

KAROLINE LUISA TOZONI

**EXECUÇÃO PENAL E AS CONTRAPRESTAÇÕES INDIVIDUALIZADAS
FAVORÁVEIS À ADMINISTRAÇÃO**

**Assis/SP
2017**

KAROLINE LUISA TOZONI

**EXECUÇÃO PENAL E AS CONTRAPRESTAÇÕES INDIVIDUALIZADAS
FAVORÁVEIS À ADMINISTRAÇÃO**

Monografia apresentada ao Departamento do curso de Direito do IMESA (Instituto Municipal de Ensino Superior), como requisito para a conclusão de curso, sob a Orientação específica do Prof. Luciano Tertuliano da Silva e Orientação Geral do Prof. Dr. Rubens Galdino da Silva.

Orientando(a): Karoline Luisa Tozoni

Orientador: Prof. Ms. Luciano Tertuliano da Silva

**Assis/SP
2017**

FICHA CATALOGRÁFICA

TOZONI, Karoline Luisa.

Execução Penal e as Contraprestações Individualizadas Favoráveis à Administração. / Karoline Luisa Tozoni. -- Assis, 2017.

48p.

Trabalho de conclusão do curso (Direito). – Fundação Educacional do Município de Assis - FEMA

Orientador: Ms. Luciano Tertuliano da Silva.

1. Execução Penal. 2. Pena Restritiva de Direitos. 3. Individualidade. 4. Dignidade. 5. Proporcionalidade.

CDD

EXECUÇÃO PENAL E AS CONTRAPRESTAÇÕES INDIVIDUALIZADAS FAVORÁVEIS À ADMINISTRAÇÃO

KAROLINE LUISA TOZONI

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Instituto Municipal de Ensino Superior de Assis, como requisito do Curso de Graduação, avaliado pela seguinte comissão examinadora:

Orientador:

Prof. Ms. Luciano Tertuliano da Silva

Examinador:

Assis/SP
2017

AGRADECIMENTOS

Primordialmente, a Deus, poderoso e onipotente, pela dádiva da vida e por me conceder retidão para a criação do feito, não unicamente no decorrer da vida acadêmica, mas, sim, por ser o sustentáculo da Vida.

Aos meus pais, Seu João e Dona Maria, por tudo que fizeram, que fazem e que claramente ainda irão fazer, por sempre me encorajar a trilhar meus caminhos e nunca me entregar as dificuldades. Obrigada pela educação que me deram, obrigada por quem sou hoje. A vocês, devo minha vida e serei eternamente grata.

Agradeço ao meu orientador, Luciano Tertuliano, pela paciência, dedicação e todo suporte que lhe coube, por me passar confiança e segurança para realização deste trabalho.

E a ti, meu amor, Henrique Belinotte, agradeço por estar ao meu lado nos momentos em que mais precisei, e, por inúmeras vezes que pensei em desistir, me mostrar que sou capaz. Obrigada por ser meu refúgio, minha fortaleza, minha paz no mundo. Ainda que eu aludisse todas as palavras sinônimas de amor, não seriam suficientes para demonstrar todo meu amor, admiração e gratidão por você. Hoje lhe agradeço, porque você fez, faz e fará sempre parte de minha história!

A todos que, direta ou indiretamente, contribuíram para o meu trabalho, o meu muito obrigado.

Quem ver estabelecida a mesma pena de morte, por exemplo, para quem mata um fãção, para quem assassina um homem, ou para quem falsifica um documento importante, não fará nenhuma distinção entre esses crimes.

Cesare Beccaria.

RESUMO

Inexiste, no cenário jurídico brasileiro, adequação das execuções penais às disposições constitucionais. O objetivo deste trabalho é desenvolver um pensamento crítico, amparado na própria Lei Maior para fornecer diretrizes à justa aplicação da lei penal. Os conceitos utilizados abordam a principiologia plasmada na nossa Carta Magna de um modo analítico sistemático visando ao final fornecer esteio quase que dogmático aos aplicadores da lei para que estes, sob o prisma da justiça efetiva, apliquem de modo integral a execução penal na modalidade restritiva de direitos, buscando verter ao próprio Estado os benefícios alcançados pela estrita observância dos postulados constitucionais. Realizamos um estudo descritivo levando em conta a pouca existência de execuções penais que resguardar a adequação da pena *in concreto* à personalidade do indivíduo, aptidão profissão e à própria intensidade do prejuízo causado pelo cometimento do ato ilícito. Este trabalho propõe uma saída jurídica inovadora para que os magistrados, em respeito à Constituição Federal, adequem as execuções penais de prestação de serviços comunitários aos pressupostos intrínsecos e extrínsecos da sanção, do delito e do indivíduo, maximizando o efeito pedagógico e disciplinar positivo da sanção punitiva.

Palavras-chaves: Execução Penal; Pena Restritiva de Direitos; Individualidade; Dignidade; Proporcionalidade.

ABSTRACT

In the Brazilian juridical scene, there is no adjustment of penal executions to constitutional provisions. The objective of this work is to develop a critical thinking, supported in the Federal Constitution itself to provide guidelines for the just application of criminal law. The concepts used approach the principles embodied in our Maximum Law in a systematic analytical way aiming at the end to provide almost dogmatic support to law enforcers so that, under the prism of effective justice, they apply in an integral way the criminal execution in the restrictive modality of Rights, seeking to pour to the state itself the benefits achieved by the strict observance of the constitutional postulates. We carried out a descriptive study taking into account the low existence of penal executions that safeguard the adequacy of the sentence in concrete to the personality of the individual, aptitude profession and to the very intensity of the injury caused by the commission of the illicit act. This work proposes an innovative juridical way for magistrates, in compliance with the Federal Constitution, to adapt criminal penalties for the provision of community services to the intrinsic and extrinsic assumptions of punishment, crime and the individual, maximizing the positive pedagogical and disciplinary effect of Punitive penalty.

Keywords: Criminal Execution, Restrictive Fees, Individuality, Dignity, Proportionality.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	10
2. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS	12
2.1 PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA	13
2.2 PRINCÍPIO DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA.....	15
2.3 PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE	17
2.3.1- Fundamento e Evolução Histórica	17
2.3.2 Conceito.....	18
2.3.3 Adequação, Necessidade e Proporcionalidade em sentido estrito	21
2.3.4 Divergências Doutrinárias	23
2.4 APLICAÇÃO SISTEMÁTICA DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS	24
3. DA SANÇÃO PUNITIVA	27
3.1 O CONCEITO DE PENA.....	28
3.2 DA FINALIDADE DA PENA.....	30
3.3 DO LIMITE À PENA RESTRITIVA DE DIREITOS	33
4. DA EFETIVIDADE DA APLICAÇÃO DA PENA	36
4.1 DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA À PESSOA DO CONDENADO.....	36
4.2 DA PROPORCIONALIDADE ENTRE PENA E APENADO.....	38
4.3 A PENA COMO GARANTIA DE DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA	40
5. CONCLUSÃO	44
6. REFERÊNCIAS	45
7. APÊNDICE	48

1. INTRODUÇÃO

O dever do magistrado, ao respeitar o Códex penal, substituindo as penas privativas de liberdade por aquelas restritivas de direitos, culmina em uma necessidade de adequar tais sanções restritivas à maior eficácia punitiva, seja em forma de devolução de trabalho necessário à sociedade, seja em respeito à dignidade humana do apenado.

Surgem alguns questionamentos nesse sentido. Teria o magistrado o poder de impor sanção restritiva de direitos condizente com a formação profissional do acusado? É dever do Estado, em respeito aos princípios constitucionais, promover uma pena que não implique em grave violação a dignidade humana?

O presente trabalho pretende responder tais questionamentos, tendo, como objetivo geral, a análise da melhor forma de adequação das sanções punitivas aos infratores, de forma a garantir uma pena justa ao agente e, ao mesmo tempo, resguardar uma maior eficácia na imposição de medidas alternativas, condizentes com a índole pessoal e formação profissional dos réus.

No primeiro capítulo, faz-se a exposição dos princípios constitucionais norteadores da interpretação jurídica, necessários à adequação da norma penal ao caso concreto, de forma a garantir justiça punitiva e a eficácia do ordenamento jurídico.

No capítulo seguinte, a contextualização do que se entende por sanção punitiva, indispensável para se compreender o objetivo desta obra e vital para a fundamentação da tese defensiva. Isso, pois, esta pesquisa foi direcionada à defesa da importância da atividade jurisdicional na efetivação da sanção.

Por fim, expõe-se a inexorável obrigação do magistrado em adequar a pena restritiva de direitos com a formação profissional do apenado e, conjuntamente a isso, adequar a sanção ao próprio caráter do réu, propiciando assim, penas justas e adequadas aos princípios constitucionais, resguardando, sobretudo, a proporção entre o delito cometido pelo acusado e a pena por este recebida.

Pretende-se concluir que uma pena condizente com o caráter e com a atividade laboral do réu é eficaz para o Estado no sentido em que aquele desempenhará com maior eficácia as

sanções que lhe foram impostas, trazendo, ao próprio Estado e sociedade de maneira geral, benefícios econômicos.

2. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

Com o intuito de estabelecer uma conexão entre o objeto do presente estudo e a dogmática jurídica, é necessário trazer, para a cognição plena, o real conceito de princípios constitucionais. Isso porque, sem compreender perfeitamente o arrimo conceitual de nossa Lei Maior, é impossível aceitar a existência de dispositivos jurídicos positivados em consonância com casos concretos sem qualquer previsão legal.

Nesse horizonte, deve-se, em princípio, compreender, como princípios constitucionais, as ordens que irradiam a diretriz de nosso sistema jurídico.

Nesse sentido é o pensamento de Guilherme Nucci, que aduz: "O conceito de princípio indica uma ordenação, que se irradia e imanta os sistemas de normas, servindo de base para a interpretação, integração, conhecimento e aplicação do direito positivo" (NUCCI, 2011, p.64).

A propósito, nessa linha de pensamento está a razão de coligir dois ou mais primados constitucionais para solucionar um possível recorte naturalístico sem a devida previsão normativa, pois, a partir dos princípios basilares de nossa Constituição Federal serão extraídos os meios pelos quais o intérprete deverá aplicar uma lei ou ato normativo.

Reforça essa convicção o ministro Barroso, ao explicitar:

A atividade de interpretação da Constituição deve começar pela identificação do princípio maior que rege o tema a ser apreciado, descendo do mais genérico ao mais específico, até chegar à formulação da regra concreta que vai reger a espécie (BARROSO, 1996, p. 151).

Nesse sentido, complementa referida afirmação com os ensinamentos do próprio Luiz Roberto Barroso, que aduz: "os princípios constitucionais são as normas eleitas pelo constituinte como fundamentos ou qualificações essenciais da ordem jurídica que institui" (BARROSO, 1996, p. 152.).

Embora, desnecessário à presente obra, avente-se, em caráter complementar, a superada distinção entre normas e princípios. Isso, pois, a doutrina moderna entende haver uma cisão

entre normas princípios e normas disposições, sendo certo ainda que estas últimas possuam eficácia restrita à finalidade com a qual fora concebida, enquanto àquelas, norteiam os operadores do direito ampliando o leque de finalidades no sistema jurídico.

Corroborar esse entendimento as diretrizes do professor Canotilho. Segundo ele “os princípios seriam verdadeiros standards juridicamente vinculantes, ao passo que as regras seriam normas vinculativas com conteúdo meramente funcional” (CANOTILHO, 1999, p. 167).

Na contramão dessa cognição, Dworkin estabelece como regra, em seus estudos, que as normas jurídicas são aplicadas de modo absoluto, enquanto os princípios são aplicados de modo gradual. Nesse sentido, aduz que a norma aplicada de forma absoluta diz respeito à validade da norma e a sua aplicação ao fato. Por sua vez, os princípios não determinam de forma absoluta, porém contêm fundamentos que devem ser conjugados a outros ensinamentos para que haja efetiva aplicabilidade.

Como dito anteriormente, a discussão acerca da distinção não comporta espaço no presente estudo e para a sequência. Nesse sentido, importante esclarecer apenas a inexistência de hierarquia entre normas e princípios, sendo que, estes, servem de diretrizes à interpretação das normas jurídicas.

2.1 PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Uma vez dentro do contexto de princípios fundamentais, torna-se ineludível o debate acerca do princípio que comporta maior discussão no campo jurídico, e, por conseguinte, carrega em seu bojo uma extrema dificuldade para a exata conceituação.

Nesse horizonte cognitivo, SARLET é magistral ao trazer que “o fato é que indubitavelmente, o conceito de dignidade está intimamente ligada à noção da liberdade pessoal de cada indivíduo - o Homem como ser livre e responsável por seus atos e seu destino” (SARLET, 2011, p. 35).

Dessa forma, aprofundar-se nos meandros do princípio da dignidade da pessoa humana torna-se tarefa árdua aos operadores e estudiosos da ciência social das sanções punitivas.

Valendo das mesmas diretrizes, Sarlet acredita que “a dignidade é um caráter inerente ao ser humano, não podendo se distanciar dele, sendo uma meta permanente do Estado Democrático de Direito mantê-la.” (SARLET, 2011 p.35).

Extensas são as discussões sobre o que materialmente seria o princípio que tutela a dignidade do ser humano. Alguns dizem que a observância do devido processo legal e aos critérios de dosimetria é suficiente para a validação deste primado. Outros, ainda são capazes de dizer que tal princípio se torna efetivo ao assegurar, aos condenados, apenamento justo, proporcional, razoável, efetivo e individualizado.

Neste trilhar, Sarlet aduz:

Há dois prismas para o princípio constitucional regente da dignidade da pessoa humana: objetivo e subjetivo. Sob o aspecto objetivo, significa a garantia de um mínimo existencial ao ser humano, atendendo as suas necessidades básicas, como moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, nos moldes fixados pelo art.7º, IV, da CF. Sob o aspecto subjetivo, trata-se do sentimento de respeitabilidade e autoestima, inerentes ao ser humano, desde o nascimento, em relação aos quais não cabe qualquer espécie de renúncia ou desistência (SARLET, 2011, p. 35).

Concorda-se com esta última linha de pensamento porque a dignidade, embora demasiadamente subjetiva, exige, de nós, um olhar humanizado à situação de cada réu, mormente porque até mesmo o legislador originário, na concepção de nossa carta magna, resguardou, em seu artigo 3º, a preservação da humanização da pena.

De igual norte, para guardar o devido respeito à Carta Maior e ao primado em análise, o apenamento deve ser analisado sob três aspectos, quais sejam: a pena como meio de castigo; a pena como forma de prevenção; e pena como caminho para a recuperação do condenado.

No que diz respeito à violação deste princípio, Geder Luiz assevera:

Vale dizer que, para ser considerada legítima, a sanção penal deve manter-se dentro dos parâmetros impostos pelo conteúdo valorativo intrínseco aos princípios constitucionais, de tal sorte que, em, nenhuma hipótese, viole o valor-princípio dignidade humana, ainda que se apresente, esta sanção, formalmente revestida de caráter de legalidade. (GOMES, 2008, p. 74)

Dessa forma, é perfeitamente possível analisar tais linhas cognitivas em conjunto e vislumbrar a real finalidade da pena, que seria a proporcionalidade em sua aplicação ao caso concreto. Nesse sentido, quanto mais grave o crime, maior deve ser a pena, o que também garante a dignidade da pessoa do condenado quando da percepção da sanção que receberá do Estado.

O estudo de Edilson Pereira Nobre Júnior converge nesse sentido ao explicitar: "Assim, toda a forma de depreciação ou de redução do homem, considerando-o não como um sujeito, mas sim como um objeto de Direito é vedada, não havendo sequer alguma possibilidade de se rebaixar qualquer ser humano" (NOBRE JÚNIOR, 2000).

Finalmente, vale registrar ser papel do magistrado, ao aplicar a pena, assegurar a observação de todos os primados em análise até o presente momento. Porquanto, a conjunção destes garante ao condenado uma pena justa, socialmente e moralmente eficaz e digna de ser cumprida sem maiores prejuízos, podendo, inclusive, ser substituída por pena mais branda, que levaria a uma pena ainda mais justa, eficaz e compatível a cada caso concreto.

2.2 PRINCÍPIO DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA

Antes de atracar a nau de debates no princípio cerne deste estudo, tratar-se-á do princípio da Individualização da Pena, cuja previsão encontra-se encartada no artigo 5º, XLVI da CF/88.

Embora uma análise axiológica já denote os traços de sua finalidade, os objetivos vão além da simples compreensão, e isso porque este primado visa assegurar, ao indivíduo, uma pena individualizada e perfeitamente compatível ao ilícito praticado, sem a real necessidade de tomar como parâmetro os preceitos secundários das normas incriminados.

Nesta toada são as colocações de Nucci:

Significa que a pena não deve ser padronizada, cabendo a cada delinquente a exata medida punitiva pelo que fez. Não teria sentido igualar os desiguais, sabendo-se, por certo, que a prática de idêntica figura típica não é suficiente para nivelar dois seres humanos. Assim, o justo é fixar a pena de maneira individualizada, seguindo-se os parâmetros legais, mas estabelecendo a cada um o que lhe é devido. (NUCCI, 2011, p. 89)

Assim, podemos enxergar tal princípio em três momentos distintos. O primeiro, em abstrato, momento no qual o legislador se vale do referido princípio para a elaboração do tipo penal; o segundo, no qual o juiz, ao aplicar a pena ao caso concreto, leva em conta as características pessoais de cada indivíduo; e o terceiro, momento em que o magistrado aplica a pena perfeitamente calculada ao réu.

Busca-se, com a efetivação deste princípio, a garantia de aplicação de sanção justa e pormenorizada, distinguindo de cada caso as peculiaridades que lhes são atinentes.

Tal primado não se encontra presente somente na legislação constitucional. Em nosso ordenamento jurídico, precisamente no Código Penal, em seu artigo 68, a consagração do sistema trifásico para fixação da pena é resultado da emersão da individualização da pena da Ordem Constitucional, pois garante, em um primeiro momento, a definição de uma pena base ao réu. Já em um segundo momento, há o estabelecimento de uma pena “provisória” para então, ao final, estabelecer uma pena definitiva, na qual há a observância de todos os direitos e garantias do réu, impossibilitando qualquer excesso estatal, e permitindo, inclusive, uma pena, por exemplo, menor que o patamar fixado pelo legislador ordinário.

Logo, nesse trilhar cognitivo, a pena deixa de ser uma sanção ilógica e passa a ser o meio de punição ao indivíduo que praticou um ilícito penal, logrando êxito inclusive na readaptação do condenado e na conversão de penas de encarceramento em penas úteis à própria sociedade.

Complementa esta ideia os ensinamentos de Nucci, que expõe:

Sob outro aspecto, é relevante destacar que a individualização da pena figura em três níveis: a) individualização legislativa: quando um tipo penal incriminador é criado pelo legislador, cabe a este a primeira fixação do quantum abstrato da pena, estabelecendo o mínimo e o máximo previstos para o delito; b) individualização judiciária: ao término da instrução, compete ao juiz, em caso de condenação do réu, fixar a pena concreta entre o mínimo e o máximo abstratamente previstos no tipo penal, conforme exposto linhas acima; c) individualização executória: transitada em julgado a decisão condenatória, inicia-se o cumprimento da pena perante o juiz da execução penal. Passa-se, então, a determinar os benefícios cabíveis ao sentenciado, sendo possível diminuir a pena (indulto, remição, como exemplos), alterar o regime para um mais benéfico ou para um mais rigoroso (progressão ou regressão), dentre outras medidas. Em suma, a pena continua a ser individualizada até o término de seu cumprimento. Observe-se a preocupação do constituinte com tal aspecto, determinando que “a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado”(art.5.º, XLVIII, CF) (NUCCI, 2011, p. 75).

2.3 PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

Os conceitos, até agora expostos, são suficientes à cognição contextualizada dos princípios trazidos à baila e suas respectivas aplicações nos casos em que, ante a ausência ou supressão normativa, são necessários para o deslinde fático.

Ademais, no processo penal, não há meio de individualizar a aplicabilidade dos princípios constitucionais. A visão, por óbvio, deve ser conjunta. Mas, como espinha do presente trabalho, a proporcionalidade, evidentemente, passará a receber os holofotes que, agora, lhe são devidos.

2.3.1- Fundamento e Evolução Histórica

O passado: doutrinariamente, o princípio da proporcionalidade tem, como indicada, sua origem no século XIII, com a evolução dos Direitos e Garantias Individuais da Pessoa Humana. Nesse período, e sob o comando do rei João Sem Terra, a história registra uma batalha denominada de “Guerra dos Barões”, na qual, supostamente, a burguesia teria imposto limitações à atuação do poder estatal e, este, para adequar-se aos anseios populares, concebeu a Carta Magna de 1215.

No referido códex fundamental, fora encontrado fragmento textual que aponta, com clareza irrestrita, a primeira manifestação do que, posteriormente, seria chamado de princípio da proporcionalidade. Para validar tal situação, o sobredito fragmento aduz: "O homem livre não deve ser punido por um delito menor, senão na medida desse delito, e por um grave delito ele deve ser punido de acordo com a gravidade do delito".

Posteriormente ao registro histórico apontado, a proporcionalidade esteve, ainda, presente na Carta Magna de 1689, denominada *Bill of Rights*, quando diversos acordos entre a Coroa e os Senhores Feudais passaram a adquirir força de lei.

Nesse contexto temporal, a Constituição Americana de 1776 e a *Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen*, em 1779, reconheceram o princípio da proporcionalidade como Direito Fundamental. No mesmo período, na Itália, Cesare Beccaria invocou, pela primeira vez, a aplicação da proporcionalidade em sede de aplicação da pena em casos de condenações pelo cometimento de diversos ilícitos.

No ordenamento jurídico pátrio, o princípio da proporcionalidade adveio do que fora insculpido na Constituição Portuguesa de 1976, e, apesar de constar constitucionalmente como norma implícita, é possível encontrá-lo de forma explícita na legislação infraconstitucional.

Muito ainda há que se estudar acerca do aludido princípio, como sua importância em todo o ordenamento jurídico, e, em virtude do necessário respeito, tanto na elaboração da norma quanto na sua efetiva aplicação.

Com efeito, somente a concretização do referido princípio pode desenvolver a ciência jurídica e o Estado Democrático de Direito.

2.3.2 Conceito

Relativamente à caracterização do princípio da proporcionalidade, este deve ser compreendido como instrumento interpretativo apto à resolução de conflitos, porquanto é revestido das funções de controle das atividades estatais e extirpação da subjetividade de julgamento, em uma manifesta intenção de impedir de qualquer possibilidade de violação do texto constitucional, e conseqüente aniquilação dos direitos fundamentais, o que, *ab initio*, prejudicaria a essência constitutiva de nossa Lei Maior.

O professor Paulo Bonavides, preconiza que:

O princípio da proporcionalidade é a regra fundamental a que devem obedecer tanto os que exercem quanto os que padecem o poder. Sua função primordial é estabelecer critérios para as limitações à liberdade individual. O princípio da proporcionalidade, em última análise, é uma limitação à restrição dos direitos e garantias fundamentais. (BONAVIDES, Paulo. 2012,p. 393)

Apenas para esclarecer – e reafirmando, aqui, a necessária ausência de subjetividade no julgamento de um caso concreto – o princípio da proporcionalidade deve levar à harmonização dos valores fundamentais, buscando atingir respeito e proteção à dignidade da pessoa humana.

Como assentando anteriormente, em matéria penal não se pode individualizar a aplicação de princípios constitucionais, porém, o primando em tela é o dirigente constitucional de todos os demais princípios.

Paulo Bonavides também assegura que "a regra de proporcionalidade produz uma controvertida ascendência do juiz (executor da justiça material) sobre o legislador, sem chegar todavia a corroer ou abalar o princípio da separação de poderes" (BONAVIDES, 1994, p. 275).

De igual trilhar, sobre o princípio da proporcionalidade, Gomes Canotilho leciona: "Proíbe nomeadamente as restrições desnecessárias, inaptas ou excessivas de direitos fundamentais". Ainda, continua o mesmo doutrinador dizendo que "os direitos fundamentais só podem ser restringidos quando tal se torne indispensável, e no mínimo necessário, para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos". (CANOTILHO, 1999, p.134)

Assim, resta incontestado o fato de o princípio da proporcionalidade ter, na sua finalidade precípua, – como a própria denominação explícita – a intenção de evitar resultados desproporcionais e injustos, fundada em valores essenciais conflitantes. Ou seja, o desígnio constitucional de resguardar direitos fundamentais deve ser equilibrado, partindo-se de uma aplicação principiológica transigente para que inexista violação de outro direito fundamental ainda mais valorado.

Relativamente à aferição de constitucionalidade das leis, o princípio da proporcionalidade é de suma importância, e isso porque o repisado princípio favorece uma interpretação amplamente mais favorável, restringindo-se ao estritamente necessário, mas com o devido controle, pelo juiz, com a recusa à validade da lei regulada pelo legislador quando esta contradiz princípios constitucionais.

Destarte, a ponderação deve, em regra, ser feita através da aferição dos valores, cuja correção técnica é erigida a caráter supremo quando houver colisão de valores fundamentais, operando-se assim o "sopesamento" dos direitos fundamentais, assim como dos bens jurídicos quando em estado de contradição, oferecendo ao caso concreto um deslinde escorreito e pacificamente justo.

Ademais, Suzana Barros expõe precisamente tais diretrizes, aqui transcritas:

A expressão proporcionalidade tem um sentido literal limitado, pois a representação mental que lhe corresponde é a de equilíbrio: há nela, a ideia implícita de relação harmônica entre duas grandezas. Mas a proporcionalidade em sentido amplo é mais do que isso, pois envolve também considerações sobre a adequação entre meios e fins e a utilidade de um ato para a proteção de um determinado direito. A sua utilização esbarra no inconveniente de ter-se de distinguir a proporcionalidade em

sentido estrito da proporcionalidade tomada em sentido lato e que designa o princípio constitucional. (BARROS, Suzana.p.40-41)

Dessa forma, a dialética acerca da proporcionalidade fora demonstrada de forma bastante extensa, necessitando, agora, para a definitiva cognição e conseguinte aplicação do juízo de proporcionalidade, a exposição do *modus operandi* interpretativo do incansavelmente repisado princípio.

Nesse caminho, a efetivação deste princípio, necessariamente, depende da observância irrestrita de um critério analítico trifásico, devendo, o intérprete, se atentar para a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito da medida.

Relevante destacar, nestes termos, que os elementos apontados deverão ser aferidos na ordem que foram apresentados, ou seja, far-se-á a análise da adequação da medida, para, em seguida, haver a análise da necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito.

Luís Virgílio Afonso da Silva, em seu magistério, afirma que os três subprincípios da proporcionalidade pressupõem uma análise ordenada, sendo tal ordem obrigatória. Isto porque, a análise da proporcionalidade nem sempre exige a análise dos três elementos formadores.

No magistério de Humberto Ávila, também se expõe que:

Nesse sentido, a proporcionalidade, como postulado estruturador da aplicação de princípios que concretamente se imbricam em torno de uma relação de causalidade entre um meio e um fim, não possui aplicabilidade irrestrito. Sua aplicabilidade depende de elementos sem os quais não pode ser aplicado. Sem um meio, um fim concreto e uma relação de causalidade entre eles não há aplicabilidade da proporcionalidade em seu caráter trifásico. (ÁVILA, 2006, p. 113)

A par disso, exequível concluir que, sendo necessária a observância da ordem lógica de aferição interpretativa, não são todos os casos que a proporcionalidade atingirá o colimado fim, e isso porque apenas se legitimará a análise final na proporcionalidade em *strictu sensu* se superadas as análises da adequação e subsequentemente da necessidade.

Feitas essas considerações, necessário questionar o significado de cada elemento que compõe a proporcionalidade e *quid juris* ao se verificar a presença de todos estes subprincípios.

2.3.3 Adequação, Necessidade e Proporcionalidade em sentido estrito

A operacionalização do princípio da proporcionalidade obedece a um método racional compreendido pela existência de uma estrutura meio-fim, de caráter constitucional e cujas circunstâncias são relevantes ao deslinde casuístico, devendo ser aplicadas, sucessivamente, a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito, subprincípios constitutivos do primado constitucional.

Por obediência à ordem exposta, de início, tem-se, como adequação, a utilização de meios devidos e necessários à consecução dos fins almejados. Vale dizer, o meio será adequado se, para sua validação, o evento pretendido for, necessariamente, alcançado.

Nessa toada, o subprincípio da adequação pressupõe uma análise esmiuçada dos meios usados, refutando quaisquer inabilidades para alcançar os fins buscados, porquanto ao se tutelar tal bem jurídico o que se deve considerar e qual fim constitucional pretende chegar.

Para o professor Canotilho, trata-se, verdadeiramente, "de controlar a relação de adequação medida-fim" (CANOTILHO, 1999, p. 137).

Vale registrar ser de idêntico pensamento os ensinamentos de ÁVILA ao expor que a *"adequação exige uma relação empírica entre o meio e o fim: o meio deve levar a realização do fim."* (ÁVILA, 2003, p.118).

Reforça, ainda, esse entendimento, a diretriz de Aury Lopes Jr. ao aduzir:

Assim, deve o juiz atentar para a necessidade do caso concreto, ponderando sempre, gravidade do crime e suas circunstâncias, bem como a situação pessoal do imputado, em cotejo com as diversas medidas cautelares que estão a seu dispor no art. 319 do CPP. Assim, deverá optar por aquela, ou aquelas, que melhor acautelem a situação, reservando sempre a prisão preventiva para situações extremas. (LOPES Jr., 2012.p.145)

E complementa tal cognição quando aduz: "E mais, deve ainda o juiz estar atento para evitar uma prisão cautelar em crimes praticados sem violência ou grave ameaça à pessoa, em que a eventual pena aplicada terá de ser, necessariamente, substituída por pena restritiva de direitos" (LOPES Jr., 2012.p.146).

Dessa forma, trazendo o princípio parcial da adequação ao tema proposto, parte-se do pressuposto de que a pena deve ser idônea, devendo guardar a devida proporção entre delito e o fim pretendido, qual seja, a justa sanção punitiva.

A análise da adequação, necessariamente antecede a da necessidade, que, por sua vez, precede a da proporcionalidade em sentido estrito. Neste trilhar, uma vez considerada adequada a relação meio-fim, necessário será julgar-lhe necessária ou não.

Como necessidade, não é aceitável que se tenha apenas a adequação do meio ao fim pretendido para ser considerado proporcional. Neste caso, o objeto utilizado deve ser aquele necessário, indispensável, ou seja, aquele que implica em menores prejuízos ao interessado.

Na análise do princípio da proporcionalidade, esse quesito parcial busca a vedação dos excessos estatais e jurídicos, pois a medida adotada deve ser estritamente necessária, afirmando retoricamente haver sido atribuído ao interessado o meio menos rigoroso de aplicação da norma.

Para validar tal explanação, se recorre às diretrizes de Aury Lopes que, fundado no pensamento de Badaró, aponta: “a necessidade “preconiza que a medida não deve exceder o imprescindível para a realização do resultado que almeja”. Relaciona-se, assim, com os princípios anteriores de provisoriedade e provisionalidade.” (LOPES Jr., 2012, p.146)

Partindo dessa premissa, se for perfeitamente possível alcançar as finalidades da norma por um meio menos gravoso, o intérprete da lei não tem a possibilidade de optar por um meio que tendenciosamente acarrete maior restrição ao interessado, sobretudo, quanto tratar-se da liberdade do indivíduo.

Como pontuado por Canotilho, esse princípio não coloca em análise a necessidade de se adotar alguma medida para a efetivação do interesse público, mas, sim, uma necessidade relativa, ou seja, se era possível adotar outro meio eficaz embora menos gravoso.

Os elementos anteriormente explanados, adequação e necessidade, detêm natureza objetiva, comprováveis através de fatos concretos. Já a proporcionalidade em sentido estrito, ao seu turno, depende vitalmente de procedimentos ponderativos, racionalmente acessíveis e de análise subjetiva.

Deste modo, a proporcionalidade em sentido estrito infere-se à medida ou desmedida jurídica plausível a fim de se obter um resultado.

Aludido subprincípio pauta a atividade do intérprete jurídico e, conseqüentemente, é aplicável à atividade jurisdicional, propiciando uma distribuição equânime de bônus e seus respectivos ônus, indicando a justa medida a ser adotada quando da análise de um caso

concreto. Em síntese, por meio deste subprincípio, impõe-se que, diante de uma divergência concreta, o intérprete deve proporcionar uma solução constitucional, ponderando bens e direitos, trazendo significativas vantagens que superem quaisquer possíveis desvantagens, através da proporcionalidade.

2.3.4 Divergências Doutrinárias

Neste estudo, conscientemente optamos por tratar da proporcionalidade e seus respectivos elementos de interpretação e aplicação, pois, ao atingir o ápice deste trabalho, a lógica argumentativa tenderá à aplicação do princípio da proporcionalidade.

Noutro turno, porém necessário esclarecer que, de fato, inexistente consenso doutrinário quanto à diferença acerca do dever de proporcionalidade e de razoabilidade.

Ademais, pode-se diferenciar o princípio da razoabilidade e da proporcionalidade em três pontos distintivos: momento histórico, estrutura e aplicação.

Quanto à diferenciação histórica do primado, a razoabilidade tem sua origem no direito americano, cuja previsão fora encartada na Carta Magna de 1215, e sua aplicabilidade, à época, estaria ligada à garantia do devido processo legal.

A proporcionalidade, quanto à parte histórica, tem origem no direito alemão, usando os subprincípios da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, com o objetivo, em si, de conceber um parâmetro para a aferição de colocação de um determinado ato normativo.

No tocante à estrutura, ter-se-á, para a validação da razoabilidade, a provocação do primado do devido processo legal, que exige o atingimento de diversas etapas processuais para alcançar o fim pretendido.

A proporcionalidade, na contramão desta ideia, nos coloca, como viés estrutural, a análise de uma norma sob o prisma de adequação do texto positivado ao caso concreto, desnecessitando do respeito a etapas que, frequentemente, obstam um seguimento célere do processo.

A razoabilidade, quanto à efetiva aplicação, acolhe entendimento condicente à relação entre a medida adotada e o critério da norma, possuindo uma forma de aplicação significativamente mais simples e flexível.

Nesse sentido, Ávila propõe que:

A razoabilidade estrutura a aplicação de outras normas, princípios e regras, notadamente das regras. A razoabilidade é usada com vários sentidos. Fala-se em razoabilidade de uma alegação, razoabilidade de uma interpretação, razoabilidade de uma restrição, razoabilidade do fim legal, razoabilidade da função legislativa. (ÁVILA, 2003, p. 305)

A proporcionalidade, e sua devida aplicação, o entendimento comungado explicita a relação entre o meio adotado e o fim pretendido, exigindo a submissão do caso concreto aos subprincípios constitutivos do primado para legitimar a medida mais adequada a ser aplicada.

Os conceitos adotados para proporcionalidade e para razoabilidade denotam traços de distinção fenomenológica jurídica, que necessitam lédima compreensão para a devida utilização na análise fática.

Adotar tais princípios com sinônimos, ao invés de lhes fazer a devida separação, só dificulta a interpretação jurídica e consequente aplicação da norma ao caso concreto.

Nesse horizonte, Barroso (1996, p. 235) é categórico ao expor que “a ‘fungibilidade’ entre os princípios da razoabilidade, que é uma vedação do que se perpetre absurdos com o direito, e o da proporcionalidade, que é uma exigência de racionalidade, pressuposto já da razoabilidade”.

Não é objetivo deste trabalho estender as discussões acerca da distinção principiológica, no entanto, para uma perfeita cognição do objetivo almejado por esta obra, o princípio que comporta espaço neste estudo é aquele relativo à adequação do meio adotado e o fim colimado, denominado proporcionalidade.

2.4 APLICAÇÃO SISTEMÁTICA DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

Esclarecidos os conceitos atinentes aos princípios que serão utilizados neste trabalho, o passo lógico a ser seguido diz respeito à forma com que estes serão aplicados para atingir o fim pretendido neste estudo.

Nesse sentido, a melhor forma à aplicação principiológica é trazida por Barroso, ao aduzir: “a interpretação jurídica consiste na atividade de revelar ou atribuir sentido a textos ou

outros elementos normativos (como princípios implícitos, costumes, precedentes), notadamente para o fim de solucionar problemas” (BARROSO, 1996, 237)

Evidentemente, consoante explicitado supra, não há hierarquia entre os princípios constitucionais, existindo um limite que decorre da própria relação intersubjetiva da sociedade. Nesse sentido, por mais absolutos que estes sejam, o limiar pré-colidência de princípios será aquele que melhor se amoldar aos anseios das partes envolvidas, cujo deslinde fático venha a ocorrer de forma plena e justa.

Nesse sentido, explicita Bobbio:

Os direitos fundamentais não são absolutos e ilimitados. Seus limites decorrem, inclusive, da própria sociabilidade humana. Embora tenham sido inicialmente, no plano filosófico, pensados como naturais, esses direitos, por mais fundamentais que sejam, são produto de um desenvolvimento histórico, caracterizados por lutas e conquistas graduais de novas liberdades em face de velhos poderes. (BOBBIO, 1992, p. 5).

Ora, se para estabelecer um limite de colidência de princípios, necessária a análise do caso concreto, questiona-se como pode o intérprete conjugar dois ou mais princípios de forma a harmonizá-los em um mesmo caso e, com isso, apresentar uma solução constitucionalmente legítima e praticamente eficaz.

A melhor resposta à indagação é, sem margem à dúvida razoável, o uso do método sistemático de interpretação de princípios. Isso porque tal método busca correlacionar todos os princípios a partir de uma mesma base de conhecimento e em total consonância com a Constituição Federal.

É clarividente que não se pode interpretar a Lei Maior em fragmentos isolados e desprovidos de coerência, tampouco se pode interpretar o texto constitucional apenas com base na sua evolução histórica. Muito embora o direito seja dividido em ramos específicos na academia, incontestavelmente, o ordenamento jurídico é um sistema único que deve guardar unidade e harmonia, tendo, como melhor forma de garantir respeito à Carta Magna, a união do texto positivado com os princípios, explícitos ou implícitos, presentes no próprio texto constitucional.

Fundamenta essa questão, os ensinamentos de BARROSO, ao expor:

Uma norma constitucional, vista isoladamente, pode fazer pouco sentido ou mesmo estar em contradição com outras. Não é possível compreender integralmente alguma coisa – seja um texto legal, uma história ou uma composição – sem entender suas partes, assim como não é possível entender as partes de alguma coisa sem a compreensão do todo. A visão estrutural, a perspectiva de todo o sistema, é vital (Barroso, 1996, p. 136).

Assim, conclui-se que, para atingir o objetivo anelado neste estudo, o critério de colacionar fundamentos plasmados na Constituição Federal viabiliza os mecanismos indispensáveis a fornecer arrimo a tese aqui aduzida.

3. DA SANÇÃO PUNITIVA

Assentados os princípios constitucionais norteadores do presente estudo, necessário faz-se a análise da sua estreita relação com o ordenamento jurídico pátrio, notadamente no que diz respeito à fração do direito que tutela as penas impostas aos indivíduos, quando do cometimento de ilícitos penais.

Em sua mais primitiva gênese, a sanção penal, ou pena, como frequentemente utilizada no jargão popular, surgiu no ancestral desenvolvimento da sociedade, período em que não havia o estabelecimento prévio de uma punição justa às violações de direitos individuais, mas, sim, uma retaliação física e/ou moral manifestamente prevalente à vitória daquele considerado mais forte.

Nota-se que, na concepção originária de sanção penal, inexistente qualquer viés delimitador de proporção entre o ato ilícito praticado e a sanção aplicada ao indivíduo que a cometera.

Feito esse registro, o passo lógico no trilhar de desenvolvimento humano seria o estabelecimento de um limite para a sanção punitiva, visto a necessidade de se estabelecer uma equivalência entre condutas ilícitas e penas.

Por sua vez, a primeira evidência escrita acerca da limitação punitiva nos leva à Lei de Talião, na qual a punição era objetivamente o famoso “olho por olho, dente por dente.”.

Caupolican Padilha Junior (2016, p. 5) aduz, em sua obra, denominada Teoria da pena, que a lei de Talião “é tida como primeiro critério limitador de pena, pois com o seu surgimento a reação do delito deixaria de ser ilimitada para obedecer a critérios limitadores”.

Nesse diapasão, o ideal preconizado pelo sistema “*Talional*” externava uma proteção jurídica que poderia ser suprimida e/ou, até mesmo, anulada quando houvesse uma nítida violação de direitos inerentes ao relacionamento de indivíduos próximos.

Seguindo a linha evolutiva, o próximo ponto de parada defronta-se com o critério punitivo da composição, o qual aquele que violasse direitos intrínsecos ao convívio social seria punido com a prestação de pagamento em valor proporcional ou, ainda, a entrega um determinado bem.

O avanço normativo aporta nos idos do século XVIII, momento em que houve o nascimento de uma punição de restrição de Direitos como meio de extirpar, do rol de sanções punitivas, o apenamento brutal e desumano.

Como a pena restritiva de liberdade não comporta discussão nesta obra, o caminho a ser seguindo converge exclusivamente à sanção restritiva de direitos, destinada aos infratores de baixo potencial ofensivo e de ínfimo grau de culpabilidade.

Em síntese, tal sanção, embora considerada medida punitiva, tem, como característica, a reeducação social e não a exclusão do indivíduo do convívio com a coletividade. Assim, garante uma maior proteção a dignidade da pessoa humana.

Consoante fragorosamente repisado neste estudo, tal medida punitiva nos interessa com abstenção ao olhar crítico às penas privativas de liberdade. Com a defesa de uma pena restritiva de direitos digna, qualquer discussão torna-se desnecessária.

3.1 O CONCEITO DE PENA

Assentadas as premissas históricas, há que se conceituar a pena para, então, compreender sua finalidade e a conseqüente aplicação neste objeto de estudos.

Desta feita, etimologicamente, a palavra pena, advinda do Latim “*poena*” carrega, em seu bojo, a significância de compensação por uma má ação.

Logo, ter-se-á, como pena, a sanção penal consistente em uma restrição ou na privação de determinado bem jurídico, com o desígnio de repelir mal injusto causado à vítima e à sociedade, coligido também à readaptação social do autor do delito e a prevenção de novas transgressões pela intimidação dirigida à coletividade.

Como aduz Guilherme de Souza Nucci (2011, p. 81), a pena deve ser compreendida como “a sanção imposta pelo Estado, por meio de ação penal, ao criminoso como retribuição ao delito perpetrado e prevenção a novos crimes”.

De idêntico pensamento, são os ensinamento de Pedro Lenza, que expõe:

É a retribuição imposta pelo Estado em razão da prática de um ilícito penal e consiste na privação ou restrição de bens jurídicos determinada pela lei, cuja finalidade é a readaptação do condenado ao convívio social e a prevenção em relação à prática de novas infrações penais. (LENZA, 2012. p.423).

Nas palavras de Capez, a definição não é outra senão aquela compartilhada pelos magistrados *sus*o transcritos, que aduz:

Sanção penal de caráter aflitivo, imposta pelo Estado, em execução de uma sentença, ao culpado pela prática de uma infração penal, consistente na restrição ou privação de um bem jurídico, cuja finalidade é aplicar a retribuição punitiva ao delinqüente, promover a sua readaptação social e prevenir novas transgressões pela intimidação dirigida à coletividade. (CAPEZ, 2003, p. 332).

Nessa esteira de cognição, se a pena é a sanção consistente na restrição ou privação de um bem jurídico – enquanto diretriz jurídica incontestável – reputa-se necessário o apontamento, à luz da orientação constitucional, acerca das espécies de pena. Assim, haveria um abismo entre restrição e privação, o que comporta explanação neste estudo.

Nesse diapasão, nossa Carta Magna elenca um rol de penas possíveis de serem adotadas pela lei penal, estabelecendo, em seu art. 5º, inciso XLVI, que: “a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes: privação ou restrição de liberdade; perda de bens; multa; prestação social alternativa; suspensão ou interdição de direitos”.

A Lei Maior também delimita as formas de punição incabíveis à luz do ordenamento pátrio, quais sejam: a morte, salvo em caso de guerra declarada; de caráter perpétuo; de trabalhos forçados; de banimento; cruéis, não podendo também ser de caráter perpétuo e, ainda, nos termos do artigo 75 do Códex Penal, sendo impossível a exceção a 30 (trinta) anos de pena.

Nesse contexto, as diretrizes constitucionais assumem papel fundamental à existência das sanções punitivas de restrição e privação de bens jurídicos. No mesmo sentido, não poderia desconhecer, igualmente, o grave encargo de garantir a ressocialização do sancionado para que este volte ao convívio em sociedade quando finalizada sua pena, bem como a intimidação do autor do delito para que este não volte a praticar o delito, recolhendo-se ao cárcere privado.

3.2 DA FINALIDADE DA PENA

Uma vez estabelecida a consciência acerca do conceito de pena, projeta-se, agora, a finalidade da pena. Nesse sentido, a doutrina utiliza três grandes grupos teóricos para delinear o escopo da pena, quais sejam: a teoria absoluta, a teoria relativa, e a teoria mista, sendo cada qual concebida com o respectivo grau de punição.

De modo didático, explanaremos de forma pormenorizada cada uma delas para ao final dilucidar a mais acertada finalidade da pena compatível com o intuito deste trabalho acadêmico.

Assim, iniciaremos as explicações tratando da teoria absoluta, cuja ideia central busca expor a pena como um meio punitivo, ou seja, um castigo àquele que pratica determinado ilícito penal previsto no ordenamento jurídico.

Nesse norte são as lições de Bittencourt, que explicita:

A característica essencial das teorias absolutas consiste em conceber a pena como um mal, um castigo, como retribuição ao mal causado através do delito, de modo que sua imposição estaria justificada, não como meio para o alcance de fins futuros, mas pelo valor axiológico intrínseco de punir o fato passado: *quia peccatum*. Por isso também são conhecidas como teorias retributivas. (BITTENCOURT, 2012, p. 41)

Aproveitando o mesmo magistério de Bittencourt, tem-se como fundamento ideológico das teorias absolutas da pena:

(...) o reconhecimento do Estado como guardião da justiça terrena e como conjunto de ideias morais, na fé, na capacidade do homem para se autodeterminar e na ideia de que a missão do Estado perante os cidadãos deve limitar-se à proteção da liberdade individual. Nas teorias absolutas coexistem, portanto, ideias liberais, individualistas e idealistas (BITTENCOURT, 2012, p.40).

Vale referir, como patronos desta teoria, os filósofos Kant e Hegel. Porém, Bittencourt aponta a notória diferença entre a essência filosófica de ambos, ao explicitar:

(...) enquanto em Kant a justificação da pena é de ordem ética, com base no valor moral da lei penal infringida pelo autor culpável do delito, em Hegel é de ordem jurídica, com base na necessidade de reparar o direito através de um mal que restabeleça a norma legal violada (BITTENCOURT, 2012, p. 41).

Neste ponto, factível estabelecer, como critério de cognição desta teoria, o carácter punitivo, porquanto os defensores dessa linha de pensamento preconizam ser necessária a repressão efetiva ao cometimento de ilícitos penais.

Obviamente, o excesso sancionador inerente a esta teoria possibilita a existência de um viés totalmente antagônico. Isso porque, na contramão da ideia de aplicar-se, efetivamente, uma punição severa ao autor de um delito, advém a ideia de desnecessidade punitiva pela prevenção, na qual o agente sequer pratica determinado fato típico pelo medo intrínseco de receber qualquer punição.

Tal argumento, doutrinariamente chamado de teoria relativa, adota, como finalidade, aquela de intimidação social, ou seja, o indivíduo deixará de praticar um ato ilícito por existir uma punição a ele.

Esses são os apontamentos da obra de Bittencourt, que expõe:

Para as teorias relativas a pena se justifica, não para retribuir o fato delitivo cometido, mas, sim, para prevenir a sua prática. Se o castigo ao autor do delito se impõe, segundo alógica das teorias absolutas, somente porque delinquir, nas teorias relativas a pena se impõe para que não volte a delinquir. Ou seja, a pena deixa de ser concebida como um fim em si mesmo, sua justificação deixa de estar baseada no fato passado, e passa a ser concebida como meio para o alcance de fins futuros e a estar justificada pela sua necessidade: a prevenção de delitos. Por isso as teorias relativas também são conhecidas como teorias utilitaristas ou como teorias preventivas. (BITTENCOURT, 2012, p. 47)

Seguindo a intelecção quanto à repreensão da pena pela teoria relativa, as funções preventivas da pena dividem-se em duas espécies de atuação, quais sejam, a da prevenção geral e a prevenção especial.

A primeira espécie, nomeada teoria da prevenção geral, desloca seu foco de atuação do delinquente propriamente dito para a comunidade de maneira geral. Assim, o elemento comum à prevenção geral habita a concepção de pena como instrumento político-criminal de imposição do medo, afastando a coletividade da prática de ilícitos penais pela ameaça contida no comando normativo, na realidade quanto à aplicação das normas e sua efetividade da execução.

A segunda espécie, denominada teoria da prevenção especial, direciona seus esforços sobre o delinquente *in persona*, com o objetivo de evitar que este cometa novos crimes, seja pela correção do ato ilícito já praticado ou pela intimidação pelas nefastas consequências do cometimento de outros crimes.

Assentados tais conhecimentos, e como praxe da doutrina, surge uma terceira teoria, consubstanciada na junção das teorias absoluta e relativa, carregando sua bandeira no ideal de pena com finalidade contígua de punição e prevenção.

O magistério de Guilherme de Souza Nucci logra êxito ao coligir as finalidades da pena, defendidas por essa teoria, apontando dois enfoques demasiadamente radicais, quais sejam: o abolicionismo penal e o direito penal máximo.

Sua segunda teoria, o direito penal máximo, adotaria, como característica, o excesso de severidade, ou seja, “não permitindo a impunidade, ainda que à custa do sacrifício de algum inocente” (NUCCI, 2011, p.391).

Ainda, na toada do sobredito ensinamento, Nucci com fundamento do pensamento de Luigi Ferrajoli expõe o conceito de abolicionismo penal ao explicitar:

O abolicionismo penal – independentemente dos seus intentos liberatórios e humanitários – configura-se, portanto, como uma utopia regressiva que projeta, sobre pressuposto ilusórios de uma sociedade boa ou de um Estado bom, modelos concretamente desregulados ou autorreguláveis de vigilância e/ou punição, em relação aos quais é exatamente o direito penal – com o seu complexo, difícil e precatório sistema de garantias- que constitui, história e axiologicamente, uma tentativa progressista. (NUCCI, 2011, p. 393)

Note-se que, para esta teoria, ninguém deverá deixar de ser punido, ainda que severamente, para lograr êxito na conscientização da sociedade, evitando o cometimento de qualquer ato ilícito.

O escopo deste estudo pretende defender, ainda que de forma contida, uma finalidade distinta para a pena, com maior afinidade à teoria relativa. Ainda, ao final desta obra, pretende-se expor a necessidade de aplicar penas dignas e justas aos condenados, extraindo a máxima finalidade da sanção e devolvendo à sociedade o próprio caráter educacional da punição.

No entanto, averba-se que, para o deslinde teórico, objeto deste trabalho acadêmico, necessária é a aplicação no que tange somente à aplicação da pena restritiva de direitos, não comportando discussões quanto à privação de liberdade.

Dessa forma, o movimento seguro para atingir o objetivo pretendido deve ser aquele de exposição acerca da pena de restrição de direitos dos indivíduos e, portanto, será trazido à baila na sequência.

3.3 DO LIMITE À PENA RESTRITIVA DE DIREITOS

Em continuidade ao fragorosamente exposto até o momento, o ordenamento jurídico pátrio prevê três tipos de pena, quais sejam: as privativas de liberdade, as restritivas de direito e a pena pecuniária, cuja aplicação, indiscutivelmente, será feita pelo magistrado de modo a punir e evitar a ocorrência de novos crimes.

Nesse sentido, oportuno pontuar o contido em nosso caderno penal, em seu artigo 59, que aduz:

Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime.

As penas privativas de liberdade não são objeto de estudo no presente trabalho porquanto o propósito será, ao final, apontar ao interlocutor os fundamentos essenciais de efetividade de adequação da pena restritiva de direitos com a personalidade do indivíduo apenado.

Nessa lógica, imperioso, então, expor a definição das penas restritivas de direitos já que estas serão objeto de argumentação até o final destes estudos.

Assim, teremos, como penas restritivas de direito, as sanções penais autônomas e substitutivas, costumeiramente chamadas de penas alternativas. A intenção desse tipo de sanção é evitar a privação de liberdade de determinados indivíduos criminosos, na esperança de recuperar o agente que praticou o ilícito penal através da restrição de alguns direitos objetivos.

Justamente nesse sentido é o teor do artigo 43, do Código Penal, ao prever tais sanções, a seguir expostas:

Art. 43. As penas restritivas de direitos são:
I - prestação pecuniária;
II - perda de bens e valores;
III - limitação de fim de semana.
IV - prestação de serviço à comunidade ou a entidades públicas;
V - interdição temporária de direitos;
VI - limitação de fim de semana.

Nesse norte cognitivo, Nucci, em sua obra Manual de Direito Penal, explica sucinta e objetivamente cada tipo de pena restritiva de direito, veja-se:

A prestação pecuniária consiste no pagamento em dinheiro feito à vítima e seus dependentes ou a entidade pública ou privada, com destinação social, de uma importância fixada pelo juiz, não inferior a um salário mínimo nem superior a 360 salários mínimos. Pode, conforme o caso, transformar-se em prestação de outra natureza, conforme veremos no item próprio. A perda de bens e valores consiste na transferência, em favor do Fundo Penitenciário Nacional, de bens e valores adquiridos lícitamente pelo condenado, integrantes do seu patrimônio, tendo como teto o montante do prejuízo causado ou o proveito obtido pelo agente ou terceiro com a prática do crime, o que for maior. A atribuição de serviços à comunidade ou a entidades públicas é a atribuição de tarefas gratuitas ao condenado junto a entidades assistenciais, hospitais, orfanatos e outros estabelecimentos similares, em programas comunitários ou estatais. Trata-se, em nosso entender, da melhor sanção penal substitutiva da pena privativa de liberdade, pois obriga o autor de crime a reparar o dano causado através do seu trabalho, reeducando-se, enquanto cumpre a pena. Nesse sentido, note-se a lição de Paul de Cant: “A ideia de fazer um delinquente executar um trabalho ‘reparador’ em benefício da comunidade tem sido frequentemente expressa nestes últimos anos. O fato mais admirável é que parece que Beccaria já havia pensado em uma pena dessa natureza ao escrever, no século XVIII, que ‘a pena mais oportuna será somente aquela espécie de servidão que seja justa, quer dizer, a servidão temporária que põe o trabalho e a pessoa do culpado a serviço da sociedade, porque este estado de dependência total é a reparação do injusto despotismo exercido por ele em violação ao pacto social” (O trabalho em benefício da comunidade: uma pena de substituição?, p. 47). A interdição temporária de direitos é a mais autêntica pena restritiva de direitos, pois tem por finalidade impedir o exercício de determinada função ou atividade por um período determinado, como forma de punir o agente de crime relacionado à referida função ou atividade proibida, ou frequentar determinados lugares. A limitação de fim de semana consiste na obrigação do condenado de permanecer, aos sábados e domingos, por cinco horas diárias, em Casa do Albergado ou lugar adequado, a fim de participar de cursos e ouvir palestras, bem como desenvolver atividades educativas. (g.n) (NUCCI, 2011, p. 433 e 434)

Dessa forma, a questão pertinente diz respeito à cognição dos limites dessa sanção de restrição de liberdade. Assim, qual o tipo de sanção restritiva de direitos se amolda com exatidão ao caso concreto e qual o resultado efetivo do estabelecimento de tais penas?

Com a devida vênia ao entendimento contrário, defende-se, aqui, que tais sanções, além de obrigatoriamente guardar compatibilidade com os primados constitucionais alhures expostos, devem ser impostas de forma a aproveitar o máximo potencial do indivíduo e a possibilidade de devolver de forma agradável à própria comunidade, lesada direta ou indiretamente pela prática do delito, um indivíduo mais humano e atento ao no cometimento de novos ilícitos.

Provável questão que surge após essa explanação diz respeito à forma de compatibilizar tal situação com o ordenamento jurídico, seja em compatibilidade vertical com o texto constitucional, seja em compatibilidade horizontal das normas infraconstitucionais.

Ora, buscamos defender, como forma harmonizar a imposição da sanção restritiva com o ordenamento jurídico e respectivos princípios constitucionais, a adequação laborativa do indivíduo, ou seja, o exercício do seu mister, com uma prestação comunitária compatível e efetiva.

Em reverência à síntese, seria o mesmo que impor a um advogado apenado a prestação de serviços jurídicos gratuitos àqueles que necessitam, ou a um dentista condenado, a realização consultas e serviços odontológicos à população carente sem onerar esta última.

Na presente pesquisa, no que compete à restrição de direitos, essa seria a melhor opção e a mais adequada por integrar indivíduo e sociedade de forma a respeitar a dignidade da pessoa humana, a individualização da pena – de evidência indiscutível por valer-se do critério de conhecimento específico do condenado – e a proporcionalidade entre o ilícito penal e a sanção imposta.

Tal assunto é, por si só, demasiadamente extenso, e comporta explanação amiúde a seguir, como cerne deste estudo. Portanto, aprofundar-se-á no tema, no próximo capítulo.

4. DA EFETIVIDADE DA APLICAÇÃO DA PENA

Esclarecidos os conceitos, é forçoso explicitar o âmago deste trabalho, haja vista ser imperioso demonstrar os benefícios intrínsecos e extrínsecos da aplicação de sanção punitiva restritiva de direitos, na modalidade de prestação de serviços comunitários, como forma de melhor atender as disposições contidas na Constituição da República Federativa do Brasil.

Assim, elencar-se-ão os préstimos ao condenado e ao próprio Estado quando da concessão de tal medida punitiva, de forma a compatibilizar a sanção com os prolegômenos constitucionais.

4.1 DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA À PESSOA DO CONDENADO

Individualizar uma pena exige, incontestavelmente, do aplicar da lei pena a subordinação direta a um trinômio consubstanciado nos elementos sanção, ato ilícito e personalidade do agente.

Vale dizer, para que haja a correta individualização da pena, o magistrado deverá impor a correta sanção em conformidade com a concretude do ato ilícito sem arredar do conjunto de fatores as características pessoais do apenado.

Nesse contexto, ante a imensidão de fatores que influenciam tanto na matéria penal quanto na própria vida do condenado, a atenção ao princípio da individualização na fase de execução da pena é indelével. Entretanto, caberá aqui, como objeto de estudos, somente a análise do princípio da individualização da pena no cumprimento das penas restritivas de direitos.

Seguindo este raciocínio, a própria exposição de motivos da Lei de Execuções Penais exige, do Estado-Juiz, a estrita observância ao primado de adequação da pena à personalidade ao expor: “Na execução das penas restritivas de direitos domina também o princípio da individualização, aliado às características do estabelecimento, da entidade ou

do programa comunitário ou estatal”. (Exposição de Motivos à Lei de Execução Penal, parágrafo 139).

Deveras, em concórdia com a exposição de motivos sobredita, a pena restritiva de direitos deve ser adaptada à figura típica do próprio condenado, respeitando-se as suas características físicas e psicológicas, aptidões profissionais e capacidade laborativa, com o objetivo de extrair o máximo de contribuição do apenado no cumprimento de suas obrigações.

Tanto é verdade que a pena restritiva de direitos, imposta ao condenado, poderá ter o curso de seu cumprimento alterado pelo magistrado, desde que obedecidas as finalidades a que se presta, para atingir o propósito de impor uma pena justa que ofereça uma contrapartida à própria sociedade.

Dessa forma, precisos são os ensinamentos de Carmen Silva de Moraes Barros, que expõe:

Trata-se do direito do acusado, se condenado, a obtenção de uma pena justa, livre de padronizações, dessa maneira, em uma condição individualizada do ser humano, em que há vida e personalidades singularizadas. Assegura-se a garantia das partes na relação processual contra o arbítrio excessivo ou mesmo abusivo do Estado-juiz na pena cabível. Não só visa essas garantias como protege também o mau uso do poder de elaborar leis penais, impedindo que o Estado construa leis além do limite e imponha regimes de cumprimento ou execução do mesmo sentido. Assim, se a individualização alcança três momentos distintos, torna-se imperioso o respeito ao preceito constitucional em todas essas etapas (BARROS, 2011, p. 120).

Ademais, a individualização da pena, em sede de execução penal, deve, em regra, dirigir os holofotes ao futuro do sentenciado, pois cada apenado é diferente em personalidade, caráter e aptidão, merecendo tratamento distintivo para que se aproveite ao máximo a conjunção desses fatores em benefício da própria sociedade.

Para elucidar a questão, imperioso trazer à baila um julgado de repercussão nacional. Em tal julgado, um advogado fora condenado à prestação de serviços jurídicos não onerosos à população economicamente prejudicada, devendo exercer seu mister em pelo menos noventa processos.

Não é por menos que tal decisão alçara voo sob todo o território pátrio, pois, sob o nosso prisma de estudos, dificilmente existirá, em todo o acervo decisório dos tribunais, uma forma mais digna e compatível com a situação pessoal do apenado.

Irredutível conclusão se impõe, na análise detida do *sus* mencionado princípio, da necessidade dos magistrados em proferir mais decisões como a anteriormente referida. Essa forma de aplicação da lei penal permite ao condenado reintegrar-se na comunidade, exercendo o labor de sua vida em prol daqueles que necessitam.

Além disso, a individualização da pena exige que seja resguardada a proporcionalidade entre a pena imposta e a figura do apenado, visto que seria injusto e, até mesmo, ilegal impor sanções demasiadamente custosas ao sentenciado, pois, ao invés de reintegrá-lo, o afastaria do lúdimo convívio social.

4.2 DA PROPORCIONALIDADE ENTRE PENA E APENADO

No trilhar pretendido por este estudo, e à luz do contexto de aplicação das penas, o princípio constitucional da proporcionalidade constitui-se em medida jurídica salutar ao próprio ordenamento, restringindo alguns excessos estatais e malogrando desequilíbrios jurídicos, onde se deve distribuir justiça desigual aos desiguais e justiça igual aos iguais. Em síntese, a proporcionalidade tange-se como certeza na existência do direito justo, sendo princípio garantidor da vigência dos direitos fundamentais.

Nesse espírito, Alice Bianchini aduz:

A importância do princípio da proporcionalidade decorre do fato de a gravidade da intervenção penal ter sua variação atrelada ao grau de dignidade do bem jurídico e da sua afetação, fazendo nascer o binômio merecimento de pena/restrição da liberdade humana (BIANCHINI, 2002, p.85).

Corroborando esse entendimento as palavras do professor Dotti, que expõe:

A proporcionalidade da pena é uma exigência de dupla face. De um lado deve traduzir o interesse da sociedade de impor uma medida penal “necessária e suficiente para a reprovação e prevenção do crime” (CP., art. 59); de outro deve garantir ao condenado o direito em não **sofrer uma punição que exceda o limite do mal causado pelo ilícito.** (g.n) (DOTTI, 2005, p. 54).

A despeito de parecer cristalino, no entendimento quanto à proporcionalidade, existe uma imprecisão retumbante no ordenamento jurídico pátrio justamente no que diz respeito à obediência do princípio na esfera das execuções penais.

Partindo dessa concepção, a trajetória fundamental a ser seguida leva à desestigmatização do *jus puniendi* para viabilizar aos togados a máxima liberdade na adequação da sanção punitiva, levando em conta as peculiaridades do caso e do apenado.

Assim, para atender o princípio da proporcionalidade e corrigir as distorções legislativas, é dever do juiz na aplicação da lei ao caso concreto, observando a discricionariedade vinculada, adequar a própria sanção aos limites impostos pela culpabilidade, que hodiernamente atuará como limitador do poder punitivo do Estado.

Coadunando tais diretrizes são os ensinamentos de Mariângela Gama de Magalhães Gomes, que expõe:

Critério valorativo constitucional determinante das máximas restrições que podem ser impostas na esfera individual dos cidadãos pelo Estado, e para a consecução de seus fins. Assim, integra uma exigência ínsita no Estado de Direito enquanto tal, que impõe a proteção do indivíduo contra intervenções estatais desnecessárias ou excessivas que gravem o cidadão mais do que o indispensável para a proteção dos interesses públicos. (GOMES, 2003. p. 35).

Como se vem afirmando, a proporcionalidade deve ser o instrumento de materialização dos direitos fundamentais e da manutenção no equilíbrio das ações estatais. Diante disso, não se deve olvidar que somente haverá proporcionalidade entre pena e apenado quando houver, por parte do aplicador da lei penal, o estrito respeito aos requisitos judiciais e extrajudiciais existentes, vedando a imposição de graves sanções, de modo a proteger o contexto jurídico das execuções penais.

Destarte, valendo-se do mesmo exemplo supradito, é factível crer que um advogado condenado a exercer a advocacia, ou seja, o próprio ofício realizado diariamente por ele para extrair seu sustento e de sua família, não pode lamuriar o fato de exercê-la de forma gratuita aos menos favorecidos como forma de cumprimento de uma sanção punitiva.

Argui-se, aqui, se há forma mais lúdica de proporcionalidade? De igual modo, questiona-se, no caso ilustrativo, se há compatibilidade dessa modalidade de pena com o ordenamento jurídico pátrio.

Notoriamente, com a devida vênia aos entendimentos contrários, concordamos com a tese de inexistir forma mais escoreita de resguardar o primado constitucional porquanto a personificação do expediente profissional torna-se a própria punição estatal.

Tão evidente quanto à forma de decantar a proporcionalidade é a compatibilização desta forma de sanção punitiva prevista no texto constitucional e isso porque nossa Lei Maior exige, em seu artigo 5º, o próprio respeito a proporcionalidade e entendemos como dever do magistrado à justa aplicação principiológica adequando-se a pena ao critério proporcional plasmado em nossa Constituição.

4.3 A PENA COMO GARANTIA DE DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Consoante publicado noutra parte deste trabalho, o acatamento ao primado constitucional da dignidade da pessoa humana, concernente à aplicação da pena restritiva de direitos, necessariamente transpassa pela retida imposição de medida punitiva compatível com a vocação individual do apenado, seu caráter e sua personalidade.

Nesse horizonte são os ensinamentos de Carmen Silva de Moraes Barros, que expõe:

Um dos princípios que deve ser assegurado ao condenado é o princípio da dignidade humana, que abrangem os direitos essenciais para o livre desenvolvimento do ser humano. A dignidade não pode alterar em qualquer situação em que a pessoa se encontre. Portanto, a execução da pena tem de respeitar o direito à dignidade e assegurar a todos os condenados este direito inerente a eles. (BARROS, 2011, p. 130)

Calha enfatizar, ainda, o fato da pena restritiva de direitos, se prestada na modalidade de serviços à comunidade, trazer, ao condenado, a íntima sensação de utilidade e de contribuição para o bem-estar comum, elevando o grau de ressocialização do próprio apenado.

Ademais, o apenado, quando do cumprimento de pena restritiva de direitos, não pode, sob nenhuma hipótese, ser exposto a situação vexatória, ou ainda, de elevada degradação moral, pois, se assim fosse, destoaria do insistentemente preconizado princípio da dignidade da pessoa humana.

Nesse sentido, entende-se que o prestamento de serviços comunitários como forma de imposição da pena limitadora de direitos é a própria corporificação da dignidade da pessoa humana porquanto o apenado devolve à sociedade, muitas vezes vítima dos atos ilícitos desse indivíduo, serviços necessários prestados sem qualquer ônus ao Estado, propiciando bem-estar ao condenado e benefício à coletividade.

Reforçam essa convicção, os ensinamentos de Bittencourt, que expõe:

O condenado, ao realizar essa atividade comunitária, sente-se útil ao perceber que está emprestando uma parcela de contribuição e recebe, muitas vezes, o reconhecimento da comunidade pelo trabalho realizado. Essa circunstância leva naturalmente o sentenciado à reflexão sobre seu ato ilícito, a sanção sofrida, o trabalho realizado, a aceitação pela comunidade e a escala de valores comumente aceita pela mesma comunidade. Essa reflexão facilita o propósito pessoal de ressocializar-se, fator indispensável no aperfeiçoamento do ser humano. (BITTENCOURT, 2010, p. 32)

Denota-se, nesse horizonte cognitivo, a existência de diversos benefícios usufruídos pelo apenado quando do efetivo cumprimento de sua sanção restrita de direitos. A questão latente, no entanto, diz respeito à qual ou quais funções deverão ser exercidas pelo condenado para que este tenha sua dignidade erigida a caráter supremo.

À título ilustrativo, retomando o exemplo daquele causídico, agora no tocante a dignidade, enquanto pessoa humana, questiona-se a possibilidade de atribuir a um advogado, condenado a prestação de serviços à comunidade, o exercício gratuito de seu mister àqueles que necessitam de assistência jurídica e, no entanto, não detêm condições financeiras para contratação de profissional particular.

A conclusão para tal questionamento, embora pareça óbvia, como nas demais situações anteriormente aventadas, não detém a clareza necessária à pacificação do entendimento, e isso porque há fragorosa corrente contrária à imposição dessa modalidade de sanção porquanto resultaria em arbitrariedade estatal no desfrute de mão de obra qualificada não onerosa.

Com o objetivo cristalino de fornecer arrimo à corrente de doutrinadores, apoiadores dessa violação à dignidade pela exploração de trabalho qualificado não oneroso, precedentes do Superior Tribunal de Justiça (HC 17142 PE 2001/0074527-5), por exemplo, delineiam o impedimento de o próprio Poder Judiciário em ser beneficiado pelos serviços dos apenados.

Para combater o aventado por essa parca corrente de doutrinadores, necessário recorrer às diretrizes fornecidas por Eugênio Raúl Zaffaroni acerca da gratuidade das tarefas exercidas em cumprimento à pena de prestação de serviços à comunidade, ao expor:

Como as tarefas devem ser gratuitas, um elementar princípio ético impõe que as mesmas revertam em benefício da comunidade ou de instituições que prestam serviços aos setores mais carentes da população, e em atividades estatais ou comunitárias, ou seja, que o Estado não se beneficie patrimonialmente à custa do trabalho gratuito do apenado. A gratuidade do trabalho não contraria os princípios democráticos ou republicanos, porque não se trata de uma tarefa orientada pela finalidade de ensinar o apenado a trabalhar, nem de criar uma fonte de ingresso no serviço público, mas unicamente criar uma contramotivação no condenado, o que não poderia ocorrer se o trabalho fosse remunerado. (ZAFFARONI, 2016, p.75)

Desta feita, nosso objetivo com o presente estudo é gozar da égide fornecida pelo magistério de Zaffaroni, porquanto, no escopo de suas finalidades, busca-se a exposição dos inúmeros benefícios alcançados, tanto ao condenado, quanto aos cofres do Erário, pela imposição de pena de prestação de serviços comunitários, respeitando, obviamente, a íntima dignidade do réu.

Nesse trilhar, denota-se que o primeiro benefício, e certamente o dignificador soberano, é diretamente inclinado à pessoa do sentenciado, e isso porque a legislação pátria determina o desenvolvimento de atividades segundo a aptidão pessoal e profissional e, assim, o indivíduo no exercício das atividades que lhes foram impostas, sentir-se-á útil e ampliará o grau de ressocialização junto à sociedade.

A contrapartida de benefícios proporciona às instituições economicamente frágeis um trabalho especializado e de qualidade. Vale registrar, também, o benefício por parte do Estado bem como da sociedade pela manutenção do sentenciado fora do sistema prisional, ficando distante do estigma de “ex-detento”.

Nestes termos são as colocações de Marcus Valério Saavedra Guimarães de Souza que expõe:

As penas alternativas, de outra feita, não deixam no condenado, o estigma de ex-presidiário, talvez o maior mal que o Estado possa causar à pessoa, pela marca indelével que essa qualidade deixa, cerrando-lhe as oportunidades em todos os setores sociais. (SOUZA, 2011)

Seguramente, entendemos que a sanção penal, *in casu*, de prestação de serviços comunitários deve manter-se dentro dos valores intrínsecos da nossa Lei Maior, pois, aquilo que é considerado digno ante a previsão encartada em nossa Carta Magna torna-se indissociável ao próprio apenado e, portanto, para que este “acerte suas contas” com a Justiça, exige-se que a prestação por ele exercida seja, ao menos, moralmente meritória, para que o êxito de recuperação do réu seja plenamente alcançado.

Nesse sentido, precisos são os ensinamentos de Oswaldo Henrique Duek Marques, que aduz:

O mal contido na pena, cujo caráter estigmatiza em vez de propiciar sua recuperação. A prisão praticada dessa maneira ofende a dignidade da pessoa humana, torna-se tortura psicológica e moral, tendo efeitos negativos não ressocializadores, sendo, portanto ilegal (MARQUES, 2008, p. 158).

Em reverência a síntese, defendemos a necessidade de impor, ao sentenciado, uma prestação de serviços comunitários amplamente compatíveis com as habilidades pessoais, aptidão profissional, caráter e personalidade. Isso porque facultar tal conjectura de fatores, além de aumentar o grau de ressocialização, traz melhores resultados a todos os envolvidos.

No contexto retratado, pelos percutientes fundamentos, aos quais nada deve-se acrescentar, a deferência à dignidade da pessoa humana não significa somente o respeito à nossa Constituição Federal, mas também uma mútua satisfação de interesses, ao indivíduo que prestará seus serviços a entidades efetivamente necessitadas de forma não onerosa e ao estado que fará uso de mão de obra devidamente qualificada e com isso, não precisará dispor de seus poucos recursos para a contratação de agentes capacitados.

Dessa forma, nomeadamente digno é proporcionar ao apenado situações em que o exercício de seu labor seja reconhecido pela sociedade e onde o Estado possa direcionar os benefícios auferidos novamente à própria coletividade.

5. CONCLUSÃO

Conforme visto ao longo deste trabalho, não há, em nosso ordenamento jurídico, uma previsão expressa que possibilita a aplicação da execução penal de forma adequada e justa ao apenado.

Entretanto, o estudo coligido sistemático dos princípios constitucionais nos permite vislumbrar que a imposição concreta de uma sanção justa e compatível ao ilícito praticado, e em total consonância as aptidões profissionais do apenado, é a forma mais adequada de executar as penas restritivas de direitos, principalmente no que diz respeito à prestação de serviços comunitários.

Buscamos, ao longo deste estudo, externar a coerência quanto à adoção da forma de sanção punitiva restritiva de direitos desde que adequada aos requisitos intrínsecos e extrínsecos como forma de maximizar os efeitos positivos do apenamento.

Registramos, em consonância com as linhas anteriores, nossa predileção quanto à pena de prestação de serviços comunitários aos indivíduos condenados a penas reduzidas, pois tais indivíduos não merecem carregar o estigma de ex-presidiários. Estes teriam, portanto, a capacidade de fornecer, gratuitamente, mão de obra qualificada ao estado de forma a favorecer diretamente a própria sociedade.

Outrossim, o minguado número de julgados emanados nessa linha de raciocínio delineia a necessidade de maior ativismo judicial, não por interesse direto em beneficiar os condenados, mas, sim, em benefício difuso, no qual toda a coletividade gozará de serviços de alto grau qualitativo sem que isso implique em prejuízos diretos ao Erário.

Por fim, guardada vênua ao pensamento contrário, defendemos que o Estado, hoje, é incapaz de fornecer os mesmos serviços sem onerar seu orçamento. Nesse seguimento, se há possibilidade de promover maior benefício a toda coletividade, é indispensável que assim o faça.

6. REFERÊNCIAS

ANTUNES, Roberta Pacheco. O princípio da proporcionalidade e sua aplicabilidade na problemática das provas ilícitas em matéria criminal. In: Jus.com.br Publicado em: 2006 Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/8153/o-principio-da-proporcionalidade-e-sua-aplicabilidade-na-problemativa-das-provas-ilicitas-em-materia-criminal/2>. Acesso em: Jun. 2017.

ARAÚJO, Juscelina Coelho de. Os princípios da proporcionalidade e razoabilidade e sua aplicação na administração pública. Publicado em: 2009. Disponível em: <http://www.tce.mt.gov.br/artigo/show/id/35/autor/21> Acesso em: Jun. 2017.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**. 6. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

ÁVILA, Humberto. Teoria dos princípios. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2003

AVILA, Humberto, TEORIA DOS PRINCIPIOS, da definição a aplicação dos princípios Jurídicos. 12º edição – Malheiros editora, 2011 “Critério do "modo final de aplicação"

BARROS, Carmem Silva de Moraes, A individualização da pena na execução penal São Paulo. 2011

BARROS, Suzana de Toledo. O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais. Brasília: Brasília jurídica, 1996.

BARROSO, Luiz Roberto, Interpretação e aplicação das constituições, São Paulo, Saraiva, 2001

BARROSO, Luís Roberto. A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo: Natureza Jurídica, Conteúdos Mínimos e Critérios de Aplicação. Versão provisória para debate público. Mimeografado, dezembro de 2010. http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2010/12/Dignidade_texto-base_11dez2010.pdf Acesso em 06 de agosto de 17

BIANCHINI, Alice. Pressupostos materiais mínimos da tutela penal. São Paulo. 2002

BITTENCOURT, Cezar Roberto, Tratado de Direito penal – Parte Geral . VOL. 1 – 17ª EDIÇÃO , 2012

BOBBIO, Norberto. A era dos direitos. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992,

BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 24ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

BRAGA, Fernanda. Há diferenças entre o princípio da proporcionalidade e da razoabilidade? In: JusBrasil. Publicado em: 2008. Disponível em: <https://fg.jusbrasil.com.br/noticias/95239/ha-diferencas-entre-o-principio-da-proporcionalidade-e-da-razoabilidade-fernanda-braga> Acesso em: Jun. 2017.

CANOTILHO, Jose Joaquim Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição. 2.ed. Coimbra: Almedina, 1998.

CAPEZ, Fernando. Curso de Direito Penal, São Paulo. 2003.

CAPEZ, Fernando. Curso de Direito Penal: parte geral. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

DOTTI, René Ariel. Movimento antiterror e a missão da magistratura Curitiba. 2005

GOMES, Geder Luiz Rocha. A substituição da prisão. Alternativas penais: Legitimidade e adequação. Salvador: Editora JusPodivm, 2008

GOMES, Mariângela Gama Magalhães. O princípio da proporcionalidade no direito penal São Paulo. 2003

LENZA, Pedro, Direito Penal esquematizado, São Paulo, Saraiva, 2012.

MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. Fundamentos da pena, São Paulo. 2008

NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. **O Direito brasileiro e o princípio da dignidade da pessoa humana. Jus Navigandi**, Teresina, ano 5, n. 41, 1 maio 2000. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/161>> Acesso em 06 de agosto de 2017.

NUCCI, Guilherme de Souza. Manual do Direito Penal, parte geral, parte especial, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2011.

NUCCI, Guilherme de Souza. Conceito de pena. Publicado em: 2015. Blog Pessoal. Disponível em: <http://www.guilhermenucci.com.br/dicas/conceito-de-pena> Acesso em: Jun. 2017.

OLIVEIRA FILHO, Gabriel Barbosa Gomes de. A origem e história das penas: o surgimento da pena privativa de liberdade. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XVI, n. 119, dez 2013. Disponível em: <http://ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=14030>. Acesso em ago 2017.

PADILHA JR., Caupolician. TEORIA DA PENA. Disponível em: <http://docplayer.com.br/8085703-Teoria-da-pena-prof-caupolician-padilha-junior.html>. Acesso em: Jun. 2017.

RESSEL, Sandra. Execução penal: Uma visão humanista. Discussão sobre as penas aplicadas e sua execução. Propostas para uma execução penal humanista. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, X, n. 45, set 2007. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2305>

>. Acesso em ago 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição federal de 1988 -- Porto Alegre, Livr. do Advogado, 2011.

SOUZA, Marcus Valério Saavedra Guimarães de. Penas Alternativas na Recuperação do Apenado. Publicado em: 2011 Disponível em: <https://valeriosaavedra.jusbrasil.com.br/noticias/2545740/penas-alternativas-na-recuperacao-do-apenado> ACESSO 25 DE AGOSTO DE 2017.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl. FUNDAMENTO DO DIREITO PENAL MINIMO, 2ª EDIÇÃO, Lumen juris, 2016.

7. APÊNDICE

O exemplo retratado no presente estudo, qual seja, da condenação de advogado ao trabalho gratuito em noventa processos diz respeito à Execução Penal nº 0000516-24.2016.403.6116.

A pouca seleção de julgados nesse sentido e a quase nula divulgação midiática nos fez optar pelo estudo crítico deste processo porquanto fora veiculado em diversas mídias no âmbito nacional.