

Individualização da pena e diálogo institucional

14/07/2019



Há julgamentos que se tornam marcos históricos não apenas pela

evolução jurisprudencial e ressignificação do texto constitucional perpetrados pelo Supremo Tribunal Federal, mas também pelos processos que despertam quanto à interação entre os Poderes da República. É o caso do julgamento do STF que modificou a jurisprudência até então dominante à época, a fim de permitir a progressão de regime nos casos de cometimento de crime hediondo.

A matéria foi apreciada pelo Plenário da corte em sede de Habeas Corpus[1]. Em seu voto, o relator do caso, ministro Marco Aurélio, consignou que “a principal razão de ser da progressividade no cumprimento da pena não é em si a minimização desta, ou o benefício indevido, porque contrário ao que inicialmente sentenciado, daquele que acabou perdendo o bem maior que é a liberdade. Está, isto sim, no interesse da preservação do ambiente social, da sociedade, que, dia-menos-dia receberá de volta aquele que inobservou a norma penal e, com isso, deu margem à movimentação do aparelho punitivo do Estado. A ela não interessa o retorno de um cidadão, que enclausurou, embrutecido”.

Conforme asseverou o relator, a regra que proíbe a progressão de regime nos casos de crime hediondo amesquinha a garantia constitucional da individualização da pena. “Dizer-se que o regime de progressão no cumprimento da pena não está compreendido no grande todo que é a individualização preconizada e garantida constitucionalmente é olvidar o instituto, relegando a plano secundário a justificativa socialmente aceitável que o recomendou ao legislador de 1984. É fechar os olhos ao preceito que o junte a condições pessoais do próprio réu, dentre as quais exsurgem o grau de culpabilidade, os antecedentes, a conduta social, a personalidade, alfim, os

próprios fatores subjetivos que desaguarão na prática delituosa.”

Por certo, o ministro que ignorar que a definição do regime é parte da individualização da pena implica na transgressão de princípios caros ao Estado Democrático, como são os da igualdade de todos perante a lei, o da dignidade da pessoa humana e o da atuação do Estado sempre voltada ao bem comum.

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 (artigo 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 (artigo 5º, XLVIII). Concluindo, assim, que, tendo predicamento constitucional o princípio da individualização da pena (em abstrato, em concreto e em sua execução), exceção somente poderia ser aberta por norma de igual hierarquia nomológica[2].

O Plenário acompanhou, por maioria, o voto do relator, declarando a inconstitucionalidade do parágrafo 1º do artigo 2º da Lei 8.072/1990, a Lei de Crimes Hediondos, ao registrar que 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.

A decisão representou um novo paradigma no entendimento do tribunal quanto à interpretação e o alcance do princípio da individualização da pena, configurando verdadeiro *overruling*, ante a revisão da jurisprudência da corte.

Também foi objeto de discussão, na ocasião, os efeitos da declaração de inconstitucionalidade proferida no julgamento. Em seu voto, o ministro Gilmar Mendes, ponderando que o tribunal reiteradamente reconheceu a constitucionalidade da vedação de progressão de regime nos crimes hediondos e considerando todas as possíveis repercussões que a declaração de inconstitucionalidade haveria de ter no campo civil, processual e penal, concluiu que, ante a nova orientação que se desenhava, a decisão somente poderia ser tomada com eficácia *ex nunc*.

Aqui se destaca o fato de que, embora a matéria tenha sido decidida via controle difuso de constitucionalidade, em sede de Habeas Corpus, o tribunal modulou seus efeitos, ao aplicar dispositivo da Lei 9.868/99, que prevê essa possibilidade nos casos de controle concentrado. Buscou, assim, conferir segurança jurídica à matéria em razão da alteração do entendimento jurisprudencial, sobremaneira no que tange às possíveis repercussões indenizatórias daqueles que cumpriram a integralidade da pena em regime fechado, o que poderia ser questionado caso se atribuísse, como é de regra, efeitos *ex tunc* à declaração de inconstitucionalidade.

Por votação unânime, os ministros explicitaram que a declaração incidental de inconstitucionalidade em questão não geraria consequências jurídicas com relação às penas já extintas, tendo em vista que a decisão envolveria, unicamente, o afastamento da vedação, em abstrato, à progressão de regime, sem prejuízo da apreciação, caso a caso, pelo magistrado competente, dos demais requisitos pertinentes à concessão do benefício.

Porém, diversamente do que se pode supor, o STF não possui a última palavra sobre a Constituição, simplesmente porque não há última palavra. Esse é o pressuposto das chamadas teorias do diálogo institucional, que abordam, em breves termos, a possibilidade de interação entre os poderes institucionais visando a melhor interpretação e alcance constitucional na busca da efetivação dos direitos fundamentais.

Trata-se da noção de que não há — nem deve haver — um Poder com a última palavra na interpretação constitucional. Todos os Poderes são instituídos pela Constituição e coautores no exercício da hermenêutica constitucional, sem que isso implique na supremacia da interpretação conferida pelo Poder Judiciário sobre aquela realizada pelos Poderes Executivo e Legislativo.

Sob essa ótica, a decisão do Supremo que afastou a vedação da progressão de regime nos crimes hediondos finaliza apenas uma rodada procedimental. Isto é, uma etapa de discussão, maturação e deliberação sobre uma questão constitucional. O conceito de rodada procedimental refere-se ao “circuito decisório entre os poderes até chegar a uma decisão final. Esse caráter ‘final’, porém, é também relativo e não escapa de uma inevitável provisoriedade, pois o mesmo tema pode renascer no domínio da deliberação política posteriormente, em intervalos maiores ou menores”[3].

Nesse caso, a resposta do Poder Legislativo não tardou. No ano seguinte à decisão do Supremo, o Congresso Nacional aprovou lei definindo frações específicas para a progressão de regime nos casos de crimes hediondos e equiparados. A Lei 11.464/2007 alterou o parágrafo 2º do artigo 2º da Lei de Crimes Hediondos, estabelecendo a exigência de cumprimento de dois quintos da pena, se o apenado for primário, e de três quintos, se reincidente, como requisito para a concessão do benefício em questão.

Antes da referida lei, a única regulamentação sobre o tema estava prevista na Lei de Execução Penal, cuja fração de cumprimento de pena exigida para a concessão do benefício é de um sexto. Referida regra continua vigente e rege as situações de progressão de regime, ressalvados os crimes hediondos e equiparados, que passaram a ser regidos pela Lei 11.464/2007.

O STF passou a aplicar, então, referida fração (um sexto da pena) para a concessão de progressão de regime nos crimes cometidos antes da promulgação da Lei 11.464/2007. Em 2009, o tribunal editou a Súmula Vinculante 26, segundo a qual: “para efeito de progressão de regime no cumprimento de pena por crime hediondo, ou equiparado, o juízo da execução observará a inconstitucionalidade do art. 2º da Lei 8.072, de 25 de julho de 1990, sem prejuízo de avaliar se o condenado preenche, ou não, os requisitos objetivos e subjetivos do benefício, podendo determinar, para tal fim, de modo fundamentado, a realização de exame criminológico”.

Importante trazer a mais recente alteração promovida sobre os crimes hediondos. Trata-se da Lei 13.769/2018, que estabeleceu fração de um oitavo de cumprimento de pena para a progressão de regime no caso de mulheres gestantes ou que forem mãe ou responsável por crianças ou pessoas com deficiência. A modificação legislativa delineou, além do cumprimento

de um oitavo da pena, outros requisitos: (i) não ter cometido crime com violência ou grave ameaça a pessoa, (ii) não ter cometido o crime contra seu filho ou dependente, (iii) ser primária e ter bom comportamento carcerário, comprovado pelo diretor do estabelecimento e (iv) não ter integrado organização criminosa.

A trajetória percorrida pelas instituições e as transformações de interpretação e regulação do tema da progressão de regime em crimes hediondos demonstram, de fato, a impermanência das compreensões constitucionais, bem como a interação entre os Poderes em torno da matéria.

A redação inicial da lei fora erigida em busca de imprimir maior rigor e repressão a crimes considerados mais graves e que feririam bens jurídicos de maior valor para a sociedade, os crimes hediondos. Posteriormente, o Supremo Tribunal Federal, após anos de entendimento pela constitucionalidade da proibição de progressão de regime, modificou radicalmente sua jurisprudência ao concluir que a vedação violaria o princípio da individualização da pena. A decisão reinterpreta o próprio conteúdo do referido princípio constitucional, ampliando seu espectro de garantia às pessoas encarceradas, tutelando também o princípio da dignidade da pessoa humana, bem como resguardando a própria sociedade, que espera receber, após o cumprimento da pena, cidadão reintegrado e apto ao convívio social.

A decisão do Supremo, contudo, fez os crimes hediondos retornarem à “vala comum”, merecendo tratamento equivalente, no que tange à progressão de regime, aos demais crimes não caracterizados como tal. Dessa forma, frustrou-se a intenção do legislador em reprimir, de maneira mais rigorosa, essa espécie de delitos, provocando uma reação institucional por parte do Congresso Nacional, com a promulgação de lei que estipula frações maiores de cumprimento de pena para que seja concedida a progressão de regime no caso de crimes hediondos.

Ainda que, sob uma análise preliminar, a interação havida entre os Poderes possa aparentar mais uma “discussão” do que efetivamente um “diálogo”, o que se pretende aqui destacar é a dinamicidade e mutabilidade da norma constitucional, sempre aberta e sujeita a atualizações e reinterpretations. No caso em comento, manteve-se a nova compreensão da corte quanto à abrangência do princípio da individualização da pena, contudo, restringiram-se seus efeitos, por meio da reação legislativa. Tal qual a democracia, como compreendida por Jacques Derrida[4], também a constituição é um projeto aberto ao futuro, um porvir necessário, como um processo histórico de aprendizado, sujeito a erros e acertos. Daí a relevância do diálogo entre as instituições na busca da melhor interpretação constitucional.

[1] HC 82.959/SP. DJ: 2/5/2006.

[2] Conforme descortinado em seu abalizado voto pelo ministro Cezar Peluzo no HC 82.959/SP.

[3] MENDES, Conrado Hübner. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*, p. 13.

[4] DERRIDA, Jacques. *Rogue: two essays on reason*. Palo Alto: Stanford University Press, 2005.