imprecisas e ambíguas. Este princípio trata da devida técnica para elaboração da norma criminal. Deve haver correspondência entre o fato criminoso e a lei penal que o descreve.

A lei deve ser taxativa, ou seja, a descrição da conduta delituosa deve ser precisa, específica e detalhada, não aceitando cominações genéricas, porque a contrário senso, se criaria uma insegurança jurídica para os cidadãos.

Consoante o ensinamento de Mirabete (1996, p.54):

Exige o princípio em estudo que a lei defina abstratamente um fato, ou seja, uma conduta determinada de modo que se possa reconhecer qual o comportamento considerado como ilícito. Infringe, assim, o princípio da legalidade a descrição penal vaga e indeterminada que não possibilita determinar qual a abrangência do preceito primário da lei penal e possibilita com isso o arbítrio do julgador. Assim, é difícil, senão impossível, delimitar, por exemplo, qual o fato incriminado pelo artigo 9º da Lei de Segurança Nacional, como definido: “Tentar submeter o território nacional, ou parte dele, ao domínio ou à soberania de outro país.”

Também infringe o princípio da legalidade a cominação de penas relativamente indeterminadas em margens elásticas, “não determinado o *quantum* aplicado ao condenado e criando uma incerteza para este a respeito do tempo de privação de sua liberdade”.³

A lei penal deve ser interpretada de maneira restritiva, não permitindo que tratamento punitivo seja estendido a condutas semelhantes. Assim, há proibição de analogia *in malam partem* (contra o réu). Mas, admite-se analogia *in bonam partem* (em favor do réu).

Segundo o princípio da reserva legal, somente a lei pode definir o crime e sua respectiva pena. As medidas provisórias não podem criar crimes nem penalidades, pois tem força de lei, mas não é lei, não foi criada pelo legislativo, mas pelo executivo.

Conforme mostra Luisi (2003, p.23):

Registre-se, ainda, que o postulado da Reserva Legal, além de arginar o poder punitivo do Estado nos limites da lei, dá ao direito penal uma função de garantia, posto que tornando certos o delito e a pena, asseguram ao cidadão que só por aqueles fatos previamente definidos como delituosos, e naquelas penas previamente fixadas pode ser processado e condenado.⁴

A reserva legal assegura a população que só a lei anterior pode criar o tipo penal incriminador, assim este princípio atua como uma garantia dos cidadãos contra a arbitrariedade do Estado.

O postulado da anterioridade tem previsão legal no artigo 5º., Inciso XL da Constituição Federal, que diz: “ a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o

³ MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de Direito Penal**. Parte Geral. 11. ed. São Paulo: Atlas, 1996, p.54.

⁴ LUISI, Luiz. **Os Princípios Constitucionais Penais**. 2ª edição. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2003, p.23.

réu;” A lei penal mais severa somente poderá alcançar fatos posteriores à sua edição.

Como esclarece Mirabete sobre a lei penal no tempo (1996, p.56 e 57):

Pelo princípio da anterioridade da lei penal (art.1º), está estabelecido que não há crime ou pena sem lei anterior, o que configura a regra geral da irretroatividade da lei penal. Por um lado, esse princípio, todavia, somente se aplica à lei mais severa que a anterior, pois a lei nova mais benigna (Lex mitior) vai alcançar o fato praticado antes do início de sua vigência, ocorrendo, assim, a retroatividade da lei mais benigna. Por outro lado, ainda de acordo com o princípio estabelecido na Constituição Federal (art. 5º, XL), entrando em vigor lei mais severa que a anterior (Lex gravior) não vai ela alcançar o fato praticado anteriormente. Nessa hipótese, continua a ser aplicada a lei anterior, mesmo após a sua revogação, em decorrência do princípio da ultratividade da lei mais benigna. Nesse sentido, pelo Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992, foi promulgada a Convenção Americana Sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969, que, prevê tais princípios: “Ninguém pode ser condenado por ações ou omissões que, no momento em que forem cometidas, não sejam delituosas, de acordo com o delito aplicável. Tampouco se pode impor pena mais grave que a aplicável no momento da perpetração do delito.”⁵

O princípio da irretroatividade da lei penal garante ao cidadão segurança jurídica, perante as alterações legislativas de não serem punidos com mais rigor do o previsto no momento da ação ou omissão delituosa.

2.2 Princípio da intervenção mínima

A Declaração Francesa Dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, já previa em seu artigo 8º, que a lei deve apenas estabelecer penas estrita e evidentemente necessárias.

⁵ MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de Direito Penal**. Parte Geral. 11. ed. São Paulo: Atlas, 1996, p.56 e 57.

É possível constatar este princípio no artigo 5º, “caput”, da Constituição Federal de 1988, que diz serem invioláveis os direitos à liberdade, à vida, à igualdade, à segurança e à propriedade. E também conta com o fundamento do artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal, que estabelece a dignidade da pessoa humana.

O Direito Penal só deverá intervir quando os outros instrumentos jurídicos não penais forem ineficazes para proteger os bens jurídicos tutelados.

O Estado utiliza do Direito Penal, quando outros ramos do direito (civil, administrativo, trabalho, etc.) não forem suficientes para garantir a devida prevenção e repressão a condutas tidas como ilícitas, este princípio em questão protege o sistema legal vigente de definições criminais desnecessárias e aplicações de sanções injustas.

A intervenção penal deve ser fragmentária e subsidiária. Assim segundo a fragmentariedade, o Direito Penal deve proteger contra condutas que realmente ameacem à convivência social, ou seja, assegurar os bens jurídicos mais relevantes contra os ataques mais intoleráveis. Já a subsidiariedade, se outros ramos do direito forem suficientes para a solução do litígio, não se deve utilizar do Direito penal.

Vejamos o ensinamento de Luisi (2003, p.40):

Do princípio em análise decorre o caráter fragmentário do direito penal, bem como sua natureza subsidiária. O direito penal, - como já notara Binding,- não encerra um sistema exaustivo de proteção e bens jurídicos, mas um sistema descontínuo de ilícitos decorrentes da necessidade de criminalizá-los, por ser este o meio indispensável de tutela jurídica. Tem se entendido, ainda, que o direito penal deve ser a ratio extrema, um remédio último, cuja presença só se legitima quando os demais ramos do direito se revelam incapazes de dar a devida tutela a bens de relevância para a própria existência do homem e da sociedade. O direito penal, pois, teria uma fisionomia subsidiária, e sua intervenção só se justifica no dizer de F. Munhoz Conde, “quando fracassam as demais maneiras protetoras do bem jurídico predispostas por outros ramos do direito”.⁶

⁶ LUISI, Luiz. **Os Princípios Constitucionais Penais**. 2ª edição. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2003, p.40.

A intervenção penal mínima consagra o chamado direito penal mínimo se contrapondo ao direito penal máximo, proibindo abusos da lei para atingir fins ilegítimos.

2.3 Princípio da humanidade

O princípio da humanidade é um dos mais importantes princípios a serem observados durante a execução penal, pois garante ao sentenciado tratamento digno, de modo que, não lesem sua integridade físico-psíquica.

Também conhecido como princípio da dignidade da pessoa humana, prega que os condenados devem ser tratados como pessoas humanas e não como coisas, eles possuem direitos fundamentais, que lhes devem ser garantidos, funcionando como uma verdadeira limitação do poder punitivo do Estado.

Este princípio é mencionado em diversos dispositivos constitucionais, dentre eles podemos destacar o artigo 1º, inciso III da Constituição Federal que consagra o princípio da dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil. Também é importante destacar o artigo 5º, inciso XLIX da Constituição Federal que “assegura aos presos o respeito à integridade física e moral”.

Conforme o professor Luiz Flávio Gomes (2009, p.10-11):

O princípio da dignidade configura a base de todos os demais, assim como do próprio modelo de Estado que adotamos. De qualquer maneira, no âmbito penal, cabe destacar o seguinte aspecto da sua forma normativa: nem a lei e muito menos a pena podem ser ofensivas à dignidade humana, sob pena de inconstitucionalidade patente.

O juiz não pode, por exemplo, aplicar pena degradante, humilhante ou vexatória. Isso ocorreu num caso em que um advogado foi condenado a limpar as ruas de uma determinada cidade, Limpar ruas não é uma tarefa degradante, em regra, mas para quem tem o título de bacharel em direito pode sê-lo concretamente, mesmo porque, como diz aLEP, toda pena deve ser fixada levando em conta a situação de cada condenado.

A humanidade como princípio do Direito penal proíbe tratamento cruel, desumano ou degradante (CF, art. 5º, inc.III) e, ao mesmo tempo, impõe respeito à integridade física do detento (CF, art. 5º, inc. XLIX) etc. Nenhum

tratamento, ademais, pode ser “imposto” compulsoriamente. Primeiro, porque o sujeito tem direito de ser diferente; segundo, porque tratamento sem a adesão do interessado não produz efeito algum na prática.⁷

O texto constitucional prevê expressamente a proibição das penas de morte, salvo em guerra declarada, de caráter perpétuo, desumanas e degradantes. Em um Estado Democrático de Direito se deve buscar a ressocialização do condenado, a pena privativa de liberdade deve conter programas sociais em favor do sentenciado, realizando sua reinserção social.

O artigo 40 da Lei de execuções penais preceitua que “impõe-se a todas as autoridades o respeito à integridade física e moral dos condenados e dos presos provisórios”.

Para concluir, a realidade do sistema penal é perversa, seria necessária a devida aplicação do princípio da humanidade para se atingir a ressocialização do condenado, pois este é um ser humano e como tal deve ser tratado.

2.4 Princípio da individualização da pena

Este princípio esclarece que a pena deve ser individualizada, ou seja, particularizada para cada condenado, para que o mesmo possa se adaptar as condições prisionais. Para esta individualização ocorra é necessário a avaliação das particularidades, características e personalidade do infrator. Conforme o artigo 59 do Código Penal que trás um rol de parâmetros para fixar a condenação.

O princípio da individualização da pena tem base constitucional no artigo 5º, inciso XLVI da Constituição Federal: “A lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes: a) privação ou restrição da liberdade; b) perda

⁷ GOMES, Luiz Flávio. **Princípios constitucionais reitores do Direito Penal e da política criminal.** Disponível em: <http://WWW.lfg.com.br>. Material da 5ª aula da disciplina de Direito Constitucional Aplicado, ministrada não curso de pós-graduação *lato sensu* tele virtual em Direito Público Anhanguera UNIDERP- REDE LFG.

de bens; c) multa; d) prestação social alternativa; e) suspensão ou interdição de direitos.”

Segundo Lavorenti e Silva (2000, p.131):

Afirma-se que a individualização da pena ocorre em três momentos complementares: o legislativo, o judicial e o executório ou administrativo. Na primeira etapa, são fixadas, para cada tipo penal, penas proporcionais à importância do bem tutelado e à correspondente gravidade da ofensa. No segundo momento, ocorre a individualização judiciária com a escolha da pena aplicável. O último momento dá-se com a execução da pena, que também deve se ater ao princípio da humanidade já mencionado e com escora constitucional.⁸

O princípio da individualização consiste em adequar a pena legalmente prevista ao caso concreto. O magistrado tem discricionariedade para atuar e aplicar a pena, mas sempre dentro dos parâmetros estabelecidos pela lei

Ocorrem três momentos da individualização da pena: o legislativo, o judicial e o executório.

A individualização legislativa prevê que a lei fixa para cada tipo incriminador uma pena proporcional a importância do bem jurídico tutelado e à gravidade da sua ofensa.

Já na fase judicial, o magistrado deve analisar qual punição deve aplicar, entre o mínimo e o máximo para o tipo penal, considerando de acordo com a lei, a conduta do criminoso e o comportamento da vítima.

E na última fase da individualização, que é a executória, deve-se aplicar o dispositivo constitucional previsto no artigo 5º, inciso XLVIII da Constituição Federal que diz que “a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado”.

No caso concreto o princípio da individualização da pena não é respeitado, na realidade carcerária, misturam-se pessoas das mais diversas idades, periculosidades e artigos criminais, inclusive em pleno século XXI, chegou-se ao cúmulo de encontrar uma adolescente encarcerada com presos adultos.

Com o respeito deste princípio busca-se evitar que o encarcerado sofra mais do que realmente mereça, valorizando as características de cada um dos condenados e suas peculiaridades, facilitando sua ressocialização.

⁸ LAVORENTI, Wilson; SILVA, José Geraldo da. **Crime organizado na atualidade**. Campinas: Bookseller, 2000. p.131.

2.5 Princípio da personalidade da pena

Também conhecido como princípio da pessoalidade, a personalidade da pena tem previsão no artigo 5º, inciso XLV da Constituição Federal: “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 limite do valor do patrimônio transferido”.

Assim, a pena aplicada ao indivíduo não pode passar da sua pessoa, não podendo atingir terceiros alheios ao crime, ainda que estejam ligados por parentesco.

Por este princípio, somente poderá ser apenado quem cometeu a infração penal, não podendo atingir terceiros estranhos ao crime. A Constituição Federal assegura a responsabilidade penal pessoal do sentenciado, no entanto, prevê a possibilidade da reparação de danos e perdimento de bens serem transferidas aos seus sucessores até o valor da herança.

Veamos o ensinamento de Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino (2008, p.157):

“Em razão dessa regra fica absolutamente afastada a possibilidade de a condenação penal estender-se a parentes, amigos ou sucessores do condenado, que não tenham participado da conduta por ele praticada. Ao mesmo tempo, a morte do agente, antes ou depois da condenação, implica automática extinção da punibilidade ou da execução da pena.

Não prejudica o princípio da pessoalidade da pena, que se aplica integralmente às sanções penais, a obrigação de reparar o dano e o perdimento de bens, sanções de natureza patrimonial, que podem ser estendidas aos sucessores. É necessário, todavia, observar que, nesses casos, o sucessor não estará sofrendo sanção nenhuma; no máximo, determinado patrimônio que a ele caberia por sucessão *causa mortis* deixará de ser recebido, mas o patrimônio originário do sucessor não pode, em nenhuma hipótese, sofrer decesso em decorrência de uma condenação sofrida pelo *de cuius*”.⁹

No Direito Penal não é permitido a responsabilidade coletiva ou familiar, ou seja, cada um responde pelos seus atos praticados na medida da sua culpabilidade,

⁹ PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito Constitucional descomplicado**. 2ª edição. Niterói, RJ: Editora IMPETUS, 2008, p. 157.

desta forma, a culpa deve ser atribuída a quem realmente ofendeu um bem da vida juridicamente tutelado.

Por mais que se proíba a pena de atingir terceiros, muitas vezes, a família do preso sofre por perder seu pai ou marido, desta forma, a Lei de Execuções penais, no seu artigo 23, inciso VII, diz que o serviço social deverá, orientar e aparaar a família do encarcerado.

2.6 Princípio da culpabilidade

Uma pessoa somente poderá ser punida se sua ação ou omissão for realizada mediante dolo ou culpa na prática de um fato criminoso e não é permitida a responsabilidade criminal daquele que não podia agir de forma diversa, por exemplo, o inimputável.

A culpabilidade possui três funções básicas: Primeiramente, ela serve de fundamento para aplicação da pena, após a constatação de seus requisitos; Também tem a culpabilidade a função de fixação da pena, a fim de media-la; E por fim, tem a função de evitar a responsabilidade objetiva, pois ninguém será considerado culpado se não com dolo ou culpa da conduta.

Conforme a lição de Luiz Luisi (2003, p.32):

Um dos princípios constitucionais consagrados em muitas Constituições contemporâneas, inclusive a brasileira, é o da responsabilidade subjetiva, ou seja, da culpabilidade. Todavia esta característica do delito só aparece em uma fase já evoluída da espécie humana. Em todos os primórdios das civilizações a responsabilidade pela pratica de um ilícito tinha caráter rigorosamente objetivo, ou seja, bastaria o agente ter causado o evento danoso.¹⁰

¹⁰ LUISI, Luiz. **Os Princípios Constitucionais Penais**. 2ª edição. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2003, p.32.

A Constituição Federal no seu artigo 5º, inciso LVII diz: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

Essa garantia constitucional processual penal, cuja finalidade é resguardar o direito à liberdade dos indivíduos, que são presumidamente considerados inocentes, até que provem o contrário. Isto é, a sentença penal condenatória pressupõe, que seja provada a culpabilidade do sujeito ativo do fato delituoso.

2.7 Princípio da proporcionalidade

Apesar de não estar previsto de modo expreso na Constituição Federal, o princípio da proporcionalidade pode ser buscado através da interpretação de vários dispositivos constitucionais.

O princípio da proporcionalidade exige um juízo de ponderação entre a relevância do crime praticado e a aplicação de sua respectiva sanção, desta forma deve haver um equilíbrio entre o fato e sua reprimenda.

Na lição de Didier Jr. (2008, p.35), aprendemos que:

Fenômeno que raramente acontece na hermenêutica constitucional é o da constatação da tensão entre direitos fundamentais e / ou princípios constitucionais. Enquanto a desarmonia entre normas infraconstitucionais se resolve por técnicas hermenêuticas mais singelas, o conflito de normas constitucionais, em razão da sua magnitude, requer do intérprete/aplicador um cuidado redobrado. Isto porque todas as normas constitucionais não de gerar efeitos, presumindo-se todas em estado de perfeita harmonia, aptas a serem interpretadas e aplicadas do modo mais pleno e eficaz. Embora ressoe como truísmo, esta afirmação se justifica quando se observa que, na prática jurídica, o entendimento absoluto e simultâneo dos dispositivos constitucionais nem sempre – ou quase nunca, quando estivermos diante do rol de princípios elencados no art. 170, CF/88, por exemplo- é possível. Duas são as formas de harmonização deste conflito de normas constitucionais, oriundas de duas fontes produtoras: a) regra criada pela via da legislação ordinária; b) a regra criada pela via judicial direta, no julgamento de casos específicos de conflito.¹¹

¹¹ DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil**. V.1. 10ª edição. Salvador: Editora Jus Poivm, 2008, p.35.

O juiz ao resolver a lide, deverá ponderar qual das normas constitucionais ou princípios fundamentais, no caso concreto, deve prevalecer, assim o magistrado terá que pesar os interesses em conflito para depois decidir de maneira proporcional a questão.

É absolutamente inconstitucional legislação infraconstitucional que pune fato mais brando com pena mais severa. Assim, a pena aplicada deve ser proporcional ao grau de culpabilidade da participação do indivíduo na conduta delituosa.

Segundo o Ministro Celso de Mello do Supremo Tribunal Federal em sua decisão monocrática (HC 92.525 RJ, 31.03.08), argumentou:

“Como se sabe, a exigência de razoabilidade traduz limitação material à ação normativa do Poder Legislativo. O exame da adequação de determinado ato estatal ao princípio da proporcionalidade, exatamente por viabilizar o controle de sua razoabilidade, com fundamento no art.5º, LIV, da Carta Política, inclui-se, por isso mesmo, no âmbito da própria fiscalização de constitucionalidade das prescrições normativas emanadas do Poder Público.

Esse entendimento é prestigiado pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que, por mais de uma vez, já advertiu que o legislativo não pode atuar de maneira imoderada, nem formular regras legais cujo conteúdo revele deliberação absolutamente divorciada dos padrões de razoabilidade.

Entendo, por isso mesmo, que a tese exposta nesta impetração revela-se juridicamente plausível, especialmente se se considerar a jurisprudência constitucional do Supremo Tribunal Federal, que já assentou, a propósito do tema, a orientação de que transgredir o postulado do devido processo legal (CF, art. 5º, LIV), analisado em sua dimensão material (“substantive due process f Law”), a regra legal que veicula, em seu conteúdo, prescrição normativa qualificada pela nota da irrazoabilidade.”¹²

Consoante o entendimento do Supremo Tribunal Federal, Luiz Flávio Gomes (2008, p. 73) ao comentar a decisão do Ministro Celso de Mello no HC 92.525-RJ, diz: “a decisão monocrática do Min. Celso de Mello nos conduz a recordar que, no Estado constitucional de Direito, nem tudo que é produzido pelo legislador é válido. Nem toda lei vigente é formal e materialmente válida”.¹³

¹² GOMES, Luiz Flávio. **Crime de receptação.Pena cominada desarrazoada.Ofensa ao princípio da proporcionalidade.** Disponível em: <http://WWW.iuspedia.com.br>. Material da 5ª aula da disciplina de Direito Constitucional Aplicado, ministrada no curso de pós-graduação *lato sensu* tele virtual em Direito Público Anhangera UNIDERP- REDE LFG.

¹³ GOMES, Luiz Flávio. **Estado constitucional de direito e a nova pirâmide jurídica.** São Paulo: Premier, 2008, p. 73.

O nosso Estado Democrático de Direito tem como fundamento a prevalência da dignidade da pessoa humana, portanto, uma cominação legal desproporcional representa uma ofensa a própria condição humana.

A aplicação do direito penal que incluir a restrição do direito de liberdade, somente se dá quando for adequada e necessária a sua utilização e desde que haja proporcionalidade entre o fato e a pena imposta, ou seja, proibi-se o excesso.

3 CONCLUSÃO

Observa-se que a prisão não tem função verdadeira de recuperar o condenado, mas apenas serve como custódia do acusado para restringir sua liberdade.

Já na atualidade é triste a cruel realidade que se encontram os estabelecimentos penais no Brasil. A violação dos direitos fundamentais dos presos demonstra que os princípios constitucionais não são aplicados como deveria durante a aplicação da pena.

Os problemas carcerários são inúmeros, dentre os quais: superlotação, ociosidade dos detentos, desrespeito aos direitos humanos, corrupção, aparecimento do crime organizado, todas essas mazelas prisionais só vêm a corroborar com a ineficácia da aplicação da pena privativa de liberdade.

Por fim, diante o caos dos presídios e da crescente criminalidade se propõem a devida aplicação dos princípios constitucionais penais para que se atinja a principal finalidade da pena que é a ressocialização do condenado, a fim de garantir a dignidade das pessoas encarceradas.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALBERGARIA, Jason. **Manual de direito penitenciário**. Rio de Janeiro: Aide, 1993.

BARROS, Carmem Silva de Moraes. **A individualização na execução penal.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

BITENCOUT, Cezar Roberto. **Manual de direito penal: parte geral.** 6ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

CAPEZ, Fernando. **Execução penal.** 9ª ed. São Paulo: Atlas, 2000.

_____. **Curso de direito penal. Legislação penal especial.** V.4. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil.** V.1. 10ª edição. Salvador: Editora Jus Poivm, 2008.

FACULDADES INTEGRADAS “ANTONIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”. **Normalização de apresentação de monografias e trabalhos de conclusão de curso.** 2007 – Presidente Prudente, 2007, 110p.

FARIA, José Eduardo. **DIREITOS HUMANOS, DIREITOS SOCIAIS E JUSTIÇA.** 1ª ed; São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

FERNANDES, Newton; FERNANDES, Valter. **Criminologia integrada.** 2. ed.; São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão.** 28ª ed.; Petrópolis: Editora Vozes, 2004.

GOMES, Luiz Flávio. **Estado constitucional de direito e a nova pirâmide jurídica**. São Paulo: Premier, 2008

_____. **Crime de receptação. Pena cominada desarrazoada. Ofensa ao princípio da proporcionalidade**. Disponível em: <http://WWW.iuspedia.com.br>. Material da 5ª aula da disciplina de Direito Constitucional Aplicado, ministrada não curso de pós-graduação *lato sensu* tele virtual em Direito Público Anhanguera UNIDERP- REDE LFG.

_____. **Princípios constitucionais reitores do Direito Penal e da política criminal**. Disponível em: <http://WWW.lfg.com.br>. Material da 5ª aula da disciplina de Direito Constitucional Aplicado, ministrada não curso de pós-graduação *lato sensu* tele virtual em Direito Público Anhanguera UNIDERP- REDE LFG.

JESUS, Damásio E. de. **Novíssimas questões criminais**. 3. ed. ver. São Paulo: Saraiva 1999.

LUIZI, Luiz. **Os Princípios Constitucionais Penais**. 2ª edição. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2003.

LAVORENTI, Wilson; SILVA, José Geraldo da. **Crime organizado na atualidade**. Campinas: Bookseller, 2000.

LUZ, Orandyr Texeira. **Aplicação de penas alternativas**. Goiânia: AB-Editor, 2000.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de Direito Penal**. Parte Geral. 11. ed. São Paulo: Atlas, 1996.

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito Constitucional descomplicado**. 2ª edição. Niterói, RJ: Editora IMPETUS, 2008.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**. 3ª ed. V.1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

RAMOS, Graciliano. **Memórias do Cárcere**. Rio de Janeiro: Record, 1987.

SÁ, Alvino Augusto de. **Vitimização no Sistema Penitenciário**. Revista do Conselho Nacional de Política criminal e Penitenciária, Brasília, DF, V.1, n. 8, jul./dez. 1996.

SHECARIA, Sérgio Salomão; CORRÊA JÚNIOR, Alceu. **Pena e constituição: aspectos relevantes para sua aplicação e execução**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

SILVA, Haroldo Caetano da. **Manual da execução penal**. Campinas: Bookseller, 2001.