



**SOCIEDADE METROPOLITANA DE EDUCAÇÃO, CULTURA E
TECNOLOGIA SÃO CARLOS
FACULDADE METROPOLITANA SÃO CARLOS - FAMESC
CURSO DE GRADUAÇÃO DIREITO**

ANA LAURA DELGADO XAVIER

**JUSTIÇA RESTAURATIVA E TERAPÊUTICA EM PAUTA: A
EXPERIMENTAÇÃO DE MODELOS NÃO-DOG MÁTICOS DA
EXECUÇÃO PENAL EM PROL DA CONCRETIZAÇÃO DA FUNÇÃO
DA PENA.**

Bom Jesus do Itabapoana/RJ
2018

ANA LAURA DELGADO XAVIER

**JUSTIÇA RESTAURATIVA E TERAPÊUTICA EM PAUTA: A
EXPERIMENTAÇÃO DE MODELOS NÃO-DOG MÁTICOS DA
EXECUÇÃO PENAL EM PROL DA CONCRETIZAÇÃO DA FUNÇÃO
DA PENA.**

Monografia apresentada como parte dos requisitos necessários para a conclusão do Curso de Graduação em Direito, sob orientação do Professor Doutor Tauã Lima Verdán Rangel, da Faculdade Metropolitana São Carlos – FAMESC.

Bom Jesus do Itabapoana/RJ
2018/2º

FICHA CATALOGRÁFICA

Faculdade Metropolitana São Carlos – FAMESC
Preparada pela Biblioteca Marlene Henriques Alves
39/2018

X3j Xavier, Ana Laura Delgado
Justiça restaurativa e terapêutica em pauta : a experimentação de modelos não-dogmáticos da execução penal em prol da concretização da função da pena / Ana Laura Delgado Xavier. – Bom Jesus do Itabapoana, RJ, 2018.
118 f.

Monografia (Graduação em Direito) – Faculdade Metropolitana São Carlos. Bom Jesus do Itabapoana, 2018.
Orientador: Tauã Lima Verdán Rangel.
Bibliografia: f. 109-118.

1. PROCESSO PENAL - BRASIL 2. JUSTIÇA RESTAURATIVA 3. JUSTIÇA TERAPÊUTICA I. Faculdade Metropolitana São Carlos
II. Título

CDD 345.8105

ANA LAURA DELGADO XAVIER

**JUSTIÇA RESTAURATIVA E TERAPÊUTICA EM PAUTA: A
EXPERIMENTAÇÃO DE MODELOS NÃO-DOGMÁTICOS DA
EXECUÇÃO PENAL EM PROL DA CONCRETIZAÇÃO DA FUNÇÃO
DA PENA.**

Monografia aprovada em ____/____/____ para obtenção do título de Bacharelado em Graduação de Direito.

Monografia avaliada em ____/____/____

Formatação: () _____

Nota final: () _____

Comissão Examinadora

Prof. XXXXXX

Orientador

Prof. XXXXX

Coorientador ou Avaliador de Metodologia

Prof. XXXXX

Avaliador de Conteúdo

Prof. XXXXX

Avaliador de Conteúdo

Bom Jesus do Itabapoana, XX (dia) de XXX (mês) de XXX (ano).

Dedico este trabalho a Deus, que me guiou com sua mão protetora, iluminou meus dias, me dando força, sabedoria e paciência para realização deste projeto.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente, agradeço a Deus por me permitir concluir mais esta etapa e por todas as graças concedidas até aqui. Por sempre me dar forças para continuar e realizar este sonho.

Agradeço ao meu orientador, sempre disposto a ajudar, Professor Tauã Lima Verdan Rangel, pela dedicação, paciência e incentivo, os quais foram essenciais na construção desta monografia.

Agradeço à minha mãe, minha heroína, que me incentivou e me apoiou nas horas de cansaço e desânimo, e ao meu pai, meu anjo do céu, que tenho certeza que compartilharia desta felicidade comigo, por tanto carinho e amor, que me serviram como inspiração para buscar o meu sonho.

À minha família, amigos, professores do curso de direito e a todos que me deram suporte para alcançar este objetivo.

“Precisamos dar um sentido humano às nossas construções. E, quando o amor ao dinheiro, ao sucesso nos estiver deixando cegos, saibamos fazer pausas para olhar os lírios do campo e as aves do céu”

Érico Veríssimo

XAVIER, Ana Laura Delgado. **Justiça Restaurativa E Terapêutica Em Pauta: A Experimentação de Modelos Não-Dogmáticos da Execução Penal em Prol da Concretização da Função da Pena.** 118f. Trabalho de Conclusão de Curso. Bacharelado em Direito. Faculdade Metropolitana São Carlos - FAMESC, 2018.

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo, analisar a possibilidade da aplicação de modelos não-dogmáticos da execução penal em prol da concretização da função da pena. Este estudo se justifica pelo sistema da justiça criminal convencional, sistema que por diversas vezes não traz para a sociedade a esperança de que aquele que foi submetido a pena restritiva de liberdade, não voltará a reincidir. A razão disso é que a prisão fabrica ainda mais criminosos ao invés de reintegrá-los à sociedade e diminuir assim, a alta taxa de violência que assombra o corpo social. Portanto, o projeto realizará a análise das novas medidas alternativas à pena privativa de liberdade, que passaram a ser pensadas visando o cumprimento da função social da pena. Vários programas foram criados, sendo os objetos deste trabalho o da Justiça Restaurativa e o da Justiça Terapêutica. As técnicas empregadas para a elaboração do presente consistiram na pesquisa em doutrinas, sites especializados, artigos científicos e dispositivos legais. Para cumprir com o objetivo serão analisados os modelos da Justiça Restaurativa e da Justiça Terapêutica, de modo a apresentar uma avaliação sobre esses modelos, vistos, na atualidade, por diversos estudiosos, como possíveis alternativas e complementos para o modelo de processo penal tradicional. São alternativas que devem ser aprimoradas em alguns pontos para sua plena utilização no ordenamento jurídico brasileiro, de forma que consigam garantir às partes todos os direitos que lhes são garantidos em âmbito constitucional.

Palavras-Chaves: Processo Penal; Justiça Restaurativa; Justiça Terapêutica; Modelos alternativos.

XAVIER, Ana Laura Delgado. **Restorative Justice and Therapeutics: The Experimentation of Non-Dogmatic Models of Criminal Execution for the Purpose of the Functioning of the Penalty.** 118p. Completion of course work. Bachelor's degree in law. São Carlos Metropolitan College - FAMESC, 2018.

ABSTRACT

The purpose of this paper is to analyze the possibility of applying non-dogmatic models of criminal execution in order to achieve the function of the sentence. This study is justified by the conventional criminal justice system, a system that on several occasions does not bring to society the hope that those who have been sentenced to a restriction of liberty will no longer recur. The reason for this is that the prison makes even more criminals instead of reintegrating them into society and thus reducing the high rate of violence that haunts the social body. Therefore, the project will carry out the analysis of the new alternatives to the custodial sentence, which began to be considered in order to fulfill the social function of the sentence. Several programs were created, the objects of this work being Restorative Justice and Therapeutic Justice. The techniques used to prepare the present consisted of research on doctrines, specialized websites, scientific articles and legal devices. In order to fulfill this objective, the models of Restorative Justice and Therapeutic Justice will be analyzed, in order to present an evaluation of these models, which are currently viewed by several scholars as possible alternatives and complements to the traditional criminal model. They are alternatives that must be improved in some points for their full use in the Brazilian legal system, so that they can guarantee to the parties all the rights that are guaranteed to them in constitutional scope.

Keywords: Criminal proceedings; Restorative Justice; Therapeutic Justice; Alternative Models.

SUMÁRIO

Resumo

Abstract

INTRODUÇÃO	11
1 HISTÓRICO DA PENA	14
1.1 Dos Períodos de Evolução da Pena	16
1.2 Das Espécies de Penas no Brasil.....	27
1.3 Das Funções da Pena	39
2 PRINCÍPIOS DA PENA	49
2.1 Do Princípio da Legalidade	51
2.2 Do Princípio da Individualização da Pena	59
2.3 Do Princípio da Proporcionalidade	66
2.4 Do Princípio da Humanidade	71
3 JUSTIÇA RESTAURATIVA E JUSTIÇA TERAPÊUTICA	76
3.1 Justiça Restaurativa	78
3.2 Justiça Terapêutica	90
3.3 A Aplicação dos Modelos Não Tradicionais em Prol da Recuperação do Apenado	99
CONCLUSÃO	106
REFERÊNCIAS	109

INTRODUÇÃO

O alto índice de criminalidade e violência tem mobilizado o mundo contemporâneo, que se vê frente a um fenômeno que deve ser encarado na sua complexidade. No cenário atual, a eficácia dos métodos conhecidos como “tradicionais” são, por muitas vezes, questionadas pela sociedade, pela mídia e pelos estudiosos. Durante muitos anos se vem buscando soluções para conter essa crescente violência, e com o resultado dessa busca chega-se à conclusão de que a criminalidade não pode ser erradicada. Contudo, mesmo que não se possa excluir este vício social, ele pode ser amenizado se tratado com medidas eficazes.

É necessário buscar um sistema de justiça criminal que seja mais flexível e eficiente a realidade vivenciada, com condutas adequadas à variedade de delitos e de sujeitos envolvidos, convertendo o sistema monolítico num sistema que ofereça respostas diferentes e mais adequadas à criminalidade. A pena não pode ser vista como fim em si mesmo, como o é por grande parte da população, mas deve ser voltada à pacificação das relações sociais, pois medida eficaz não é sinônimo de medida severa. Eficaz é a medida que, além de servir de exemplo e de ressarcir a vítima, produzindo o sentimento de justiça, reeduca e reintegra o infrator, de maneira que ele perca a vontade delitiva e passe a contribuir para a realização da paz social.

Dessa forma, pesquisam-se soluções alternativas ou complementares ao sistema tradicional de justiça e, pode-se dizer que os substitutos penais e as penas alternativas são medidas que objetivam a realização efetiva das finalidades e dos princípios norteadores do Direito Penal. Dentre estas alternativas, existem a Justiça Restaurativa e Justiça Terapêutica, as quais serão objeto deste estudo. Pela Justiça Restaurativa se enfatizam as necessidades da vítima, da comunidade e do ofensor sob patente enfoque de direitos humanos, consideradas as necessidades de se reconhecerem os impactos sociais e de significativas injustiças decorrentes da aplicação puramente objetiva de dispositivos legais que frequentemente desconsideram as necessidades das vítimas. E a Justiça Terapêutica consiste em um conjunto de medidas que visam a possibilidade de infratores usuários ou dependentes de drogas (e que em razão delas tenham cometido crimes) receberem tratamento.

A problemática liga-se à função social da pena, que se baseia na reintegração social e recuperação do apenado. Portanto, seria possível a aplicação destes modelos não-dogmáticos na execução penal em prol da concretização da função social da pena? Ao final do estudo, poderão ser encontradas algumas respostas a este questionamento. A aplicação da Justiça Restaurativa e da Justiça Terapêutica seria possível, desde que, a sociedade desmistificasse a ideia de pena como uma punição somente, e o Estado contribuísse para a efetivação dos modelos não-dogmáticos. Além disso, os modelos de Justiça Restaurativa e Justiça Terapêutica cumprem com a função social da pena, trazendo para os indivíduos apenados a oportunidade de ressocialização, por se tratarem de penas mais humanizadas.

O objetivo será o de analisar a possibilidade da aplicação destes modelos não-dogmáticos da execução penal em prol da concretização da função da pena. E para isso, será necessário caracterizar a evolução da pena; abordar os princípios básicos da pena; conceituar os modelos de execução da pena, quais sejam: a Justiça Restaurativa e a Justiça Terapêutica; bem como analisar a possibilidade de aplicação destes modelos em prol da recuperação do apenado.

No primeiro capítulo, serão analisados os períodos de evolução da pena, sobre como foram se desenvolvendo em busca de uma maior humanização, visto que na antiguidade tiveram um caráter principalmente de retribuição. Serão também analisadas as espécies de penas que existem no Brasil, com base no que dispõe a Constituição Federal de 1988 e o Código Penal Brasileiro, bem como a função que estas penas exercem, ou que deveriam exercer, ao serem aplicadas.

No segundo capítulo, serão explorados os princípios mais relevantes do Direito Penal no que se refere à aplicação da pena, quais sejam: o Princípio da Legalidade, o Princípio da Individualização da Pena, o Princípio da Proporcionalidade e o Princípio da Humanidade. Estes são de suma importância, uma vez que determinam as diretrizes informadoras da aplicação da pena em nosso país.

Por fim, no terceiro capítulo, serão conceituados os modelos alternativos objetos deste estudo, que são a Justiça Restaurativa e a Justiça Terapêutica. Além do conceito, serão trazidas as formas como são aplicadas em alguns estados do país, como poderiam ser e como são introduzidos em nossa legislação. Com este capítulo, poderão ser observadas as inúmeras vantagens que estes programas oferecem à sociedade. Será também objeto deste, a possibilidade de recuperação

do apenado quando submetido a uma pena alternativa como as citadas. Nesta concepção, a Justiça Restaurativa e a Justiça Terapêutica aparecem como um novo caminho para a operacionalização do direito penal de uma forma mais humanitária e benéfica, tanta para o imputado quanto para a sociedade em geral.

1 HISTÓRICO DA PENA

Inicialmente, mostra-se oportuno expor a definição de “pena” que, conforme Damásio de Jesus, esta seria a sanção afliitiva imposta pelo Estado, mediante ação penal, ao autor de uma infração (penal), como retribuição de seu ato ilícito, consistente na diminuição de um bem jurídico, e cujo fim é evitar novos delitos (JESUS, 2014). A aplicação da pena pressupõe uma condenação do agente que praticou um fato típico, antijurídico e culpável, posto que, aos inimputáveis do artigo 26 do Código Penal, são aplicadas medidas de segurança.

A pena depende, portanto, do cometimento de um crime e se realiza através de uma atividade discricionária, juridicamente vinculada do magistrado, em que este irá se basear em critérios objetivos e subjetivos para aplicar a sanção penal adequada ao agente (COÊLHO, 2015). A pena, portanto, só será aplicada quando houver a violação de bens jurídicos que o Estado considere dignos de uma proteção mais enérgica. Quando há o fato criminoso, o comando que a norma penal dá para proteger os referidos bens jurídicos é violado (BRANDÃO, 2010).

Dessa forma, é necessário que haja a regulamentação para que a convivência em sociedade não ultrapasse os direitos e os limites dos cidadãos. Quando o agente comete um fato típico, ilícito e culpável, abre-se a possibilidade para o Estado de fazer valer o seu *ius puniendi*. Contudo, em um Estado Constitucional de Direito, para usarmos a expressão de Luigi Ferrajoli, embora o Estado tenha o dever e o poder de aplicar a sanção àquele que, violando o ordenamento jurídico-penal, praticou determinada infração, a pena a ser aplicada deverá observar os princípios expressos, ou mesmo implícitos, previstos na Constituição Federal (GRECO, 2017).

A Constituição Federal de 1988, visando a proteger os direitos de todos aqueles que, temporariamente ou não, estão em território nacional, proibiu a cominação de uma série de penas, por entender que todas elas, em sentido amplo, ofendiam a dignidade da pessoa humana, além de fugir, em algumas hipóteses, à sua função preventiva (GRECO, 2017). O inciso XLVII do artigo 5º da Constituição Federal diz, portanto, que não haverá penas: a) de morte, salvo no caso de guerra declarada, nos termos do seu art. 84, XIX; b) de caráter perpétuo; c) de trabalhos forçados; d) de banimento; e) cruéis (BRASIL, 1988).

Por óbvio, a enumeração das espécies de penas previstas no ordenamento jurídico pátrio respeita a proibição constitucional. Assim, o Código Penal estabelece três espécies de penas: a) penas privativas de liberdade; b) penas restritivas de direitos; c) pena de multa. Tais espécies, entretanto, serão desenvolvidas nos capítulos posteriores (BRASIL, 1940).

Como conta a história, a ideia de punir, aplicar uma pena ou sanção a quem comete um mal a outrem ou a um grupo social, existe desde a antiguidade. Onde estas eram dotadas de crueldade e recaiam não somente sobre a liberdade do indivíduo, mas sobre seu corpo e sua vida (MAIA, 2015, s.p). Os primeiros registros demonstram que as penas ocorriam mediante extremos castigos físicos, tortura, morte e representavam na maioria das vezes vingança da própria vítima e familiares. Beccaria, em seu clássico, propõe-se a criticar e examinar os abusos dos séculos anteriores a ele:

Mas, qual é a origem das penas, e qual o fundamento do direito de punir? Quais serão as punições aplicáveis aos diferentes crimes? Será a pena de morte verdadeiramente útil, necessária, indispensável para a segurança e a boa ordem da sociedade? Serão justos os tormentos e as torturas? Conduzirão ao fim que as leis se propõem? Quais os melhores meios de prevenir os delitos? Serão as mesmas penas igualmente úteis em todos os tempos? Que influência exercem sobre os costumes? (BECCARIA, 2001, p. 24).

Como visto, durante muitos anos, a pena possuiu a finalidade de repressão, tendo, posteriormente, a função de prevenção à novos delitos. Desta forma, o ordenamento jurídico vigente combina a retribuição da culpabilidade com a função reabilitadora da pena, que busca a reintegração social daquele que foi condenado, e por isso é a corrente onde todos os fins da pena alcançam uma relação equilibrada, sendo a que melhor traduz o que é a pena (BRANDÃO, 2010). A função da pena, portanto, consegue unir à valorização do homem a característica essencial da sanção penal: a inflicção de um mal. Diversos estudos foram realizados na busca de explicar a função da pena, os quais resultaram em três teorias, que serão analisadas no decorrer do capítulo.

1.1 DOS PERÍODOS DE EVOLUÇÃO DA PENA

No decorrer da história, verifica-se que as formas de punir àqueles que não se adequavam às regras vigentes em um determinado contexto sócio-histórico foram as mais diversas. Telles (2008, p. 16 *apud* VIEIRA; DAMACENA, s.d, p. 2) vem a corroborar isto ao afirmar que “o pensamento sobre as teorias da pena não se iniciou na modernidade. Desde os primórdios da filosofia, este tema é pensado e repensado, haja vista sua relevância social, filosófica, política, psicológica e, até mesmo, econômica”.

A história da pena se confunde com a história da própria humanidade, sendo, portanto, impossível situar um marco inicial da sanção penal. Doutro modo, o que seria possível se afirmar é que, como pena, a prisão é relativamente recente. Pois, sob a perspectiva histórica, o encarceramento não era considerado como pena. Apenas detinha outras funções, como um modo de custodiar o indivíduo até a aplicação de uma pena cabível, como as penas corporais ou de morte (NABUCO FILHO, s.d). “A história do direito penal é a história da humanidade. Ele surge com o homem e o acompanha através dos tempos, isso porque o crime, qual sombra sinistra, nunca dele se afastou” (NORONHA, 2000, p. 20).

Não é possível definir com exata precisão quando surgiu a ideia de crime e pena, mas é certo que a punição surgiu juntamente com os primeiros grupos sociais. Portanto, desde que há homem, há crime; e desde que há crime, há castigo. Nas palavras de Rogério Greco:

Todo grupo social sempre possuiu regras que importavam na punição daquele que praticava fatos contrários a seus interesses. Era uma questão de sobrevivência do próprio grupo ter algum tipo de punição que tivesse o condão de impedir comportamentos que colocavam em risco sua existência (GRECO, 2017, p. 47).

Como explica Michael Foucault, as primeiras sanções sociais eram tidas como “um fenômeno inexplicável a extensão da imaginação dos homens para a barbárie e a crueldade” (FOUCAULT, 1999, p. 36). A história da pena é a história de sua constante abolição. De fato, à medida que o tempo passa, à medida que a sociedade evolui, menos cruéis vão se tornando as penas infligidas pela sociedade

ao delinquente, e maiores garantias lhe vão sendo acrescentadas (CARVALHO NETO, 2013).

Visto isso, o estudo da evolução das penas é feito com base em períodos, quais sejam: vingança privada, vingança divina, vingança pública, humanitário e científico. “Contudo, esses períodos não são estanques, ou seja, não são nitidamente separados. Uma fase pode perdurar junto com o surgimento de outra”. A sequência é proposta por Noronha (s.d, p. 20 *apud* ISHIDA, 2015, p. 02).

Muito embora estudados na ordem acima apresentada, não se sucederam completamente, a ponto de se concluir que representam um ciclo evolutivo. Não se pode ignorar, além da multiplicidade de agrupamentos sociais existentes, com diferentes culturas, que o resultado de guerras travadas pode ter provocado a aniquilação de um sistema em favor daquele adotado pelos vencedores (ESTEFAM; GONÇALVES, 2017, p. 66).

Segundo Shecaira e Corrêa Junior (2002) a antiguidade é marcada como um período de vingança privada, a primeira modalidade de pena, pois a punição sempre era imposta como vingança, prevalecendo a lei do mais forte. A pena possuía um papel reparatório, pois, pretendia-se que o infrator se retratasse frente à divindade, dando a pena um caráter sacral (SHECAIRA; CORRÊA JUNIOR, 2002).

A Antiguidade desconheceu o que se trata de privação de liberdade estritamente considerada como sanção penal. Embora seja inegável que o encarceramento existe desde tempos imemoráveis, este não tinha caráter de pena e repousava em outras razões (BITENCOURT, 2011). Os lugares onde se mantinham os acusados até a celebração do julgamento eram bem diversos, já que nesta época não existia ainda uma arquitetura penitenciária própria.

Na denominada vingança privada, cometido um crime, ocorria a reação da vítima, dos parentes e até do grupo social (tribo), que agiam sem proporção à ofensa, atingindo não só o ofensor, como todo o seu grupo. Se o transgressor fosse membro da tribo, podia ser punido com a “expulsão da paz” (banimento), que o deixava à mercê de outros grupos, que lhe infligiam, invariavelmente, à morte. Caso a violação fosse praticada por elemento estranho à tribo, a reação era a da “vingança de sangue”, considerada como obrigação religiosa e sagrada, “verdadeira guerra movida pelo grupo ofendido àquele a que pertencia o ofensor, culminando, não raro, com a eliminação completa de um dos grupos” (MIRABETE; FABBRINI, 2015, p.16).

A inexistência de limites imperava no revide à agressão, bem como a vingança de sangue. Ora, foi um dos períodos em que a vingança privada constituiu-se a mais frequente forma de punição, adotada pelos povos primitivos (PACHECO, s.d). Além disso, “quando um membro de certo grupo era atacado por um indivíduo adversário toda a comunidade se sentia atingida e obrigada à vingança. O homem primitivo não pergunta: como isso ocorreu? Pergunta apenas: quem fez?” (CHIAVERINI, 2009, p. 14).

“Inexistia qualquer proporção entre o delito praticado e a pena imposta, e, nesse sentido, envolvia desde o indivíduo isoladamente considerado até o seu grupo social, com sangrentas batalhas, causando, muitas vezes, a completa eliminação das tribos” (MASSON, 2017). O Código de Hamurabi (2000 a.C.), que é considerada uma das legislações mais antigas do mundo, surgiu na fase da vingança privada. Neste já é possível identificar a regulamentação da punição de caráter vingativo, que até os dias atuais é conhecido através da frase “olho por olho, dente por dente”.

Com o propósito de evitar a dizimação dos grupos, surgiu a Lei do Talião, do latim *ia lis* = tal qual: “Pagará a vida com a vida; mão com mão, pé por pé, olho por olho, queimadura por queimadura” (MASSON, 2017). A Lei de Talião buscava a proporcionalidade, visto que anteriormente à sua existência o homem fazia justiça com as próprias mãos, quase sempre retribuindo o mal recebido com brutalidade desproporcional, como explica Ishida:

Surgiu a lei do Talião para evitar excessos, ou seja, para se colocar a proporção entre o crime e o castigo. Por conseguinte, há a instituição da reação proporcional ao mal praticado: olho por olho, dente por dente. Foi adotado pelo Código de Hamurabi, pelo Êxodo (povo hebraico) e na Lei de XII Tábuas, constituindo importante passo para a limitação do direito punitivo (ISHIDA, 2015, p. 02).

Segundo Bonfim e Capez (2004), a chamada pena de Talião foi o primeiro grande avanço que ocorreu na segunda Idade da Pedra, no período neolítico. Tratava-se de um processo de justiça em que o mal praticado por alguém deveria sofrer, a título de pena, um mal equivalente o quanto possível. Pese embora hoje ser considerado um método retrógrado e arcaico, sem qualquer amparo nos modernos postulados penais, não se pode deixar de reconhecer que, em relação ao sistema irracional anteriormente em vigor, o Talião constituiu um avanço, na medida em que

foi uma das primeiras tentativas de impor limites à retribuição penal (BONFIM; CAPEZ, 2004).

A pena assim infligida, além de proporcional, possuía caráter individual, já que a sanção não alcançava o ofensor e todos os que lhe eram solidários, mas somente aquele que delinuiu. Pode-se dizer, portanto, que representa o germe, não só da reação equilibrada, mas também da personalidade da pena. Conforme adotado pelo Código: "Art. 209 – Se alguém bate numa mulher livre e a faz abortar, deverá pagar dez ciclos pelo feto". "Art. 210 – Se essa mulher morre, então deverá matar o filho dele". “A Lei de Talião, consagrada pelo código, pregava a rigorosa reciprocidade do crime, qual seja, a punição de maneira igual ao dano causado” (VIEIRA; DAMACENA, s.d, p. 2). Logo, como explica Gilberto Ferreira:

[...] se alguém tirar um olho de outro, perderá o seu igualmente; se alguém quebrar um osso de outro, partir-se-lhe-á um também; se o mestre de obras não construiu solidamente a casa e esta, caindo, mata o proprietário, o construtor será morto e, se for morto o filho do proprietário, será morto o filho do construtor (FERREIRA, 1995, p. 07-08).

Além do Código de Hamurabi, há ainda as cinco penas impostas na China, que em caso de homicídio, se punia com a morte, para o furto e lesões, puniam-se com a amputação de um ou ambos os pés, o estupro era punido com a castração, a fraude com a amputação do nariz, e para os delitos menores com uma marca na testa; ademais, também eram empregadas penas mais cruéis, destacando-se o abraço a uma coluna de ferro incandescente, o esquartejamento, a tortura, o açoitamento, o espancamento, o furo dos olhos com ferro quente, além da extensão do castigo à família do criminoso (ZAFFARONI; PIERANGELI, 1999).

Apesar de não existir a privação de liberdade como pena nesta época, conforme nos ensina Bitencourt: “Platão já apontava duas ideias históricas da privação de liberdade: a prisão como pena e a prisão como custódia, esta última a única forma efetivamente empregada na Antiguidade” (BITENCOURT, 2011). Com o passar do tempo a própria Lei de Talião evoluiu, surgindo a possibilidade do agressor satisfazer a ofensa mediante indenização em moeda ou espécie. Era a chamada Composição, conforme traz Costa Júnior e Costa:

Surgiu a fase da *compositio* (composição), na qual o transgressor satisfazia a ofensa mediante indenização em dinheiro ou em espécie. Incluída no Código de Hamurabi, foi bastante adotada no direito germânico. É ela a precursora da indenização do direito privado e da multa do direito penal (COSTA JUNIOR; COSTA, 2010, p. 54).

“Ao introduzir a composição, acentuava-se o poder estatal, em que o soberano e seus representantes atuavam como intermediários entre a vítima e o infrator, regrando-se o processo reparatorio, com a criação, inclusive, de tabelas mensurando o *quantum* devido”. (ESTEFAM; GONÇALVES, 2017, p. 68). Como exemplo, é possível citar a Lei das Doze Tábuas, que, além de conter preceitos relacionados com o Talião, previa tarifas para a composição.

Ainda no período tido como primitivo na história da evolução do Direito Penal, enquadra-se o que se denominou de vingança divina. Nesta o direito era aplicado pelos sacerdotes, ou seja, aqueles que, supostamente, tinham um relacionamento direto com um deus e atuavam de acordo com sua vontade. Inúmeras atrocidades foram praticadas pelos sacerdotes em nome dos deuses. A criatividade maligna dos homens não tinha limites (GRECO, 2017). “As regras de comportamento eram desconexas e não escritas, calcadas apenas na moral, nos costumes, hábitos, crenças, magias e temores” (CAPEZ, 2017, p. 319).

No período divino, existia um poder social que organizava e dominava a sociedade com a justificativa do atendimento à Divindade. O exemplo claro é o da Índia, com o Código de Manu, a divisão em castas e o objetivo de purificação da alma do criminoso através do castigo. O sentimento religioso era predominante entre os povos do Oriente (ISHIDA, 2015, p. 03), mas seus princípios são também vistos na Babilônia, no Egito (Cinco Livros), na China (Livro das Cinco Penas), na Pérsia (Avesta) e no Povo de Israel (Pentateuco).

Neste período, as sociedades eram caracterizadas pelo misticismo e crenças sobrenaturais. Eventos da natureza, como chuvas, trovões, terremotos, vendavais etc., podiam demonstrar a fúria dos deuses para com os homens e, para tanto, precisava ser aplacada, mediante o sacrifício humano. Alguém era apontado como culpado e, conseqüentemente, devia ser entregue aos deuses (GRECO, 2017). O crime era visto como um pecado e a pena era um castigo divino para a purificação e salvação da alma do infrator, ademais o castigo infligido era a satisfação que se dava aos deuses pela ofensa praticada. Neste diapasão, “a prova dos fatos era feita

através das ordálias ou “prova de Deus”: se a pessoa andasse sobre o fogo e não tivesse queimaduras, seria inocente; do contrário, seria culpada” (CALDEIRA, 2009, p. 261-262).

Os indivíduos acreditavam fortemente nos totens, materialização de tais entidades, normalmente referências zoológicas, os quais constituíam objeto de veneração e respeito. A violação desta obediência, comungada pelos integrantes do grupo, era severamente punida, pois se acreditava que, se passasse sem resposta, poderia despertar a ira da divindade (ESTEFAM; GONÇALVES, 2017).

Essa visão mágica e contraditória do povo desta época era nutrida pelos totens e tabus, que marcavam presença nas diversas modalidades da pena com nítido e singular caráter expiatório. Os totens assumiam as mais variadas formas de animais, vegetais ou qualquer outro objeto considerado como ancestral ou símbolo de uma coletividade, caracterizando-se como seu protetor e objetos de tabus e deveres particulares. O tabu consistia na proibição dos profanos de se relacionarem com pessoas, objetos ou lugares determinados, ou dele se aproximarem, em virtude do caráter sagrado que possuíam, e a sua violação acarretava ao culpado ou ao seu grupo o castigo da divindade (MASSON, 2011).

No livro de Josué, capítulo 7, da Bíblia Sagrada, existe um exemplo claro da aplicação da vingança divina:

Então Josué e todo o Israel com ele tomaram a Acã filho de Zera, e a capa, e a barra de ouro, e a seus filhos e a suas filhas, e a seus bois, e a seus jumentos, e a suas ovelhas, e a sua tenda, e tudo quanto tinha, e levaram-nos ao vale de Acor. Disse Josué: Por que nos conturbaste? O Senhor hoje te conturbará. E todo Israel o apedrejou; e depois de apedrejá-los, queimou-os a fogo. E levantaram sobre ele um monte de pedras, que permanece até ao dia de hoje; assim o Senhor apagou o furor de sua ira (BÍBLIA SAGRADA, Josué, cap. 7).

Na vingança divina, a pena tinha mero caráter de defesa social. Acreditava-se que a paz era uma dádiva assegurada pela vontade dos deuses e que o infrator deveria ser punido para que houvesse a satisfação da vingança divina, pouco importando se teve culpa ou não. Portanto, nesse período, a responsabilidade subjetiva era desconhecida, sendo somente a mera existência do nexos causal entre conduta e resultado suficiente para a punição. O que configurava a responsabilidade puramente objetiva (CAPEZ, 2017).

Desta sorte, o que se notava nesse período da história da humanidade eram normas impregnadas de cunho religioso ou místico, em que a inflição do castigo se dava com o escopo de apaziguar a revolta dos deuses. Nesta fase, prevalecem as penas corporais de extrema crueldade, as quais geralmente levavam a morte do apenado. Pode-se dizer que a religião confundia-se com o Direito e, assim, os preceitos de cunho meramente religioso ou moral, tornavam-se leis vigentes.

A seguinte fase da vingança penal é a da vingança pública, que surge, nessa fase da evolução histórica do Direito Penal, fundamentada numa melhor organização social, como forma de proteção, de segurança do Estado e do soberano, mediante, ainda, a imposição de penas cruéis, desumanas, com a finalidade nítida de intimidar a sociedade (GRECO, 2017). Havendo, ainda, resquícios das fases anteriores da vingança penal. A vingança privada continua a ser aplicada no seio das tribos, sendo carregada, também, de misticismos, típicos da fase da vingança divina. Conforme esclarece João Mestiere:

A vingança divina cede naturalmente lugar à vingança pública, produto da paulatina afirmação do direito no contexto socio-cultural. As várias sociedades, já politicamente organizadas, contam com um poder central, procurando por todos os meios se afirmar e manter a coesão e a disciplina do grupo social. Leis severas são ditadas e a sociedade não demora muito a sentir a enorme perda que está sofrendo dia a dia, com a aplicação da justiça. As mortes e as mutilações apenas enfraqueciam a tribo, sendo necessário então outra forma de retribuição (MESTIERE, s.d, p. 26 *apud* GRECO, 2017, p. 49).

A pena, portanto, perde sua índole sacra para transformar-se em uma sanção imposta em nome de uma autoridade pública. Não era mais o ofendido, ou mesmo os sacerdotes, os agentes responsáveis pela sanção, mas sim o soberano (rei, príncipe, regente). Em tal conjuntura, o monarca exercia sua autoridade em nome de Deus e cometia inúmeras arbitrariedades (PACHECO, s.d). Observa-se que, embora a sociedade vivesse aterrorizada neste período, devido à falta de segurança jurídica, notaram um grande avanço no fato de a pena não ser mais aplicada por terceiros, e sim pelo Estado.

Na vingança pública, o Estado passa a intervir como o único legitimado a impor penas criminais, posto que lhe incumbe assegurar a integridade territorial, política e social de seus súditos. “A pena pública garantia a existência do próprio

Estado, figurando, desde o início deste período e por boa parte dos séculos que se seguiram, como um dos mais graves crimes, o de lesa-majestade (por representar uma agressão ao soberano e à sua Divina autoridade)” (ESTEFAM; GONÇALVES, 2017, p. 68).

A vingança pública surgiu para dar maior estabilidade ao Estado, visava-se à segurança do príncipe ou soberano pela aplicação da pena, ainda severa e cruel. Também em obediência ao sentido religioso, o Estado justificava a proteção ao soberano que, na Grécia, por exemplo, governava em nome de Zeus, e era seu intérprete e mandatário. O mesmo ocorreu em Roma, com a aplicação da Lei das XII Tábuas. Em fase posterior, porém, libertou-se a pena de seu caráter religioso, transformando-se a responsabilidade do grupo em individual (do autor do fato), em positiva contribuição ao aperfeiçoamento de humanização dos costumes penais.

A cada dia que se passava, o Estado tomava ainda mais para si o papel de controlar e aplicar sanções às pessoas que considerava culpadas de delitos. De acordo com Carlos Heleno Fragoso,

A imposição de pena pública, nos tempos da Realeza, se dava aos crimes de *perduellio* e *parricidium*. O *perduellio* consiste na traição ou conspiração política contra o Estado, quanto ao *parricidium* à doutrina diverge quanto ao significado primitivo dado à palavra, mas acredita-se que corresponderia à morte de um homem livre. (FRAGOSO, 1995, p. 27).

Segundo o referido autor, as primeiras sanções públicas aplicadas pelo Estado foram no crime de *perduellio*, que consistia em traição ou conspiração política contra o Estado, haja vista que, o Estado na maioria das vezes era parcial, representado somente a vontade da realeza, ou seja, de quem tinha o dinheiro e o poder nas mãos. Tinha-se ainda o crime de *parricidium*, que segundo o autor a doutrina diverge sobre a origem da palavra, mas acredita-se que se tratava de um homicídio praticado contra um homem livre (RIBEIRO, 2014). Pensando nos atuais, seria como o homicídio, já que não mais existe a figura do escravo, pelo menos não legalmente. Nas palavras de Caldeira:

Talvez a característica mais marcante da Idade Antiga não seja o estudo dos períodos de fundamentação da pena, mas a sua forma de execução. A ideia de privação da liberdade como forma de punição era completamente estranha; a pena possuía uma função

meramente acautelatória do corpo do sentenciado para posterior aplicação da pena de morte (CALDEIRA, 2009, p. 262).

O período conhecido por “Período Humanitário” transcorre durante o lapso de tempo compreendido entre 1750 e 1850. Tendo seu início no decorrer do Humanismo, esse período foi marcado pela atuação de pensadores que contestavam os ideais absolutistas.

O século XVIII foi conhecido como século das luzes. Seu fundamento foi a razão e a humanidade. Diante das arbitrariedades, defendeu-se a pena proporcional ao crime. Essas ideias eram contidas no Iluminismo, atingindo o apogeu na Revolução Francesa (ISHIDA, 2015, p. 04).

Os povos estavam saturados de tanto barbarismo sob o pretexto de aplicação da lei. Por isso, o período humanitário surge como reação à arbitrariedade da administração da justiça penal e contra o caráter cruel das penas. Os escritos de Montesquieu, Voltaire, Rosseau, D’Alembert e o Cristianismo foram de suma importância para o humanismo, uma vez que constituíram o próprio alicerce (DUARTE, s.d). Para Cesare Beccaria, o período humanitário é o início do Direito Penal moderno e da Escola Clássica de Criminologia, adotando a ideia de que é melhor prevenir o crime do que castigar (BECCARIA, 2001). Conforme traz em sua obra “Dos Delitos e Das Penas”:

É melhor prevenir os crimes do que ter de puni-los; e todo legislador sábio deve procurar antes impedir o mal do que repará-lo, pois uma boa legislação não é senão a arte de proporcionar aos homens o maior bem-estar possível e preservá-los de todos os sofrimentos que se lhes possam causar, segundo o cálculo dos bens e dos males desta vida (BECCARIA, 2001, p. 190).

O objetivo da prevenção geral, segundo Beccaria (2001), não precisava ser feito pelo terror, mas sim pela certeza da punição. Sintetizou algumas ideias, como, a sociedade cede apenas parte de sua liberdade, daí a inadmissibilidade de penas como a de morte; só as leis podem fixar as penas, não permitindo a arbitrariedade dos juízes; as leis devem ser conhecidas pelo povo e redigidas com clareza; a prisão preventiva só se justifica pela existência do crime e de sua autoria; devem ser admitidas em juízo todas as provas, inclusive as do condenado; não se justifica a

pena de confisco que atinge todos os herdeiros; não se deve permitir o testemunho secreto, a tortura para o interrogatório e os juízos de Deus (MIRABETE, p. 38-39). Entre diversas teses, proclamava o caráter proporcional e humanitário das penas, bem como a eficácia e a certeza de seu cumprimento pelos infratores. Na análise de Martinelli e Bem, em “Dos Delitos e Das Penas”, Beccaria:

[...] expôs suas ideias sobre a legitimidade de punir do Estado, a interpretação das leis, a proporcionalidade entre o crime e a sanção, a finalidade da pena, o julgamento justo, o fim das penas cruéis, a igualdade perante a aplicação da lei, o confisco de bens, entre outras. Beccaria rejeitava a excessiva severidade dos procedimentos criminais, que incluíam a tortura. Também proclamava por um julgamento justo, por um órgão diferente daquele que acusa, bem como por uma legislação penal justa e acessível a todos, com leis claras e anteriores à prática do delito. Enfim, percebe-se o teor humanista na pequena obra, na qual o acusado não é simples objeto de investigação e julgamento, e sim um sujeito de direitos e portador de dignidade, que deve ser sempre respeitada (MARTINELLI; BEM, 2016, p. 64).

Beccaria se tornou um marco importantíssimo para modificar o Direito Penal. Em uma época que defendia a soberania da origem divina e o absolutismo, que havia confusão das normas penais com a religião, o autor defendeu destemidamente um Direito Penal embasado em características mais humanas, que traçasse fronteiras à autoridade do príncipe e limitasse a pena à necessidade da segurança social. E, por fim, tem-se o período científico, ou período criminológico, como também era denominado na época. Esta fase caracterizou-se por um notável entusiasmo científico. Teve seu despertar no século XIX, por volta do ano de 1.850 e propaga-se até os dias de hoje.

O período criminológico do Direito Penal se iniciou com os estudos do médico italiano Cézar Lombroso, que em 1876 (ou 1878), publicou o famoso livro *L'uomo delinquente studiato in rapporto, all'antropologia, alla medicina legale e alle discipline carcerarie*, expondo suas teorias e abrindo assim uma nova etapa na evolução das ideias penais. Lombroso estuda o delinquente do ponto de vista biológico, visto que considerava o crime como manifestação da personalidade humana e produto de várias causas. Criou com seus estudos, a Antropologia Criminal e, nela, o criminoso nato. O que deu novas diretrizes e abriu caminhos no estudo do crime e do criminoso como uma semente para uma árvore hoje conhecida como Criminologia

(MIRABETE; FABBRINI, 2015). Ainda, segundo Mirabete e Fabbrini, as ideias de Lombroso podem ser sintetizadas da seguinte forma:

1. O crime é um fenômeno biológico, não um ente jurídico, como afirmava Carrara. Por essa razão, o método que deve ser utilizado em seu estudo é o experimental, e não o lógico-dedutivo dos clássicos.
2. O criminoso é um ser atávico e representa a regressão do homem ao primitivismo. É um selvagem e nasce delinquente como outros nascem sábios ou doentios, fenômeno que, na Biologia, é chamado de degeneração.
3. O criminoso nato apresenta características físicas e morfológicas específicas, como assimetria craniana, fronte fugidia, zigomas salientes, face ampla e larga, cabelos abundantes e barba escassa etc.
4. O criminoso nato é insensível fisicamente, resistente ao traumatismo, canhoto ou ambidestro, moralmente insensível, impulsivo, vaidoso e preguiçoso.
5. A causa da degeneração que conduz ao nascimento do criminoso é a epilepsia (evidente ou larvada), que ataca os centros nervosos, deturpa o desenvolvimento do organismo e produz regressões atávicas.
6. Existe a “loucura moral”, que deixa íntegra a inteligência, suprimindo, porém, o senso moral.
7. O criminoso é, assim, um ser atávico, com fundo epilético e semelhante ao louco moral, doente antes que culpado e que deve ser tratado e não punido (MIRABETE; FABBRINI, 2015, p. 20-21).

Resta claro que Lombroso cometeu diversos exageros em seus estudos, mas também é louvável a sua contribuição para o desenvolvimento das ciências criminológicas, especialmente para a medicina legal. Além de Lombroso, Enrico Ferri e Raffaele Garofalo, contribuíram para o movimento do período científico (ESTEFAM, 2017).

Diferentemente de Lombroso, que entendia o delito como uma patologia, Ferri procurou explicar o fenômeno criminal sociologicamente. No prefácio de seu livro sobre os novos horizontes do direito penal e do processo penal (1880), que nas sucessivas edições teve o nome de sociologia criminal, o autor esclareceu que a punição seria instrumento de defesa social contra os homens que negavam o convívio social. Recorrendo à metodologia de observação dos fatos, em uma analogia à medicina, traçou a estrutura de uma patologia e de uma “clínica social”. O ambiente social, para além dos fatores individuais e físicos, influencia o indivíduo (MARTINELLI; BEM, 2016). Assim, o homem está condicionado a agir pela

influência do meio social, que determina seu caráter, visto que o crime é produto de uma doença social grave e o agente não poderia agir conforme o ordenamento jurídico vigente.

Rafaella Garofalo (1925 *apud* MARTINELLI; BEM, 2016) critica o método lombrosiano de encontrar o delito natural nas características biológicas do homem, entendendo que não era possível analisar os atos em si, e sim os sentimentos humanos. Ainda segundo Martinelli e Bem (2016), em sua obra, Rafaella defende uma investigação sobre a inconstância das emoções provocadas por certos atos idênticos, porém diversamente apreciados nas diferentes sociedades, a fim de atingir um caráter constante nas emoções provocadas por aqueles atos que são apreciados identicamente. Dessa maneira, quanto maior a moralidade do homem, maior será sua capacidade de atuar em conformidade com os princípios constituídos na sociedade à qual pertence. Em síntese, Garofalo pretendeu dotar a Escola Positiva de uma base jurídica, entendendo o delinquente como pessoa portadora de uma deturpação psicológica (MARTINELLI; BEM, 2016).

Estas, portanto, são as fases dos períodos de evolução da pena. O objetivo foi mostrar, em um retrospecto histórico, como as penas foram evoluindo e buscando uma maior humanização em relação às pessoas que infringiam as normas, já que a pena sempre teve um caráter predominantemente de retribuição e castigo. Através desta análise da história do Direito Penal, é possível observar sua evolução desde os primórdios da humanidade. Existindo as épocas em que houve pouca evolução, bem como épocas em que determinados estudos e circunstâncias impulsionaram o Direito Penal, que conseguiu desta forma, dar amplos saltos rumo à modernidade.

1.2 DAS ESPÉCIES DE PENAS NO BRASIL

Do ponto de vista jurídico-penal, pena é consequência atribuída por lei a um crime ou a uma contravenção penal. Trata-se de uma sanção, de caráter aflitivo, consistente na restrição a algum bem jurídico, cuja inflicção requer a prática de um injusto culpável (ESTEFAM, 2017).

Primeiramente, é necessário salientar que o ordenamento constitucional brasileiro consagrou a vedação de algumas penas, conforme estabelecido pelo artigo 5º, inciso XLVII da Carta Magna, *in verbis*: “não haverá penas: a) de morte, salvo em caso de guerra declarada; b) de caráter perpétuo; c) de trabalhos forçados; d) de banimento; e) cruéis” (BRASIL, 1988). Conforme se pode observar, as penas proibidas pelo ordenamento constitucional se relacionam com a adoção de conceitos oriundos do período humanizador, em particular pela crítica que se iniciou com a obra de Beccaria e pelo pensamento liberal que se formou em reação às práticas punitivas do Antigo Regime (SOUZA; JAPIASSÚ, 2018).

Como visto no início do presente, a pena de morte existe desde a Antiguidade, e segundo Souza e Japiassú (2018), possivelmente, a sua origem se relaciona com os sacrifícios humanos. Pois, em Valladolid, na Espanha, há pintura pré-histórica em caverna que mostra uma execução. No Direito Penal da Antiguidade há a previsão, no Código de Hamurabi, da *lex talionis*. Na Idade Antiga, a pena de morte foi frequentemente utilizada, o que pode ser demonstrada por execuções muito conhecidas, como a de Sócrates e a de Jesus Cristo. A pena capital seguiu sendo utilizada na Idade Média e na Idade Moderna, com grande crueldade. E pode-se dizer que o movimento abolicionista da pena de morte teve início com Beccaria, quando da publicação do já mencionado “Dos Delitos e Das Penas” (SOUZA; JAPIASSÚ, 2018).

O século das luzes foi, indubitavelmente, quando os princípios humanistas afloraram com maior vigor e ganharam armas na luta contra o antigo regime e tudo o que ele representava. Grandes declarações foram escritas e pensadores de vulto brilhante insurgiram nesse cenário de monumentais transformações. Inspirados em todos esses movimentos, muitos documentos foram escritos apregoando o fim da pena de morte, baseados em seu caráter desumano, em sua inutilidade ou em sua vã ilusão de proporcionalidade e de exemplaridade. Entre eles a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (ORMELES, 2010, s.p).

O ordenamento brasileiro, expressamente proíbe a pena capital, ainda que faça a ressalva de sua permissão em tempo de guerra declarada. Somente se admitirá a pena capital se o Brasil declarar guerra, situação em que terá aplicabilidade o Código Penal Militar no tocante aos crimes militares em tempo de guerra (muitos deles apenados com morte) (ESTEFAM; 2017). A guerra deve ser

conhecida por todos e declarada por ato do Presidente da República, mediante referendo ou autorização do Congresso Nacional. Nas palavras de Souza e Japiassú, duas são as razões para a proscricção da pena de morte:

Em primeiro lugar, tem-se que o Direito Penal não pode admitir uma modalidade de sanção que seja irreversível, pois o erro judiciário é um dado da realidade, não podendo ser desconsiderado. Ademais, não há comprovação empírica a respeito da suposta eficácia preventivo-geral da intimidação que eventual cominação de pena de morte acarretaria. Não há, efetivamente, demonstração fática ou estatística acerca da sua efetividade dissuasória. Em razão disso – e pelo princípio da humanização da pena – é insustentável qualquer tese favorável à pena de morte (SOUZA; JAPIASSÚ, 2018, p. 290).

No tocante às penas de caráter perpétuo, o Texto Maior não se limitou a proibir a prisão perpétua; pelo contrário, estendeu a vedação a toda e qualquer pena criminal (privativa de liberdade, restritiva de direitos ou multa). Por esse motivo, não é lícito ao legislador, por exemplo, cominar pena mínima de sessenta anos a um crime, porque nesse caso, embora não se tratasse de prisão perpétua, a sanção teria inegavelmente essa natureza (ESTEFAM, 2017). Em razão disso, o artigo 75 do Código Penal Brasileiro prevê que o tempo de cumprimento das penas privativas de liberdade não pode ser superior a 30 (trinta) anos (BRASIL, 1940), baseando-se na duração da vida da pessoa humana.

A pena de caráter perpétuo não é admitida por dois motivos fundamentais. O primeiro deles seria o de que a prisão para toda a vida antagoniza-se com o princípio da reinserção social do condenado e, portanto, viola frontalmente o postulado do cumprimento progressivo da pena. Em segundo lugar, tem-se que a duração da pena guarda relação com a culpabilidade do agente, e tal sanção significaria uma absolutização do juízo de culpabilidade, inaceitável no Estado Democrático de Direito (SOUZA; JAPIASSÚ, 2018).

Quanto à pena de trabalhos forçados, existente no passado, considerava, para que o apenado realizasse as tarefas que lhe eram impostas, o emprego de coação física ou moral. Em geral, aplicavam-se torturas e açoites contra o condenado. Atualmente, o trabalho é um direito do condenado e deve ser necessariamente remunerado (SOUZA; JAPIASSÚ, 2018). A Lei de Execução Penal estabelece, em seu artigo 28, que o trabalho, como dever social e condição de dignidade humana, terá finalidade educativa e produtiva (BRASIL, 1984).

Como bem aponta André Estefam, a obrigação de o preso trabalhar que é estabelecida pelo Código Penal e pela Lei de Execução Penal, não viola a vedação das penas de trabalhos forçados. Isto porque, o trabalho, neste caso, se dirige como forma de reintegrar socialmente o condenado, além de conferir ao preso diversos direitos, como a remuneração e a remição, consistente em descontar um dia de pena para cada três trabalhados e/ou estudados. Fundamental perceber, ainda, que se o preso não trabalhar, embora sujeito a um maior rigor penitenciário (até porque não trabalhar sem motivo equivale a ter mau comportamento), cumprirá irremediavelmente a pena ao término do período estipulado na sentença (ESTEFAM, 2017). Portanto, se possível fosse usar de trabalho forçado para penalizar o indivíduo sem as garantias trabalhistas, sem remuneração e remição, jamais faria com que este apresente qualquer melhora.

No que se refere à pena de banimento, prevista no Código Criminal de 1830, esta consistia na perda definitiva dos direitos da cidadania brasileira. Como consequência, o banido ficava impedido de morar no território nacional e, se aqui retornasse, seria condenado à prisão perpétua, conforme constava do artigo 50 do Código Criminal de 1830: “A pena de banimento privará para sempre os réos dos direitos de cidadão brasileiro, e os inibirá perpetuamente de habitar o território do Imperio. Os banidos, que voltarem ao território do Imperio, serão condemnados á prisão perpetua” (BRASIL, 1830).

Ninguém perde seu direito à cidadania, salvo nas hipóteses previstas em lei de cancelamento judicial de naturalização ou de aquisição de outra nacionalidade de forma voluntária. Também não é possível negar o solo da nação a um filho seu, pois o Estado não é dono do território e sim constituído por ele. Desta forma, não mais se justifica essa modalidade de punição, pois retira daquele que foi sentenciado um direito, que talvez seja o mais precioso, o de residir perto de seus semelhantes e a liberdade de escolha de seu domicílio (ORMELES, 2010).

De toda sorte, com a ordem constitucional vigente, consolidou-se a ideia de que a pena de banimento é inadmissível. “O banimento deixou de existir em nosso país com a Constituição de 1891. O estrangeiro, por outro lado, pode ficar sujeito à expulsão, que tem medida de natureza político-administrativa” (ESTEFAM, 2017, p. 345). Com relação à pena cruel, igualmente vedada, conceituam Souza e Japiassú:

[...] consiste na aplicação de açoites, da marca, de ferros, os tormentos, a execração, a maldição e o abandono do condenado. Ou seja, eram penas existentes no passado, quando preponderava a ideologia de que a pena deveria atingir o corpo e o espírito do condenado. Na atualidade, têm-se considerado cruéis as penas que causam especial sofrimento, desproporcionais em relação à infração praticada. Ademais, o respeito a princípios como o da humanização do magistério punitivo faz com que tais modalidades de sanção não sejam mais admitidas (SOUZA; JAPIASSÚ, 2018, p. 287).

Na própria Constituição Federal, estão as bases que fundamentam a vedação à aplicação das penas cruéis. Primeiramente, em seu 1º artigo, inciso III, ao tratar da dignidade da pessoa humana, que é o princípio basilar de todo o ordenamento. E em seguida, em seu artigo 5º, inciso III, onde veda a prática da tortura, tratamento desumano ou degradante a quem quer que seja (BRASIL, 1988). Nossa Constituição não é chamada de cidadã por acaso, mas justamente por ter se colocado como amparo fundamental em defesa dos direitos da pessoa humana.

Em se tratando das penas que são admitidas no Brasil, estas vêm tradicionalmente previstas nos sucessivos diplomas constitucionais, estando discriminadas no referido art. 5º, XLVI, da Constituição Federal de 1988, *in verbis*: “XLVI - a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes: a) privação ou restrição da liberdade; b) perda de bens; c) multa; d) prestação social alternativa; e) suspensão ou interdição de direitos;” (BRASIL, 1988), bem como, estão dispostas no artigo 32 do Código Penal. Ainda que haja certa discrepância de redação entre o texto da Constituição e do Código Penal, as penas admitidas no ordenamento jurídico brasileiro são as: privativas da liberdade; restritivas de direitos; e multa (SOUZA; JAPIASSÚ, 2018).

Em relação à pena privativa de liberdade, esta vem prevista no preceito secundário de cada tipo penal incriminador, servindo à sua individualização, que permitirá a aferição da proporcionalidade entre a sanção que é cominada em comparação com o bem jurídico por ele protegido (GRECO, 2017). No ordenamento jurídico brasileiro, como em muitos outros, a pena de prisão figura como o último instrumento punitivo, a modalidade mais gravosa.

Para a pena privativa de liberdade, o direito penal brasileiro, admite três espécies, quais sejam: reclusão e detenção, relativas à crimes, conforme consta do artigo 33 do Código Penal (BRASIL, 1940). E a prisão simples, inerente às

contravenções penais, conforme prevê o artigo 5º, inciso I, da Lei das Contravenções Penais (BRASIL, 1941). “A previsão sobre se um delito é punido na forma da reclusão ou da detenção virá sempre especificado no próprio preceito secundário dos tipos penais” (BUENO, 2012, p. 83).

A reclusão e a detenção, como as principais espécies de penas privativas de liberdade, têm suas distinções previstas no Código Penal. Conforme se observa, o artigo 33 assinala que a reclusão é a pena cujo cumprimento pode ser iniciado em qualquer um dos três regimes prisionais: fechado, semiaberto ou aberto. Por sua vez, a pena de detenção pressupõe que o início do seu cumprimento se dê no regime semiaberto ou aberto (BRASIL, 1984). A princípio, não há previsão de regime fechado para a pena de detenção. Todavia, essa distinção perde um pouco a sua força, pois o próprio artigo 33 prevê a possibilidade de transferência para o regime fechado, em caso de necessidade, uma vez iniciado o cumprimento da pena de detenção (SOUZA; JAPIASSÚ, 2018).

Embora tenha se mantido, com a reforma de 1984, a distinção entre as penas de reclusão e detenção, Miguel Reale Júnior (2012) entende que não havia motivos para manutenção do dualismo. Conforme o autor, a diversidade entre as penas de reclusão e detenção eram mais acentuadas no Código Penal de 1940, pois determinava o artigo 31 que os condenados à detenção deveriam permanecer separados dos condenados à reclusão, sujeitos estes a isolamento inicial diurno para fins de observação. O detento poderia escolher o trabalho conforme suas aptidões e ocupações anteriores, enquanto o recluso deveria cumprir o trabalho que lhe fosse ordenado. Diferença fundamental estava na possibilidade de concessão da suspensão condicional da pena para os crimes apenados com detenção, proibida, no entanto, aos crimes sujeitos à pena de reclusão (REALE JÚNIOR, 2012). Ainda nas palavras de Reale Júnior:

Com a nova Parte Geral de 1984, a diversidade, que se amainara já com a disciplina criada pela Lei nº 6.416/77, tornou-se ainda menor, pois duas únicas diferenças estão na indicação de que a pena de detenção não é de ser cumprida em regime fechado, salvo necessidade de transferência, art. 33, e na possibilidade de ser o inimputável submetido a tratamento ambulatorial, art. 97 do Código Penal, se o fato praticado for previsto como crime ao qual se aplica pena de detenção. [...] considero não mais razoável manter a distinção, que, a meu ver, sempre teve maior relevo processual, pois a natureza da pena, detenção ou reclusão, determinava o

procedimento a ser aplicado. Por estas razões, o Projeto Modificativo da Parte Geral adota a unificação das penas de detenção e reclusão, unitariamente, mencionando-se, tão só, pena de prisão (REALE JÚNIOR, 2012, p. 336-337).

Contudo, Bitencourt (2012) traz que além dos principais aspectos que distinguem as referidas modalidades, em relação aos regimes iniciais de cumprimento da pena, há ainda a flagrante diferença nas consequências decorrentes de uma e outra, além da maior dificuldade dos apenados com reclusão em obter os denominados “benefícios penitenciários” (BITENCOURT, 2012). O autor expõe, ainda, a título exemplificativo, algumas das mais importantes consequências que ainda justificam todo um sistema tradicional duplo de pena de prisão, quais sejam:

a) Limitação na concessão de fiança A autoridade policial somente poderá conceder fiança nas infrações punidas com detenção ou prisão simples (art. 322 do CPP), nunca nos crimes punidos com reclusão, em que, quando for o caso, a fiança deverá ser requerida ao juiz. b) Espécies de medidas de segurança Para infração penal punida com reclusão a medida de segurança será sempre detentiva; já para autor de crime punido com detenção, a medida de segurança poderá ser convertida em tratamento ambulatorial (art. 97 do CP). c) Incapacidade para o exercício do pátrio poder, tutela ou curatela Somente os crimes punidos com reclusão, praticados pelos pais, tutores ou curadores contra os respectivos filhos, tutelados ou curatelados, geram essa incapacidade. Na hipótese de prática de crimes punidos com detenção, nas mesmas circunstâncias, não gerarão os mesmos efeitos. No entanto, a incompatibilidade fática justificará a busca através de ação própria no juízo competente (família e sucessões ou da criança, infância e juventude). d) Prioridade na ordem de execução (arts. 69, caput, e 76, ambos do Código Penal): executa-se primeira a reclusão e depois a detenção ou prisão simples. e) Influência decisiva nos pressupostos da prisão preventiva (art. 313, I, do CPP). (BITENCOURT, 2012, p. 1340-1341).

Portanto, a distinção entre as duas principais modalidades de pena privativa de liberdade foram mantidas, e como consequência natural do anteriormente afirmado, a pena de reclusão pode iniciar o seu cumprimento em regime fechado, o mais rigoroso de nosso sistema penal, algo que jamais poderá ocorrer com a pena de detenção. Somente o cumprimento insatisfatório da pena de detenção poderá levá-la ao regime fechado, através da regressão (BITENCOURT, 2012).

No tocante à prisão simples, a modalidade de pena privativa de liberdade prevista para as contravenções penais que, nos termos do artigo 6º da Lei das Contravenções Penais, segue as seguintes regras: a) o cumprimento da pena só é admitido nos regimes semiaberto e aberto, sendo, portanto, vedada a regressão ao regime fechado sob qualquer fundamento; b) a pena deve ser cumprida sem rigor penitenciário; c) o sentenciado deve cumprir pena em separado daqueles que foram condenados pela prática de crime; e d) o trabalho é facultativo quando a pena aplicada não superar 15 dias (GONÇALVES, 2015).

O Direito Penal, portanto, prevê três regimes para o cumprimento da pena privativa de liberdade: o regime fechado, o regime semiaberto e o regime aberto. A diferença primordial entre estes é o estabelecimento no qual será cumprida a pena e as consequentes normas (BRANDÃO, 2010). Como prevê o parágrafo 1º do artigo 33 do Código Penal, considera-se: “a) regime fechado a execução da pena em estabelecimento de segurança máxima ou média; b) regime semi-aberto a execução da pena em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar; c) regime aberto a execução da pena em casa de albergado ou estabelecimento adequado” (BRASIL, 1940).

O Código Penal, ainda, dispõe sobre como devem ser cumpridas as penas privativas de liberdade, se em regime fechado, semiaberto ou aberto, considerando o montante da pena imposta pelo Poder Judiciário ao condenado, em seu artigo 33, parágrafo segundo, *in verbis*:

a) o condenado a pena superior a 8 (oito) anos deverá começar a cumpri-la em regime fechado; b) o condenado não reincidente, cuja pena seja superior a 4 (quatro) anos e não exceda a 8 (oito), poderá, desde o princípio, cumpri-la em regime semi-aberto; c) o condenado não reincidente, cuja pena seja igual ou inferior a 4 (quatro) anos, poderá, desde o início, cumpri-la em regime aberto (BRASIL, 1940, s.p).

A razão pela qual estão previstos, legalmente, diferentes tipos de regimes, é o fato de ter o ordenamento penal brasileiro adotado o sistema progressivo de cumprimento de pena. Dessa forma, de acordo com o artigo 112 da Lei de Execução Penal:

A pena privativa de liberdade será executada em forma progressiva com a transferência para regime menos rigoroso, a ser determinada pelo juiz, quando o preso tiver cumprido ao menos um sexto da pena no regime anterior e ostentar bom comportamento carcerário, comprovado pelo diretor do estabelecimento, respeitadas as normas que vedam a progressão (BRASIL, 1984, s.p).

Isso significa que, a cada um sexto em regime mais rigoroso, pode o condenado ser transferido para regime mais brando (do fechado para o semiaberto, por exemplo), caso demonstre merecer o benefício. Em relação ao condenado por crimes hediondos e equiparados, Ishida (2015) destaca que, com o advento da Lei no 11.464, de 28-3-2007, permitiu-se a progressão de regime para estes. Assim, a progressão dar-se-á após o cumprimento de 2/5 se o sentenciado for primário e de 3/5 se for reincidente. Ainda poderá ter direito ao livramento condicional com o cumprimento de 2/3 da pena (ISHIDA, 2015).

Anteriormente, a Lei dos Crimes Hediondos objetivava o cumprimento integral da pena em regime fechado, sem que houvesse a possibilidade de o condenado progredir de regime. Com o surgimento do novo texto legal, o condenado por crime hediondo e equiparados não será mais obrigado a permanecer no regime mais rigoroso até alcançar o livramento condicional, apenas sendo-lhe obrigado iniciar o cumprimento da pena nesse regime.

Como explica Guilherme Nucci (2014), o mérito do condenado é um juízo de valor incidente sobre a sua conduta carcerária passada e futura (diagnóstico e prognóstico), dando conta de que cumpriu, a contento, sem o registro de faltas graves no seu prontuário, a sua pena no regime mais rigoroso, além de estar preparado a enfrentar regime mais brando, demonstrando disciplina, senso crítico sobre si mesmo, perspectiva quanto ao seu futuro e ausência de periculosidade. Não poderia o mérito, jamais, ser avaliado segundo o crime praticado e o montante da pena aplicada, pois não é essa a finalidade da disposição legal. Por seu crime, o sentenciado já foi sancionado e cumpre pena, não podendo carregar, durante toda a execução, o estigma de ter cometido grave infração penal (NUCCI, 2014).

A fixação do regime inicial da execução das penas privativas de liberdade compete ao juiz da ação, isto é, da condenação. Ela integra o ato decisório final. No entanto, essa fixação será sempre provisória, uma vez que fica sujeita à progressão ou regressão, atendendo ao mérito do condenado. Cumprindo, assim, ao juiz da

execução decidir, motivadamente, sobre a progressão ou regressão de regimes (BITENCOURT, 2012).

Existem casos em que é possível substituir a pena de prisão por penas alternativas, evitando-se, assim, os males que o sistema carcerário acarreta, principalmente com relação àqueles presos que cometeram pequenos delitos e que se encontram misturados com delinquentes perigosos (GRECO, 2017). Dessa forma, juntamente à de multa, as penas restritivas de direitos constituem as chamadas penas alternativas, que têm por finalidade evitar a colocação do condenado na prisão, substituindo-a por certas restrições ou obrigações.

As penas restritivas de direitos são modalidades de pena previstas na Parte Geral do Código Penal. Porque os tipos penais que constituem os crimes em espécie só preveem como consequência, penas privativas de liberdade, quer isoladamente, quer previstas cumulativamente com a pena de multa, as penas restritivas de direito são penas substitutivas. Isso significa que elas são aplicadas em substituição à dita pena de privação de liberdade, presentes os requisitos legais (BRANDÃO, 2010).

O artigo 43 do Código Penal traz as espécies de penas restritivas de direitos, quais sejam: “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” (BRASIL, 1940, s.p). Gonçalves, a respeito das espécies de penas restritivas de direitos, explica:

As penas restritivas são chamadas de genéricas quando podem ser aplicadas a todas as espécies de infração penal, desde que observados os requisitos legais (pena não superior a 4 anos, crime cometido sem violência ou grave ameaça etc.). A prestação de serviços à comunidade e a limitação de fim de semana são espécies de penas restritivas genéricas. No entanto, são classificadas como específicas, quando cabíveis apenas para condenações relativas a delitos que se revestem de características especiais. A proibição para o exercício de cargo, função ou atividade pública, por exemplo, pressupõe a condenação por crime cometido no exercício das atividades profissionais em que tenha havido violação aos deveres inerentes a referido cargo ou função (GONÇALVES, 2015, p. 266).

Os requisitos para substituição da pena privativa de liberdade para restritiva de direitos estão previstos também na legislação penal, em seu artigo 44. E estes são: a) Que o crime seja culposo, qualquer que seja a pena aplicada, ou, se doloso,

que a pena estabelecida na sentença não seja superior a 4 anos. Observe-se que, em relação aos crimes culposos, não existe limitação quanto ao montante da pena. b) Nos crimes dolosos, que não tenha havido emprego de violência contra pessoa ou grave ameaça. c) Que o réu não seja reincidente em crime doloso. d) Que a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias do crime, indiquem que a substituição é suficiente (BRASIL, 1940).

As penas alternativas são autônomas, não acessórias. Nas palavras de Gonçalves: “A autonomia está expressamente ressaltada no art. 44, caput, do Código Penal que estabelece que as penas restritivas não são acessórias, ou seja, não podem ser cumuladas com a pena privativa de liberdade aplicada em relação à mesma infração penal” (GONÇALVES, 2015, p. 266).

Conforme consta do parágrafo 2º do artigo 44, do Código Penal, no caso de condenação à pena privativa de liberdade igual ou inferior a um ano, o juiz decidirá se será aplicada ao réu uma pena restritiva de direitos ou a pena de multa. Todavia, se a condenação for superior a um ano e não exceder a quatro anos, o juiz aplicará duas penas restritivas de direitos ou uma pena restritiva de direitos cumulada com uma pena de multa (BRASIL, 1940).

No que diz respeito à pena de multa, a última espécie de pena, trata-se de modalidade que pode ser aplicada de forma conjunta ou isolada com a pena privativa de liberdade e que consiste em uma sanção de natureza pecuniária, que não poderá ultrapassar a pessoa do condenado e cujo produto da arrecadação será revertido ao fundo penitenciário (COÊLHO, 2015). A multa será calculada conforme critério bifásico, estabelecido pelo Código Penal. Gonçalves traz as duas espécies de penas de multa:

Existem duas espécies de pena de multa: a) originária; e b) substitutiva. A originária é descrita em abstrato no próprio tipo penal. Pode ser prevista de forma isolada, cumulativa ou alternativa com pena privativa de liberdade. Por sua vez, a multa substitutiva é aquela aplicada em substituição a uma pena privativa de liberdade fixada na sentença em montante não superior a um ano, quando o réu não for reincidente em crime doloso e as circunstâncias do art. 59 do Código Penal indicarem que a substituição seja suficiente. É também chamada de multa vicariante. O art. 44 do Código Penal, com a redação que lhe foi dada pela Lei n. 9.714/98, exige, ainda,

que se trate de crime cometido sem o emprego de violência contra pessoa ou grave ameaça (GONÇALVES, 2015, p. 280-281).

Conforme ensina Miguel Reale Júnior (2012), a pena de multa deve ter como sanção penal caráter personalíssimo, portanto deve ser aplicada em vista às condições do réu, para que assim, não se estenda como débito aos herdeiros, devendo ser paga pelo próprio condenado, mesmo porque será suspensa a execução, se sobrevier ao condenado doença mental. Ainda, na opinião do autor, a pena de multa tem, fundamentalmente, um significado retributivo, como imposição de uma diminuição do patrimônio do réu, gerando a obrigação de pagar e a submissão a uma cobrança por desconto do salário ou por meio de processo de execução, constituindo esta privação econômica uma retribuição proporcionada à sua situação patrimonial. Há uma proporção culpa-pena (REALE JÚNIOR, 2012).

No que concerne ao cálculo da pena de multa, como dito anteriormente, o Código Penal se utiliza do critério bifásico, conforme seu artigo 49 que dispõe:

Art. 49 - A pena de multa consiste no pagamento ao fundo penitenciário da quantia fixada na sentença e calculada em dias-multa. Será, no mínimo, de 10 (dez) e, no máximo, de 360 (trezentos e sessenta) dias-multa. § 1º - O valor do dia-multa será fixado pelo juiz não podendo ser inferior a um trigésimo do maior salário mínimo mensal vigente ao tempo do fato, nem superior a 5 (cinco) vezes esse salário. § 2º - O valor da multa será atualizado, quando da execução, pelos índices de correção monetária (BRASIL, 1940, s.p).

Em síntese, a pena de multa deve ser calculada levando em consideração a quantidade de dias-multa aplicada ao condenado e o valor do dia-multa. Em sua obra, Coêlho (2015) bem nos explica como é realizado o cálculo, sendo a quantidade de dias-multa calculada, para a maioria da doutrina e jurisprudência, levando em consideração os critérios de aplicação da pena na primeira fase, notadamente a relação entre a gravidade do fato e a culpabilidade do autor, ou seja, quanto mais gravoso foi o delito e maior a culpabilidade, distancia-se a quantidade de dias-multa do mínimo legal (dez dias) e se aproxima do máximo legalmente permitido (360 dias).

Por sua vez, o valor do dia-multa, deverá ser calculado levando em consideração a condição econômica do condenado, não podendo esta ser inferior a um trigésimo do maior salário-mínimo mensal vigente ao tempo do fato, nem

superior a cinco vezes esse salário. Importante salientar que, o salário-mínimo ao qual faz referência o artigo, é o salário-mínimo nacional (COÊLHO, 2015).

Estas, portanto, são as espécies de penas permitidas trazidas pelo Código Penal, juntamente à Constituição Federal de 1988. Diante desta breve análise, haja vista a impossibilidade de trazer todas as particularidades de cada modalidade, observa-se que, o ordenamento jurídico busca adequar a pena a cada delito, respeitando os critérios e circunstâncias para sua aplicação.

1.3 DAS FUNÇÕES DA PENA

Diversas opiniões doutrinárias foram desenvolvidas ao longo do tempo, objetivando explicar a função das penas no combate à criminalidade. O Código Penal prevê, em seu artigo 59, que as penas aplicadas devem ser necessárias e suficientes à reprovação e prevenção do crime (BRASIL, 1940). A pena deve ser aplicada visando um resultado justo entre o mal praticado, a conduta que foi praticada pelo agente e a prevenção de futuras infrações penais. Contudo, em relação à sua finalidade, explica Jorge de Figueiredo Dias:

O problema dos fins (*rectius*, das finalidades) da pena criminal é tão velho quanto a própria história do direito penal; e, no decurso desta já longa história, ele tem sido discutido, vivamente e sem soluções de continuidade, pela filosofia (tanto pela filosofia geral, como pela filosofia do direito), pela doutrina do Estado e pela ciência (global) do direito penal. A razão de tal interesse e da sua persistência ao longo dos tempos está em que, à sombra dos problemas dos fins das penas, é no fundo toda a teoria do direito penal que se discute e, com particular incidência, as questões fulcrais da legitimação, fundamentação, justificação e função da intervenção penal estatal. Por isso se pode dizer, sem exagero, que a questão dos fins da pena constitui, no fundo, a questão do destino do direito penal e, na plena acepção do termo, do seu paradigma (DIAS, 2001, p. 65-66 *apud* MASSON, 2014, p. 648).

Como visto, em seu artigo 59, o Código Penal atribuiu um sentido duplo à pena, de retribuição e prevenção. Por sua vez, a Lei de Execução Penal, em seu artigo 1º prevê: "A execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado ou do internado" (BRASIL, 1984, s.p). Desta feita, a dicção do

dispositivo legal supramencionado remete a função da pena ao caráter de reintegração do condenado ou internado.

As teorias mais importantes que explicam o sentido, as funções e as finalidades da pena são: as teorias absolutas, também conhecidas como teorias retributivas, as teorias preventivas e as teorias mistas ou ecléticas (BITENCOURT, 2012). Como preleciona Basileu Garcia:

As doutrinas acerca dos fins atribuídos à pena podem classificar-se em absolutas, relativas ou utilitárias e mistas. Três lemas indicam-lhes a essência: *punitur quia peccatum est* (absolutas); *punitur ut ne peccetur* (relativas ou utilitárias); *punitur quia peccatum est et ne peccetur* (mistas). Pune-se porque pecou; pune-se para que não peque; pune-se porque pecou e para que não peque (GARCIA, s.d, p. 132 *apud* GRECO, 2017, p. 74).

Segundo Nucci (2014), a teoria denominada “absoluta”, também denominada como teoria retributiva, defendia a finalidade eminentemente retributiva da pena, voltada ao castigo do criminoso. O fundamento da pena era a justiça e a necessidade moral, pouco interessando sua efetiva utilidade (NUCCI, 2014).

Entre os defensores das teses absolutistas ou retribucionistas da pena destacaram-se dois dos mais expressivos pensadores do idealismo alemão: Kant, cujas ideias a respeito do tema que examinamos foram expressadas em sua obra *A metafísica dos costumes*, e Hegel, cujo ideário jurídico-penal se extrai de seus *Princípios da Filosofia do Direito*. No entanto, é notória uma particular diferença entre uma e outra formulação: 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 (BITENCOURT, 2012). Nas palavras de Guilherme Nucci:

Kant sustentava ser a pena a retribuição justa desprovida de finalidade, representando a causação de um mal como compensação à infração penal cometida. Se o ser humano pode ser considerado moralmente livre, com capacidade de se autodeterminar, natural se torna sofrer punição pelo que faz de errado. Hegel, por sua vez, embora inserido na mesma corrente, possuía visão diferenciada, afirmando dever a pena ser considerada retribuição apenas no sentido de que se contrapunha ao crime (NUCCI, 2014, p. 64).

De acordo com a teoria absoluta, a pena seria a retribuição estatal justa ao mal injusto que o condenado provocou, a qual consiste na prática de um crime ou contravenção penal. A pena não busca uma finalidade prática, pois não se preocupa com a readaptação social do infrator da lei penal. Pune-se simplesmente como retribuição à prática do ilícito penal. A pena atua como instrumento de vingança do Estado contra o criminoso, com a finalidade única de castigá-lo, fator esse que proporciona a justificação moral do condenado e o restabelecimento da ordem jurídica (MASSON, 2014).

Para entender melhor a ideia de pena em sentido absoluto, é importante ter em mente o tipo de Estado que lhe dá vida. O Estado absolutista tinha como características significativas, a identidade entre o soberano e o Estado, a unidade entre a moral e o Direito, entre o Estado e a religião, além da metafísica afirmação de que o poder do soberano lhe era concedido diretamente por Deus (BITENCOURT, 2012).

A ideia que então se tinha da pena era a de ser um castigo com o qual se expiava o mal (pecado) cometido. De certa forma, no regime do Estado absolutista, impunha-se uma pena a quem, agindo contra o soberano, rebelava-se também, em sentido mais que figurado, contra o próprio Deus (BITENCOURT, 2012, p. 277-278).

A teoria absoluta 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 (BITENCOURT, 2012). Em razão disso, são também conhecidas como teorias retributivas. Esta não visa um fim socialmente útil, mas uma imposição de um mal merecidamente determinado. O fim da pena seria independente e sem vínculos com qualquer efeito social.

De acordo com Francesco Carnelutti, neste caso, além de ser considerada como punição ao criminoso, a pena também era vista como uma forma de aviso para indivíduos que tenham alguma pretensão criminosa:

Dizem, facilmente, que a pena não serve somente para a redenção do culpado, mas também de alerta aos outros, que poderiam ser tentados a delinquir e, por isso, os deve intimidar; e não é um discurso este de se fazer pouco caso; mas pelo menos dele não deriva a habitual contradição entre a função repressiva e a função

preventiva da pena: aquilo que a pena deveria ser para beneficiar o culpado não é aquilo que deveria ser para beneficiar os outros; não há entre esses dois aspectos da instituição possibilidade de conciliação. O menos que se pode concluir é que o condenado que, por achar-se redimido antes do término fixado pela condenação, permanece na prisão porque deve servir de exemplo aos outros, sendo submetido a um sacrifício por interesse dos outros, está na mesma situação do inocente, sujeito à condenação por um daqueles erros judiciais, que nenhum esforço humano conseguirá eliminar. (CARNELUTTI, 1995, p. 52).

Na verdade, o que se vê, inclusive nos dias de hoje, é uma sociedade que em geral, se satisfaz e, busca fazer com que a pena tenha essa finalidade retributiva, pois tende a torna-la como uma espécie de “pagamento” ou compensação ao condenado que praticou a infração penal, desde que, obviamente, a pena seja, pelo menos, privativa de liberdade. Visto que, se ao condenado for aplicada uma pena restritiva de direitos ou mesmo a de multa, a sensação da sociedade é de impunidade, uma vez que o homem, infelizmente, ainda se regozija com o sofrimento causado pelo aprisionamento do infrator (GRECO, 2017).

Segundo Cláudio Brandão (2010), as teorias absolutas não estão em consonância com a teleologia do Princípio da Legalidade. O autor esclarece que, ditas teorias, de fato, têm razão quando afirmam que a pena é um mal, porque toda ela implica perda de bens jurídicos. Todavia, o Direito Penal fundamentado no Princípio da Legalidade põe como figura central de seu sistema a pessoa humana, protegida pelo referenciado Princípio. Isto posto, o mal da pena deve transcender a ela para visar à valorização do homem, que é dito como destinatário do Direito Penal e valorizado em sua dignidade humana (BRANDÃO, 2010).

Diante disso, observa-se que a teoria absoluta ou retributiva tem como exclusivo objetivo punir o condenado, retribuindo a este o mal que causou, com um outro mal consistente na aplicação da pena. Faz com que o condenado permaneça encarcerado para que assim, usufrua das consequências de sua prática delituosa (GROKSKREUTZ, s.d). É também uma forma de demonstrar o poder que o Estado detém, exercendo o *jus puniendi*. A pena neste sentido é pensada como uma forma de fazer justiça, pois é considerada apenas como consequência pelo crime praticado, sem qualquer outro objetivo social.

Existe, ainda, a teoria preventiva, a qual possui uma pretensão diversa da teoria anterior. A teoria absoluta, com os olhos voltados somente à infração

praticada pelo agente, ao passado, advoga a tese da retribuição, enquanto as teorias relativas, com suas lentes voltadas para o futuro, buscam evitar que outras infrações penais sejam cometidas, e assim, apregoam a prevenção (GRECO, 2017). A teoria preventiva, também conhecida como “teoria relativa”, tem por objetivo a prevenção de novos delitos, busca impedir que os que já foram anteriormente condenados, voltem a delinquir.

Para essa variante, a finalidade da pena consiste em prevenir, isto é, evitar a prática de novas infrações penais (*punitur ne peccetur*). De acordo com este entendimento, é irrelevante a imposição ou não de castigo ao condenado. “A pena não está destinada à realização da justiça sobre a terra, servindo apenas para a proteção da sociedade. A pena não se esgota em si mesma, despontando como meio cuja finalidade é evitar futuras ações puníveis” (MASSON, 2014, p. 649). Conforme ensina Bitencourt:

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 a lógica das teorias absolutas, somente porque delinuiu, 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 (BITENCOURT, 2012, p. 294).

As teorias da prevenção subdividem-se em de prevenção geral – intimidação dirigida a todo o corpo social por meio da ameaça da pena – e de prevenção especial – intimidação para evitar que o delinquente, após ter cumprido a pena e sofrer suas consequências, volte a praticar novos crimes (ESTEFAM, 2017). Que ainda se bipartem em: a) prevenção geral – negativa e positiva; b) prevenção especial – negativa e positiva (GRECO, 2017).

Sobre o tema, Coêlho (2015) afirma que as teorias relativas têm a preocupação de justificar a pena através de uma necessidade, seja de prevenir o crime informando à sociedade que a pena tem a função de evitar o delito. Para tanto, deve a sociedade, através de um processo de coação que a pena exerceria, não praticar o delito; seja através de um sentido individual de prevenção, buscando

atingir atores especiais neste processo: os “potenciais” criminosos ou aqueles que praticaram delitos e que se busca reintegrar à sociedade (COÊLHO, 2015). Portanto, o destinatário da prevenção geral é a coletividade como um todo, enquanto o destinatário da prevenção especial é aquele que delinuiu.

Conforme explica André Estefam (2017), a diferença entre a prevenção geral e a prevenção especial seria a de que, na prevenção geral a ameaça psicológica da pena serve como elemento inibidor de comportamentos criminosos. Trata-se da construção artificial (por meio da lei) de um freio interno, necessário quando os freios religiosos, morais, éticos ou sociais falharem. Já a prevenção especial enfatiza dois aspectos, segundo o autor. Em primeiro lugar, enquanto o condenado está cumprindo sua pena, não praticará novos crimes. Além disso, a experiência concreta e real da pena faria com que o agente não voltasse a delinquir, isto é, não reincidisse (ESTEFAM, 2017). Pela teoria de prevenção ou relativa, a pena é uma medida prática que visa impedir o delito.

Como exposto anteriormente, a prevenção geral e a prevenção especial ainda se subdividem em prevenção geral positiva, prevenção geral negativa, prevenção especial positiva e prevenção especial negativa. A prevenção geral negativa ou intimidatória assume a função de dissuadir os possíveis delinquentes da prática de delitos futuros através da ameaça de pena, ou predicando como exemplo do castigo eficaz; e, de outro lado, a prevenção geral positiva assume a função de reforçar a fidelidade dos cidadãos à ordem social a que pertencem (BITENCOURT, 2012).

Com a prevenção geral negativa, conhecida também por prevenção por intimidação, a pena aplicada ao condenado, autor de determinada infração penal, tende a refletir-se na sociedade, evitando, assim, que as demais pessoas, que se encontram com os olhos voltados para a condenação de um de seus pares, reflitam antes de praticar qualquer infração penal. Nas palavras de Bitencourt:

Entre os defensores da teoria preventiva geral negativa da pena destacam-se Bentham, Beccaria, Filangieri, Schopenhauer e Feuerbach. Feuerbach foi o formulador da “teoria da coação psicológica”, uma das primeiras representações jurídico-científicas da prevenção geral. [...] Na concepção de Feuerbach, a pena é, efetivamente, uma ameaça da lei aos cidadãos para que se abstenham de cometer delitos; é, pois, uma “coação psicológica” coma qualse pretende evitar o fenômeno delitivo. Já não se observa somente a parte, muitas vezes cruel, da execução da pena (que nesse caso serve somente para confirmar a ameaça), mas se

antepõe à sua execução a cominação penal (BITENCOURT, 2012, 297-298).

Por meio dessa vertente da prevenção geral, tida como negativa, a sociedade é advertida a respeito do Direito Penal tanto mediante ameaça da pena, em abstrato, contida na lei, como também na oportunidade em que essa mesma lei é aplicada. Nesta última hipótese, o agente, na verdade, serve de exemplo aos demais, fazendo com que sua condenação reflita em seu meio social, levando à compreensão de todos aqueles que o cercam, ou que, pelo menos, tiveram conhecimento da sua condenação, as consequências pela prática de determinada infração penal (GRECO, 2017). Historicamente, o caráter negativo da prevenção geral foi o primeiro a ser conhecido.

Por outro lado, por meio da prevenção geral positiva, a pena exerce outra função. A prevenção geral positiva consiste em demonstrar e reafirmar a existência, a validade e a eficiência do Direito Penal. Almeja-se demonstrar a vigência da lei penal. O efeito buscado com a pena é romper com a ideia de vigência de uma “lei particular” que permite a prática criminosa, demonstrando que a lei geral – que impede tal prática e a compreende como conduta indesejada – está em vigor. Em síntese, em seu aspecto positivo, a prevenção geral repousa na conservação e no reforço da confiança na firmeza e poder de execução do ordenamento jurídico. A pena tem a missão de demonstrar a inviolabilidade do Direito diante da comunidade jurídica e reforçar a confiança jurídica do povo (MASSON, 2014).

“A norma é o instrumento de estabilização social, de garantia das expectativas geradas pelo processo de interação social, e a quebra da confiança nessas expectativas é traduzida pela violação das normas, que precisaria da pena como instrumento de reestabilização das expectativas sociais” (COELHO, 2015, p. 287). Portanto, a teoria da prevenção geral positiva busca gerar efeitos sobre indivíduos da sociedade que não cometeram crimes. Não os intimidando para se omitirem da prática de um delito, mas sim para produzir um acordo para reafirmar a confiança no sistema coletivo.

No que se refere à teoria da prevenção especial, esta fundamenta a aplicação da pena na necessidade de voltá-la ao indivíduo. Sua atuação se fundamenta em determinada pessoa, dirigindo-se não à totalidade das pessoas, à comunidade, como a teoria preventiva geral e, sim, aos indivíduos, em sua singularidade

(COÊLHO, 2015). Como exposto, esta se subdivide em prevenção especial positiva e prevenção especial negativa.

A prevenção especial positiva preocupa-se com a reintegração do condenado, para que no futuro possa ele, com o integral cumprimento da pena, ou, se presentes os requisitos legais, com a obtenção do livramento condicional, retornar ao convívio social preparado para respeitar as regras a todos impostas pelo Direito (MASSON, 2014). Nas palavras de Bitencourt, a prevenção especial em seu caráter positivo, “não busca a intimidação do grupo social nem a retribuição do fato praticado, visando apenas aquele indivíduo que já delinuiu para fazer com que não volte a transgredir as normas jurídico-penais” (BITENCOURT, 2012, p. 318).

Já a prevenção especial negativa se baseia na ideia de neutralização forçosa dos impulsos criminais de que presumivelmente o autor de delito é portador, mediante a segregação e o afastamento deste do convívio social incapacitando-o, desta forma, para a prática de outros crimes durante a execução da pena (BUSATO, 2015). Sobre a prevenção especial negativa, Greco ensina:

Por intermédio da prevenção especial negativa, busca-se levar a efeito a neutralização daquele que praticou a infração penal, neutralização que ocorre com sua segregação no cárcere, retirando o agente momentaneamente do convívio social, impedindo-o de praticar novas infrações penais, pelo menos na sociedade da qual foi retirado. A neutralização do agente, como se percebe, somente ocorre quando a ele for aplicada pena privativa de liberdade (GRECO, 2017, p. 78-79).

Portanto, o lado negativo da teoria da prevenção especial também visa solucionar o problema da criminalidade. Todavia, neste caso, não visa a reintegração social daquele que foi condenado, em consonância com o princípio da dignidade da pessoa humana, mas sim a segregar o que consideram o “mal” da sociedade.

“Do embate entre as duas teorias, surgiu uma terceira, como não poderia deixar de ser, chamada de mista ou unificadora da pena, tal como ocorre com a teoria adotada pelo art. 59 do Código Penal, que funde as necessidades retributiva e preventiva da pena” (GRECO, 2017, p. 79). O terceiro grupo de teorias à respeito da pena, também denominada como eclética é, na verdade, uma combinação das teorias absolutas e relativas. Para esta teoria, a pena é tanto uma punição ao

condenado pela prática de um delito, como uma forma de prevenir a realização de novos delitos.

Conforme entende Bitencourt, “Merkel foi, no começo do século XX, o iniciador desta teoria eclética na Alemanha, e, desde então, é a opinião mais ou menos dominante” (BITENCOURT, 2012, p. 321). As teorias mistas ou teorias da união congregam os dois aspectos, isto é: combinam a retribuição da culpabilidade com a função reabilitadora da pena, por isso é a corrente onde todos os fins da pena alcançam uma relação equilibrada, sendo a que melhor traduz o que é a pena (BRANDÃO, 2010).

A teoria mista busca unificar os pontos mais importantes e fundamentais das teorias anteriormente elucidadas, porque qualquer delas, atuando exclusivamente em sentido próprio, são insuficientes para garantir a solução dos problemas sociais e da criminalidade, garantindo a proteção e os direitos dos cidadãos (MORAES, s.d).

Conforme prevê o Código Penal, em seu artigo 59, o juiz, ao aplicar a pena, deverá dosá-la “conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime”. Significa que o magistrado deve voltar-se ao passado e, ao impor a pena, mirar na retribuição pelo ato cometido e, fazendo-o, graduar a pena segundo a gravidade do ato praticado; deve ele também mirar o futuro e impor a sanção de modo a que sirva de exemplo para todos (prevenção geral) e de fator interno de reflexão (prevenção especial) (ESTEFAM, 2017).

Além do artigo 59 do Código Penal, Cléber Masson entende que a teoria mista está presente em diversos dispositivos da legislação:

De fato, o Código Penal aponta o acolhimento da finalidade retributiva nos arts. 121, § 5.º, e 129, § 8.º, quando institui o perdão judicial para os crimes de homicídio culposo e lesões corporais culposas. Nesses casos, é possível a extinção da punibilidade quando as “consequências da infração atingirem o próprio agente de forma tão grave que a sanção penal se torne desnecessária”. Fica claro, pois, ser cabível o perdão judicial quando o agente já foi punido, quando já foi castigado pelas consequências do crime por ele praticado. Já houve, portanto, a retribuição. Por sua vez, em diversos dispositivos a Lei 7.210/1984 – Lei de Execução Penal – dá ênfase à finalidade preventiva da pena, em suas duas vertentes, geral e especial. Nesse sentido, estabelece o seu art. 10, *caput*: “A assistência ao preso e ao internado é dever do Estado, objetivando prevenir o crime e orientar o retorno à convivência em sociedade”. E, ainda, o art. 22: “A assistência social tem por finalidade amparar o preso e o internado e prepará-los para o retorno à liberdade”. O

trabalho do preso tem finalidade educativa (art. 28). E, finalmente, a Convenção Americana de Direitos Humanos, de 1969, conhecida como Pacto de San José da Costa Rica, incorporada ao direito pátrio pelo Decreto 678/1992, estatui em seu art. 5.º, item “6”, no tocante ao direito à integridade pessoal, que “as penas privativas de liberdade devem ter por finalidade essencial a reforma e a readaptação social dos condenados” (MASSON, 2014, p. 650-651).

As teorias unificadoras partem da crítica às teorias absolutas e teorias relativas. Sustentam que essa unidimensionalidade, em um ou outro sentido, mostra-se formalista e incapaz de abranger a complexidade dos fenômenos sociais que interessam ao Direito Penal, com consequências graves para a segurança e os direitos fundamentais do homem (ALVES, 2013).

Portanto, a teoria mista, unificadora ou eclética possui dois interesses, sendo o primeiro de retribuir ao condenado o mal que este causou, e o segundo de prevenir o cometimento de novas condutas criminosas. De acordo com a unificação das duas teorias, a pena passa a ter a característica de um castigo, com um fim além de si mesma: fazer justiça em consequência de um mal causado, prevenindo que o delinquente ou qualquer indivíduo da sociedade pratique alguma conduta ilícita e, por consequência, recuperar o interno, protegendo os bens jurídicos, buscando a paz e o equilíbrio social.

2 PRINCÍPIOS DA PENA

As ideias de igualdade e de liberdade, provenientes do Iluminismo, deram ao Direito Penal um caráter formal menos cruel do que aquele que predominou durante o Estado Absolutista, impondo limites à intervenção estatal nas liberdades individuais. Muitos desses princípios limitadores passaram a integrar os Códigos Penais dos países democráticos e, assim, receberam assento constitucional, como garantia máxima de respeito aos direitos fundamentais do cidadão.

Podem ser chamados de princípios reguladores do controle penal, princípios constitucionais fundamentais de garantia do cidadão, ou simplesmente de Princípios Fundamentais de Direito Penal de um Estado Social e Democrático de Direito. Importa que todos esses princípios são garantias do cidadão perante o poder punitivo estatal e estão amparados pelo texto constitucional de 1988 (BITTENCOURT, 2012). Princípios são os valores fundamentais que inspiram a criação e a manutenção do sistema jurídico. Na clássica definição de Celso Antônio Bandeira de Mello:

Princípio é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. É o conhecimento dos princípios que preside a inteligência das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo (MELLO, 2002 *apud* MASSON, 2014, p. 86).

Os princípios têm a função de orientar o legislador ordinário, e também o aplicador do Direito Penal, no intuito de limitar o poder punitivo estatal mediante a imposição de garantias aos cidadãos. Servem como parâmetro para limitar as condutas tanto daqueles que elaboram as leis, quanto daqueles que devem aplicá-la. São valores fundamentais para o ramo do Direito Penal. E também se prestam a nortear a interpretação e a integração do ordenamento jurídico vigente (GOMES, s.d). Existem princípios que estão expressamente previstos em lei ou que estão enumerados, de forma explícita ou implícita, na própria Constituição Federal, servindo de orientação à elaboração de leis ou atuando na interpretação e integração de dispositivos legais e constitucionais.

Embora estruturado em um modelo positivo de justificação da intervenção penal, o garantismo jurídico oferece importantes instrumentos para modelar uma dogmática (consequente) das penas orientada à limitação e ao controle do poder punitivo, ou seja, para a tutela das pessoas contra o exercício das violências (pública ou privada). O modelo teórico garantista apresenta uma estrutura de princípios que pretende assegurar o maior grau de racionalidade possível ao sistema jurídico-penal, dotando os aplicadores do direito de ferramentas idôneas para assegurar o máximo grau de proteção dos direitos fundamentais (CARVALHO, 2015).

Os princípios são os valores fundamentais que inspiram a criação e a manutenção do sistema jurídico. A Constituição Federal de 1988, juntamente com o Código Penal Brasileiro, através de seus princípios e normas coordena o ramo do Direito Criminal de forma substancial, haja vista a interferência do Estado, trazida por esta área, na vida do ser humano. Nos dias atuais se busca uma pena que seja mais humanizada e em conformidade com a norma de mais valor do nosso Estado. Isto quer dizer que a pena deve estar pautada sempre em princípios humanizadores do direito de cada cidadão. Segundo Salo de Carvalho:

Os princípios corresponderiam às regras do jogo do direito penal nos estados democráticos de direito e, em decorrência de sua gradual incorporação pelos textos constitucionais a partir de 1948, estabeleceriam vínculos formais e materiais de validade das normas e das decisões sobre a responsabilidade penal e a aplicação da pena (CARVALHO, 2015, p. 256).

Os princípios constitucionais penais são uma exigência de racionalização e legitimação, imposta pela Carta Constitucional, para elaboração e operacionalização do Direito Penal em um Estado Democrático de Direito. São limites democráticos que estreitam e condicionam tanto as possibilidades de formulações legislativas penais referentes à privação da liberdade e da vida humana, direitos fundamentais, quanto à atuação judicial concernente à interpretação das regras criminais existentes (LIMA, 2012).

Neste capítulo serão analisados individualmente os principais princípios orientadores do direito penal brasileiro – no que se refere à aplicação da pena -, quais sejam: princípios da legalidade, da individualização da pena, da proporcionalidade e da humanidade.

2.1 DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

Pode-se afirmar que a origem do princípio da legalidade se deu no início do século XIII, precisamente no ano de 1215, com a *Magna Charta Libertatum* que foi um documento imposto pelos barões ingleses ao Rei João Sem Terra, de cunho libertário (FREITAS JUNIOR, s.d). A garantia tinha por finalidade evitar que alguém fosse preso ou privado de seus bens pela vontade singular do soberano, obrigando que os magistrados aplicassem, efetivamente, as leis consuetudinárias à época consagradas pela comunidade, e vinha expressa em seu artigo 39, *in verbis*:

Nenhum homem livre será detido ou sujeito à prisão, ou privado dos seus bens, ou colocado fora da lei, ou exilado, ou de qualquer modo molestado, e nós não procederemos nem mandaremos proceder contra ele senão mediante um julgamento regular pelos seus pares ou de harmonia com a lei do país. (USP, s.d, s.p).

Conforme Sanctis (2014), no século XVIII (Iluminismo) estaria a fonte próxima do princípio da legalidade, diante do postulado no artigo 8º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 26 de agosto de 1789, nos termos seguintes: “ninguém pode ser punido senão em virtude de uma lei estabelecida e promulgada anteriormente ao delito e legalmente aplicada”. Antes disso, porém, já fora inscrito nas legislações das colônias americanas que se tornavam independentes: Filadélfia (1774), Virgínia (1776) e Maryland (1776), para depois fazer parte do Código Penal Austríaco (1787), do Código Penal Francês (1791) e do Código Napoleônico (1810), irradiando-se para todo o mundo civilizado. No Brasil, foi inscrito na Constituição de 1824 e repetido em todas as cartas constitucionais subsequentes (SANCTIS, 2014).

O Princípio da Legalidade seria o estudo da lei penal em sua natureza intrínseca. Isso se dá porque dita natureza intrínseca versa sobre a substância da lei, isto é, versa sobre a essência da lei. É através do Princípio da Legalidade que o Estado encontra o pressuposto e a fonte para o exercício do seu poder de repressão penal. Por outro lado, é também através do mesmo Princípio da Legalidade que termina o reino de arbítrio, porque alguém somente pode ser tido como criminoso após a prévia e solene declaração da conduta qualificada na lei como crime (BRANDÃO, 2010).

Esse princípio foi consagrado pelo inciso XXXIX do artigo 5º, da Constituição Federal de 1988, e encontra-se descrito também no artigo 1º do Código Penal. Segundo ele, “não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal” (BRASIL, 1940, s.p). O referido dispositivo, tão significativo, por estar previsto na Carta Magna dentre os direitos fundamentais dos cidadãos, constitui cláusula pétrea, de modo que não pode ser abolido nem mesmo por meio de emenda constitucional, conforme prevê o artigo 60, §4º, da Constituição Federal de 1988 (GONÇALVES, 2015). Ora, vem abordado na Lei Maior, pois se trata de uma garantia constitucional. É através do Princípio da Legalidade que os indivíduos estão protegidos contra eventuais arbitrariedades emanadas do Estado ou de particulares.

Além de previsto na Constituição Federal, o Princípio da Legalidade encontra amparo no Pacto de San Jose da Costa Rica, em seu artigo 9º, nos seguintes termos: “Ninguém pode ser condenado por ações ou omissões que, no momento em que forem cometidas, não sejam delituosas, de acordo com o direito aplicável” (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, 1969).

O princípio da legalidade constitui uma efetiva limitação ao poder punitivo estatal. Embora seja hoje um princípio fundamental do Direito Penal, seu reconhecimento percorreu um longo processo, com avanços e recuos, não passando, muitas vezes, de simples “fachada formal” de determinados Estados. Feuerbach, no início do século XIX, consagrou o princípio da legalidade através da fórmula latina *nullum crimen, nulla poena sine lege*. O princípio da legalidade é um imperativo que não admite desvios nem exceções e representa uma conquista da consciência jurídica que obedece a exigências de justiça, que somente os regimes totalitários o têm negado (BITENCOURT, 2012).

Se observado em toda sua dimensão, pode-se dizer que o Princípio da Legalidade constitui categoria inviolável de garantia do cidadão frente ao poder punitivo que exerce o Estado. Em sua dimensão “política”, que significa o predomínio do Poder Legislativo como órgão que representa a vontade geral frente aos outros poderes do Estado, e em sua dimensão “técnica”, que expressa a forma como devem os legisladores formular as normas penais (BUSATO, 2015). Segundo Martinelli e Bem:

Vicente Martínez, interpretando o pensamento de Beling, aduz que o princípio da legalidade tem dois significados: por um lado, um significado político e, por outro lado, um significado científico. Enquanto o primeiro busca evitar a incerteza penal, porque consagraria a segurança política dos cidadãos perante o arbítrio estatal, o segundo se manifesta de maneira idêntica à proposta de Feuerbach, isto é, como peça-chave de sua teoria da coação psicológica. Basicamente, o significado político exerce uma espécie de diálogo entre o Estado e o indivíduo, pois informa quais os limites da permissão de um comportamento e quais as consequências de praticar uma conduta proibida. Seu significado científico, por sua vez, relaciona-se diretamente ao estudo das finalidades da pena (MARTINELLI; BEM, 2017, p. 173).

A lei deve ser prévia, clara, precisa, geral e abstrata, à qual se submete o juiz, o Estado e todos os cidadãos. Os juízes da nação, como diz Montesquieu (1922, p. 159 *apud* REALE JÚNIOR, 2012, p. 35), não mais são que “as bocas que pronunciam as palavras da lei”. Ainda de acordo com Miguel Reale Júnior (2012), a necessidade de punir, como fundamento da infligência de uma pena, tem como exigência a delimitação, em defesa dos direitos do cidadão, da área de incidência, de eficácia, da norma incriminadora, legitimadora da aplicação de uma sanção penal. Desta feita, o modelo jurídico-penal, destarte, deve ser um modelo fechado a desempenhar relevante função política de limitação ao poder punitivo do Estado, utilizando o mínimo possível de termos vagos, que tornem impreciso o significado na norma. Como conceitua Mirabete:

Pelo princípio da legalidade alguém só pode ser punido se, anteriormente ao fato por ele praticado, existir uma lei que o considere como crime. Ainda que o fato seja imoral, antissocial ou danoso, não haverá possibilidade de se punir o autor, sendo irrelevante a circunstância de entrar em vigor, posteriormente, uma lei que o preveja como crime. O também denominado princípio da reserva legal tem, entre vários significados, o da reserva absoluta da lei (emanada do Poder Legislativo, através de procedimento estabelecido em nível constitucional) para a definição dos crimes e cominação das sanções penais, o que afasta não só outras fontes do direito como as regras jurídicas que não são lei em sentido estrito, embora tenham o mesmo efeito, como ocorre, por exemplo, com a medida provisória, instrumento totalmente inadequado para tal finalidade (MIRABETE, 2001, p. 34-35).

O Princípio da Legalidade no direito penal também é conhecido como “Princípio da Reserva Legal”. Quanto a este, significa que a regulação de determinadas matérias deve ser feita, necessariamente, por meio de lei formal, de

acordo com as previsões constitucionais a respeito. Nesse sentido, o artigo 22, inciso I, da Constituição brasileira estabelece que compete privativamente à União legislar sobre Direito Penal (BITENCOURT, 2012).

O referido princípio prevê, basicamente, a exclusividade da lei para a criação de delitos (e contravenções penais) e cominação de penas, possuindo indiscutível dimensão democrática, pois representa a aceitação pelo povo, representado pelo Congresso Nacional, da opção legislativa no âmbito criminal. De fato, não há crime sem lei que o defina, nem pena sem cominação legal (*nullum crimen nulla poena sine lege*) (MASSON, 2014). Em razão disso, conforme o artigo 62, §1º, inciso I, alínea *b* da Constituição Federal, é vedada a edição de medidas provisórias sobre matéria relativa a Direito Penal (BRASIL, 1988). A lei é a única fonte do direito penal quando se quer proibir ou impor condutas sob a ameaça de sanção. Tudo o que não for expressamente proibido é lícito em relação ao direito penal.

Cleber Masson (2014) também entende serem dois os fundamentos para o princípio da reserva legal: um de natureza jurídica e outro de fundamento político. O fundamento jurídico é a taxatividade, certeza ou determinação, pois implica, por parte do legislador, a determinação precisa, ainda que mínima, do conteúdo do tipo penal e da sanção penal a ser aplicada, bem como, da parte do juiz, na máxima vinculação ao mandamento legal, inclusive na apreciação de benefícios legais (MASSON, 2014). Nesse sentido, é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

O princípio da reserva legal atua como expressiva limitação constitucional ao aplicador judicial da lei, cuja competência jurisdicional, por tal razão, não se reveste de idoneidade suficiente para lhe permita a ordem jurídica ao ponto de conceder benefícios proibidos pela norma vigente, sob pena de incidir em domínio reservado ao âmbito de atuação do Poder Legislativo (HC 92.010/ES, 2008).

A liberdade política de um cidadão decorre da segurança que cada qual tem de não temer o Estado e os demais cidadãos, o que consegue separando o poder de legislar do poder de julgar e da administração. Com o império da lei, garante-se a supressão do arbítrio e da opressão. O despotismo é o regime do medo, a democracia, o da segurança. É graças à lei que se estabelece o princípio da igualdade, dispensando-se igual tratamento a todos (REALE JÚNIOR, 2012).

O princípio da legalidade possui quatro funções fundamentais: 1ª) proibir a retroatividade da lei penal (*nullum crimen nulla poena sine lege praevia*); 2ª) proibir a criação de crimes e penas pelos costumes (*nullum crimen nulla poena sine lege scripta*); 3ª) proibir o emprego de analogia para criar crimes, fundamentar ou agravar penas (*nullum crimen nulla poena sine lege stricta*); 4ª) proibir incriminações vagas e indeterminadas (*nullum crimen nulla poena sine lege certa*) (GRECO, 2017).

No tocante à retroatividade da lei penal, esta é vedada. Haja vista que, se a matéria proibida deve estar previamente contida em lei, não se poderia pensar na aplicação de uma proibição retroativa. O conteúdo proibitivo da norma incriminadora deve ser conhecido pelo agente, ao tempo da prática do fato. Se a lei é posterior ao comportamento, não seria possível o acesso à matéria efetivamente proibida. Toda lei que pretender a sua aplicação a uma hipótese passada terá sua validade condicionada à natureza de seu conteúdo: se for benéfica, poderá ser aplicada; se não o for, ou seja, se contiver nova definição de crime, ou o aumento de pena, ou, ainda, qualquer outro prejuízo ao agente, não poderá ser aplicada (PACELLI; CALLEGARI, 2018). Conforme explica Rogério Greco:

O inciso XL do art. 5º da Constituição Federal, em reforço ao princípio da legalidade previsto no inciso XXXIX do mesmo artigo, diz que a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu. A regra constitucional, portanto, é a da irretroatividade da lei penal; a exceção é a retroatividade, desde que seja para beneficiar o agente. Com essa vertente do princípio da legalidade tem-se a certeza de que ninguém será punido por um fato que, ao tempo da ação ou da omissão, era tido como um indiferente penal, haja vista a inexistência de qualquer lei penal incriminando-o (*nullum crimen nulla poena sine lege praevia*) (GRECO, 2017, p. 176).

Portanto, “a clareza antecipada da lei constitui uma forma de garantir sua observância. Os cidadãos não têm como respeitar as normas se não sabem que elas existem ou não as compreendem” (PASCHOAL, 2015, p. 16). Costuma-se identificar esta exigência como representativa do que se chama anterioridade penal, a expressão principiológica da condição de precedência da previsão abstrata à situação de fato, proibindo a criação de tipos com finalidade de alcançar fatos do passado. Limita-se, portanto, a permitir a punição daqueles fatos que encontrarem enquadramento nas formulações abstratamente colocadas a conhecimento prévio

do público. Destarte, o que se pretende é o estabelecimento de uma segurança jurídica (BUSATO, 2015).

A retroatividade da lei mais benigna ditada pela segunda parte do artigo 5º, XL da Constituição Federal, em que a “lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu”, pressupõe leis sucessivas no tempo. A lei penal anterior é mais severa e a lei posterior por ser mais benéfica ao réu retroage no tempo para alcançar fato mesmo que tenha sido julgado definitivamente (ROSSETTO, 2014). Cumpre destacar, ainda, que em relação aos costumes, estes são inidôneos à criação de crimes e penas, e não devem produzir qualquer influência na dosimetria da pena, sob pena de violação da legalidade, em sua vertente *nullum crimen, nulla poena sine lege scripta* (ROIG, 2015).

Normalmente, em vários outros ramos do Direito, o costume é instrumento fundamental para a solução de lides: no Direito Comercial, por exemplo, o velho Código do século XIX (1850) ainda está em vigor em virtude de esse ramo do Ordenamento Jurídico ser eminentemente costumeiro. Assim como o Direito Civil, através da Lei de Introdução ao Código Civil, estabelece que o costume é uma das formas de resolução de casos à qual o intérprete deve se remeter no silêncio da lei (BRANDÃO, 2010). Entretanto, quando se projeta a reflexão no Direito Penal, vê-se que este ramo do Direito trata o costume de uma forma diversa.

O costume no Direito Penal não pode ser utilizado para a incriminação de condutas nem para a inflição das penas, porque isso acarretaria uma violação à segurança do Ordenamento Punitivo, que exige para a caracterização do preceito penal ou da sanção a formalização legal da conduta e de sua consequência, por isso se pode afirmar que a reserva legal no Direito Penal é mais observada que em qualquer outro ramo do Ordenamento Jurídico. No dizer de Jescheck, a proibição do Direito Consuetudinário em matéria penal é a primeira consequência do Princípio da Legalidade: “O Princípio da Legalidade implica primeiro termo a exclusão do Direito consuetudinário. Isso significa que por essa via não se pode criar nenhum novo tipo penal nem nenhuma agravação punitiva (*nullum crimen nulla poena sine lege scripta*)” (JESCHECK, s.d *apud* BRANDÃO, 2010, p. 64).

Como desdobramento lógico da taxatividade, o Direito Penal também não tolera a analogia *in malam partem*. Se os crimes e as penas devem estar expressamente previstos em lei, é vedada a utilização de regra análoga, em prejuízo

do ser humano, nas situações de vácuo legislativo. O fundamento político é a proteção do ser humano em face do arbítrio do poder de punir do Estado. Enquadra-se, destarte, entre os direitos fundamentais de primeira dimensão (MASSON, 2014).

Se uma conduta não se amoldar perfeitamente ao modelo abstrato da ação ou da omissão que a norma penal descreve, não é possível a aplicação da dita norma. Isso se dá porque em Direito Penal é defeso a aplicação das normas para incriminar condutas semelhantes àquelas típicas. Com efeito, o juiz não pode ocupar o papel do legislador para criar um novo tipo penal ou para agravar a punibilidade dos crimes já previstos no Ordenamento. Daí, conclui-se que somente a lei pode determinar o conteúdo da ação digna de uma pena e de sua consequência jurídica; no silêncio da lei não é possível nenhum processo de integração por parte do aplicador da norma para a ampliação do conteúdo da lei ou da sua sanção (BRANDÃO, 2010).

Reiterando ainda a primordial característica deste princípio, Mirabete (2001) diz que, diante do princípio da legalidade do crime e da pena, pelo qual não se pode impor sanção penal a fato não previsto em lei, é inadmissível o emprego da analogia para criar ilícitos penais ou estabelecer sanções criminais. Nada impede, entretanto, a aplicação da analogia às normas não incriminadoras quando se vise, na lacuna evidente da lei, favorecer a situação do réu por um princípio de equidade. Há, no caso, a chamada "*analogia in bonam partem*", que não contraria o princípio da reserva legal (MIRABETE, 2001). Como explica Cláudio Brandão:

A proibição de analogia no Direito Penal não é absoluta. O sentido do Princípio da Legalidade é proteger o homem frente à possibilidade de inflicção de uma pena, por isso se proíbe a analogia in malam partem, isto é, que prejudica o sujeito, cerceando, fora dos limites da lei, sua liberdade. A *analogia in bonam partem*, isto é, que beneficia o sujeito, é permitida pelo Direito Penal, não se contrapondo aos fins do multirreferido Princípio da Legalidade, porque não tolhe a liberdade humana, mas contribui para estendê-la. Como bem explica Paulo José da Costa Júnior: "Se, em nome das garantias individuais, para evitar o arbítrio dos potentados, consagrou-se o *nullum crimen, nulla poena sine lege*, nada impede que em benefício do cidadão e somente neste caso, seja rompido o dique da reserva legal" (BRANDÃO, 2010, p. 60).

Por essa razão, a doutrina costuma distinguir essa característica entre *analogia in malam partem* e *analogia in bonam partem*, entendendo-se a primeira

como extensiva da punibilidade e a segunda, como restritiva da mesma. Esta última estaria legitimada na interpretação da lei penal, portanto é possível. Tudo com a finalidade de favorecer ao acusado estendendo analogicamente as circunstâncias atenuantes ou capazes de excluir a responsabilidade. É que, em sendo o princípio de legalidade uma expressão de defesa do cidadão contra possíveis arbitrariedades do Estado, e sendo a norma permissiva ou justificante, estamos diante de uma situação em que o uso da analogia não se choca com o espírito do princípio (BUSATO, 2015).

Por último, para que o Princípio da Legalidade seja, na prática, efetivo, cumprindo com a finalidade de estabelecer quais são as condutas puníveis e as sanções a elas cominadas, é necessário que o legislador penal evite ao máximo o uso de expressões vagas, equívocas ou ambíguas. Nesse sentido profetiza Claus Roxin, afirmando que: “uma lei indeterminada ou imprecisa e, por isso mesmo, pouco clara não pode proteger o cidadão da arbitrariedade, porque não implica uma autolimitação do *ius puniendi* estatal, ao qual se possa recorrer”. Ademais, contraria o princípio da divisão dos poderes, porque permite ao juiz realizar a interpretação que quiser, invadindo, dessa forma, a esfera do legislativo (BITENCOURT, 2012).

Conforme expõe Brandão (2010), em relação a esta característica, o Princípio da Legalidade impõe uma exigência ao legislador quanto à linguagem utilizada na formulação da norma penal: a norma deve usar signos linguísticos claros, que possibilitem uma individualização do modelo abstrato da conduta incriminada. Destarte, enfatize-se, a lei penal deverá apresentar os elementos necessários para a individualização da conduta incriminada, caso contrário, será impossível a sua aplicação, por afronta ao referido princípio (BRANDÃO, 2010). Nas palavras de Miguel Reale Júnior:

O enunciado normativo, por força de expressões como “indevidamente”, “interesse”, “sentimento pessoal”, reveste-se de imprecisão, gera incertezas, pois utiliza referências valorativas que reenviam o intérprete a parâmetros extrajurídicos. Deve o legislador, por consequência, utilizar elementos normativos de ordem cultural ou extrajurídicos só em caso de não haver forma de descrever a conduta paradigmática por via de elementos objetivos, sob pena de comprometer o princípio da legalidade (REALE JÚNIOR, 2012, p. 39).

Dessa forma, com a proibição de normas vagas e indeterminadas, objetiva-se que o princípio da legalidade ofereça a necessária segurança jurídica para o sistema penal. Sem embargos, o que corresponde a exigência dirigida ao legislador, de que este determine as condutas puníveis. Observa-se, portanto, que quanto mais complexa a ordem social, quanto mais diluídos os valores da moralidade contemporânea, e tanto mais prevalentes as pretensões individualistas, mais se impõe a necessidade de regulação expressa e determinada dos comportamentos proibidos. Em uma sociedade em que quase tudo parece possível quando justificado pela compensação financeira, os limites entre o lícito e o ilícito devem ser ainda melhor demarcados (PACELLI; CALLEGARI, 2018).

Ecoa da doutrina que o princípio da legalidade representa importante conquista de índole política, inscrita nas Constituições de todos os regimes democráticos e liberais. Ao longo dos tempos, no dizer de Milton Cairoli Martinez, o princípio tem sido um imperativo que não admite desvios nem exceções e representa uma conquista da consciência jurídica, que obedece a exigência de justiça, que somente os regimes totalitários têm negado (ROSSETTO, 2014).

2.2 DO PRINCÍPIO DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA

Em época anterior ao Iluminismo, a iniquidade que resultava do exercício arbitrário do “poder de julgar” dos juízes constituiu um dos maiores fundamentos do movimento de reforma do Direito Punitivo liderado por Beccaria. A reação mais eficaz contra os extremos seria naturalmente a limitação do arbítrio judicial, com a definição precisa do crime e um sistema rígido de penas fixas. Na concepção de Beccaria, ao juiz não deveria sequer ser admitido interpretar a lei, mas sim aplicá-la em seus estritos termos. Todavia, logo se percebeu que, se a indeterminação absoluta não era conveniente, também a absoluta determinação não seria (BITENCOURT, 2012). Se a pena absolutamente indeterminada deixava demasiado arbítrio ao julgador, com sérios prejuízos aos direitos fundamentais do indivíduo, igualmente a pena absolutamente determinada impediria o seu ajustamento, pelo juiz, ao fato e ao agente, diante da realidade concreta.

Desta forma, deu-se crédito à livre dosagem da pena, pelo juiz, estabelecendo o Código Penal francês de 1810 limites mínimo e máximo, entre os quais pode variar a mensuração da pena. Essa concepção foi o ponto de partida para as legislações modernas, fixando os limites dentre os quais o juiz deve — pelo princípio do livre convencimento — estabelecer fundamentadamente a pena aplicável ao caso concreto (BITENCOURT, 2012).

De acordo com Salo de Carvalho (2015), a incorporação da individualização da pena como princípio constitucional em nosso ordenamento ocorre apenas na Carta de 1946, em dispositivo que igualmente regulamenta a incidência da lei penal no tempo (princípio da irretroatividade de lei penal mais grave). Segundo o artigo 141, §29, da Constituição de 1946: “a lei penal regulará a individualização da pena e só retroagirá quando beneficiar o réu”. A reforma constitucional de 1967 optou por reproduzir, no mesmo artigo, os princípios de personalidade e de individualização das penas, em seu artigo 150, §13 (CARVALHO, 2015).

Atualmente, o princípio da individualização da pena está previsto na Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, inciso XLVI, o qual preconiza que “a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes: a) privação ou restrição da liberdade; b) perda de bens; c) multa; d) prestação social alternativa; e) suspensão ou interdição de direitos” (BRASIL, 1988).

Individualizar significa tornar individual uma situação, algo ou alguém. É particularizar o que antes era genérico, tem o prisma de especializar o geral, enfim, possui o enfoque de, evitando a estandardização, distinguir algo ou alguém, dentro de um contexto. A individualização da pena tem, portanto, o significado de eleger a justa e adequada sanção penal, quanto ao montante, ao perfil e aos efeitos penderes sobre o sentenciado, tornando-o único e distinto dos demais infratores, ainda que coautores ou mesmo corréus. Sua finalidade e importância é a fuga da padronização da pena, da “mecanizada” ou “computadorizada” aplicação da sanção penal (NUCCI, 2014).

O princípio da individualização desenvolve-se em três planos: legislativo, judicial e administrativo. De acordo com Cezar Bitencourt:

Essa orientação, conhecida como individualização da pena, ocorre em três momentos distintos: individualização legislativa — processo através do qual são selecionados os fatos puníveis e cominadas as

sanções respectivas, estabelecendo seus limites e critérios de fixação da pena; individualização judicial — elaborada pelo juiz na sentença, é a atividade que concretiza a individualização legislativa que cominou abstratamente as sanções penais, e, finalmente, individualização executória, que ocorre no momento mais dramático da sanção criminal, que é o do seu cumprimento (BITENCOURT, 2012, p. 1680-1681).

As três fases ocorrem em momentos distintos, porém se encontram interligadas e conexas. Se desdobram em três momentos sucessivos que buscam a essência da individualização, através da sua eficaz aplicação em consonância com o princípio da dignidade da pessoa humana e os ideais do Estado Democrático de Direito, para que possam atingir o seu objetivo (CALDAS; CARLES, s.d).

Segundo Salo de Carvalho (2015), a denominada individualização legislativa, é identificada no processo de criação dos tipos penais incriminadores (criminalização primária), com a delimitação da conduta ilícita, a definição da espécie de pena cabível e sua respectiva quantidade mínima e máxima. O princípio da individualização opera, nesta fase, como uma guia orientadora da atividade do legislador que determina a necessidade de previsão de sanções adequadas e proporcionais às condutas incriminadas (CARVALHO, 2015). É o âmbito no qual ocorre a tipificação penal do delito. Nas palavras de Rogério Greco:

Interpretando o texto constitucional, podemos concluir que o primeiro momento da chamada individualização da pena ocorre com a seleção feita pelo legislador, quando escolhe para fazer parte do pequeno âmbito de abrangência do direito penal aquelas condutas, positivas ou negativas, que atacam nossos bens mais importantes. Destarte, uma vez feita essa seleção, o legislador valora as condutas, cominando-lhes penas que variam de acordo com a importância do bem a ser tutelado (GRECO, 2017, p. 149).

Ainda, segundo o autor, a proteção à vida, por exemplo, deve ser realizada com a cominação de pena mais severa do que a pena prevista para resguardar o patrimônio. Um delito praticado a título de dolo terá a pena mais severa do que o praticado culposamente; um crime consumado deve ser punido mais rigorosamente do que um crime tentado. Esta fase seletiva, realizada pelos tipos penais no plano abstrato, é chamada de “cominação”. É a fase na qual cabe ao legislador, de acordo com um critério político, valorar os bens que estão sendo objeto de proteção pelo

direito penal, individualizando as penas de cada infração penal de acordo com a sua importância e gravidade (GRECO, 2017).

No plano legislativo, o constituinte remeteu ao legislador ordinário a tarefa de individualizar as penas de privação ou restrição de liberdade, de perda de bens, de multa, de prestação social alternativa e de suspensão ou interdição de direitos. Além dessas penas, o legislador infraconstitucional tem a possibilidade de cominar outros tipos de penas – desde que não sejam vedadas pela Constituição Federal. Exemplo de outra espécie de pena cominada pelo legislador ordinário, conforme permitido pela Carta Maior, é a pena de advertência sobre os efeitos das drogas prevista no artigo 28, inciso I, da Lei de Drogas (Lei nº 11.343/2006), em caso de aquisição, de guarda, de ter em depósito, de transportar ou de trazer consigo droga para uso pessoal (ROSSETTO, 2014).

Portanto, o plano legislativo prevê que o legislador em paridade com os princípios da legalidade, necessidade e proporcionalidade, elabora as penas suficientes para a reprovação e prevenção do crime. Deve respeitar as leis, fixando para cada tipo penal, penas proporcionais a importância do bem tutelado e a gravidade da ofensa. O segundo momento da individualização é a judiciária, quando, ao término da instrução, deve o juiz, em caso de condenação do réu, fixar a pena concreta – entre o mínimo e o máximo abstratamente previstos no tipo penal.

Ao chegar à conclusão de que o fato praticado é típico, ilícito e culpável, o julgador dirá qual a infração penal praticada pelo agente e começará, agora, a individualizar a pena a ele correspondente. Inicialmente, fixará a pena-base de acordo com o critério trifásico determinado pelo art. 68 do Código Penal, atendendo às chamadas circunstâncias judiciais; em seguida, levará em consideração as circunstâncias atenuantes e agravantes; por último, as causas de diminuição e de aumento de pena. Esta é a fase da chamada aplicação da pena, a qual compete ao julgador, ou seja, ao aplicador da lei. A individualização sai do plano abstrato, que se refere ao legislador ao cominar a sanção, e passa para o plano concreto, com a aplicação da pena pelo julgador (GRECO, 2017). Como explica Masson:

A individualização judicial complementa a legislativa, pois aquela não pode ser extremamente detalhista, nem é capaz de prever todas as situações da vida concreta que possam aumentar ou diminuir a sanção penal. É efetivada pelo juiz, quando aplica a pena utilizando-se de todos os instrumentais fornecidos pelos autos da ação penal,

em obediência ao sistema trifásico delineado pelo art. 68 do Código Penal (pena privativa de liberdade), ou ainda ao sistema bifásico inerente à sanção pecuniária (CP, art. 49) (MASSON, 2014, p. 100).

Nesse sentido é a orientação do Superior Tribunal de Justiça, conforme se extrai do seguinte julgado:

Ao individualizar a pena, o juiz sentenciante deverá obedecer e sopesar os critérios do art. 59, as circunstâncias agravantes e atenuantes e, por fim, as causas de aumento e diminuição de pena, para ao final impor ao condenado, de forma justa e fundamentada, a quantidade de pena que o fato está a merecer (STJ, HC 48.122/SP; HC 2005/0156373-8, Rel.^a Min.^a Laurita Vaz, 5^a T., DJ 12/6/2006, p. 511).

Nesta fase, cabe ao órgão julgador promover a individualização da pena a partir da gravidade do fato e da culpabilidade do agente. O juiz ao fazer individualização, irá aplicar a pena, dosando a quantidade em cada caso concreto na medida da culpabilidade do agente; fixa o regime prisional em que o condenado deverá iniciar cumprimento da pena; se possível, substitui a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos ou concede o sursis. O juiz dá a conhecer ao réu o porquê o condenou àquela pena, de certa qualidade e quantidade, bem como ao órgão da acusação que um juízo deduziu a sua pretensão punitiva (ROSSETTO, 2014). Como ensina Carvalho, existem quatro etapas de individualização judicial estabelecidas pelo Código Penal:

(1^a) O estabelecimento da espécie de pena aplicável entre as cominadas (art. 59, I) nos casos de previsão alternativa entre pena privativa de liberdade, pena restritiva de direito ou pena de multa; (2^a) a quantificação da pena dentro dos limites mínimos e máximos previstos (art. 59, II c/c art. 68) a partir da avaliação das circunstâncias judiciais (art. 59, caput), das circunstâncias agravantes e atenuantes (arts. 61 a 66) e das causas especiais de aumento (majorantes) e de diminuição (minorantes) dispostas na parte geral e especial do Código e nas leis extravagantes; (3^a) a definição do regime inicial de cumprimento da pena (art. 59, III c/c art. 33); e, se cabível, (4^a) a substituição da pena de prisão por outra modalidade de sanção restritiva (art. 59, IV c/c arts. 44 e 60, § 2º) (CARVALHO, 2015, p. 266).

O artigo 59 do Código Penal estabelece que 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 a reprovação e prevenção do crime: I – As penas aplicáveis dentre as cominadas. Assim, se o delito for apenado com detenção ou multa, é preciso que o juiz, inicialmente, escolha qual das duas irá aplicar. II – A quantidade de pena aplicável, dentro dos limites legais. É a chamada dosimetria da pena, momento em que o juiz fixa o montante da reprimenda. Na dosimetria, o juiz deve passar por três fases expressamente especificadas no art. 68 do Código até chegar ao montante final (critério trifásico). III – O regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade. O juiz, dependendo do tipo de pena e das condições pessoais do réu, deve fixar regime inicial fechado, semiaberto ou aberto. IV – A substituição da pena privativa de liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível (GONÇALVES, 2015).

Como visto, nessa fase, o juiz, diante de um fato concreto, de uma ação delituosa já praticada e não em tese, deverá decidir dentro daquele intervalo de pena estipulado pelo legislador, qual seria a punição proporcional à conduta do agente. Transitada em julgado a sentença penal condenatória, a última fase do processo de individualização da pena é o da executiva. E no que concerne ao princípio da individualização da pena na fase da execução penal, conforme determina o art. 5º da Lei nº 7.210/84 (Lei de Execução Penal): “Os condenados serão classificados, segundo os seus antecedentes e personalidade, para orientar a individualização da execução penal” (BRASIL, 1984).

Também chamada de “individualização administrativa”, esta é efetuada durante a execução da pena, quando o Estado deve zelar por cada condenado de forma singular, mediante tratamento penitenciário ou sistema alternativo no qual se afigure possível a integral realização das finalidades da pena: retribuição, prevenção (geral e especial) e ressocialização (MASSON, 2014). A individualização na fase da execução pressupõe que o sexo, a idade, as condições de saúde bem como o comportamento do apenado podem fazer com que duas penas idênticas sejam cumpridas de maneira totalmente desigual, mas nem por isso injusta. Essa desigualdade está diretamente relacionada à individualização da pena, garantida em âmbito constitucional (PASCHOAL, 2015).

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 a Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso XLVIII que “a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado” (BRASIL, 1988).

Ainda que dois ou mais réus, coautores de uma infração penal, recebam a mesma pena, o progresso na execução pode ocorrer de maneira diferenciada. Enquanto um deles pode obter a progressão do regime fechado ao semiaberto em menor tempo, outro pode ser levado a aguardar maior período para obter o mesmo benefício. Assim também ocorre com a aplicação de outros instrumentos, como, exemplificando, o livramento condicional ou o indulto coletivo ou individual. É a individualização executória. (NUCCI, 2014, p. 30)

De acordo com o princípio, a execução da pena não pode ser igual para todos os presos. O preso é submetido ao programa de execução conforme as suas condições pessoais. A progressão e a regressão do regime prisional são feitas de modo individual, segundo as condições pessoais e o mérito do sentenciado.

Um exemplo da aplicação do princípio da individualização no âmbito da execução é o de que o artigo 2º da Lei de Crimes Hediondos (Lei nº 8.072/90) vedava a progressão de regime para o condenado por crime hediondo; qualquer que fosse o tempo de pena aplicada o condenado por crime hediondo a cumpria integralmente em regime fechado. O STF declarou no HC 82.959/SP, de 23.02.2006, a inconstitucionalidade deste dispositivo por afronta ao artigo 5º, inciso XLVI, da Constituição Federal (ROSSETTO, 2014).

Em síntese, primeiramente, cabe ao legislador fixar, no momento de elaboração do tipo penal incriminador, as penas mínima e máxima, suficientes e necessárias para a reprovação e prevenção do crime. É a individualização legislativa. Dentro dessa faixa, quando se der a prática da infração penal e sua apuração, atua o juiz, elegendo o montante concreto ao condenado, em todos os seus prismas e efeitos. É a individualização judiciária. Finalmente, cabe ao magistrado responsável pela execução penal determinar o cumprimento individualizado da sanção aplicada (NUCCI, 2014).

De acordo com este princípio, a pena aplicada não deve ser padronizada, cabendo a cada um que foi condenado a exata medida punitiva pelo que fez. Não seria correto igualar os desiguais, sabendo-se, por certo, que a prática de idêntica figura típica não é suficiente para nivelar dois seres humanos. Desta forma, 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, 2014).

Portanto, “o princípio da individualização da pena, encontra-se em harmonia com outros preceitos constitucionais, como o princípio da dignidade humana, e visa garantir a justa harmonização de cominação, aplicação e execução das penas, não abrindo espaço para arbitrariedades e violências estatais” (CALDAS; CARLES, s.d, p. 11). Este princípio busca a garantia dos direitos humanos, limitando o direito de punir que detém o estado, evitando os abusos do poder soberano.

2.3 DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

De acordo com o princípio da proporcionalidade, também conhecido como princípio da razoabilidade, a criação de tipos penais incriminadores deve constituir-se em atividade vantajosa para os membros da sociedade, eis que impõe um ônus a todos os cidadãos, decorrente da ameaça de punição que a eles acarreta (MASSON, 2014). De acordo com esse princípio, deve haver correspondência entre a gravidade do ilícito praticado e a sanção a ser aplicada. Objetiva nortear o legislador no sentido de não aprovar leis penais extremamente rigorosas, no calor de certos episódios, provocando distorções entre a pena prevista em abstrato e a gravidade do delito (GONÇALVES, 2015).

Quando a criação do tipo não se revelar proveitosa para a sociedade, estará ferido o princípio da proporcionalidade, devendo a descrição legal ser expurgada do ordenamento jurídico por vício de inconstitucionalidade. Além disso, a pena, isto é, a resposta punitiva estatal ao crime, deve guardar proporção com o mal infligido ao corpo social. Deve ser proporcional à extensão do dano, não se admitindo penas idênticas para crimes de lesividades distintas, ou para infrações dolosas e culposas. Necessário, portanto, para que a sociedade suporte os custos sociais de tipificações limitadoras da prática de determinadas condutas, que se demonstre a utilidade da

incriminação para a defesa do bem jurídico que se quer proteger, bem como a sua relevância em cotejo com a natureza e quantidade da sanção cominada (CAPEZ, 2018).

O princípio da proporcionalidade funciona como uma espécie de barreira que impõe limites ao poder do legislador. Por corolário, a lei penal que não protege um bem jurídico é ineficaz, por se tratar de intervenção excessiva na vida dos indivíduos em geral. O referido princípio incide também na dosimetria da pena-base. Como já decidido pelo Superior Tribunal de Justiça:

Na fixação da pena-base, além do respeito aos ditames legais e da avaliação criteriosa das circunstâncias judiciais, deve ser observado o princípio da proporcionalidade, para que a resposta penal seja justa e suficiente para cumprir o papel de reprovação do ilícito (HC 84.427/RJ, rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, 5.^a Turma, j. 28.02.2008).

O referido princípio foi consagrado pela obra “Dos Delitos e Das Penas”, na qual Beccaria chega à conclusão de que “para não ser um ato de violência contra o cidadão, a pena deve ser essencialmente pública, pronta, necessária, a menor das penas aplicáveis nas circunstâncias dadas, proporcionada ao delito e determinada pela lei” (BECCARIA, 2001, p. 201).

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, já exigia expressamente que se observasse a proporcionalidade entre a gravidade do crime praticado e a sanção a ser aplicada. No entanto, o princípio da proporcionalidade é uma consagração do constitucionalismo moderno (embora já fosse reclamado por Beccaria), sendo recepcionado pela Constituição Federal brasileira, em vários dispositivos, tais como: exigência da individualização da pena (artigo 5º, inciso XLVI), proibição de determinadas modalidades de sanções penais (artigo 5º, inciso XLVII), admissão de maior rigor para infrações mais graves (artigo 5º, incisos XLII, XLIII e XLIV). Exige-se moderação, contudo, para infrações de menor potencial ofensivo (BITTENCOURT, 2012).

Mirabete (2001) traz o princípio da proporcionalidade como decorrência do princípio da legalidade. Ensina que, de acordo com o princípio da proporcionalidade, num aspecto defensivo, exige-se uma proporção entre o desvalor da ação praticada pelo agente e a sanção a ser a ele infligida, e, num aspecto prevencionista, um

equilíbrio entre a prevenção geral e a prevenção especial para o comportamento do agente que vai ser submetido à sanção penal (MIRABETE, 2001).

Conforme entende Masson (2014), o princípio da proporcionalidade possui três destinatários: o legislador (proporcionalidade abstrata), o juiz da ação penal (proporcionalidade concreta), e os órgãos da execução penal (proporcionalidade executória):

Na proporcionalidade abstrata (ou legislativa), são eleitas as penas mais apropriadas para cada infração penal (seleção qualitativa), bem como as respectivas graduações – mínimo e máximo (seleção quantitativa). Na proporcionalidade concreta (ou judicial), orienta-se o magistrado no julgamento da ação penal, promovendo a individualização da pena adequada ao caso concreto. Finalmente, na individualização executória (ou administrativa) incidem regras inerentes ao cumprimento da pena, levando-se em conta as condições pessoais e o mérito do condenado (MASSON, 2014, p. 105-106).

Greco (2017) considera a existência de apenas dois destinatários, quais sejam o poder legislativo (plano abstrato) e o juiz (plano concreto). Desta forma nos ensina que, no plano abstrato, deve o legislador, atento a tal princípio, procurar alcançar a tão almejada proporcionalidade. Esta não é uma tarefa fácil, haja vista o grande número de infrações penais que existem em nosso ordenamento, tornando cada vez mais complicado o raciocínio da proporcionalidade (GRECO, 2017).

Ainda segundo o autor, no que diz respeito especificamente à proporcionalidade em concreto, ou seja, aquela levada a efeito pelo juiz, sua aferição não é tão tormentosa quanto aquela que deve ser realizada no plano abstrato. Isso porque o artigo 68 do Código Penal, ao implementar o critério trifásico de aplicação da pena, forneceu ao julgador meios para que pudesse, no caso concreto, individualizar a pena do agente, encontrando, com isso, aquela proporcional ao fato por ele cometido. Assim, por exemplo, se depois de analisar, isoladamente, as circunstâncias judiciais o juiz concluir que todas são favoráveis ao agente, jamais poderá determinar a pena-base na quantidade máxima cominada ao delito por ele cometido, o que levaria, ao final de todas as três fases, a aplicar uma pena desproporcional ao fato praticado (GRECO, 2017).

Importa destacar que, modernamente, o princípio da proporcionalidade é analisado perante uma dupla ótica. Primeiramente, constitui-se em proibição ao

excesso, pois é vedada a cominação e aplicação de penas em dose exagerada e desnecessária. E ainda impede a proteção insuficiente de bens jurídicos, pois não tolera a punição abaixo da medida correta (MASSON, 2014). Estas são as duas importantes vertentes extraídas do princípio da proporcionalidade: a proibição do excesso (*übermassverbot*) e a proibição de proteção deficiente (*untermassverbot*). De acordo com Rogério Greco:

Por meio do raciocínio da proibição do excesso, dirigido tanto ao legislador quanto ao julgador, procura-se proteger o direito de liberdade dos cidadãos, evitando a punição desnecessária de comportamentos que não possuem a relevância exigida pelo Direito Penal, ou mesmo comportamentos que são penalmente relevantes, mas que foram excessivamente valorados, fazendo com que o legislador cominasse, em abstrato, pena desproporcional à conduta praticada, lesiva a determinado bem jurídico. (...) Por outro lado, o raciocínio também deve ser dirigido ao julgador, auxiliando na interpretação dos tipos penais, evitando-se a punição exagerada de fatos de pouca importância.

A outra vertente do princípio da proporcionalidade diz respeito à proibição de proteção deficiente. Quer isso dizer que, se por um lado, não se admite o excesso, por outro, não se admite que um direito fundamental seja deficientemente protegido, seja mediante a eliminação de figuras típicas, seja pela cominação de penas que ficam aquém da importância exigida pelo bem que se quer proteger, seja pela aplicação de institutos que beneficiam indevidamente o agente etc. (GRECO, 2017, p. 156-157).

Portanto, de acordo com o princípio da proporcionalidade, as penas devem ser harmônicas à gravidade da infração penal cometida, não tendo cabimento o exagero, nem tampouco a extrema liberalidade na cominação das penas nos tipos penais incriminadores. Não teria sentido punir um furto simples com elevada pena privativa de liberdade, como também não seria admissível punir um homicídio qualificado com pena de multa (NUCCI, 2014).

A aplicação do princípio da proporcionalidade deve levar em consideração três subprincípios, ou critérios, utilizados como constitutivos de sentido desse princípio, quais sejam os critérios da necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito. Segundo Barroso, foi na jurisprudência alemã que se dividiu o conteúdo deste princípio (BARROSO, 2010).

Para Ávila (2005), a necessidade se refere à verificação da existência de meios alternativos àquele inicialmente escolhido, seja pelo Poder Legislativo ou

Executivo, e que possam promover igualmente o fim sem restringir, na mesma intensidade, os direitos fundamentais afetados. Dessa forma, o exame da necessidade envolve duas etapas de investigação: em primeiro lugar, o exame da igualdade de adequação dos meios, para verificar se os meios alternativos promovem igualmente o fim; em segundo lugar, o exame do meio menos restritivo, para examinar se os meios alternativos restringem em menor medida os direitos fundamentais colateralmente afetados (ÁVILA, 2005). Em síntese, o exame da necessidade “impõe verificar a inexistência de meio menos gravoso para a consecução dos fins visados” (BARROSO, 2010, p. 298).

A adequação, por sua vez, se refere à relação entre o meio e o fim: o meio deve levar à realização do fim. O administrador, portanto, deve utilizar um meio cuja eficácia possa contribuir para a promoção gradual do fim (ÁVILA, 2005). É imprescindível que o mecanismo adotado promova a realização da finalidade. Segundo Sarmento:

O subprincípio da adequação preconiza que a medida administrativa ou legislativa emanada do Poder Público deve ser apta para o atingimento dos fins que a inspiraram. Trata-se, em síntese, da aferição da idoneidade do ato para a consecução da finalidade perseguida pelo Estado. A análise cinge-se, assim, à existência de uma relação congruente entre meio e fim na medida examinada (SARMENTO, 2003, p. 87 *apud* SOUZA, 2015, s.p).

Por fim, o exame da proporcionalidade em sentido estrito exige a comparação entre a importância da realização do fim e a intensidade da restrição aos direitos fundamentais. Trata-se de um exame complexo, pois o julgamento daquilo que será considerado como vantagem e daquilo que será contado como desvantagem depende de uma avaliação fortemente subjetiva (ÁVILA, 2005). Ao conceituar este subprincípio, Barroso explica que a ideia de proporcionalidade em sentido estrito consiste na ponderação entre o ônus imposto e o benefício trazido, para constatar se a medida é legítima. Traz como exemplo a seguinte situação: Se o Poder Público, eletrificar certo monumento de modo a que um adolescente sofra uma descarga elétrica que o incapacite ou mate quando for pichá-lo, a absoluta falta de proporcionalidade entre o bem jurídico protegido - o patrimônio público - e o bem jurídico sacrificado - a vida - torna inválida a providência (BARROSO, 2010). O referido subprincípio preconiza que:

O juiz, para solucionar o conflito existente entre as normas, deverá verificar qual delas deverá prevalecer no caso concreto. Assim, a aplicação de um juízo de ponderação de interesses volta-se precipuamente para a análise do caso concreto e constitui-se em eficiente mecanismo de legitimação das decisões judiciais (NASCIMENTO, 2014, s.p).

Em resumo, o princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade permite ao Judiciário invalidar atos legislativos ou administrativos quando: não houver adequação entre o fim perseguido e o instrumento empregado; a medida não seja exigível ou necessária, havendo meio alternativo para chegar ao mesmo resultado com menor ônus a um direito individual (vedação do excesso); não houver proporcionalidade em sentido estrito, ou seja, o que se perde com a medida é de maior relevo do que aquilo que se ganha (BARROSO, 2010).

2.4 PRINCÍPIO DA HUMANIDADE

Como fora exposto no início deste trabalho, nos períodos pretéritos era muito comum a utilização de determinadas penas de natureza cruel, como, por exemplo, as penas aplicadas pela Lei do Talião, pelo Código de Hamurabi, fundadas no conhecido adágio: “Olho por olho, dente por dente”, ou até mesmo penas aplicadas no Direito Penal que antecedeu o período do iluminismo e que têm como exemplos: o estrangulamento, fogueira, forca, rodas, arrancar vísceras e outros. Com a evolução das teorias de proteção dos Direitos do Homem e da Dignidade da pessoa humana, começou-se a se procurar restringir a aplicação dessas espécies de pena no direito penal, passando-se para penas privativas de liberdade (COÊLHO, 2015). Em razão desse princípio, tem-se que as necessidades de prevenção e repressão à delinquência não podem autorizar o emprego de medidas que gerem excessivo e desnecessário sofrimento ao indivíduo.

O princípio de humanidade do Direito Penal é o maior entrave para a adoção da pena capital e da prisão perpétua. Esse princípio sustenta que o poder punitivo estatal não pode aplicar sanções que atinjam a dignidade da pessoa humana ou que lesionem a constituição físico-psíquica dos condenados. A proscrição de penas

cruéis e infamantes, a proibição de tortura e maus-tratos nos interrogatórios policiais e a obrigação imposta ao Estado de dotar sua infraestrutura carcerária de meios e recursos que impeçam a degradação e a *dessocialização* dos condenados são corolários do princípio da humanidade (BITTENCOURT, 2012).

Alguns casos previstos na Constituição Federal de 1988, como a vedação constitucional da tortura e de tratamento desumano ou degradante a qualquer pessoa (artigo 5º, inciso III), a proibição da pena de morte, da prisão perpétua, de trabalhos forçados, de banimento e das penas cruéis (artigo 5º, inciso XLVII), o respeito e proteção à figura do preso (artigo 5º, incisos XLVIII, XLIX e L) e ainda normas disciplinadoras da prisão processual (artigo 5º, incisos LXI, LXII, LXIII, LXIV, LXV e LXVI), impõem ao legislador e ao intérprete mecanismos de controle de tipos legais (BRASIL, 1988). “Disso resulta ser inconstitucional a criação de um tipo ou a cominação de alguma pena que atente desnecessariamente contra a incolumidade física ou moral de alguém” (CAPEZ, 2018, p. 69).

De acordo com o princípio da humanidade, a cominação, aplicação e execução das penas, especialmente a privativa de liberdade, devem coadunar com a dignidade humana, respeitando o indivíduo e abstendo-se de práticas desumanas e degradantes. Nas palavras de Rodrigo Roig:

Correspondente e alicerce da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CRFB) em matéria penal, o princípio da humanidade atua como fundamento penal maior do Estado Republicano e Democrático de Direito, na busca da contenção da ingerência desmesurada e irracional do poder punitivo sobre os indivíduos, contenção esta realizada em defesa da edificação de uma sociedade livre, justa, solidária (art. 3º, I, da CRFB), orientada no sentido da erradicação da marginalização e redução das desigualdades sociais (art. 3º, III, da CRFB), e que promova o bem de todos (art. 3º, IV, da CRFB) (ROIG, 2015, p. 60).

Esse princípio apregoa a inconstitucionalidade da criação de tipos penais ou a cominação de penas que violam a incolumidade física ou moral de alguém. Dele resulta a impossibilidade de a pena passar da pessoa do condenado, com exceção de alguns efeitos extrapenais da condenação, como a obrigação de reparar o dano na esfera civil (MASSON, 2014).

Pelo princípio da humanidade, o direito penal deve pautar-se pela benevolência, garantindo o bem-estar da coletividade, incluindo-se o dos

condenados. Estes não devem ser excluídos da sociedade, somente porque infringiram a norma penal, tratados como se não fossem seres humanos, mas animais ou coisas (NUCCI, 2014). “Por força deste princípio, na execução das sanções penais deve existir uma responsabilidade social com relação ao sentenciado, em uma livre disposição de ajuda e assistência sociais direcionadas à recuperação do condenado” (MIRABETE, 2001, p. 36).

Decorre da dignidade da pessoa humana, consagrada no artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal como fundamento da República Federativa do Brasil. Foi com base nesse princípio, entre outros, que o Supremo Tribunal Federal declarou inconstitucional o regime integralmente fechado para cumprimento da pena privativa de liberdade nos crimes hediondos e equiparados, problema superado com a edição da Lei 11.464/2007 (MASSON, 2014). Portanto, o fundamento material deste princípio é a dignidade humana, que exerce a função de limite material à atividade punitiva do Estado. Desta forma, em razão deste princípio, a pena não pode ter por objetivo o sofrimento do condenado, nem o desconhecer enquanto pessoa portadora de dignidade (OLIVEIRA, 2014).

Mais que um princípio de natureza jurídica, a dignidade humana se situa na base de todo o sistema político, social e econômico brasileiro, instituindo-se como o mais importante núcleo de regulação do Estado. Toda atividade e todos os esforços de intervenção estatal deveriam se orientar pela realização dos direitos humanos, positivados na ordem constitucional em diversos dispositivos, todos eles centralizados no princípio da dignidade humana (PACELLI; CALLEGARI, 2018). Sobre o princípio da humanidade, conforme Souza e Japiassú:

O princípio se projeta para inúmeras áreas do Direito Penal. Cite-se, por exemplo, a figura do crime continuado, surgida na Idade Média, quando preponderava a regra de que o terceiro furto importava na imposição da pena capital. Dessa feita, nos casos em que várias subtrações banais eram amiúde cometidas, às vezes em uma mesma noite, redundando no desproporcional enforcamento do ladrão, os práticos desenvolveram a ideia de que a série de infrações, perpetradas nas mesmas circunstâncias de tempo, lugar e modo de execução, deveriam ser consideradas como um único delito, recebendo uma única pena de prisão, mas sem a aplicação da sanção extrema. Dessa iniciativa dos práticos, o delito continuado foi acolhido pelos teóricos e subseqüentemente reconhecido pela generalidade das legislações contemporâneas. O caráter de humanização na aplicação da pena do crime continuado é tão

evidente que ele prepondera, inclusive, na sucessão de leis penais (SOUZA; JAPIASSÚ, 2018, s.p.).

Na execução da pena o princípio da humanidade pode ser visto por duplo aspecto: a duração e a forma de execução da pena. Quanto ao primeiro aspecto, a pena é por tempo determinado. São proibidas pela Constituição Federal, de acordo com o artigo 5º, inciso XLVII, alínea “b”, penas de caráter perpétuo e o Código Penal limita a trinta anos o tempo de cumprimento da pena, conforme seu artigo 75.

No que concerne à forma de execução da pena. O sistema progressivo de pena permite ao condenado, pela superação de etapas, alcançar, por mérito, a liberdade. Além disso, a Constituição, em seu artigo 5º, incisos XLVIII, XLIX e L, assegura aos presos o respeito à integridade física e moral, o cumprimento de pena em estabelecimento distinto, de acordo com natureza do delito, a idade e o sexo do condenado; que as presidiárias possam permanecer como os filhos durante a amamentação. De mais a mais, a Carta da República de 1988 dispõe que “a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais” (ROSSETTO, 2014).

Além disso, o princípio dispõe que as sanções existentes devem ser executadas em observância a dignidade humana. Dessa forma, cuida reconhecer afeta o princípio da humanidade o modo de execução da pena, sobretudo a privativa de liberdade, se este mantiver os detentos em espaços não condizentes com a dignidade humana, como, por exemplo, em ambientes fétidos, sem higiene, sem o espaço físico e estrutura adequados para o número de presos, sem assistência médica (OLIVEIRA, 2014).

Ante o exposto, com base no princípio da humanidade, o condenado não perde sua condição humana e continua resguardado em tudo o que se relaciona à sua dignidade, bem como em todos os direitos não atingidos pela sentença condenatória, como determina o artigo 3º da Lei de Execução Penal: “Ao condenado e ao internado serão assegurados todos os direitos não atingidos pela sentença ou pela lei” (BRASIL, 1984).

Em face do princípio da humanidade das penas, a pena não pode ser a mera imposição de um sofrimento, de um mal, com cunho absolutamente destrutivo. Pelo contrário, a pena deve permitir ao condenado oportunidade de retomada construtiva de sua vida em sociedade após o seu cumprimento (JUNQUEIRA; VANZOLINI,

2017). A pena deve ainda ser proporcional ao mal do crime, pois o sofrimento desproporcional é incompreensível, inaceitável pelo condenado e desumano.

Pretende-se que, todas as relações humanas existentes dentro do papel do Direito Penal descansam no princípio da humanidade, e que este princípio seja a base para novas relações que possam surgir dentro desse papel, como a solidariedade recíproca, a responsabilidade social com os reincidentes, e a ajuda, assistência social e vontade de recuperar os condenados (OLIVEIRA, 2014).

3 JUSTIÇA RESTAURATIVA E JUSTIÇA TERAPÊUTICA

Com o crescimento das práticas criminosas no mundo e com um número cada vez maior em relação a sistemas carcerários que apresentam superlotação notória, levando estes estabelecimentos a condições degradantes, estudiosos começaram a apresentar uma série de críticas ao sistema penal tradicional (onde predomina o modelo retributivo-punitivo). A crítica a respeito do sistema tradicional é muito forte no caráter reintegrador da pena, bem como na ineficácia, quase sempre, de prevenção da reincidência. Ademais, o modelo retributivo atual acaba por esquecer-se do papel desempenhado pela vítima, principal atingida pela prática delituosa, o que demonstra uma ineficácia do fim de um processo penal justo (DIAS, 2011).

A reflexão sobre a justiça criminal na modernidade leva à conclusão de que se trata de modelo histórico repleto de promessas não cumpridas, como a suposta função intimidatória das penas e a recuperação do apenado e, portanto, encontra-se falido, pois sua estrutura não funciona para a reintegração social de infratores (PALLAMOLLA, 2009).

No entanto, essa falha estrutural pode ser resolvida com o estabelecimento de medidas efetivas na realização dos fins penais, ou seja, por meio de alternativas que permitam a reestruturação social após a prática criminosa e, conseqüentemente, garantam a manutenção da ordem pública e da paz social. Para cumprir com este objetivo, novas formas de justiça vêm sendo criadas e pensadas para sua implementação no âmbito do Direito Penal Brasileiro.

Novos meios, chamados muitas vezes de alternativos à pena privativa de liberdade, passaram a ser pensados como forma de se tentar contornar os problemas pelos quais vêm passando o sistema carcerário. Diante das iniciativas realizadas, nesse sentido, vários programas foram criados, sendo os mais conhecidos deles o da Justiça Restaurativa e o da Justiça Terapêutica (PAULA, 2015).

A Justiça Restaurativa é um modelo jurídico-penal que busca solucionar o conflito advindo do crime de forma conjunta, com a participação ativa dos envolvidos, objetivando a conscientização da responsabilidade por parte do infrator,

e a reparação emocional ou patrimonial da vítima, visando restaurar a paz social (ALVES, 2012).

Distintamente do modelo retributivo, no modelo restaurativo prevalece o emprego de medidas penais alternativas, bem como o da adoção de instrumentos procedimentais mais flexíveis, caracterizados por uma maior informalidade; sendo que o procedimento prestigia o emprego de ferramentas de conciliação e de mediação. Desse modo, o sistema restaurativo prevê como relevante o dever reparatório em face do prejuízo causado, assim como o da aplicação de sanções humanizadas e proporcionais à dimensão do dano; dessa forma, objetiva atender a vítima com primazia, colocando-a em destacado relevo diante da necessidade de atendimento de suas demandas (VICENTE; ANDRADE, 2017).

No que concerne à Justiça Terapêutica, é uma nova fórmula jurídica que busca evitar a segregação, prevenindo a reincidência, dando maior efetividade ao combate da criminalidade. Este modelo de justiça se preocupa em tratar o problema por sua raiz, pois com o fim da necessidade da droga ou do seu abuso, acabam as circunstâncias ensejadoras de delito.

Em relação à sua natureza jurídica, esta se apresenta como um híbrido entre uma medida e uma pena alternativa, uma vez que existem hipóteses em que o programa pode ser oferecido antes de instaurado o processo - sendo assim uma medida alternativa ao processo criminal - ou mesmo após a condenação, configurando-se como uma pena alternativa à prisão (SILVA *et all*, 2009). É constituída de medidas que visam aumentar a possibilidade de que infratores usuários e dependentes de drogas entrem e permaneçam em tratamento, modificando seus anteriores comportamentos delituosos para comportamentos socialmente adequados.

Estes modelos alternativos podem contribuir com a humanização do sistema penal. Contudo, devem ser estudados e adequados para sua implantação no ordenamento jurídico brasileiro. A seguir, serão abordados os dois modelos de justiça em comento, com suas respectivas particularidades e possibilidades de aplicação pela justiça brasileira.

3.1 JUSTIÇA RESTAURATIVA

Desde sua origem, o Direito Penal se pautou pelo castigo da conduta criminosa praticada por alguém com a imposição de uma pena. Buscou-se a retribuição do mal praticado com a aplicação concreta de outro mal, embora legítimo, representado pela pena. Contudo, a evolução das ideias e o engajamento da ciência penal em outras trilhas, mais ligadas aos direitos e garantias fundamentais, vêm permitindo a construção de um sistema de normas penais e processuais penais preocupado não somente com a punição, mas, sobretudo, com a proteção ao indivíduo em face de eventuais abusos do Estado (NUCCI, 2014).

Atualmente, portanto, surge uma nova proposta, consistente na justiça restaurativa, fundada basicamente na restauração do mal provocado pela infração penal. Essa vertente parte da premissa de que o crime e a contravenção penal não necessariamente lesam interesses do Estado. Tutela-se com maior intensidade a figura da vítima, historicamente relegada a um segundo plano no Direito Penal (MASSON, 2014).

A justiça restaurativa é vista como um novo paradigma de resposta da justiça. Se caracteriza como um movimento mais centrado no dano causado às vítimas e às comunidades do que nas leis não obedecidas, como ocorre na concepção tradicional de justiça criminal. Na definição de Van Ness *apud* Parker:

A justiça restaurativa é uma resposta sistemática ao comportamento ilegal ou imoral, que enfatiza a cura das feridas das vítimas, dos infratores, e das comunidades afetadas pelo crime. As práticas e os programas que refletem os propósitos restaurativos responderão ao crime através de: (1) identificação e encaminhamento da solução para o prejuízo; (2) envolvimento de todos os interessados, e (3) transformação da relação tradicional entre as comunidades e seus governos nas respostas ao crime (VAN NESS, 2004 *apud* PARKER, 2005, p. 248).

O conceito de Justiça Restaurativa surgiu na década de 70, mais especificamente no ano de 1977, quando o psicólogo Albert Eglash, utilizou-se dessa expressão em um artigo intitulado "*Beyond Restitution: Creative Restitution*". Neste artigo sustentou a diferença existente entre a justiça retributiva, que tem um viés absolutamente punitivo, e a justiça restaurativa, que se baseia no critério da reparação (BRANDÃO, 2010). Renato Sócrates Gomes Pinto (2007) compara a

justiça retributiva com a justiça restaurativa, e Guilherme Nucci traz os principais destaques desta diferenciação:

São característicos da Justiça Retributiva: a) o crime é ato contra a sociedade, representada pelo Estado; b) o interesse na punição é público; c) a responsabilidade do agente é individual; d) há o uso estritamente dogmático do Direito Penal; e) utiliza-se de procedimentos formais e rígidos; f) predomina a indisponibilidade da ação penal; g) a concentração do foco punitivo volta-se ao infrator; h) há o predomínio de penas privativas de liberdade; i) existem penas cruéis e humilhantes; j) consagra-se a pouca assistência à vítima; l) a comunicação do infrator é feita somente por meio do advogado. São traços da Justiça Restaurativa: a) o crime é ato contra a comunidade, contra a vítima e contra o próprio autor; b) o interesse em punir ou reparar é das pessoas envolvidas no caso; c) há responsabilidade social pelo ocorrido; d) predomina o uso alternativo e crítico do Direito Penal; e) existem procedimentos informais e flexíveis; f) predomina a disponibilidade da ação penal; g) há uma concentração de foco conciliador; h) existe o predomínio da reparação do dano causado ou da prestação de serviços comunitários; i) as penas são proporcionais e humanizadas; j) o foco de assistência é voltado à vítima; l) a comunicação do infrator pode ser feita diretamente ao Estado ou à vítima (NUCCI, 2014, p. 314).

Diferentemente do conhecido sistema retributivo, a partir do padrão da justiça restaurativa o crime é visto como um “dano e uma violação de pessoas e relacionamentos”. Dessa forma, a ideia de punição normalmente adotada por defensores do padrão da justiça retributiva é vista como ineficaz na solução do problema real representado pelo crime. A métrica da punição centrada no ofensor ou no padrão de violação da lei despreza uma porção de necessidades da vítima ou mesmo da construção histórica do ofensor, não tocando, portanto, no que deveria ser a verdadeira finalidade de um sistema de justiça: “a reparação e a correção de algo que não está correto” (SECCO; LIMA, 2018).

O objetivo primordial da Justiça Restaurativa seria solucionar o conflito causado por meio do diálogo entre as partes, estabelecendo uma certa aproximação entre ofensor e vítima. Ao ofensor caberia restaurar os prejuízos que sua conduta trouxe para a vítima, por meio da assunção de sua responsabilidade (PAULA, 2015). Por meio da justiça restaurativa ouve-se mais a vítima. Transforma-se o embate entre agressor e agredido num processo de conciliação, sempre que possível. Não se tem a punição do infrator como único objetivo do Estado. O litígio – antes entre a

justiça pública e o responsável pelo ilícito penal – passa a ter como protagonistas o ofensor e o ofendido. Segundo Alisson Morris:

Os sistemas de justiça convencional veem o crime principalmente (muitas vezes exclusivamente) como uma violação dos interesses do Estado – e as respostas a tal transgressão são formuladas por profissionais representando o Estado. Em contraste, a justiça restaurativa oferece decisões sobre como melhor atender àqueles que mais são afetados pelo crime – vítimas, infratores e as comunidades interessadas nas quais se inserem (communities of care) –, dando prioridade a seus interesses. Assim, o Estado não mais possui o monopólio sobre o processo decisório; as principais personagens em tal processo são as próprias partes. De certa forma, o papel do Estado – ou o de seus representantes – é redefinido: por exemplo, eles dão informações, proporcionam serviços e fornecem recursos. A justiça restaurativa, além disso, preocupa-se em lidar com o crime e suas consequências (para as vítimas, infratores e comunidades) de maneira significativa, procurando reconciliar vítimas, infratores e suas comunidades por meio de acordos sobre como melhor enfrentar o crime; e tentando promover, por fim, a reintegração e reinserção das vítimas e dos infratores nas comunidades locais, por meio da cura das feridas e dos traumas causados pelo crime e por meio de medidas destinadas a prevenir sua reincidência (MORRIS, 2005, p. 441).

Dessa forma, ocorre uma mudança de papéis. Desfaz-se a ideia de que a punição deva ficar nas mãos do Estado, conforme trazido pela noção do próprio “contrato social”. Na Justiça Restaurativa, a solução dos conflitos pertencerá aos envolvidos, e o poder de decisão está nas mãos destes. As partes chegarão a uma resposta mais adequada para o problema por meio do diálogo, da assunção da responsabilidade, da restituição do dano causado. Tenta-se “fazer justiça” não levando em consideração apenas o infrator, mas também a vítima, que, para os defensores de tal projeto, fica sempre deixada de fora na justiça convencional (PAULA, 2015).

A justiça restaurativa tem como principal finalidade, portanto, não a imposição da pena, mas o reequilíbrio das relações entre agressor e agredido, contando para tanto com o auxílio da comunidade, inicialmente atacada, mas posteriormente desempenhando papel decisivo na restauração da paz social. Nesse contexto, vislumbra-se a justiça com ênfase na reparação do mal proporcionado pelo crime, compreendido como uma violação às pessoas e aos relacionamentos coletivos, e não como uma ruptura com o Estado (MASSON, 2014).

Os estudiosos da justiça restaurativa demonstram que a simples punição não considera o que é fundamental, que são os fatores emocionais e sociais das pessoas afetadas pelo crime. É necessário restaurar o trauma emocional - os sentimentos e relacionamentos positivos, o que pode ser alcançado através da justiça restaurativa. Sustentam que a justiça restaurativa é capaz de preencher essas necessidades emocionais e de relacionamento e é o ponto chave para a obtenção e manutenção de uma sociedade civil saudável. Como explica Renato Sócrates Pinto:

A ideia, então, é se voltar para o futuro e para restauração dos relacionamentos, ao invés de simplesmente concentrar-se no passado e na culpa. A justiça convencional diz você fez isso e tem que ser castigado! A justiça restaurativa pergunta: o que você pode fazer agora para restaurar isso? (PINTO, 2005, p. 22).

A Organização das Nações Unidas valida e recomenda a Justiça Restaurativa para os países membros. A Resolução nº 2002/12 editada pelo seu Conselho Econômico e Social traz os princípios básicos para a utilização de Programas de Justiça Restaurativa em matéria criminal. O conceito de Justiça Restaurativa, contemplado pela Organização das Nações Unidas, seria basicamente uma aproximação, através de um processo cooperativo, em que as partes interessadas buscam corrigir as consequências vivenciadas por ocasião da infração, a resolução do conflito, a reparação do dano (*lato sensu*) e a reconciliação entre as partes (ONU, 2002). O processo restaurativo, segundo a Resolução, significa:

Qualquer processo no qual a vítima e o ofensor, e, quando apropriado, quaisquer outros indivíduos ou membros da comunidade afetados por um crime, participam ativamente na resolução das questões oriundas do crime, geralmente com a ajuda de um facilitador. Os processos restaurativos podem incluir a mediação, a conciliação, a reunião familiar ou comunitária (*conferencing*) e círculos decisórios (*sentencing circles*) (ONU, 2002, p. 3).

Trata-se de um processo estritamente voluntário, relativamente informal, sem o peso e o ritual solene da arquitetura do cenário judiciário, intervindo um ou mais mediadores ou facilitadores, e podendo ser utilizadas técnicas de mediação, conciliação e transação para se alcançar o resultado restaurativo, ou seja, um

acordo objetivando suprir as necessidades individuais e coletivas das partes e se lograr a reintegração social da vítima e do infrator (PINTO, 2005).

Segundo o artigo 7º da Resolução nº 2002/12, os processos restaurativos devem ser utilizados somente quando houver prova suficiente de autoria para denunciar o ofensor e com o consentimento livre e voluntário da vítima e do ofensor. A vítima e o ofensor devem poder revogar esse consentimento a qualquer momento, durante o processo. Os acordos só poderão ser pactuados voluntariamente e devem conter somente obrigações razoáveis e proporcionais (ONU, 2002).

Pode-se observar que, os principais objetivos da justiça restaurativa são: responsabilizar os infratores e proporcionar uma reparação dos danos causados às vítimas, certamente no plano simbólico e, quando possível, também concretamente. Os resultados alcançados pelos processos restauradores são muitas vezes vistos como focados em pedidos de desculpa, reparações do dano ou trabalhos comunitários, como prevê o artigo 3º da Resolução nº 2002/12: “Resultados restaurativos incluem respostas e programas tais como reparação, restituição e serviço comunitário, objetivando atender as necessidades individuais e coletivas e responsabilidades das partes, bem assim promover a reintegração da vítima e do ofensor” (ONU, 2002).

Todavia, alguns autores entendem que o encarceramento também pode ser restaurativo, desde que as partes tenham assim acordado e considerado apropriado. Por exemplo, é possível que tenham chegado à conclusão de que o encarceramento do infrator é a medida mais adequada naquela particular situação, seja para proteger a sociedade, para representar a gravidade do crime ou mesmo para reparar a vítima. Portanto, a proteção da sociedade e a gravidade do crime não são excluídas do sistema da justiça restaurativa. O que ocorre é que todos os envolvidos participam da construção da sentença (MORRIS, 2005).

Buscando construir mecanismos que facilitem a reparação dos danos sofridos pela vítima, o ordenamento jurídico brasileiro criou as leis nº 9.099/1995 e nº 10.259/2001, que estabeleceram os Juizados Especiais Criminais Estadual e Federal, respectivamente, e submeteu a um rito diferenciado os crimes considerados de menor potencial ofensivo, possibilitando a estes delitos procedimentos conciliatórios, cujas causas podem chegar à extinção da punibilidade (FURQUIM, 2015). A Lei 9.099/95 (Juizados Especiais Criminais) foi um marco na concretização

de um modelo de Justiça Restaurativa. Pode não ter sido, ainda, o ideal, mas foi o possível. Outras leis advieram (ex.: Lei 9.714/98, que alterou e introduziu penas alternativas) proporcionando o surgimento de mais normas sinalizadoras da denominada Justiça Restaurativa (NUCCI, 2014).

Há autores que sustentam que a Lei nº 9.099/1995, no contexto jurídico brasileiro pode ser vista como uma janela de entrada para as práticas restaurativas, e por ela, os processos criminais e cíveis são norteados pelos princípios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, buscando, sempre que possível, a conciliação ou a transação, e ainda objetivando pela reparação dos danos sofridos pela vítima (BRASIL, 1995).

Além da Lei dos Juizados Especiais, a Lei nº 8.069/90, Estatuto da Criança e do Adolescente, também aduz e recomenda implicitamente a justiça restaurativa em vários dos seus artigos, em especial quando versa sobre a possibilidade da remissão prevista no artigo 126, “como forma de exclusão do processo, atendendo às circunstâncias e consequências do fato, ao contexto social, bem como à personalidade do adolescente e sua maior ou menor participação no ato infracional”, e também nas hipóteses das medidas socioeducativas, previstas no artigo 112 e seguintes do diploma legal (BRASIL, 1990).

Contudo, Renato Sócrates Pinto (2005), em acordo com os princípios da justiça restaurativa, lembra que é necessário ter sempre presente que o procedimento restaurativo não é, pelo menos por enquanto, expressamente previsto na lei como um devido processo legal no sentido formal. Por essa razão, deve existir a aceitação, pelas partes, da alternativa restaurativa, não podendo ser imposta. As partes devem ser informadas, de forma clara, que se trata de uma ferramenta alternativa posta à disposição delas, e sua aceitação, que pode ser revogada a qualquer momento, deverá ser sempre espontânea. A participação deverá ser estritamente voluntária (PINTO, 2005).

O projeto de Lei nº 7006/2006 surgiu com o objetivo de analisar as possíveis formas de instituir a justiça restaurativa no ordenamento jurídico brasileiro sobre o argumento da necessidade de criar formas alternativas de resolução de conflitos. No ano de 2005 a sugestão nº 99/2005 chegou à Comissão de Legislação Participativa. No ano seguinte, tal sugestão foi aprovada e transformada no Projeto de lei nº

7006/06, cuja proposta seria o acréscimo de dispositivos no Código Penal, Código Processual Penal e na Lei de Juizados Especiais.

Segundo publicação da Câmara dos Deputados (2006) é possível encontrar os seguintes objetivos para o projeto:

O processo restaurativo, já implantado em países como Nova Zelândia, Canadá, Argentina e Colômbia, tem como objetivos a reparação dos danos causados à vítima; a prestação de serviços à comunidade e a solução dos problemas causados pelo crime, tanto para a vítima quanto para a comunidade. Além disso, a Justiça Restaurativa propõe a reintegração da vítima e do autor do crime. Para alcançar essas metas, são realizadas audiências de mediação e conciliação coordenadas por um facilitador imparcial - que geralmente é um psicólogo ou assistente social. Segundo uma resolução da Organização das Nações Unidas (ONU), o processo restaurativo só pode ser realizado quando o acusado assume a autoria do crime e ela é comprovada. E tanto a vítima quanto o infrator precisam concordar com a realização do processo (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2006, s.p).

Porém, o projeto de lei não é claro em relação à quais crimes e contravenções seria aplicada a Justiça Restaurativa, bem como quais seriam os critérios que regeriam tal aplicação. O artigo 1º do projeto é regulado pelo uso facultativo e complementar dos procedimentos de justiça restaurativa no sistema de justiça criminal, em casos de crimes e contravenções penais (FURQUIM, 2015).

Portanto, no artigo 1º já estaria um dos maiores problemas encontrados no projeto, pois não aponta quais contravenções ou crimes podem ser objeto de encaminhamento à justiça restaurativa. É de suma importância o preenchimento de tal lacuna, pois a falta deste critério cria o risco de que só os chamados crimes de bagatela sejam encaminhados à justiça restaurativa, haja vista o pensamento de dominante de que a justiça restaurativa despenaliza condutas que deveriam ser punidas pelo modelo tradicional de justiça criminal (JOÃO; ARRUDA, 2014). É fundamental estabelecer um critério sobre quando deva ser utilizada a justiça restaurativa, seja levando em conta o bem jurídico violado ou a quantidade de pena cominada. Além disso, é preciso uma cultura jurídica que aceite o uso da justiça restaurativa, não restrinja a implementação de programas diferenciados e encaminhe casos para aqueles programas existentes.

Em seus artigos 2º e 3º, o projeto de lei expõe o que considera procedimentos restaurativos, compreendendo encontros entre a vítima e o autor do fato delituoso e, quando apropriado, outras pessoas ou membros da comunidade afetados, que atuam coletivamente e ativamente na resolução dos conflitos causados, com o intuito de suprir as necessidades individuais e coletivas das pessoas envolvidas (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2006).

Os artigos 5º e 6º do referido projeto de lei tratam do funcionamento e da composição do núcleo de justiça restaurativa, que deverá ser constituído por uma coordenação administrativa, uma coordenação técnica interdisciplinar e uma equipe de facilitadores, que deverão atuar de forma cooperativa e integrada. Conforme este artigo, os facilitadores deverão ser preferencialmente profissionais das áreas de psicologia e serviço social, especialmente capacitados para essa função (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2006).

Os artigos 8º e 9º preveem que “o procedimento restaurativo abrange técnicas de mediação pautadas nos princípios restaurativos”, e que os princípios a ser observados são os “da voluntariedade, da dignidade humana, da imparcialidade, da razoabilidade, da proporcionalidade, da cooperação, da informalidade, da confidencialidade, da interdisciplinariedade, da responsabilidade, do mútuo respeito e da boa-fé” (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2006). Raffaella Pallamolla (2009) traz o conceito de razoabilidade como a relação entre o acordo e a ofensa (delito) e o de proporcionalidade como a correspondência entre o encargo assumido pelo ofensor e a gravidade da ofensa, ou seja, entende que a reparação não pode ser excessiva. Cumpre ressaltar que, quanto à proporcionalidade, estabelece apenas o critério superior, cabendo à razoabilidade aproximar o delito da reparação adequada (PALLAMOLLA, 2009).

Neste mesmo dispositivo tem-se o princípio da confidencialidade, que neste caso, visa proteger a intimidade e a vida privada das partes, conforme seu parágrafo único (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2006). Todavia, esta é igualmente importante para evitar que fatos anteriormente abordados nos encontros restaurativos possam prejudicar o ofensor num eventual retorno ao processo penal. Raffaella Pallamolla entende que seria necessário introduzir na lei a determinação de que o que foi dito no processo restaurativo não pode ser utilizado para piorar a situação do ofensor,

que deve permanecer sob a proteção da presunção de inocência num possível processo penal futuro (PALLAMOLLA, 2009).

Estes são os artigos considerados de maior relevância para compreensão do referido projeto. Dentre estes e inúmeros que trazem alterações ao Código Penal, de Processo Penal e a Lei dos Juizados Especiais, ainda consta o artigo 16 que introduz a maior mudança no Código de Processo Penal, instituindo o Capítulo VIII, que passaria a tratar sobre o Processo Restaurativo, introduzindo os artigos 556, 557, 558, 559, 560, 561 e 560 na Lei Processual Penal.

O novo artigo 556 dispõe requisitos para que se possa enviar o caso à justiça restaurativa (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2006). Todavia, por este artigo, o encaminhamento do caso a justiça restaurativa estaria condicionado a personalidade e aos antecedentes do infrator, bem como as circunstâncias e consequências do crime. Desta forma, a justiça restaurativa se torna uma alternativa impossível a infratores reincidentes, contradizendo a lógica abolicionista do paradigma restaurativo (FURQUIM, 2015).

Os artigos 557, 558 e 559, tratam respectivamente do funcionamento dos núcleos de justiça restaurativa, a forma em que são realizados os acordos restaurativos e a redução a termo dos encontros restaurativos e as obrigações assumidas de reparação dos danos, nos casos que o acordo traz resultado positivo (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2006). O novo artigo 560 do Código de Processo Penal, por sua vez, traz a determinação quanto aos casos em que houver desistência ou descumprimento do acordo. Nos casos em que ocorresse a desistência ou descumprimento do acordo restaurativo, o juiz julgaria insubsistente o procedimento restaurativo, retornando o processo de imediato ao seu curso original (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2006).

Os dois autores supracitados na análise dos principais artigos, Raffaella Pallamolla e Furquim, trazem diversas questões problemáticas do projeto de lei em tramitação, e com isso reafirma-se a necessidade de maiores discussões a respeito da institucionalização da justiça restaurativa no Brasil. Sem dúvida, é imprescindível que certos elementos constem em lei, em razão de fatores como a resistência institucional, a necessidade de preservar os direitos e garantias fundamentais dos ofensores etc. Contudo, a solução não está em inserir inúmeros dispositivos que pretendam abarcar todas as hipóteses que envolvem o uso da justiça restaurativa.

Raffaella Pallamolla (2009) entende ser possível, sim, optar por uma legislação enxuta que deixe margem aos programas restaurativos para escolherem os casos que poderão ser trabalhados, ao mesmo tempo que reduza a discricionariedade judicial no envio de casos aos programas restaurativos e no momento da valoração do acordo cumprido (PALLAMOLLA, 2009). Portanto, resta claro a necessidade de uma maior discussão e divulgação da justiça restaurativa, de forma a possibilitar sua institucionalização no ordenamento jurídico brasileiro, sem que sejam desviados os seus valores e princípios fundamentais.

Mesmo que o projeto ainda não tenha sido aprovado, se tornado lei, e conseqüentemente a Justiça Restaurativa não seja uma espécie de justiça expressamente prevista na legislação, alguns projetos pilotos surgiram na tentativa de solucionar conflitos com base nos princípios desta justiça alternativa. Existem e existiram experiências com a Justiça Restaurativa no Brasil, apesar de serem pouco divulgadas, o que faz com que a Justiça Restaurativa não seja tão conhecida, nem fortalecida. De acordo com Andreia Pacheco:

A Justiça Restaurativa exige para sua consecução, um alto grau de comprometimento não só dos participantes dos projetos, como do Judiciário e da própria comunidade ou sociedade. A Justiça Restaurativa envolve várias dimensões humanas, trabalha em aspecto global, o que faz com que dependa de várias políticas sociais para garantir o aporte dos recursos de toda natureza, para garantir o curso de ação das intervenções. Quanto mais abrangente e inclusivo o projeto restaurativo, mais necessidade de aporte de recursos de toda a natureza (PACHECO, 2012, p.78).

Furquim (2015) destaca que antes do projeto de Lei nº 7006/06, já havia no Brasil o desenvolvimento de práticas relativas à justiça restaurativa, e que tais práticas foram impulsionadas pela já citada Resolução nº 2002/12 do Conselho Econômico e Social da ONU que disponha de princípios básicos do uso da Justiça Restaurativa, sendo o marco catalizador dos projetos brasileiros de Justiça Restaurativa (FURQUIM, 2015).

Como exemplos mais relevantes deste programa, o referido autor cita o Projeto Justiça para o Século XXI, o Projeto Justiça Restaurativa no Núcleo Bandeirantes e o Projeto em São Caetano do Sul/SP.

O Projeto Justiça para o Século XXI se trata de um programa sistematizado pela Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul (AJURIS) em parceria com a

Escola Superior da Magistratura. Este projeto tem sua consecução ligada à 3ª Vara do Juizado da Infância e da Juventude de Porto Alegre/RS. Iniciado em 2005, é posterior às primeiras práticas restaurativas da própria 3ª Vara da Infância e da Juventude de Porto Alegre, que foram realizadas há mais de dez anos sob a coordenação do juiz Leoberto Brancher (LARA, s.d).

Visa contribuir com as demais Políticas Públicas na pacificação de violências envolvendo crianças e adolescentes em Porto Alegre através da prática da metodologia restaurativa. Em síntese, consiste num projeto piloto que tem como objetivo a implementação da Justiça Restaurativa relacionada à Vara da Infância e da Juventude, visando à pacificação de conflitos que envolvam crianças e adolescentes (PACHECO, 2012). Segundo Caio de Lara,

Além de efetivar as práticas restaurativas em grande escala, o Justiça para o século XXI também é polo de treinamento da metodologia. Técnicos e estudiosos de todo o Brasil buscam em Porto Alegre os conteúdos de Justiça Restaurativa para replicarem em seus estados, a fim de poderem implementar as práticas junto ao Sistema de Justiça da Infância e Juventude, escolas, ONGs, instituições de atendimento à infância e juventude e comunidades. Dentre os cursos oferecidos estão os de Facilitador em Círculos de Justiça Restaurativa e de Construção da Paz, Curso Intensivo de Justiça Restaurativa, Curso de Iniciação em Justiça Restaurativa e Curso de Formação de Coordenadores de Práticas Restaurativas (LARA, s.d, p. 11).

O Projeto Justiça Restaurativa no Núcleo Bandeirantes teve seu início no ano de 2005 nos Juizados Especiais de Competência Geral do Fórum do Núcleo Bandeirantes, visando à aplicação de práticas restaurativas nos processos criminais referentes às infrações de menor potencial ofensivo, passíveis de composição cível e de transação penal. Este projeto piloto de Brasília se diferencia dos demais projetos pelo fato de tratar de práticas restaurativas destinadas aos indivíduos adultos que cometeram crimes de menor potencial ofensivo. (FURQUIM, 2015). A prática tem amparo no artigo 98 da Constituição da República, regulamentado pela Lei nº 9.099/95, que veio de instituir um espaço de consenso no processo criminal, com a possibilidade de exclusão do processo para os casos em que se verifique a composição civil (LARA, s.d).

O Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios defende, institucionalmente, que a vinculação dos princípios e práticas restaurativas aos

serviços da corte tem contribuído substancialmente para a especialização e democratização da prestação jurisdicional. Segundo o Tribunal, a Justiça Restaurativa vem despontando como experiência de sucesso, e envolve o interesse de diversas instituições científicas e sociais (DISTRITO FEDERAL, 2012).

O programa de São Caetano do Sul, em São Paulo, está em atividade desde 2005 e visa atender adolescentes em conflito com a lei. O projeto baseia-se na parceria entre Justiça e Educação para construção de espaços de resolução de conflito e de sinergias de ação, em âmbito escolar, comunitário e forense. (FURQUIM, 2015).

O programa se refere a um trabalho conjunto da Justiça Paulista com a Promotoria da Infância e Juventude, sendo esta que seleciona os casos, encaminha ao círculo restaurativo, fiscaliza os termos do acordo e o seu cumprimento, bem como a eventual aplicação de medida socioeducativa. O programa começou nas escolas para evitar que os conflitos escolares acabassem solucionados no fórum, uma vez que foi percebida a dificuldade das escolas lidarem com conflitos, de modo geral (PACHECO, 2012). Nas palavras do Juiz Egberto de Almeida Penido:

Foi possível atestar que a parceria Justiça e Educação representa significativo avanço na abordagem da questão da violência nas escolas, da escola e contra a escola. Constata-se que as escolas são espaços onde a implementação da Justiça Restaurativa se mostra não apenas de fundamental necessidade e urgência, mas, estrategicamente, como espaços de máxima eficácia na construção de uma efetiva Cultura de Paz (PENIDO, s.d, p. 9).

Os projetos que surgiram com base na Justiça Restaurativa ganharam corpo, sem que fosse perdida a ideia de adaptação das práticas e princípios estrangeiros à realidade brasileira. Sobre esta questão, Pinho traz importante reflexão, a saber:

Por consequência natural, os conceitos da justiça restaurativa chegaram ao Brasil, principalmente a partir da observação e o estudo do direito comparado, trazendo a baila suas premissas, aplicações e experiências que lograram êxito. Por isso, é necessário registrar que o modelo restaurativo no Brasil não é cópia dos modelos estrangeiros, pois nosso modelo é restritivo, e carece de muitas transformações legislativas para a aplicação integral da justiça restaurativa. Ademais, como a justiça restaurativa é um processo de constante adaptação, é de bom alvitre sempre a adequação necessária à realidade brasileira (PINHO, 2009, p. 246).

De fato, a Justiça Restaurativa é um conceito aberto e em constante aprimoramento e os programas brasileiros têm adaptado a metodologia a sua realidade local, cada um a seu modo. Portanto, se bem aplicado, o modelo restaurativo em complementação ao sistema de administração de conflitos vigente, pode constituir um importante instrumento para a construção de uma justiça participativa que opere real transformação, com soluções compartilhadas e para uma nova forma de promoção dos direitos humanos e da cidadania, da inclusão e da paz social.

Segundo Andreia Pacheco, a justiça restaurativa não é vista como a solução, mas como um caminho democrático e transformador do sistema penal atual. A utilização das duas formas de justiça: a restaurativa e a retributiva pode trazer para o sistema penal práticas que hoje não o integram, como o diálogo e uma atuação mais humanizada, onde os envolvidos devam e possam opinar, onde a prisão ficará como opção para os crimes mais graves e a reparação será uma prática vivenciada dia a dia para questões que permitam sua utilização, visando trazer para aquele que comete o crime a conscientização do erro (PACHECO, 2012).

3.2 JUSTIÇA TERAPÊUTICA

Atualmente, pesquisam-se meios alternativos à pena privativa de liberdade e, à luz disso, pode-se dizer que os substitutos penais e as penas alternativas são medidas que buscam a realização efetiva das finalidades e dos princípios norteadores do Direito Penal. No país, a proposta em que a legislação seja cumprida harmonicamente com medidas sociais e tratamento às pessoas que praticam crimes em que o componente “drogas”, no sentido amplo, esteja presente de alguma maneira, pode ser chamada de Justiça Terapêutica (TEIXEIRA JUNIOR, 2017).

De acordo com a Associação Brasileira de Justiça Terapêutica (s.d.), esta forma de justiça se baseia numa proposta de cumprimento da legislação penal de forma harmônica com medidas sociais e de tratamento a pessoas que praticam crimes, nos quais o elemento “droga” esteja presente de alguma forma. A Justiça Terapêutica representa o trabalho dos operadores do Direito e dos profissionais de saúde que, de forma integrada, trabalham para oferecer uma perspectiva de vida e

de cidadania justa a infratores que estejam envolvidos com drogas (ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE JUSTIÇA TERAPÊUTICA, s.d).

A Justiça Terapêutica, inspirada nas *Drug Courts* (Tribunais de Drogas) dos Estados Unidos da América e já adotada em alguns estados brasileiros, consiste na combinação de um sistema jurídico associado a um sistema de tratamento que compreende um conjunto de medidas voltadas, para que o usuário abusivo ou dependente de substâncias entorpecentes em conflito com a justiça, por ter cometido um crime diretamente relacionado com o uso destas, receba tratamento ou outro tipo de terapia, de acordo com o seu grau de utilização, quando verificados os requisitos legais, buscando-se, desta forma, evitar a aplicação de pena privativa de liberdade e possibilitar a melhor recuperação deste infrator de modo que ele não volte a reincidir (VAILATE; MOTA, 2015). Nas palavras de Teixeira Junior:

De um modo simplificado, podemos aferir que a Justiça Terapêutica é o programa judicial que compreende um conjunto de medidas voltadas para a possibilidade de se permitir que infratores usuários em uso indevido, ou dependentes químicos tenham a faculdade de entrar e permanecer em tratamento médico ou receber outro tipo de medida terapêutica, em substituição ao andamento de processo criminal ou à aplicação de pena privativa de liberdade, quando da prática de delitos relacionados ao consumo de drogas. A denominação “Justiça Terapêutica” foi adotada estrategicamente, com a finalidade de demonstrar a possibilidade de viabilização de uma resposta justa e útil ao autor do delito e à sociedade, fornecida pelos profissionais que trabalham diretamente com essa demanda, em busca da efetiva resolução do problema, sempre em harmonia com as disposições legais que possibilitam o tratamento adequado (TEIXEIRA JUNIOR, 2017, p. 45).

Lima (2009), a fim de explicar a origem da Justiça Terapêutica, se remete ao Estatuto da Criança e do Adolescente, de 1990, pois este, ao tratar das medidas socioeducativas aplicáveis aos adolescentes como sanção pela prática de ato infracional, estabelece em seu artigo 112, inciso VII, que a Justiça da Infância e Juventude pode aplicar qualquer uma das medidas de proteção elencadas no artigo 110, incisos I a VI. Logo, o adolescente que cometa algum ato infracional, pode ser submetido às medidas e programas terapêuticos previstos nos incisos V e VI do artigo 110 do ECA (LIMA, 2009).

Dessa forma, o advento do Estatuto da Criança e do Adolescente foi o que impulsionou o programa. A partir daí, passou-se a cogitar a ideia de implantar um

sistema que conciliasse justiça e saúde, pois o ECRIAD trouxe consigo a prática de olhar para o infrator e enxergar, além do conflito com a lei, o problema do uso abusivo e da dependência do uso de drogas. Como exposto anteriormente, esse diploma legal possibilitou a aplicação de medidas socioeducativas para jovens envolvidos no mundo das drogas e as medidas protetivas, que preveem requisição de tratamento médico, psicológico e psiquiátrico, além de inclusão em programas oficiais ou comunitários de auxílio, orientação e tratamento a alcoólatras e toxicômanos (TEIXEIRA JUNIOR, 2017).

Embora a justiça terapêutica tenha surgido a partir da concepção da atenção integral prevista no Estatuto da Criança e do Adolescente, houve a extensão do movimento para os adultos que praticam atos infracionais sob uso de álcool e outras drogas. Isso porque a questão das drogas tem demonstrado que adolescentes ou adultos estão num grau de vulnerabilidade semelhantes quando sujeitos ao uso e à dependência. No Rio Grande do Sul, a filosofia do ECRIAD foi aplicada aos adultos, inserindo-se, em relação a estes, o Princípio da Atenção Integral. Ganhou, portanto, a justiça terapêutica, uma maior amplitude no tratamento dos delitos cometidos a partir do uso de drogas ilícitas (FONSÊCA, 2017). O processo evolutivo da justiça terapêutica no Brasil, dessa maneira, está relacionado principalmente aos programas criados no Rio Grande do Sul.

Com o advento do Estatuto da Criança e do Adolescente, o Ministério Público do Rio Grande do Sul, no ano de 1996 e 1997, concebeu o “Projeto Consciência”, que envolvia técnicos de saúde, do serviço social e operadores do direito, e visava atingir escolas dos municípios com informações educativas sobre drogas. Sem embargo, O projeto foi aperfeiçoado transformando-se no “RS sem drogas” (BATISTA, 2017).

Desde então, os fundadores do movimento gaúcho advogavam ser plenamente extensivo intervenções terapêuticas aos maiores imputáveis que praticassem delitos que de algum modo estivessem relacionados às drogas. Em 1999, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul se uniu ao Ministério Público fortalecendo e ampliando ainda mais a experiência da justiça criminal em interação com a justiça terapêutica, visando, segundo seus defensores, a diminuição da reincidência (LIMA, 2009). E, em 2000, no dia 08 de novembro, foi criada a Associação Nacional da Justiça Terapêutica com sede no Rio Grande do Sul (LIMA,

2009). Essa instituição teve por objetivo sensibilizar, informar e conscientizar as diferentes instâncias da sociedade brasileira sobre os princípios e efetividade do Programa de Justiça Terapêutica empregando os mais diversos instrumentos para este fim, como contribuir com capacitações e estimular parcerias (FONSÊCA, 2017).

No Rio de Janeiro, o programa foi instituído em 2002. No estado de Minas Gerais, em 2003 e recebeu o nome de Justiça Cidadã e, assim como no Rio de Janeiro, restringiu os destinatários do programa aos usuários de substâncias entorpecentes (TEIXEIRA JÚNIOR, 2017). No Sergipe e no Paraná, existem programas de tratamento para usuários e dependentes químicos que tenham cometido infrações, mas são programas de acompanhamento que se aproximam mais do previsto na Lei de Tóxicos do que da Justiça Terapêutica e são marcados pela viabilidade sem a intervenção da tutela jurisdicional. Arnaldo Teixeira Junior (2017) afirma, portanto, que a Justiça Terapêutica no Brasil vem avançando pelos estados, tomando formas inicialmente distintas em alguns aspectos, mas que tendem a convergir para o mesmo propósito.

É possível, ainda, dizer que um dos estados mais avançados atualmente, juntamente com o Rio Grande do Sul, em termos de aplicação do programa é Pernambuco. Lá funciona, desde 2001, o Centro de Justiça Terapêutica, pioneiro na América Latina, que abrange a região metropolitana de Recife, fazendo em média 240 atendimentos mensais. O Centro atua de maneira eficaz e já conta com resultados efetivos (CABRAL, 2013).

Atualmente, a proposta do Programa Justiça Terapêutica é desenvolver um conjunto de medidas e ações visando aumentar a possibilidade dos usuários e dependentes de drogas compreenderem e modificarem sua realidade. A partir dessa perspectiva, cada pessoa avaliará sua mudança de comportamento, tanto em relação ao uso de drogas quanto no seu relacionamento com a sociedade. Promove ainda ações que objetivem a reintegração de seus participantes na sociedade. Nas palavras de Daniele Cabral:

Considera-se Justiça Terapêutica o programa judicial que compreende um conjunto de medidas voltadas para a possibilidade de se permitir que infratores envolvidos com drogas possam entrar e permanecer em tratamento, em substituição ao andamento de processo criminal ou à aplicação da pena privativa de liberdade, quando da prática de delitos que tenham a droga como fator

predisponente, nos casos em que a lei permite (CABRAL, 2013, p. 9).

O Programa de Justiça Terapêutica surgiu como uma forma de dar uma resposta mais adequada aos delitos praticados por usuários e dependentes de drogas, dando uma atenção integral ao usuário, não apenas ao adolescente, mas também ao adulto. Considerou-se que não bastava uma resposta à sociedade apenas sob o aspecto jurídico, mas também na dimensão da saúde do usuário e dependente de drogas. Entendeu-se que sem o tratamento direcionado ao consumo das drogas a criminalidade não teria como cessar, inclusive porque muitos delitos ocorriam como forma de sustentar a própria dependência (FONSÊCA, 2017).

Sob a ótica apresentada pela Justiça Terapêutica, o tratamento do indivíduo não é obrigatório, na medida em que o acusado pode optar pela via do acompanhamento terapêutico ou submeter-se a um processo judicial, podendo ser condenado ou absolvido. Entretanto, a partir do momento em que o acusado aceita o programa e ingressa no tratamento, este passa a ser supervisionado e controlado judicialmente (CABRAL, 2013).

A Justiça Terapêutica, assim como o Estatuto da Criança e do Adolescente, prioriza o princípio da atenção integral ao infrator envolvido com drogas. Busca encaminhar os infratores que cometem crimes (sob o efeito de substâncias entorpecentes ou para sustentarem o vício) para a rede de saúde a fim de tratar a dependência de drogas, neste contexto, é um programa judicial que busca a redução do dano social, sendo voltado não somente para aqueles que são pegos usando, portando ou comercializando drogas, mas também para aqueles que praticam crimes antecedentes ou consequentes ao seu uso, porte ou comércio.

Existe, contudo, certa dúvida e que se refere ao nível do uso de drogas, visto que nem todo usuário é dependente e nem sempre a intervenção terapêutica seja necessária mesmo havendo a prática delituosa. Para ilustrar esse fato, Lima cita o seguinte exemplo:

É o caso de um jovem que não costuma ingerir bebida alcoólica, mas vai a uma festa, consome, embriaga-se e ao dirigir seu veículo atropela e mata uma pessoa. Ora, o fato do indivíduo estar sob efeito da bebida alcoólica, no momento do acidente, de maneira alguma deve implicar em tratamento terapêutico, já que ele não é usuário abusivo ou dependente de bebida alcoólica, foi um uso meramente

ocasional de bebida, devendo o indivíduo ser submetido ao processo criminal tradicional. Já se fosse constatado que esse mesmo sujeito era usuário abusivo ou dependente químico seria fundamental ele receber um auxílio terapêutico, mormente para evitar novos acidentes (LIMA, 2009, p. 134).

Dessa forma, Fonsêca elenca alguns critérios que devem ser observados para a aplicação do Programa de Justiça Terapêutica: o delito ter sido praticado por pessoa imputável sob o efeito de droga lícita ou ilícita, ou por menor nos termos do ECRIAD; que a pessoa autora do fato delituoso tenha problemas com o uso, abuso ou dependência de drogas lícitas ou ilícitas; e por último, que esta pessoa aceite as condições do Programa (FONSÊCA, 2017).

No Brasil, como foi possível observar, a Justiça Terapêutica está em estágio de efetivação. Pontarolli (2005) traz que, em relação à viabilidade jurídica da implementação deste sistema, esta se concretiza nas hipóteses legais que possibilitam a aplicação do programa, seja, esta, conjugada a outras medidas penais alternativas (suspensão condicional do processo, transação penal, suspensão da pena, limitação de fim de semana), ou autônomas (medidas educativas do Estatuto da Criança e do Adolescente); sempre se observando os procedimentos e os requisitos estabelecidos pela lei (PONTAROLLI, 2005). Fonsêca traz as hipóteses legais para aplicação da Justiça Terapêutica dispostas da seguinte maneira:

Quadro 1. Hipóteses de Justiça Terapêutica.

Hipóteses	Previsão Legal
Medidas protetivas e socioeducativas do Estatuto da Criança e do Adolescente.	Lei n.º 8.069/90, artigos 101 e 112.
Suspensão condicional do processo.	Lei n.º 9.099/95 (Lei dos Juizados Especiais), artigo 89.
Transação penal.	Lei n.º 9.099/95 (Lei dos Juizados Especiais), artigo 76.
Suspensão condicional da pena – <i>Sursis</i> .	Decreto-lei n.º 2.848/40 (Código Penal Brasileiro), artigo 77.
Livramento condicional.	Decreto-lei n.º 2.848/40 (Código Penal Brasileiro), artigo 85.
Limitação de fim de semana, como pena restritiva de direitos.	Decreto-lei n.º 2.848/40 (Código Penal Brasileiro), artigo 43.

Fonte: Fonsêca, 2017.

Dentre as normas existentes, na Lei dos Juizados Especiais, na fase que antecede a lide processual, existe a Transação Penal, prevista no artigo 76, sendo considerada um instituto inovador na Legislação Penal Brasileira, pois propõe para o autor do fato delituoso a possibilidade de pactuar um acordo amigável homologado judicialmente, evitando incorrer em seu desfavor um processo, contanto que preencha os requisitos exigidos na lei (PEREIRA, 2014).

A Lei nº 9.099/95, ao tratar sobre os Juizados Especiais Criminais, dispõe da possibilidade de aplicação da Justiça Terapêutica nos casos em que o Ministério Público poderá propor de imediato penas restritivas de direito ou de multas, de forma especificada na proposta. Ao dispor de que a pena alternativa poderá ser especificada pelo Ministério Público, abre-se a possibilidade de implantação de Justiça Terapêutica (STEFENI, 2012).

O artigo 89 do mesmo texto legal assegura mais uma possibilidade de aplicação da Justiça Terapêutica. O instituto penal da suspensão condicional do processo surge como uma norma que serve como meio alternativo de pena em substituição a pena privativa de liberdade, ficando o apenado sujeito a determinadas condições e aos requisitos estipulados na lei. A proposição da suspensão condicional do processo estará sujeita a aceitação pelo acusado mediante o período de prova, estando subordinado a algumas condições impostas pelo juiz, e no caso de cumprimento, será decretada extinta a punibilidade (PEREIRA, 2014).

Dentre as penas restritivas de direitos previstas no artigo 43, do Código Penal a mais condizente com a Justiça Terapêutica é a pena de limitação de fim de semana, pois esta consiste no encargo do apenado se recolher aos sábados e domingos, por cinco horas diárias, na casa de albergado ou estabelecimento adequado, de acordo com o artigo 48, *caput* e parágrafo único do Código Penal Brasileiro (BRASIL, 1940).

No Código Penal, a Justiça Terapêutica pode ser aplicada na forma do artigo 77, que trata da suspensão condicional da pena. A suspensão condicional da pena tem o intuito de evitar que seja aplicada a pena privativa de liberdade, desde que o condenado, por certo período de tempo, cumpra com as exigências estabelecidas pelo juiz (PEREIRA, 2014). Após este período de prova, não tendo ocorrido

nenhuma causa de revogação da suspensão condicional da pena, a medida terapêutica aplicada terá alcançado seu objetivo, sendo considerada extinta a pena.

O livramento condicional integra a última etapa do cumprimento da pena pelo condenado que cumpre pena de prisão e tem sua liberdade antecipada após cumprir um período dessa pena. Contudo, tal liberdade está condicionada ao cumprimento de determinadas condições. Neste caso, uma das condições para obter a liberdade seria a sujeição a tratamento para dependência ou abuso de substância psicoativa (LIMA, 2009).

O Estatuto da Criança e do Adolescente, por sua vez, tem como objetivo central a busca pela atenção integral a criança e ao adolescente. Partindo deste princípio, o ECRID, na redação de seu artigo 112, prevê as medidas socioeducativas possíveis de serem aplicadas aos menores que venham a cometer atos infracionais, *in verbis*:

Art. 112 - Verificada a prática de ato infracional, a autoridade competente poderá aplicar ao adolescente as seguintes medidas:

- I - advertência;
- II - obrigação de reparar o dano;
- III - prestação de serviços à comunidade;
- IV - liberdade assistida;
- V - inserção em regime de semiliberdade;
- VI - internação em estabelecimento educacional;
- VII - qualquer uma das previstas no art. 101, I a VI (BRASIL, 1990).

O texto legal remete ainda a artigo antecedente, neste caso a medida prevista no inciso VII, ou seja, qualquer das previstas no artigo 101, inciso I à VI:

Art. 101 - Verificada qualquer das hipóteses previstas no art. 98, a autoridade competente poderá determinar, dentre outras, as seguintes medidas:

- I - encaminhamento aos pais ou responsável, mediante termo de responsabilidade;
- II - orientação, apoio e acompanhamento temporários;
- III - matrícula e frequência obrigatórias em estabelecimento oficial de ensino fundamental;
- IV - inclusão em programa comunitário ou oficial, de auxílio à família, à criança e ao adolescente;
- V - requisição de tratamento médico, psicológico ou psiquiátrico, em regime hospitalar ou ambulatorial;
- VI - inclusão em programa oficial ou comunitário de auxílio, orientação e tratamento a alcoólatras e toxicômanos;
- VII - abrigo em entidade;

VIII - colocação em família substituta (BRASIL, 1990).

Seguindo esta lógica, em relação ao ECRIAD, verifica-se que a Justiça Terapêutica encontra seu amparo legal nos incisos V e VI do artigo 101, pois são dispositivos que, de forma expressa, possibilitam a requisição da intervenção de profissionais da saúde através de tratamento médico, psicológico ou psiquiátrico, em regime hospitalar ou ambulatorial. Direciona-se, ainda, para a inclusão em programa oficial ou comunitário de auxílio, orientação e tratamento a alcoólatras e toxicômanos. Desta feita, pelas possibilidades de aplicação elencadas, é possível observar que as medidas previstas no Estatuto da Criança e do Adolescente possuem caráter sancionatório, uma vez que não há imposição de pena privativa de liberdade.

Por sua vez, a suspensão condicional do processo e a transação penal possuem caráter de condição judicial alternativa, ou seja, a Justiça Terapêutica poderá ser aceita ou negada pelo infrator usuário. Pode-se dizer que, do mesmo modo, são formas de se aplicar a Justiça Terapêutica como condição judicial alternativa a suspensão condicional da pena e o livramento condicional. Entretanto, nesses casos, não há uma manifestação direta de vontade do infrator usuário e sim uma aceitação tácita, na medida em que ele cumpre a medida terapêutica. Por último, a limitação do final de semana possui caráter de imposição judicial, quando o juiz pode determinar a frequência obrigatória a programa de auxílio e tratamento, cursos e palestras específicas sobre o uso e o consumo de drogas e seus efeitos (TEIXEIRA JUNIOR, 2017).

Ante o exposto, é evidente que a dependência química deve ser tratada, não com o cárcere, mas com um tratamento terapêutico especializado, que contribua de forma benéfica e eficaz, no combate às drogas e no resgate da dignidade do dependente químico (BERTOLETTI; FENSTERSEIFER, 2016). As vantagens do programa são inúmeras quando comparadas com as demais penas que compõem o ordenamento jurídico, principalmente porque é uma forma de se garantir uma melhor reeducação e reintegração social do infrator-usuário. Tem-se que o sistema prisional contemporâneo no Brasil promove o encarceramento desestruturado e com ênfase no clamor público pela detenção e não pela necessária reabilitação do criminoso, quiçá do dependente químico (CABRAL, 2013).

3.3 A APLICAÇÃO DOS MODELOS NÃO TRADICIONAIS EM PROL DA RECUPERAÇÃO DO APENADO

Como visto anteriormente em capítulo específico, a pena tem como função, além de reprovar e prevenir o crime, a recuperação do apenado, protegendo os bens jurídicos, buscando a paz e o equilíbrio social. Tais objetivos são observados tendo em vista que o sistema penal brasileiro, pela análise de diversos dispositivos, em especial o artigo 59 do Código Penal, adota a teoria mista, unificadora ou eclética em relação à função da pena. Esta teoria possui dois interesses, o primeiro de retribuir ao condenado o mal que casou, e o segundo de prevenir a reincidência em novas condutas criminosas.

Todavia, na situação em que se encontram as prisões, não possuem capacidade de recuperar aquele que foi condenado, tampouco de reintroduzi-lo na sociedade, uma vez que lhe faltam condições materiais para isso. Dentre os principais e mais urgentes problemas enfrentados, destacam-se a superlotação e as insalubres condições de permanência na prisão.

O artigo 32 do Código Penal diz respeito à pena privativa de liberdade, a qual busca punir o autor de algum delito. Contudo, além da busca pela concretização das finalidades da pena, esta punição deve estar de acordo com o Princípio da Dignidade Humana, previsto na Constituição Federal como fundamento da República Federativa do Brasil (BRASIL, 1988).

O que se observa, quase que de forma absoluta nas penitenciárias brasileiras, são violações aos direitos humanos dos que ali se encontram, ao direito penal e à própria Constituição Federal, na medida em que direitos fundamentais previsto nestes ramos são transgredidos. Entre inúmeros direitos, pode-se mencionar os direitos ao trabalho, à higiene, à saúde e à educação. A situação de calamidade na qual se encontra a área da segurança pública torna evidente que o aparato idealizado e instaurado pelo Estado para prevenir e reprimir os delitos não se mostra eficaz (FERREIRA, 2012).

O artigo 5º, XLIX, da Constituição Federal, prevê que “é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral”, mas o Estado não garante a execução da lei. Seja por descaso do governo, pelo descaso da sociedade que muitas vezes se sente aprisionada pelo medo e insegurança, ou pela corrupção

dentro dos presídios. Estes se tornaram depósitos humanos, onde a superlotação acarreta violência sexual entre presos, faz com que doenças graves se proliferem, e, além disso, cada vez mais drogas são apreendidas dentro dos presídios (CAMARGO, 2006). Nas palavras de Paula Ferreira:

As prisões como instrumento das penas privativas de liberdade, deveriam servir para recuperação e punição do condenado, ressaltando-se, contudo, que neste último sentido, deve ser vista apenas como uma ausência parcial da liberdade do indivíduo. No entanto, o que se observa, na prática, é que o caráter punitivo da pena ultrapassa a esfera de liberdade do criminoso, alcançando também sua dignidade, saúde, integridade, entre outros direitos assegurados na Constituição. Além disso, não se observa, de forma alguma, o caráter de recuperação do condenado nas penas privativas de liberdade, podendo inclusive atribuir a isso a punição exacerbada do indivíduo, que vai muito além da supressão de sua liberdade (FERREIRA, 2012, s.p).

No campo legislativo, nosso estatuto executivo-penal é tido como um dos mais avançados e democráticos existentes. Ele se baseia na ideia de que a execução da pena privativa de liberdade deve ter por base o princípio da humanidade, e qualquer modalidade de punição desnecessária, cruel ou degradante será de natureza desumana e contrária ao princípio da legalidade. No entanto, ocorre na prática a constante violação de direitos e a total inobservância das garantias legais previstas na execução das penas privativas de liberdade. A partir do momento em que o preso passa à tutela do Estado, ele não perde apenas o seu direito de liberdade, mas também todos os outros direitos fundamentais que não foram atingidos pela sentença, passando a ter um tratamento execrável e a sofrer os mais variados tipos de castigos, que acarretam a degradação de sua personalidade e a perda de sua dignidade, num processo que não oferece quaisquer condições de preparar o seu retorno útil à sociedade (ASSIS, 2007).

A verdade é que o estabelecimento prisional não tem logrado êxito na sua pretensão de reintegrar o transgressor. Muito pelo contrário, a pena privativa de liberdade constitui-se incompatível com o objetivo da regeneração do indivíduo preso. A superpopulação carcerária representa um dos maiores obstáculos à ressocialização. O Estado não possui meios suficientes para proporcionar as devidas condições estabelecidas pela lei de execuções penais, sejam elas: a devida separação de acordo com o cometimento do crime e periculosidade, higiene, saúde,

alimentação adequada, assistência jurídica, psicológica, dentre outras (OLIVEIRA, 2015).

Para chegar à conclusão sobre as condições críticas em que se encontram os estabelecimentos prisionais brasileiros, basta uma análise sobre a população carcerária. De acordo com dados coletados através do Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – INFOPEN para os anos de 2015 e 2016, em junho de 2016, existiam 726.712 pessoas privadas de liberdade no Brasil, estando 689.510 pessoas em estabelecimentos administrados pelas Secretarias Estaduais de Administração Prisional e Justiça, o sistema penitenciário estadual; 36.765 pessoas custodiadas em carceragens de delegacias ou outros espaços de custódia administrados pelas Secretarias de Segurança Pública; e 437 pessoas que se encontram nas unidades do Sistema Penitenciário Federal, administradas pelo Departamento Penitenciário Federal. Em relação ao número de vagas, observa-se um déficit total de 358.663 mil vagas e uma taxa de ocupação média de 197,4% em todo o país, cenário também agravado em relação ao último levantamento realizado (DEPEN, 2016), conforme a tabela apresentada com base nos estados brasileiros:

Tabela 1.

UF	População prisional	Taxa de aprisionamento	Vagas no sistema prisional	Taxa de ocupação	Total de presos sem condenação	% de presos sem condenação
AC	5.364	656,8	3.143	170,7%	1.989	37,1%
AL	6.957	207,1	2.845	244,5%	2.588	37,2%
AM	11.390	284,6	2.354	483,9%	7.337	64,4%
AP	2.680	342,6	1.388	193,1%	628	23,4%
BA	15.294	100,1	6.831	223,9%	8.901	58,2%
CE	34.566	385,6	11.179	309,2%	22.741	65,8%
DF	15.194	510,3	7.229	210,2%	3.651	24,0%
ES	19.413	488,5	13.417	144,7%	8.210	42,3%
GO	16.917	252,6	7.150	236,6%	6.828	40,4%
MA	8.835	127,0	5.293	166,9%	5.177	58,6%
MG	68.354	325,5	36.556	187,0%	39.536	57,8%
MS	18.688	696,7	7.731	241,7%	6.058	32,4%
MT	10.362	313,5	6.369	162,7%	5.436	52,5%
PA	14.212	171,8	8.489	167,4%	6.860	48,3%
PB	11.377	284,5	5.241	217,1%	4.798	42,2%
PE	34.556	367,2	11.495	300,6%	17.560	50,8%
PI	4.032	125,6	2.363	170,6%	2.217	55,0%
PR	51.700	459,9	18.365	281,5%	14.699	28,4%
RJ	50.219	301,9	28.443	176,6%	20.141	40,1%
RN	8.809	253,5	4.265	206,5%	2.969	33,7%
RO	10.832	606,1	4.969	218,0%	1.879	17,3%
RR	2.339	454,9	1.198	195,2%	1.033	44,2%
RS	33.868	300,1	21.642	156,5%	12.777	37,7%
SC	21.472	310,7	13.870	154,8%	7.627	35,5%
SE	5.316	234,6	2.251	236,2%	3.461	65,1%
SP	240.061	536,5	131.159	183,0%	75.862	31,6%
TO	3.468	226,2	1.982	175,0%	1.368	39,4%
União	437	-	832	52,5%	119	27,2%
Total	726.712	352,6	368.049	197,4%	292.450	40,2%

Fonte: Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias - Infopen, Junho/2016. Secretaria Nacional de Segurança Pública, Junho/2016; Fórum Brasileiro de Segurança Pública, dezembro/2015; IBGE, 2016.

De maneira geral e simplificada:

Tabela 2.

Brasil - Junho de 2016	
População prisional	726.712
Sistema Penitenciário	689.510
Secretarias de Segurança/ Carceragens de delegacias	36.765
Sistema Penitenciário Federal	437
Vagas	368.049
Déficit de vagas	358.663
Taxa de ocupação	197,4%
Taxa de aprisionamento	352,6

Fonte: Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias - Infopen, Junho/2016. Secretaria Nacional de Segurança Pública, Junho/2016; Fórum Brasileiro de Segurança Pública, dezembro/2015; IBGE, 2016.

Ao comentar sobre o elevado número de presos, Salo de Carvalho diz que isso se deve ao modelo de política criminal atuante, o modelo punitivista:

A atividade legislativa da década de 90 no Brasil, potencializada em parte pelo conjunto de normas constitucionais programáticas, ampliou as hipóteses de criminalização primária e enrijeceu o modo de execução das penas. Paralelamente à criação de inúmeros novos tipos penais, houve substancial alteração na modalidade de cumprimento das sanções, sendo o resultado dessa experiência visualizado na dilatação do *input* e no estreitamento do *output* do sistema, fato que provocou aumento vertiginoso nos índices de encarceramento (CARVALHO, 2010, p. 09-10).

Elena Larrauri (2007 *apud* FERREIRA, 2012) afirma que o populismo punitivo é o culpado pelo endurecimento das legislações penais, bem como pelo aumento da população carcerária desde os anos oitenta. A autora diz que esse populismo punitivo se evidencia quando os governantes se guiam pelas crenças de que maiores penas podem reduzir os delitos e que as penas ajudam a reforçar o consenso moral existente na sociedade.

A partir disso, procura-se uma solução para o problema da superlotação e, dentre as mais cotadas, aparece em cena o aumento do número de prisões. No entanto, segundo Bernardo Azevêdo, “novos estabelecimentos penais não representam a solução para o problema da superlotação, mas apenas uma medida paliativa, uma estratégia de administração” (AZEVEDO, 2010, s.p). O que realmente poderá mudar o problema elencado é deixar para a tutela penal realmente as agressões mais severas aos bens jurídicos mais relevantes; a alteração da iniciativa da ação penal, atribuindo para outros ramos do direito muitos problemas que não cabem ao Direito penal; a redução do tempo de pena privativa de liberdade; e, principalmente, aderir a uma política criminal não-carcerária, que aplique a pena de prisão aos casos mais graves, deixando-a em segundo plano sempre que possível para que as medidas alternativas possam ser aplicadas, tudo isso objetivando “diminuir o rol de candidatos ao cárcere” evitando-se, assim o efeito criminógeno da privação de liberdade (AZEVEDO, 2010).

É necessário levar em consideração a tão famigerada e comprovada falência do sistema prisional, que, além de não apresentar condições suficientemente humanas para abrigar seus condenados, ainda não é capaz de atender a um fim previamente determinado pela lei, que é o de prevenir o cometimento de delitos futuros. Diante de todos os problemas apresentados, passou-se, então, a buscar novas formas de realização de uma “justiça criminal”, pautadas no diálogo, na tentativa de conciliação entre as partes, na composição dos danos, como é o caso da Justiça Restaurativa; e visando também a recuperação do apenado na origem do problema, como demonstrado na Justiça Terapêutica (PAULA, 2015).

Passa-se a defender que o crime não pode ser analisado mais apenas sob um olhar jurídico. Defende-se o abandono do velho fundamento de culpa e castigo para se adequar à nova ideia de diálogo e consenso. E é tomando por base esse pensamento que surgem os modelos alternativos de justiça criminal.

Segundo Paula Canêdo, o fato da baixa recuperação do sistema penitenciário também se deve à falta de profissionais capacitados para traçar o perfil do preso e para indicar o tratamento adequado a ele, observando os motivos e as circunstâncias que o levaram a cometer o crime. O ideal seria a criação de um quadro técnico composto por profissionais do ramo do Direito, Psicologia, Medicina, Serviço Social treinados para atuar diretamente no sistema penitenciário. Em razão disso, é fundamental a criação de novos métodos de tratamento penal que visem a reabilitação do ser humano ao convívio social. Para que este possa retornar para o convívio em sociedade, e assim não se aumente a quantidade de delinquentes que quando foram presos não foram submetidos a um verdadeiro tratamento para sua mudança (CANÊDO, 2010).

A aplicação das penas alternativas vem crescendo em todo país como forma de substituir o encarceramento. Os seus defensores usam entre outros argumentos que parte dos infratores é recuperável, e a integração deles à sociedade surge como uma solução para reduzir a superlotação nos presídios e cortar gastos com a manutenção do sistema penitenciário (ANGELIM, 2016, s.p).

Portanto, para concretizar a função de recuperação do apenado, é importante eliminar a ideologia social onde o crime e por consequência a pena, seja apenas uma retribuição associada à privação de liberdade. E, neste ponto, cabe ao Estado demonstrar que a pena possui um caráter de reintegração, com a verdadeira finalidade de reinserção do preso à sociedade, em outras palavras, uma função social.

Além disso, é preciso conscientizar a sociedade de que o sujeito que cometeu um crime e que cumpre uma sanção penal privativa de liberdade, um dia retornará ao seio social, e o questionamento maior é como poderíamos esperar que este mesmo sujeito retorne a sociedade sem o devido preparo? Uma vez que na atual circunstância penitenciária este indivíduo retorna pior de que o momento de foi inserido ao sistema carcerário.

As vantagens das justiça alternativas aqui estudadas, quais sejam: a justiça restaurativa e justiça terapêutica, são inúmeras tanto para a sociedade e instituições beneficiadas quanto para o apenado, podendo-se citar: diminuição a superlotação carcerária; redução dos gastos abusivos do Estado com cada condenado; reduz a

reincidência; diminui a criminalidade e dessa forma traz mais segurança para a sociedade; e não contamina o infrator pelo convívio com detentos mais perigosos (ANGELIM, 2016). É preciso desmistificar a ideia de que as penas alternativas são sinônimos de impunidade, pois não são. Sua aplicação parte do pressuposto de que é possível restaurar a índole da pessoa humana sem ferir a sua dignidade e sem retirá-la do convívio social e seio de sua família. Condenar indivíduos de forma indiscriminada à prisão é economicamente inviável e completamente ineficaz.

CONCLUSÃO

No presente trabalho, buscou-se a análise dos institutos da Justiça Restaurativa e da Justiça Terapêutica como modelos alternativos para concretização da função da pena, bem como as possibilidades de aplicação destes modelos de justiça no ordenamento jurídico brasileiro.

Para isso, no primeiro capítulo, foi abordado o histórico da pena, com suas fases, da justiça privada, justiça divina, justiça pública, período humanitário e período científico. Através desta análise, foi possível observar sua evolução desde os primórdios da humanidade. Existindo as épocas em que houve pouca evolução, marcada por períodos que aderiram absolutamente práticas absurdas, que feriam a dignidade da pessoa humana, bem como épocas em que determinados estudos e circunstâncias impulsionaram o Direito Penal, que conseguiu desta forma, dar amplos saltos rumo à modernidade.

Abordou-se ainda, no primeiro capítulo, as espécies de penas existentes em nosso ordenamento. Foram analisadas as penas permitidas pela Constituição Federal e as que são adotadas pelo Código Penal Brasileiro, bem como as penas que são vedadas pela Constituição, por ferirem princípios fundamentais da pessoa. Além disso, foram apresentadas as funções inerentes à pena. Dentre as teorias - absolutas, também conhecidas como teorias retributiva; preventivas; e as mistas ou ecléticas – foi possível observar que o ordenamento jurídico brasileiro adota a teoria mista, já que está presente em diversos dispositivos da legislação.

No segundo capítulo foram elencados os princípios mais relevantes que devem ser observados para aplicação da pena: o princípio da legalidade, o qual limita a atuação do estado no sentido de que não existirá crime sem que haja prévia cominação legal; o princípio da individualização da pena, que busca eleger a justa e adequada sanção penal sobre o sentenciado, tornando-o único e distinto dos demais infratores; o princípio da proporcionalidade, que prevê a necessidade de haver correspondência entre a gravidade do ilícito praticado e a sanção a ser aplicada; e o princípio da humanidade, o qual veda o emprego de medidas que gerem excessivo e desnecessário sofrimento ao indivíduo.

No terceiro capítulo, buscou-se conceituar a Justiça Restaurativa, que busca solucionar o conflito causado por meio do diálogo entre as partes, estabelecendo

uma certa aproximação entre ofensor e vítima. Ao primeiro caberia restaurar os prejuízos que sua conduta trouxe, por meio da assunção de sua responsabilidade. E ainda se conceituou a Justiça Terapêutica, como sendo um sistema de tratamento que compreende um conjunto de medidas voltadas, para que o usuário de substâncias entorpecentes em conflito com a justiça receba tratamento ou outro tipo de terapia por ter cometido um crime relacionado com o uso destas. Por último, analisou-se como a aplicação destes métodos alternativos podem contribuir para efetivação da função da pena em relação a recuperação do apenado.

Através de toda análise acerca dos modelos não-dogmáticos de Justiça Restaurativa e Justiça Terapêutica, conclui-se que estes podem contribuir na busca pela efetivação da função primordial da aplicação da pena, que é a recuperação daquele que foi submetido a ela.

Pela Justiça Restaurativa busca-se intervir de forma efetiva no conflito que é exteriorizado pelo crime, e restaurar as relações que foram abaladas a partir desse evento. Assim, o modelo traduz possibilidade real de inclusão da vítima no processo penal sem abalo do sistema de proteção aos direitos humanos construídos historicamente, dando mais relevância às necessidades da parte que foi ofendida. Desse modo, a Justiça Restaurativa reinsere, por meio de sua abordagem participativa, os que se encontravam fora do meio social: o ofensor pela exclusão que o crime gera, e por vezes, a vítima pelo trauma sofrido.

No tocante à Justiça Terapêutica, pode-se afirmar que tende a ser um fator importante na luta pela quebra do binômio existente entre as drogas e a criminalidade, pois age diretamente na raiz do problema. Oferecendo um tratamento adequado e afastando o vício do infrator que é usuário, conseqüentemente, se afasta a conduta criminosa que só existiu em razão das drogas.

No que diz respeito à viabilidade dos programas, a Justiça Restaurativa não possui previsão em lei, apenas um projeto de lei que não é claro em relação à quais crimes e contravenções seria aplicada, bem como quais seriam os critérios que regeriam tal aplicação. Diversos entendem que há possibilidade de adoção apenas em relação aos crimes menos graves, que lesam bens jurídicos menos importantes. Contudo, há quem reconheça a possibilidade de também ser utilizado para resolver conflitos gerados por crimes de maior gravidade. Dessa forma é fundamental que se

estabeleça um critério sobre quando deva ser utilizada a justiça restaurativa, seja levando em conta o bem jurídico violado ou a quantidade de pena cominada.

No que diz respeito à viabilidade jurídica do programa da Justiça Terapêutica, esta se concretiza nas hipóteses legais que possibilitam a aplicação do programa, seja conjugada a outras medidas penais alternativas ou autônomas, quais sejam: medidas protetivas e socioeducativas do Estatuto da Criança e do Adolescente, suspensão condicional do processo, transação penal, suspensão condicional da pena – *Sursis*, livramento condicional e limitação de fim de semana, como pena restritiva de direitos, sempre se observando os procedimentos e os requisitos estabelecidos pela lei.

O fator de êxito da aplicação da pena alternativa deve se basear na possibilidade de implementação da verdadeira cultura da paz, considerando que o objetivo da sanção penal não é o de vingar a sociedade pelo mal causado pelo infrator da lei e sim o de reabilitar o indivíduo ao seio da sociedade, sempre observando que este deve ter acesso aos mesmos direitos sociais, econômicos e culturais. Portanto, seria possível a aplicação dos novos modelos de justiça no Brasil, como oportunidade de uma justiça criminal participativa que opere real transformação, abrindo caminho para uma nova forma de promoção dos direitos humanos e da cidadania, da inclusão e da paz social, com dignidade.

REFERÊNCIAS

ALVES, Lidiana Marques de Souza. **Justiça Restaurativa**: instrumento de reinserção social. Universidade Estadual da Paraíba. Campina Grande – PB, 2012.

ALVES, Verena Holanda de Mendonça. Função social da pena na atual legislação brasileira: espécies e finalidades. *In: Conteúdo Jurídico*. Brasília-DF: 02 jan. 2013. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.41488&seo=1>>. Acesso em: 22 ago. 2018.

ANGELIM, Augusto Cleriston de Castro Lustosa. Penas alternativas como instrumento de reintegração social do apenado no sistema penal brasileiro. *In: Âmbito Jurídico*, Rio Grande, a. 19, n. 155, dez 2016. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=18244&revista_caderno=3>. Acesso em 16 nov. 2018.

ASSIS, Rafael Damaceno de. A realidade atual do Sistema Penitenciário Brasileiro. *In: Revista CEJ*, Brasília, a. 11, n. 39, out.-dez. 2007. Disponível em: <<http://www.jf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/viewFile/949/1122>>. Acesso em: 16 nov. 2018.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE JUSTIÇA TERAPÊUTICA. Disponível em: <<http://www.abjt.org.br/>>. Acesso em: 16 nov. 2018.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 4. ed. São Paulo: Malheiros Editores LTDA, 2005.

AZEVEDO, Bernardo Montalvão Varjão de. Superlotação do cárcere: um problema para o Estado? *In: Âmbito Jurídico*, Rio Grande, a. 13, n. 80, set 2010. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8337>. Acesso em: 16 nov. 2018.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas**. [S.l]: Editora Ridendo Castigat Moraes, 2001. Disponível em: <<http://www.ebooksbrasil.org/adobeebook/delitosB.pdf>>.

BERTOLETTI, Marta Helena de Oliveira; FENSTERSEIFER, Daniel Pulcherio. Justiça terapêutica como uma medida alternativa de tratamento direcionada ao agressor na violência doméstica. *In: Rev. Psicologia em Foco Frederico Westphale*, v. 8, n. 11, jul. 2016. Disponível em: <<http://revistas.fw.uri.br/index.php/psicologiaemfoco/article/view/2458/0>>. Acesso em 17 nov. 2018.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da pena de prisão: causas e alternativas**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral**. 17. ed. rev., ampl. e atual. de acordo com a Lei n. 12.550, de 2011. São Paulo: Saraiva, 2012.

BONFIM, Edilson Mougnot; CAPEZ, Fernando. **Direito penal: parte geral**. São Paulo: Saraiva, 2004.

BRANDÃO, Cláudio. **Curso de direito penal: parte geral**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

BRANDÃO, Delano Câncio. Justiça Restaurativa no Brasil: Conceito, críticas e vantagens de um modelo alternativo de resolução de conflitos. *In: Âmbito Jurídico*, Rio Grande, a. 13, n. 77. Jun. 2010. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7946>. Acesso em: 10 nov. 2018.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Promulgada em 05 de outubro de 1988. Brasília, DF: Senado Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 17 nov. 2018.

_____. **Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940**. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em 17 nov. 2018.

_____. **Decreto-Lei 3.688, de 03 de outubro de 1941**. Lei das Contravenções Penais. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVil_03/Decreto-Lei/Del3688.htm>. Acesso em 17 nov. 2018.

_____. **Lei de 16 de dezembro de 1830**. Manda executar o Código Criminal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/LIM-16-12-1830.htm>. Acesso em 17 nov. 2018.

_____. **Lei nº 7.210 de 11 de julho de 1984**. Institui a Lei de Execução Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7210.htm>. Acesso em 17 nov. 2018.

_____. **Lei nº 8.069 de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm>. Acesso em 17 nov. 2018.

_____. **Lei nº 9.099 de 26 de setembro de 1995**. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9099.htm>. Acesso em 17 nov. 2018.

BUENO, Paulo Amador Thomaz Alves da Cunha. **Direito Penal: Parte Geral**. Barueri: Manole, 2012.

BUSATO, Paulo César. **Fundamentos para um direito penal democrático**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

CABRAL, Daniele Trindade. **A aplicação da justiça terapêutica na tentativa de diminuir crimes cometidos por dependentes químicos**. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharel em Direito) – Universidade Católica de Brasília, Brasília, 2013. Disponível em: <<https://repositorio.ucb.br/jspui/bitstream/10869/2478/2/Daniele%20Trindade%20Cabal.pdf>>. Acesso em: 16 nov. 2018.

CALDAS, Gabriel Aparecido Anizio; CARLES, Fabiana David. **Direitos humanos fundamentais e o princípio da individualização da pena no estado democrático de direito**. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/sao_paulo/2687.pdf>. Acesso em: 07 out. 2018.

CALDEIRA, Felipe Machado. A Evolução Histórica, Filosófica e Teórica da Pena. *In: Revista da EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 12, n. 45, 2009. Disponível em: <http://www.emerj.rj.gov.br/revistaemerj_online/edicoes/revista45/Revista45_255.pdf>. Acesso em: 12 ago. 2018.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Projeto de Lei nº 7.006 de 2006**. Propõe alterações no Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940, do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941, e da Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, para facultar o uso de procedimentos de Justiça Restaurativa no sistema de justiça criminal, em casos de crimes e contravenções penais. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=397016&f>. Acesso em: 12 nov. 2018.

_____. **Projeto institui a Justiça Restaurativa no Brasil**. 10 jul. 2006. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/DIREITOS-HUMANOS/91164-PROJETO-INSTITUI-A-JUSTICA-RESTAURATIVA-NO-BRASIL.html>>. Acesso em: 12 nov. 2018.

CAMARGO, Virginia. Realidade do Sistema Prisional no Brasil. *In: Âmbito Jurídico*, Rio Grande, a. 9, n. 33, set 2006. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=1299>. Acesso em 16 nov. 2018.

CANÊDO, Paula Fernandes Teixeira. A ineficácia das penas privativas de liberdade aplicadas pelo Judiciário. *In: Conteúdo Jurídico*, Brasília, 28 abr. 2010. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.26691>>. Acesso em: 16 nov. 2018.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal: Parte Geral: arts. 1º a 120**. v. 1. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

_____. **Curso de direito penal**, volume 1, parte geral. 22. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

CARNELUTTI, Francesco. **As Misérias do Processo Penal**. Tradução: José Antonio Cardinalli. Conan, 1995.

CARVALHO, Salo de. **Penas e medidas de segurança no direito penal brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

CARVALHO NETO, Inácio de. **Aplicação da pena**. 4. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense: São Paulo: Método, 2013.

CHIAVERINI, Tatiana. **Origem da pena de prisão**. 2009. Dissertação (Mestrado em Filosofia do Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2009. Disponível em: <<http://www.observatoriodeseguranca.org/files/Origem%20da%20pena%20de%20pris%C3%A3o.pdf>>. Acesso em 17 nov. 2018.

COÊLHO, Yuri Carneiro. **Curso de Direito Penal Didático**. V. único. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

COSTA JUNIOR, Paulo José da; COSTA, Fernando José. 1925. **Curso de direito penal**. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias**. Brasília: DEPEN, 2016.

DIAS, Daniel Baliza; MARTINS, Fabio Antônio. Justiça restaurativa: os modelos e as práticas. In: **Revista Jus Navigandi**, Teresina, a. 16, n. 2939, 19 jul. 2011. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/19582>>. Acesso em: 16 nov. 2018.

DISTRITO FEDERAL. **Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios**: Portaria Conjunta nº 15/04. Disponível em: <https://www2.tjdft.jus.br/administrativo/2004/publ_portaria_conjunta_2004.asp>. Acesso em: 13 nov. 2018.

DUARTE, Maércio Falcão. Evolução histórica do Direito Penal. In: **Revista Jus Navigandi**, Teresina, a. 4, n. 34, 1 ago. 1999. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/932/evolucao-historica-do-direito-penal>>. Acesso em: 13 ago. 2018.

ESTEFAM, André. **Direito penal**: parte geral. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

_____; GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Direito penal esquematizado**: parte geral. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

FERREIRA, Gilberto. **Aplicação da Pena**. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

FERREIRA, Paula Guimarães. A estrutura do sistema prisional brasileiro frente aos objetivos da teoria da pena. *In: Âmbito Jurídico*, Rio Grande, a. 15, n. 103, ago 2012. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12093>. Acesso em 16 nov. 2018.

FONSÊCA, Alexandre Barbosa da. Justiça Terapêutica: Uma Nova Medida de Combate às Drogas. *In: Revista da ESMAL*, Maceió, a. 2017, n. 6, nov. 2017. Disponível em: <<http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:Gorv4LzlnbMJ:revistadaesmal.tjal.jus.br/index.php/revistaEletronicaEsmal/article/download/55/36+&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>>. Acesso em 17 nov. 2018.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir: nascimento das prisões**. 27 ed. Tradução de Raquel Ramalhe. Petrópolis, Vozes, 1999.

FRAGOSO, Cláudio Heleno. **Lições de Direito Penal**, 1995. Rio de Janeiro: Forense.

FREITAS JUNIOR, Dorival de. **Princípio Da Legalidade (Taxatividade da Lei) Como Garantia Da Dignidade Humana**. Disponível em: <http://unisal.br/hotsite/mostraderesponsabilidadesocial/wp-content/uploads/sites/11/2016/08/Artigo-Dorival-de-Freitas-Junior-T%C3%ADtulo-Princ%C3%ADpio-da-Legalidade-como-garantia_da_dignidade_humana.pdf>.

FURQUIM, Saulo Ramos. A Justiça Restaurativa e sua Aplicabilidade no Ordenamento Jurídico Brasileiro. *In: RJLB*, a. 1, n. 2, p. 1.899-1.934, 2015. Disponível em: <http://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2015/2/2015_02_1899_1934.pdf>. Acesso em: 12 nov. 2018.

GOMES, Genevieve Aline Zaffani Grablauskas. **Princípios do direito penal brasileiro**. Disponível em: <https://semanaacademica.org.br/system/files/artigos/principios_do_direito_penal_br_asileiro.pdf>. Acesso em: 31 out. 2018.

GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Curso de direito penal: parte geral**. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2015.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: parte geral**. v. I. 19. ed. Niterói, RJ: Impetus, 2017.

GROKSKREUTZ, Hugo Rogerio. Das teorias da pena no Ordenamento Jurídico brasileiro. *In: Âmbito Jurídico*, Rio Grande, a. 13, n. 77, jul 2010. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7815>. Acesso em: 20 ago. 2018.

ISHIDA, Válter Kenji. **Curso de direito penal**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

JESUS, Damásio de. **Direito penal**: parte geral. 35. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

JOÃO, Camila Ungar; ARRUDA, Eloisa de Souza. A Justiça Restaurativa e sua Implantação no Brasil. *In: Revista da Defensoria Pública da União*, Brasília, n. 7, p. 187-210, jan.-dez. 2014. Disponível em: <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/110378/justica_restaurativa_implantacao_joao.pdf>. Acesso em: 12 nov. 2018.

JUNQUEIRA, Gustavo; VANZOLINI, Patrícia. **Manual de direito penal**: parte geral. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

LARA, Caio Augusto Souza. **Dez Anos de Práticas Restaurativas no Brasil**: a afirmação da justiça restaurativa como política pública de resolução de conflitos e acesso à justiça. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=1dfcb07c683107f0>>. Acesso em: 12 nov. 2018.

LIMA, Alberto Jorge C. de Barros. **Direito penal constitucional**: a imposição dos princípios constitucionais penais. São Paulo: Saraiva, 2012.

MAIA, João Paulo. A Humanização da Pena Restritiva de Liberdade. *In: Jurídico Certo*: portal eletrônico de informações, 26 mai. 2015. Disponível em: <<https://juridicocerto.com/p/jpaulooliveiramaia/artigos/a-humanizacao-da-pena-restritiva-de-liberdade-1408>>. Acesso em: 31 ago. 2018.

MARTINELLI, João Paulo Orsini; BEM, Leonardo Schmitt de. **Lições Fundamentais de Direito Penal**: parte geral. São Paulo: Saraiva, 2016.

MASSON, Cleber. **Direito penal esquematizado**: Parte geral 4. ed. ver. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense. São Paulo: Método, 2011.

_____. **Direito penal esquematizado**: Parte geral. 8 ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense. São Paulo: Método, 2014.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de direito penal**. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

_____; FABBRINI, Renato N. **Manual de Direito Penal**. Parte Geral. 3ª ed. rev. atualiz. São Paulo: Atlas, 2015.

MORAES, Henrique Viana Bandeira. Das funções da pena. *In: Revista Âmbito Jurídico*. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12620>. Acesso em: 22 ago. 2018.

MORRIS, Alisson. Criticando os críticos: uma breve resposta aos críticos da Justiça Restaurativa. *In: BASTOS, Márcio Thomaz; LOPES, Carlos; RENAULT, Sérgio Rabello Tamm (Org.). Justiça Restaurativa*: coletânea de artigos. Brasília: MJ e PNUD, 2005. Disponível em: <<http://carceraria.org.br/wp->

content/uploads/2014/07/Coletanea-de-Artigos-Livro-Justi%C3%A7a-Restaurativa.pdf>. Acesso em: 06 nov. 2018.

NABUCO FILHO, José. **Evolução Histórica da Pena**. Disponível em: <http://josenabucofilho.com.br/evolucao-historica-da-pena/#_ftn2>. Acesso em: 28 jul. 2018.

NASCIMENTO, Marina Georgia de Oliveira e. O Princípio Constitucional da Proporcionalidade. *In: Conteúdo Jurídico*, Brasília, 14 jun. 2014. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.48589&seo=1>>. Acesso em: 31 out. 2018.

NORONHA, Edgar Magalhães. **Direito Penal**. v. I. 35 ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

NUCCI, Guilherme de Souza **Individualização da pena**. 6. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

_____. **Manual de direito penal**. 10. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

OLIVEIRA, Márcia de Freitas. **O princípio da humanidade das penas e o alcance da proibição constitucional de penas cruéis**. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito de São Paulo. São Paulo, 2014. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2136/tde-20032015-152711/pt-br.php>>. Acesso em 17 nov. 2018.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Resolução nº 2002/12**. Princípios Básicos Para Utilização de Programas de Justiça Restaurativa em Matéria Criminal. Disponível em: <http://www.juridica.mppr.mp.br/arquivos/File/MPRestaurativoEACulturadePaz/Material_de_Apoio/Resolucao_ONU_2002.pdf>. Acesso em 17 nov. 2018

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, 1969. **Comissão Americana sobre Direitos Humanos**. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm>. Acesso em: 15 set. 2018.

ORMELES, Vinícius Fernandes. Vedações Penais Constitucionais. *In: Boletim Jurídico*, Uberaba, a. 12, no 752. Disponível em: <<https://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/artigo/2090/vedacoes-penais-constitucionais>> Acesso em: 23 ago. 2018.

ORSINI, Adriana Goulart de Sena; LARA, Caio Augusto Souza. **A Justiça Restaurativa: Uma Abrangente Forma de Tratamento de Conflitos**, 2012. Disponível em: <http://as1.trt3.jus.br/bd-trt3/bitstream/handle/11103/2665/adriana_sena_justica_restaurativa.pdf?sequence=1>. Acesso em: 12 nov 2018.

PACELLI, Eugênio; CALLEGARI, André. **Manual de direito penal**: parte geral. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2018.

PACHECO, Andreia Teixeira Moret. **Justiça Restaurativa**: Uma Possível Alternativa a Pena de Prisão e sua Utilização Pelo Poder Judiciário. Dissertação (Mestrado Profissional em Poder Judiciário) – Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 2012. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/9749>>. Acesso em 17 nov. 2018.

PACHECO, Eliana Descovi. Evolução Histórica do Direito Penal. *In*: **Revista Âmbito Jurídico**, Rio Grande, a. 10, n. 39, mar 2007. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=artigos_leitura_pdf&artigo_id=3751>. Acesso em: 08 ago. 2018.

PALLAMOLLA, Raffaella da Porciuncula. **Justiça restaurativa**: da teoria à prática. 1.ed. - São Paulo: IBCCRIM, 2009.

PARKER, L. Lynette. Justiça Restaurativa: Um Veículo para a Reforma? *In*: BASTOS, Márcio Thomaz; LOPES, Carlos; RENAULT, Sérgio Rabello Tamm (Orgs.). **Justiça Restaurativa**: Coletânea de Artigos. Brasília: MJ e PNUD, 2005. Disponível em: <<http://carceraria.org.br/wp-content/uploads/2014/07/Coletanea-de-Artigos-Livro-Justi%C3%A7a-Restaurativa.pdf>>. Acesso em: 06 nov. 2018.

PASCHOAL, Janaina Conceição. **Direito penal**: Parte Geral. 2. ed. Barueri, SP: Manole, 2015.

PAULA, Francine Machado de. A Crise do Sistema Penal: A Justiça Restaurativa seria a solução? *In*: **Ministério Público de São Paulo**: sítio eletrônico oficial, 23 jul. 2015. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_informativo/bibli_inf_2006/Rev-AJURIS_141.05.pdf>. Acesso em 02 nov. 2018.

PENIDO, Egberto de Almeida. Justiça e Educação: parceria para a cidadania em Heliópolis/SP: a imprescindibilidade entre Justiça Restaurativa e Educação. *In*: **Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal**, Porto Alegre. Disponível em: <http://www.juridica.mppr.mp.br/arquivos/File/MPRestaurativoEACulturadePaz/Material_de_Apoio/Justica_e_Educacao_Egberto_Penido.pdf>. Acesso em 17 nov. 2018.

PEREIRA, Elaine Lúcio. **A justiça terapêutica como meio alternativo de pena aos usuários de substâncias ilícitas**. Monografia (Bacharel em Direito) - Universidade Estadual do Ceará, Fortaleza, 2014. Disponível em: <<http://www.mpce.mp.br/wp-content/uploads/2018/07/A-Justi%C3%A7a-Terap%C3%AAutica-como-Meio-Alternativo-de-Pena-aos-Usu%C3%A1rios-de-Subst%C3%A2ncias.pdf>> Acesso em: 16 nov. 2018.

PINHO, Rafael Gonçalves de. Justiça Restaurativa: um novo conceito. *In*: **Revista Eletrônica de Direito Processual**, Rio de Janeiro, v. 3, 2009. Disponível em:

<<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/22177/16025>>. Acesso em 17 nov. 2018.

PINTO, Renato Sócrates Gomes. Justiça Restaurativa é Possível no Brasil?. *In*: BASTOS, Márcio Thomaz; LOPES, Carlos; RENAULT, Sérgio Rabello Tamm (Org.). **Justiça Restaurativa**: coletânea de artigos. Brasília: MJ e PNUD, 2005. Disponível em: <<http://carceraria.org.br/wp-content/uploads/2014/07/Coletanea-de-Artigos-Livro-Justi%C3%A7a-Restaurativa.pdf>>. Acesso em: 06 nov. 2018.

PONTAROLLI, André. Justiça Terapêutica. *In*: **Direitonet**: portal eletrônico de informações, 2005. Disponível em: <<https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/1947/Justica-Terapeutica>>. Acesso em: 16 nov. 2018.

REALE JÚNIOR, Miguel, 1944. **Instituições de direito penal**. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

RIBEIRO, Luiz Flavio Martins. O direito de vingança e sua evolução histórica analisada a partir da obra literária de Hamlet. *In*: **Jusbrasil**: portal eletrônico de informações, 22 de ago. 2014. Disponível em: <<https://luizflaviomribeiro.jusbrasil.com.br/artigos/134950206/o-direito-de-vinganca-e-sua-evolucao-historica-analisada-a-partir-da-obra-literaria-de-hamlet>>. Acesso em: 12 de ago. 2018.

ROIG, Rodrigo Duque Estrada. **Aplicação da pena**: limites, princípios e novos parâmetros. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2015.

ROSSETTO, Enio Luiz. **Teoria e aplicação da pena**. São Paulo: Atlas, 2014.

SANCTIS, Fausto Martin de. **Direito penal**: parte geral. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: MÉTODO, 2014.

SÃO PAULO (ESTADO). **Universidade de São Paulo**. Magna Carta - 1215 (Magna Charta Libertatum). Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/magna-carta-1215-magna-charta-libertatum.html>>. Acesso em: 10 set. 2018.

SECCO, Márcio; LIMA, Elivânia Patrícia de. Justiça restaurativa – problemas e perspectivas. *In*: **Direito e Práxis**, Rio de Janeiro, v. 9, n. 1, p. 443-460, 2018. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rdp/v9n1/2179-8966-rdp-9-1-443.pdf>>. Acesso em: 06 nov. 2018.

SHECAIRA, Sérgio Salomão; CORREA JUNIOR, Alceu. **Teoria da Pena**: Finalidades, direito positivo, jurisprudência e outros estudos de ciência criminal. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

SILVA, Luciana Castro Roque *et all*. Justiça Terapêutica. *In*: **Direito e Sociedade**, Três Lagoas, a. 9, n. 01, jan.-dez. 2009. Disponível em:

<http://aems.edu.br/publicacao/direito/downloads/Direito_Sociedade_Alta.pdf>.
Acesso em 17 nov. 2018.

SOUZA, Artur de Brito Gueiros; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. **Direito penal:** v. único. São Paulo: Atlas, 2018.

SOUZA, Mírian dos Reis Ferraz de. O princípio da proporcionalidade. *In: Conteúdo Jurídico*, Brasília, 15 abr. 2015. Disponível em:
<<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.53218&seo=1>>. Acesso em: 31 out. 2018.

STEFENI, Roberto José. Tribunais para dependentes químicos no Brasil. *In: Revista Direito e Inovação*, v. 1, n. 1, p. 126-137, jul. 2012. Disponível em:
<<http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:n7DzH3c3rsEJ:www.revistas.fw.uri.br/index.php/direitoeinovacao/article/download/998/1459+&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>>. Acesso em 17 nov. 2018.

TEIXEIRA JUNIOR, Armando. **A intervenção judicial na internação compulsória no tratamento de dependentes químicos na área da saúde mental da secretaria municipal de saúde de Porto Alegre**. Trabalho de Conclusão de Curso (Especialista Lato Sensu em Direito Internacional Público e Privado) - Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2017. Disponível em:
<<https://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/174677/001061487.pdf?sequencia=1>>. Acesso em: 16 nov. 2018.

VAILATE, Willian; MOTA, Ederson Luiz Matos. Justiça Terapêutica: Um Desafio na Busca Pelos Fins da Justiça. *In: Ágora: R. Divulg. Cient.*, v. 20, n. 1, jul.-dez. 2015. Disponível em: <<http://www.periodicos.unc.br/index.php/agora/article/view/900>>.
Acesso em 17 nov. 2018.

VIEIRA, Joseane de Queiroz; DAMACENA, Francisca Edineusa Pamplona. Vingança Privada, Justiça Divina ou Justiça Legal: Qual é a sua preferência social? *In: XXI Encontro Regional de Estudante de Direito e Encontro Regional de Assessoria Jurídica Universitária, ANAIS...*, Rio de Janeiro, 2008, p. 1-9. Disponível em: <http://www.urca.br/ered2008/CDAnais/pdf/SD5_files/Joseane_VIEIRA.pdf>
Acesso em: 28 jul. 2018.

VICENTE, José; ANDRADE, Vander Ferreira de. Métodos alternativos de solução de conflitos e o novo paradigma da justiça restaurativa. *In: Revista de Direito Brasileira*. São Paulo-SP, v. 18, n. 7, set.-dez. 2017. Disponível em:
<<http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:l37lIYaJrbsJ:www.indexlaw.org/index.php/rdb/article/download/3324/2863+&cd=2&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>>.
Acesso em 17 nov. 2018.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro:** parte geral. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.