

O PRINCÍPIO DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA E A VEDAÇÃO AO REGIME PRISIONAL INTEGRALMENTE FECHADO

Liana Menezes Santos

RESUMO: Este texto tem como finalidade precípua analisar a possibilidade de verificar-se a progressão de regime prisional para os crimes hediondos.

PALAVRAS-CHAVE: individualização; progressão; hediondos.

O princípio da individualização da pena é um princípio constitucional exposto, localizado no rol dos direitos e deveres individuais e coletivos, disposto no art. 5º, inciso XLVI, da Constituição Federal:

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;

Individualizar a pena é aplicar a pena a cada condenado, não utilizando padrões de reprovação ou simplificações de raciocínio que conduzem sempre à pena mínima ou máxima. Significa quantificar a reprimenda penal em decorrência das características específicas do fato concreto, devendo lidar com as diferenças naturais e culturais dos indivíduos e grupos envolvidos com a prática de comportamentos delitivos.

Alberto Silva Franco preleciona que tal princípio garante a todo cidadão, condenado num processo-crime, uma pena particularizada,

peçoal, distinta e, portanto, inextensível a outro cidadão, em situação fática igual ou assemelhada¹.

Guilherme de Souza Nucci apresenta conceito no mesmo sentido:

A individualização da pena tem 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 co-autores ou mesmo co-réus. Sua finalidade e importância é a fuga da padronização da pena, da “mecanizada” ou “computadorizada” aplicação da sanção penal, que prescindia da figura do juiz, como ser pensante, adotando-se em seu lugar qualquer programa ou método que leve à pena pré-estabelecida, segundo um modelo unificado, empobrecido e, sem dúvida, injusto².

Com efeito, o princípio da individualização da pena representa um direito fundamental do cidadão em face do poder punitivo estatal, impondo a necessidade de se analisar as particularidades de cada caso concreto e de cada autor do fato para a aplicação e para o cumprimento da pena, elidindo-se padronizações que acabariam por gerar injustiças, pois o que é adequado a um caso específico pode não ser a outro, embora seja semelhante.

O processo de individualização da pena possui três níveis, quais sejam: cominação, imposição e execução da pena. Nucci especifica da seguinte forma:

A individualização da pena desenvolve-se em três etapas. Primeiramente, cabe ao legislador fixar, no momento de elaboração do tipo penal incriminador, as penas mínima e máxima,

¹ FRANCO, Alberto Silva. *Crimes Hediondos*. 6. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 208.

² NUCCI, Guilherme de Souza. *Individualização da Pena*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p.30.

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 feitos. É a individualização judiciária. Finalmente, cabe ao magistrado responsável pela execução penal determinar o cumprimento individualizado da sanção aplicada. Ainda que dois ou mais réus, co-autores de uma infração penal recebam a mesma pena, sabe-se que 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 executória³.

Assim, existem a individualização legislativa, a individualização judiciária e a individualização executória da pena. Na primeira, o legislador realiza uma análise do aspecto social-jurídico do crime e determina os limites mínimo e máximo da pena correspondente.

Na individualização judiciária, verifica-se um processo de discricionariedade juridicamente vinculada, por meio do qual, o juiz, visando à suficiência para reprovação do delito praticado e prevenção de novas infrações penais, estabelece a pena cabível, dentro dos patamares determinados previamente pela lei⁴.

³ NUCCI, 2007, p. 32.

⁴ NUCCI, 2007, p.146.

Após a fixação da pena na sentença condenatória, passa-se a fase de individualização executória, em que poderão ser verificadas a progressão do regime de cumprimento da pena, a unificação das penas, a remição, a concessão ou revogação de benefícios.

Essa fase derradeira de individualização é dinâmica, e nela pode haver a atenuação ou o agravamento do regime de cumprimento de pena, bem como a concessão ou a revogação de benefícios como a suspensão condicional da pena ou o livramento condicional, por exemplo.

Cumpre ressaltar que o processo de individualização da pena atinge seu momento máximo na execução penal, pois de acordo com o mérito ou com o demérito do preso, o cumprimento da pena sofre alterações que o torna cada vez mais concreto e individualizado, como a progressão para um regime mais benéfico, os dias abonados pela remição, a concessão de *sursis* ou de livramento condicional e também a regressão para regime mais gravoso, revogação de benefícios, tudo de acordo com a conduta do preso.

Assim, lei ordinária que impuser regime prisional único, vedando a progressão, contraria frontalmente o princípio constitucional de individualização da pena, mormente na sua última etapa.

Com efeito, no julgamento do HC 82959-7, em 23 de fevereiro de 2006, quando, por maioria de votos, o Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade do §1º do art. 2º da Lei dos Crimes Hediondos, por entender que a imposição, mediante norma, do cumprimento da pena em regime integralmente fechado conflita com a garantia constitucional da individualização da pena. A ementa desse julgado foi lavrada nos seguintes termos:

PENA - REGIME DE CUMPRIMENTO -
PROGRESSÃO - RAZÃO DE SER. A
progressão no regime de cumprimento da pena,
nas espécies fechado, semi-aberto e aberto, tem
como razão maior a ressocialização do preso que,
mais dia ou menos dia, voltará ao convívio social.
PENA - CRIMES HEDIONDOS - REGIME
DE CUMPRIMENTO - PROGRESSÃO -
ÓBICE - ARTIGO 2º, § 1º, DA LEI Nº 8.072/90
- INCONSTITUCIONALIDADE -

EVOLUÇÃO JURISPRUDENCIAL. Conflita com a garantia da individualização da pena - artigo 5º, inciso XLVI, da Constituição Federal - a imposição, mediante norma, do cumprimento da pena em regime integralmente fechado. Nova inteligência do princípio da individualização da pena, em evolução jurisprudencial, assentada a inconstitucionalidade do artigo 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90. (HC 82959/SP, Relator: Min. Marco Aurélio, Julgamento: 23/02/2006, Órgão Julgador: Tribunal Pleno, Publicação: DJ 01-09-2006).

Justificou-se a inconstitucionalidade do referido dispositivo legal, sob três argumentos, quais sejam:

- A vedação de progressão de regime prevista na norma impugnada afronta o direito à individualização da pena;
- Incoerência na Lei 8.072/90, porque ao passo que desconsidera o princípio da individualização da pena no § 1º do art. 2º da Lei 8.072/90 e impõe o regime integralmente fechado, admite no art. 5º o livramento condicional;
- Restaria configurada a derrogação tácita do § 1º do art. 2º da Lei 8.072/90 pela Lei 9.455/97.

Individualizar a pena significa ajustá-la à pessoa do condenado, de acordo com a sua culpa, considerando a suficiência e a necessidade da punição. Se o regime prisional é único e inflexível, não há individualização, mas, ao revés, padronização abstrata indiferente à pessoa que delinuiu.

Quando o legislador ordinário estabeleceu uma obrigatoriedade genérica de regime integralmente fechado para o cumprimento da pena privativa de liberdade para crimes hediondos, de forma que este regime fosse imposto a qualquer condenado, impediu que o juiz considerasse a situação concreta, na medida em que impôs um padrão de regime prisional e vedou a progressão.

O Ministro Sepúlveda Pertence destacou:

Individualização da pena, Senhor Presidente, enquanto as palavras puderem exprimir ideias, é a operação que tem em vista o agente e as circunstâncias do fato concreto e não a natureza do delito em tese. Estou convencido também de que esvazia e torna ilusório o imperativo constitucional da individualização da pena a interpretação que lhe reduza o alcance ao momento da aplicação judicial da pena, e o pretende, de todo, impertinente ao da execução dela. De nada vale individualizar a pena no momento da aplicação, se a execução, em razão da natureza do crime, fará que penas idênticas, segundo os critérios da individualização, signifiquem coisas absolutamente diversas quanto à sua efetiva execução⁵.

A proibição de progredir para um regime prisional mais favorável distancia-se da finalidade de ressocialização que a pena deve buscar. Não há como esperar bom comportamento carcerário de alguém que não possui qualquer esperança de alcançar um regime de cumprimento de pena menos rigoroso. “O recluso submetido a regime integral fechado tende a embrutecer na medida em que não vislumbra qualquer horizonte, qualquer esperança de reabilitar-se e ser útil à sociedade”⁶. Nesse sentido ressaltou o Ministro Marco Aurélio:

Senhor Presidente, tenho o regime de cumprimento da pena como algo que, no campo da execução, racionaliza-a, evitando a famigerada ideia do “mal pelo mal causado” e que sabidamente é contrária aos objetivos do próprio contrato social. A progressividade do regime está umbilicalmente ligada à própria pena, no que, acenando ao condenado com dias melhores, incentiva-o à correção de rumo e, portanto, a

⁵ No voto proferido no HC 69.657.

⁶ Fragmento do voto do Min. Eros Grau o HC 82.959-7/SP.

empreender um comportamento penitenciário voltado à ordem, ao mérito e a uma futura inserção no meio social. O que se pode esperar de alguém que, antecipadamente, sabe da irrelevância dos próprios atos e reações durante o período no qual ficará longe do meio social e familiar e da vida normal que tem direito um ser humano; que ingressa em uma penitenciária com a tarja da despersonalização?⁷

Ademais, quando o Poder Constituinte Originário determinou tratamento excepcional aos crimes hediondos, não constou que seria defesa a progressão de regime, nem impôs qualquer outra restrição ao processo de individualização da pena. Descumpriu, dessa forma, a Lei dos Crimes Hediondos o preceito constitucional ao ampliar o leque de restrições, acrescentando a proibição de progressividade que lá não consta.

Nesse sentido, salientou o Ministro Cezar Peluso:

Evidente, assim, que, perante a Constituição, o **princípio da individualização da pena** compreende: a) proporcionalidade entre o crime praticado e a sanção abstratamente cominada no preceito secundário da norma penal; b) individualização da pena aplicada em conformidade com o ato singular praticado por agente em concreto (dosimetria da pena); c) individualização da sua execução, segundo a dignidade humana (art. 1º, III), o comportamento do condenado no cumprimento da pena (no cárcere ou fora dele, no caso das demais penas que não a privativa de liberdade) e à vista do delito cometido (art. 5º, XLVIII).

Logo, tendo predicamento constitucional o **princípio da individualização da pena** (em abstrato, em concreto e em sua execução) exceção

⁷ Voto proferido no HC 69.657-1/SP.

somente poderia ser aberta por norma de igual hierarquia nomológica⁸. [Grifo nosso]

Outro fundamento que embasou a declaração de inconstitucionalidade da imposição de regime prisional único da Lei dos Crimes Hediondos foi a contradição presente nesta lei, que, a um só tempo, veda a progressão e permite a concessão do livramento condicional, ou seja, viabiliza o retorno do condenado ao convívio social antes do integral cumprimento da pena.

Com efeito, a Lei nº. 8.072/90 acrescentou o inciso V ao art. 83 do Código Penal, e, com isso, permitiu a concessão do livramento condicional se cumprido mais de 2/3 da pena, nos casos de condenação por crime hediondo, prática da tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, e terrorismo, se o apenado não for reincidente específico em crimes dessa natureza.

Assim, a lei veda a possibilidade de reingresso gradativo no meio social, mas possibilita a concessão de benefício maior, que é o livramento condicional. Preenchidos os requisitos subjetivos e objetivos do art. 83 do Código Penal, alcançará o apenado a liberdade. Há uma evidente incongruência no tratamento legislativo.

Quanto à derrogação da Lei nº 8.072/90 pela Lei nº 9.455/97, a Lei de Tortura, tem-se que esta, por ser posterior e por regular um crime equiparado a hediondo, possibilitou a progressão, pois dispôs no seu art.1º §7º que “o condenado por crime previsto nesta Lei, salvo a hipótese do §2º, **iniciará** o cumprimento da pena em regime fechado”.

A Lei nº 9.455/97 é, portanto, mais benéfica que a Lei nº 8.072/90, e, devido ao tratamento unitário determinado pela Constituição Federal no art. 5º, inciso XLIII, possibilitou a progressão de regime de cumprimento de pena dos demais crimes hediondos.

Impende destacar que em 2003, o STF editou a Súmula 698, que assim preceitua: “Não se estende aos demais crimes hediondos a admissibilidade de progressão no regime de execução da pena aplicada

⁸ Voto proferido no HC 82.959-7/SP.

ao crime de tortura”. A partir da decisão tomada pelo Plenário, em 23 de fevereiro de 2006, considerando inconstitucional a vedação à progressão para os crimes hediondos e equiparados, passa-se a uma uniformidade na execução penal desses delitos, e, resta prejudicado o teor daquela súmula.

O Ministro Gilmar Mendes acrescentou outro fundamento para a declaração de inconstitucionalidade: incompatibilidade com o princípio da proporcionalidade. Vejamos:

Fica evidente, assim, que a fórmula abstrata consagrada pelo legislador, que veda a progressão aos crimes hediondos, não se compatibiliza também com o princípio da proporcionalidade, na acepção da *necessidade* (existência de outro meio eficaz menos lesivo aos direitos fundamentais). Verificada a **desnecessidade** da medida, resta evidenciada a lesão ao princípio da proporcionalidade.

A previsão da Lei nº 9.455/97 quanto à possibilidade progressão do crime de tortura (§ 7º, art. 1º) se não tem caráter revogatório da Lei nº 8.072/90, parece indicar, também, a **desnecessidade** da medida enquanto instrumento de combate à criminalidade⁹.

Destarte, com base nos fundamentos acima expostos, a Suprema Corte declarou *incidenter tantum*, a inconstitucionalidade do §1º do art. 2º da Lei nº 8.072/90, por maioria (6 x 5), nos termos do voto do relator, vencidos os Ministros Carlos Veloso, Joaquim Barbosa, Ellen Gracie, Celso de Mello e Nelson Jobim.

O Tribunal, por votação unânime, explicitou que a declaração incidental de inconstitucionalidade do referido dispositivo legal não teria o condão de gerar consequências jurídicas com relação às penas já extintas até a data da decisão, e, também, que a decisão plenária

⁹ Voto proferido no HC 82.959-7

envolveu, unicamente, o afastamento do óbice à progressão, sem prejuízo da verificação, caso a caso, pelo juiz competente, dos demais requisitos atinentes ao deferimento da possibilidade de progredir para um regime prisional mais favorável.

Contudo, a declaração de inconstitucionalidade feita no HC 82959-7 acabou por gerar uma distorção, já que aquele que cometeu um crime hediondo poderia obter, após o cumprimento de 1/6 da pena e comprovado bom comportamento carcerário, a progressão de regime, assim como o autor de um crime comum, não etiquetado como hediondo. Dessa forma, acabou-se por dispensar tratamento idêntico a crimes completamente distintos, desprestigiando-se os princípios constitucionais da igualdade e da proporcionalidade.

Para corrigir essa distorção, adveio a Lei n. 11464, em 28 de março de 2007, que entrou em vigor imediatamente e passou a permitir expressamente a progressão de regime nos crimes hediondos e assemelhados, seguindo a orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal, porém estabelecendo percentuais diferenciados para tanto, corrigindo a distorção gerada pela sua decisão, que possibilitava a progressão se cumprido 1/6 da pena, igualando, nesse aspecto, crimes comuns e crimes hediondos.

A nova lei promoveu alteração na redação do §1º do art. 2º da Lei nº 8.072/90, substituindo o advérbio “integralmente” por outro, “inicialmente”. Houve a repetição do que estava previsto na Lei de Tortura. Já no §2º do art. 2º, o novo diploma legal definiu que se o apenado for primário, a progressão dar-se-á após o cumprimento de 2/5 da pena e, se reincidente, após 3/5.

Como a Lei nº 11.464/07 fixou percentuais mais rígidos para a progressão, afigura-se, nesse aspecto, mais gravosa para o réu, impõe-se a sua irretroatividade. Assim, esses novos percentuais só poderão incidir a partir do dia 29 de março de 2007, data da vigência da nova lei. Aos fatos praticados antes dessa data, deve ser aplicado o percentual previsto na Lei de Execução Penal, ou seja, 1/6.

REFERÊNCIAS

FRANCO, Alberto Silva. *Crimes hediondos*. 6ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Individualização da pena*. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.