

DOCTRINA
Edição Comemorativa
30 ANOS DO STJ

Superior
Tribunal
de Justiça

Brasília
Maio
2019

Princípio da Individualização da Pena

Vicente Leal
Ministro do Superior Tribunal de Justiça

PRINCÍPIO DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA

Ministro Vicente Leal de Araújo

“... do mesmo modo que julgardes, sereis também vós julgados e, com a mesma medida com tiverdes medido, também vós sereis medidos” (Mateus 7, 1-2).

1. INTRODUÇÃO

O Iluminismo, movimento cultural e espiritual que se desenvolveu no Século XVIII — o século das luzes —, foi o grande responsável pela transformação do Direito Penal contemporâneo.

O espírito das constituições demarcou esse novo tempo, animado da ideia de fixar limites à ação dos agentes do Estado, em face do temor do perigo sempre presente do despotismo, estigma dos costumes políticos que ensejaram a eclosão da Revolução Francesa de 1792.

Nesse cenário de movimentos de transformação, acendeu-se um farol que veio marcar uma nova era na história do Direito Penal: a obra de Cesare Bonesane, Marquês de Beccaria. *Dei Delitti e Delle Pene*, editada em 1764. Nela foram fincadas as vigas mestras de uma concepção humanista sobre o direito de punir e sobre o sentido das penas.

Sob a influência de Beccaria, foi promulgado o Código Penal Francês de 1810, no qual se firmaram os fundamentos do Direito Penal moderno, com princípios basilares intangíveis, como o *nullum crimen*,

nulla poena sine lege, a racionalização das penas, a proporcionalidade destas ao ato delituoso cometido, a humanização das penas.

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 26/08/1789, inseriu no seu texto regra preciosa, afirmando que “toda a sociedade, em que não for assegurada a garantia dos direitos e determinada a separação dos poderes, não tem Constituição” (art. 16). A partir desse marco histórico, os povos civilizados buscaram situar as bases do sistema penal no bojo das franquias constitucionais. É que a função punitiva é a mais poderosa intervenção do Estado na vida do indivíduo.

O *jus puniendi* é, sem dúvida, o mais vigoroso instrumento de controle social. No exercício desse poder, no qual se coloca em depuração o *status libertatis*, de magnânima relevância para a vida, deve o Estado, por seus agentes, atuar com profunda cautela. Qualquer restrição ao direito de liberdade deve ser concebida com os olhos postos na grave repercussão que essa medida provoca na existência do ser humano.

Privado da liberdade por disposição do Estado, o homem é afastado do seu trabalho, da sua família, do seu espaço social, restando impedido de conquistar seus sonhos, de realizar cursos, de buscar novas oportunidades profissionais. Transforma-se em um número, titular de uma cela, personagem de um drama de miséria e de vergonha.

E a desonra de um sentenciado é medida pelo tempo de sua permanência no presídio. Quanto maior o período de clausura, maior é a ignomínia, o opróbrio, a degradação. É tempo negado ao convívio com os filhos, o cônjuge, os pais, os irmãos, os amigos. É um corte doloroso, irreversível e irremediável no prêmio divino da vida.

Com os olhos postos na magnanimidade do *jus libertatis*, os construtores do sistema adotaram um valioso modelo para definir, com justa precisão, o tempo de privação de liberdade de um homem como resposta à prática de um ato lesivo a bens relevantes.

Esse modelo é formado por um leque de princípios, na sua maioria inscritos no capítulo das garantias constitucionais. Nossa Carta Magna estabeleceu um precioso quadro de princípios que expressam vigorosas garantias ao cidadão em face do poder punitivo estatal.

Tais princípios, com moldura implícita ou explícita no texto constitucional, ora são dirigidos ao legislador ordinário, que deverá pautar a sua atividade legiferante na construção de um sistema fundado na valoração dos direitos humanos e na ideia de um direito penal mínimo e garantista, ora são dirigidos ao juiz, que, na sua magna e difícil função de aplicar a sanção ao infrator da lei penal, terá de humanizar valores dicotômicos, como sejam, a segurança da sociedade e a dignidade da pessoa humana.

A literatura jurídico-penal é rica na catalogação desses princípios. Cada autor, à sua visão exegética, estabelece um rol que não se esgota. O nosso estudo será, no entanto, centrado no Princípio da Individualização da Pena, com sumárias referências a outros princípios que se situam no mesmo plano teleológico de resguardo do *status libertatis*.

A relevância do tema decorre do seu enorme reflexo na realização da Justiça no campo do Direito Penal. A exata compreensão desse princípio é a pedra de toque para a realização do *jus puniendi* em harmonia com as ideias do humanismo.

2. CONCEITO E DOCTRINA

Individualizar é tornar individual, é caracterizar, é especializar, é distinguir (Aurélio).

Individualizar a sanção penal é situá-la com absoluta precisão na sua exata extensão, à luz do fato e das circunstâncias e nos termos do regramento aplicável, tomando-se sempre em conta a finalidade da pena e a pessoa do apenado concebida em sua plenitude individual, ele, que como ser humano, na expressão de René Ariel Dotti, “deve ser a medida primeira e última das coisas”.

A individualização da pena se contrapõe às concepções do *jus puniendi* do passado, quando a fixação da pena situava-se no plano do puro arbítrio do juiz, evoluindo, num passo seguinte, para um sistema rígido, sem qualquer consideração sobre a pessoa do apenado e as circunstâncias particulares do delito.

Lombroso, considerado o pai da Antropologia Criminal, foi quem primeiro cuidou do estudo da personalidade do agente e, por isso, é considerado o precursor do princípio da individualização da pena.

Na verdade, o princípio em tela é o reflexo de maior fulgor do pensamento jurídico-penal do Estado contemporâneo, pois impõe limites ao direito de punir. Esses limites se situam nas diversas etapas de atuação dos agentes do Estado. Daí porque a individualização da pena se opera em três fases:

a) fase legislativa, ensejo em que o legislador, na qualidade de representante do pensamento da Nação, elegendo o bem jurídico tutelado, formula o preceito descritivo da conduta vedada (matar alguém) e estabelece a sanção, ou seja, a pena cominada, mensurada, em regra, em tempo de privação da liberdade, estabelecendo balizas entre o máximo e o mínimo do castigo (6 a 20 anos de reclusão);

b) fase judicial, contemplada em nosso sistema com moldura legal exemplar, quando o juiz, após aferir um leque de circunstâncias de natureza subjetiva — culpabilidade, antecedentes, conduta social e personalidade do agente — e de natureza objetiva — motivos, circunstâncias e consequências do crime —, fixará aquela aplicável entre as cominadas, em quantidade necessária e suficiente para a reprovação e prevenção do delito, definindo, também, o regime inicial de cumprimento da sanção prisional;

c) fase executória, em que se conjugam ações judiciais e administrativas, de alta relevância no processo de ressocialização e de reinserção social do condenado, fase em que é de rigor a observância dos direitos fundamentais inerentes ao resguardo da dignidade da pessoa humana.

No estudo do tema, a doutrina é rica em preciosas fórmulas conceituais, que aqui merecem registro pela relevância do instituto como instrumento de garantia jurídica.

Guilherme de Souza Nucci preleciona que individualizar a pena é “*eleger a justa e adequada sanção penal, quanto ao montante, ao perfil e aos efeitos pendentes sobre o sentenciado, tornando-o único e distinto dos demais infratores*”¹.

José Antônio Paganella Boschi proclama que individualizar a pena “*implica reposicionamento do intérprete e do aplicador da lei penal perante o caso concreto e seu autor, vedadas as abstrações e as generalizações que ignoram o que o homem tem de particular*”².

E, noutra passagem, o nobre mestre gaúcho acentua que o juiz “*não é livre para escolher qualquer pena, ou para mensurá-la na quantidade que bem entender, subordinado só aos limites cominados em abstrato ... Sendo o processo uma relação jurídica informada por direitos e deveres entre os sujeitos que nela intervêm, a opção qualitativa e quantitativa das penas é atividade regrada e, por isso, não dispensa fundamentação minuciosamente transmitida aos interessados*”.

Luiz Vicente Cernicchiaro acentua, com a síntese própria do seu estilo: “*Individualização significa mensurar a pena ao caso concreto. Vários fatores são ponderados. De ordem objetiva e de ordem subjetiva*”³.

Luiz Luisi afirma que “*O Juiz (...) nos limites que a lei impõe realiza sua tarefa de ajustamento da resposta penal em função não só das circunstâncias objetivas, mas principalmente da pessoa do denunciado, e, também, do comportamento da vítima*”⁴.

Gilberto Ferreira, culto magistrado paranaense, conceitua, de forma lapidar: “*Individualizar a pena (...) é a função do Juiz consistente em escolher, depois de analisar os elementos que dizem respeito ao fato, ao agente e à vítima, a pena que seja necessária e suficiente para a reprovação e prevenção do crime*”⁵.

E preleciona, em passo seguinte:

“Em razão dela, o Juiz é obrigado a meditar profundamente sobre todas as circunstâncias que envolvem o fato (...), analisar a conduta do réu não só presente, mas também passada, avaliando sua personalidade já a partir do seu meio de vida (...), apreciar o comportamento da vítima e medir a sua importância e colaboração no desencadeamento da ação criminosa”.

É valiosa a análise conceitual ao princípio efetuada pelo mestre gaúcho Rogério Zeidan:

“O arbítrio do juiz na fixação das penas deve atender além da exigência da legalidade estabelecida, também de finalidade de prevenção e de individualização da pena. Entretanto, a realização do Estado de Direito nessa atividade punitiva se aperfeiçoa, democraticamente, à medida que a observância dos preceitos de direito e ideológicos são

*exteriorizados no ato de sentença. Dessa forma, assegura ao cidadão a clareza e a previsibilidade do Direito*⁶”.

O Professor Canuto Mendes de Almeida assim definia o princípio:

*“A individualização da pena, no sentido restrito, é tarefa do Juiz, consistente em que, de acordo com as regras da lei, proporciona a pena, dentro dum certo arbítrio, não só ao fato e às circunstâncias objetivas do fato, mas, sobretudo e principalmente, às condições, às qualidades, aos característicos da personalidade do agente*⁷”.

Magalhães Noronha, com as luzes do seu talento, esclarece:

*“O julgador não se pode limitar à apreciação exclusiva do caso, mas tem de considerar também à pessoa do criminoso, para individualizar a pena. (...) A pena não tem mais em vista somente o delito. Ao lado da apreciação dos aspectos objetivos que ele apresenta, há de o Juiz considerar a pessoa de quem praticou, suas qualidades e defeitos, fazendo, em suma, estudo de sua personalidade sem olvidar sobretudo a possibilidade de tornar a delinquir, ou a periculosidade*⁸”.

Roberto Lyra, um dos monstros sagrados do Direito Penal do Século XX, ao enaltecer o princípio da individualização da pena — que “conquistou o apoio das principais escolas ecléticas ou unitárias e da escola positiva” —, asseverou na alvorada do Código Penal de 1940:

*“Nas mãos dos Juízes, o texto deixa de ser arbitrário, humanizando-se, sensibilizando-se, adaptando-se à vida e à personalidade de cada homem. Portanto, é a lei que renuncia ao seu egoísmo e vai palpitar ao ritmo flagrante do convívio social, através da toga*⁹”.

Permanecem atuais os conceitos do grande Bento de Faria:

*“A pena há de consistir na ameaça de um mal como meio tutelar a ordem jurídica com a finalidade de reprimir e prevenir a criminalidade. (...) adequada e idônea, isto é, psicologicamente proporcional ao crime. (...) A pena portanto nem deve ser excessiva, para não correr o risco de se transformar em crueldade ilegítima, nem demasiadamente branda para não se tornar ilusória, em detrimento da justiça (...) E o critério político para se obter esse equilíbrio (...) só encontra ampla superfície na individualização penal, ou seja, a personalização das penas*¹⁰”.

Do contexto de todas essas lições, construtoras de uma visão humanista do *jus puniendi*, tem-se a afirmação de uma doutrina cujas diretrizes apontam para a proteção da dignidade humana, valor fundamental do nosso sistema constitucional, em que não há espaço para a arbitrariedade e a violência estatal.

3. O PRINCÍPIO DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA NA PERSPECTIVA HISTÓRICO-CONSTITUCIONAL

Para a reflexão que se busca realizar neste artigo, é interessante que se visualize, embora em estreito espaço, a retrospectiva do tema na nossa história constitucional, de modo a sentir a sua evolução até os dias de hoje.

A individualização da pena, como princípio expresso, não constou do quadro de garantias das nossas primeiras quatro constituições.

A Constituição Imperial apenas recomendara, no seu art. 179, XXI, que “*as cadeias serão seguras, limpas, e bem arejadas, havendo diversas casas para separação dos réus, conforme suas circunstâncias, e natureza dos seus crimes*”.

A primeira Carta Republicana, promulgada em 24 de janeiro de 1891, nada dispôs sobre o tema, apesar de expressiva e abrangente na afirmação dos direitos concernentes à liberdade (art. 72).

A Constituição de 1934, assim como a Carta do Estado Novo, marcadamente restritivas na formulação das garantias, foram silentes no tocante à individualização da pena.

A excelente Carta Política de 18 de setembro de 1946, afirmativa de um novo tempo, reflexo do sentimento de exorcismo dos males de uma década negra na qual o mundo assistiu o genocídio comandado por Hitler (1939-1945), em que também o Brasil experimentou as dores de uma ditadura de cunho fascista, inscreveu, no capítulo das franquias, preceito inédito em nível constitucional, do seguinte teor: “*A lei penal regulará a individualização da pena e só retroagirá quando beneficiar o réu*” (art. 141, § 29).

A partir de então, o princípio esteve entronizado nas nossas sucessivas constituições.

A Constituição outorgada em 14 de janeiro de 1967 dispôs sobre o princípio em preceito sintético: “*Nenhuma pena passará da pessoa do delinquente. A lei regulará a individualização da pena*” (art. 150, § 13).

A Emenda Constitucional 1/69, que, sem participação do Congresso Nacional, deu nova versão à Carta de 1967, manteve o mesmo preceito, com idêntica expressão, no art. 153, § 13.

4. A INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

A Constituição de 05 de outubro de 1988, inspirada pelos ventos da reabertura democrática que marcou a alvorada da década de 1980 e que, por isso mesmo, conferiu grande importância à dignidade da pessoa humana, deu maior expressão ao princípio em referência, estabelecendo em seu art. 5º, inciso XLVI, os modelos de pena:

“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.”*

E, de logo, consignou norma de relevo pertinente à fase executória: “A pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado” (art. 5º, XLVIII).

Como visto, a Carta atual deu maior elástico ao princípio, agregando ao núcleo as espécies de pena e fixando diretriz para a fase executória. Abriu, com a nova moldura, espaço para um sistema punitivo adequado aos tempos modernos, quebrando o quase exclusivo modelo de encarceramento, reconhecidamente falido e inoperante para os altos desígnios de recuperação e ressocialização do condenado.

Como já mencionado, a Carta de 1988, na montagem de suas colunas, elegeu a dignidade da pessoa humana como pedra angular, como núcleo central de valores. Coerente com essa linha filosófica, os seus

construtores fizeram inserir no rol das franquias um leque de princípios que compõem o espectro de luz orientador dos caminhos do legislador e do juiz na realização das diversas fases da tarefa crucial de individualização da pena.

Entre tais princípios, merecem destaque os seguintes:

a) Princípio da legalidade

Definido em expressão lapidar em nossa Carta (*“não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”* - art. 5º, XXXIX), o princípio em tela é a pedra de toque do sistema penal. De inspiração iluminista, consagra o clássico axioma do *nullum crimen, nulla poena sine lege*, reconhecido por todas as nações civilizadas. O seu reflexo no tema enfocado neste estudo — a individualização da pena — se situa no ponto em que impõe ao legislador o dever de formular tipos penais taxativos e fixar penas razoáveis, evitando o uso de tipos abertos, abrangentes ou indeterminados, susceptíveis de subsumirem no seu espaço um largo elenco de fatos e ensejarem a prática de perigosa discricionariedade na realização da justiça penal.

A ideia de proteção da sociedade, hoje erigida em verdadeiro clamor pela mídia, não pode resvalar para a formulação de leis penais com tipos abertos, deixando em desabrigo as garantias individuais.

De outra parte, merece repulsa, à luz da doutrina que se embasa na dignidade da pessoa humana, a cominação de penas graves, com largo espaço entre o mínimo e o máximo, ensejando condenações desproporcionais.

b) Princípio da personalidade

Na individualização da pena, é de inegável relevância que o juiz receba as luzes do princípio da personalidade, também nominado de princípio da pessoalidade, inserido em nossa Carta Magna no capítulo das franquias — CF, art. 5º, XLV —, expresso na oração *“nenhuma pena passará da pessoa do condenado...”*.

Tal princípio, conquista dos tempos do humanismo, afasta a possibilidade da extensão da pena a pessoas estranhas ao delito. De outra

parte, impede que sobre o sentenciado sejam desferidos preconceitos de qualquer natureza: sua raça, origem, profissão ou religião, bem como a espécie do crime, as campanhas de mídia, ou a política de segurança, como motivo para exasperação da pena. O juiz deve compreender a pessoa do acusado em seu contexto de vida, numa visão humanitária, porém nunca agravar o seu castigo, no momento da condenação penal, por ser nordestino, por ser filho de marginal, por morar em favela, por ser pobre, preto ou morador de rua.

Além disso, há de considerar, na imposição da pena e do modelo do regime prisional, que os efeitos da sanção prisional atingem inexoravelmente a família do apenado, que, embora não tenha praticado o crime, sofrerá graves consequências.

c) Princípio da isonomia

A tão decantada isonomia jurídica, sonho de todos os pensadores que construíram a doutrina do humanismo, é de alta relevância na concepção do processo de individualização da pena.

Assim como a liberdade, a igualdade é um dos maiores valores que inspiram a democracia. Quando a nossa Carta Magna afirma, na abertura do capítulo das franquias, que “*todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza*” (art. 5º, *caput*) e, no topo do rol dos direitos e garantias, proclama que “*homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações*” (art. 5º, I), situa a magnitude do princípio da isonomia jurídica, conferindo-lhe a natureza de primado entre todos os dogmas do modelo democrático-republicano.

E, quando se trata da atuação do Estado na restrição da liberdade, o princípio adquire maior expressão, impondo-se que se conceba, além da igualdade das pessoas perante a lei, também a igualdade das pessoas na lei, vedando que esta estabeleça desigualdades.

É relevante acentuar que, na mensuração dos valores, não deve o legislador nem o juiz qualificar em primeiro plano o Estado, no seu papel de mantenedor da segurança e da ordem, mas sempre situar o indivíduo como o destinatário das garantias.

Como o homem não foi feito para o sábado, mas o sábado para o homem, na dicção bíblica, assim também é certo que o Estado foi feito para o indivíduo, e não o indivíduo para o Estado.

Nessa perspectiva, é imperativo que seja contida a onda de criminalização de condutas mais presentes nas camadas miseráveis da sociedade. Vejam-se, por exemplo, as recentes leis que definiram como crime condutas antes tipificadas como contravenção penal, como porte de arma e direção de auto sem habilitação. Daqui a pouco será criminalizada a ocupação desautorizada de terras ou prédios vazios pelos miseráveis sem-terra ou sem-teto, ação própria dos indigentes. Tal postura importará em patente desrespeito à ideia do Direito Penal moderno, que põe em relevo as diferenças individuais, de modo a assegurar o tratamento isonômico de todos perante a lei.

Um outro exemplo de desrespeito ao princípio da isonomia na individualização da pena encontrava-se presente na regra do parágrafo 1º do inciso II do art. 2º da Lei 8.072/1990 vigente até março de 2007, que vedava a progressão do regime prisional aos condenados por prática dos chamados crimes hediondos. A crítica a tal preceito era uníssona em todos os espaços da atividade jurídica e sobre o tema voltaremos em capítulo posterior deste estudo.

d) Princípio da proporcionalidade

Embora sem expressa previsão no texto da Carta Magna, o princípio da proporcionalidade exsurge da compreensão exegética do sistema de garantias e representa no direito moderno dogma maior de hermenêutica, dirigido à busca do equilíbrio entre o exercício do Poder Estatal e a preservação dos direitos fundamentais do homem.

Em matéria penal, esse princípio apresenta-se em expressão de magnitude, pois é com os olhos nele que tanto o legislador como o juiz realiza a aferição dos valores para uma razoável e adequada cominação da pena (o legislador) e uma necessária e suficiente fixação da pena (juiz).

A medida do justo e do razoável na formulação das leis penais deve, necessariamente, considerar os valores espirituais e morais inerentes

à pessoa humana, sem a deturpada influência de campanhas midiáticas de ocasião, nem a inspiração de setores retrógrados da comunidade jurídica.

Não seria lógico, nem razoável, nem justo, nem humano que se editasse lei definindo como crime a ação de “ultrapassar o semáforo com luz vermelha” e se cominasse a esse “crime” a pena de 4 a 8 anos de reclusão. De outra parte, seria desumano que se condenasse a cumprir pena de prisão uma pobre mulher por ter sido surpreendida pela segurança do supermercado quando tentava subtrair uma lata de leite para alimentar o filho faminto.

Daí a magna importância do princípio da proporcionalidade, quando o Estado-Legislador ou o Estado-Juiz manejam sua atuação na individualização da pena. E, nesse momento, tem grande relevo o papel da jurisprudência. O juiz, no momento de marcar o castigo estatal sobre o infrator da lei penal, deverá visualizar, em primeiro plano, o conjunto de valores constitucionais que colocam em pedestal a dignidade da pessoa humana, após o que, de modo razoável e proporcional, concretizará a justa pena.

Merece repulsa, por outro lado, a linha de pensamento de determinados segmentos da cena coletiva que defendem uma Política Judiciária de extremo rigor punitivo, sem o devido apreço pelos direitos constitucionais do réu. Tal política, que se expressa na construção de uma jurisprudência repressiva e pugna pela elaboração de leis penais introdutoras de novos tipos e de penas mais graves, encontra-se de costas para os avanços da civilização moderna e parece querer retornar ao medievo período da vingança pública.

Dentro dessa perspectiva, é de se reconhecer que o princípio da proporcionalidade aponta, inexoravelmente, para a imperiosa observância do primado da Constituição no que concerne aos direitos e garantias fundamentais.

e) Princípio da humanidade

A Carta de 1988, no seu portal de entrada, colocou em trono de ouro o princípio da humanidade ao proclamar como um dos fundamentos da República a dignidade da pessoa humana.

Nessa linha filosófica, a Constituição brasileira, uma das mais avançadas da atualidade na seara do humanismo, inscreveu no seu bojo um expressivo leque de princípios em matéria penal.

Sem dúvida, nela se adotou o pensamento afirmativo do chamado direito penal de humanidade, de origem iluminista e inspirado na doutrina dos novos tempos, concebida e difundida a partir da edição da obra clássica de Cesare Beccaria - *Dei Delitti e Delle Pene*.

A marca do culto ao humanismo em nossa Carta encontra-se firmada em diversos cânones, sendo relevante destacar, no ponto em que interessa ao presente estudo, as seguintes disposições, insertas no capítulo das franquias:

“Art. 5º, XLVII - Não haverá penas:

- a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX;*
- b) de caráter perpétuo;*
- c) de trabalhos forçados;*
- d) de banimento;*
- e) cruéis;”*

Tais disposições, que parecem dirigidas apenas ao legislador, são, todavia, dogmas de permanente reflexão para os juízes no momento de fixação da pena.

Outras garantias constitucionais, pertinentes à fase de execução penal, merecem destaque:

“Art. 5º:

XLVIII - A pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado.

XLIX - É assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral.”

Tais garantias permanecem, todavia, apenas no plano ideal, à vista da desumana e degradante situação dos nossos presídios, onde pessoas vivem em deplorável estado de degeneração pessoal, amontoadas em celas fétidas, sem espaço sequer para estenderem o corpo durante o imperioso

sono, em aberrante promiscuidade, onde proliferam os piores males que destroem a dignidade e a integridade física e moral do ser humano.

A situação ignominiosa das nossas prisões não pode ser ignorada pelos juízes de qualquer instância no momento crucial em que realizam a individualização da pena, operação essa que deve ser concebida com profunda cautela, por envolver indagações não apenas de ordem jurídica, mas também de natureza filosófica, sociológica e humanitária.

f) Princípio da fundamentação das decisões judiciais

Situado fora do capítulo das franquias, o princípio constitucional da imperativa fundamentação das decisões judiciais é, todavia, dogma de magnitude na afirmação do Estado de Direito e tem especial relevância em sede de individualização da pena.

O Estado Democrático de Direito, repita-se essa ideia, não contemporiza com o arbítrio judicial. O autoritarismo que predominou até o século XVIII, quando tinha vigor a expressão “*L’État c’est moi*”, de Luís XIV, sucumbiu com a Bastilha. Qualquer ação estatal, para ter legitimidade, deve atender à finalidade pública e, por isso, há de ser aferida por meio de suficiente e adequada motivação, que é a pedra de toque que confere valor à atuação do Estado.

Quem primeiro clamou, entre nós, contra a produção de sentença não fundamentada foi o imortal Rui Barbosa, em defesa formulada perante o Supremo Tribunal Federal, na alvorada da República, verberando que tal exigência é dogma fundamental ao Estado Democrático e indispensável à jurisdição imparcial e ao exercício do contraditório e da ampla defesa.

As decisões judiciais expressam uma das mais poderosas manifestações do Estado, sempre com expressiva repercussão na vida das pessoas e, por isso, devem ser sobejamente fundamentadas. Assim preceitua o Código de Processo Penal — art. 381, III (“*a sentença conterá (...) a indicação dos motivos de fato e de direito em que se fundar a decisão*”).

Todavia, a obrigatoriedade de fundamentação das decisões judiciais somente foi erigida ao patamar de princípio constitucional com a Carta de 1988, que, em seu art. 93, IX, estabelece, *verbis*:

“Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade...”

O preceito *sub examen* encontra no estudo da individualização da pena espaço de real importância. É que no nosso sistema, em que as balizas da cominação legal se situam em pontos distantes, a fixação da pena deve ser precedida de um meticuloso exame de cada hipótese do leque de circunstâncias judiciais e legais que molduram o quadro normativo pertinente a essa operação.

É, todavia, deplorável o arraigado costume de considerável parcela de juízes que, na individualização da pena, se limitam apenas a fazer referência nominal às circunstâncias judiciais, sem precisar os fatos que a elas se subsumem. A decantação de cada situação fática e o seu encasamento no preceito regente é fundamental para a validade da sentença.

Segundo o magistério do Professor Antonio Scarance Fernandes, *“a motivação, para que atenda à finalidade inspiradora de sua exigência constitucional, deve ser clara, coerente e completa” sendo inaceitável a motivação implícita, porque insuficiente e imprestável para satisfazer o preceito do art. 93, IX, da Carta Fundamental. E, citando o pensamento de Rogério Lauria Tucci, acentua que a motivação implícita é “aquela em que a fundamentação do julgado carece de um raciocínio lógico e direta, reclamando, para sua compreensão, a análise conjunta de argumentos principais e subsidiários”¹¹.*

O tema, pela sua importância, merece uma análise mais profunda, o que se fará no capítulo seguinte.

5. A INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA NO DIREITO PENAL BRASILEIRO. RETROSPECTO HISTÓRICO

Para uma boa compreensão do presente e uma melhor projeção do futuro, é salutar e necessária uma permanente visão do passado.

No período do Brasil-Colônia, tinha vigor entre nós as Ordenações Filipinas, cujo Livro V tratava dos crimes, das penas e do processo penal.

Naqueles tempos, segundo menciona Galdino Siqueira, a lei penal desconhecia o princípio da personalidade da responsabilidade criminal, *“fazendo recair a infâmia do crime na pessoa dos descendentes do*

delinquentes” dava “predomínio ao arbítrio judicial, não resguardando a liberdade individual dos abusos, consagrava um sistema de penalidade que, inspirado nas ideias de expiação e de intimidação, se distinguiu pela crueldade, prodigalizando-se as penas infamantes e de morte, requintada a cruzeza na sua execução e no emprego da tortura para a obtenção de confissões¹²”.

Com a Independência e o Império, buscou a nova Nação organizar o seu quadro normativo, por expressa recomendação da Assembleia Nacional Constituinte.

Veio a lume, então, o Código Penal do Império, segundo Nelson Hungria, o primeiro código autônomo da América, já inspirado pelos bons ventos do Iluminismo, abrandando o rigor das penas. Sem expressa referência ao termo individualização, já estabelecia regras sobre a maneira “como se hão de impor e cumprir” as penas. Merecem registro, a propósito, os seguintes artigos:

“Art. 33 - Nenhum crime será punido com penas que não sejam estabelecidas nas leis, nem com mais ou menos daquelas que estiverem decretadas para punir o crime no grão máximo, médio ou mínimo, salvo o caso em que aos Juizes se permitir o arbítrio.”

“Art. 63 - Quando este código não impõe pena determinada, fixando somente o máximo e o mínimo, considerar-se-ão três grãos nos crimes, com atenção às suas circunstancias agravantes ou atenuantes, sendo o máximo o de maior gravidade, á que se imporá o máximo da pena; o mínimo, o da menor gravidade, á que se imporá a pena mínima; o médio o que fica entre o máximo e o mínimo, a que se imporá a pena no termo entre os dons extremos e os dados.”

Ainda tinha vigor o sistema de penas fixas e se permitia a imposição de penas ao arbítrio do juiz, sem balizamento legal.

O Código Penal de 1890, o primeiro da República (Decreto 847, de 11/10/1890), também não dispôs, expressamente, sobre o processo de individualização da pena. Todavia, introduziu em vários preceitos noções dirigidas a uma justa fixação da pena e a sua execução.

Em longo título, arrolou circunstâncias agravantes e atenuantes, merecendo destaque a atenuação da pena “quando o criminoso não estiver

em condições de compreender toda a gravidade e perigo da situação a que se expõe, nem a extensão e consequências de sua responsabilidade” (art. 38, § 2º, d).

Ao dispor sobre a fixação da pena, seguiu, na essência, o modelo do Código de 1830, assim estabelecendo, *verbis*:

“Art. 62 - Nos casos em que este código não impõe pena determinada e somente fixa o máximo e o mínimo, considerar-se-ão três graus na pena, sendo o grau médio compreendido entre os extremos, com atenção às circunstâncias agravantes e atenuantes, as quais serão aplicadas na conformidade do disposto no art. 38, observadas as regras seguintes:

§ 1º. No concurso de circunstâncias agravantes e atenuante que se compensem, ou na ausência de umas e outras, a pena será aplicada no grau médio.

§ 2º. Na preponderância das agravantes a pena será aplicada entre os graus médio e máximo, e na das atenuantes entre o médio e o mínimo.

§ 3º. Sendo o crime acompanhado de uma ou mais circunstâncias agravantes sem alguma atenuante, a pena será aplicada no máximo, e no mínimo se for acompanhada de uma ou mais circunstâncias atenuantes sem nenhuma agravante.”

E, no tocante à execução da pena, o Código Republicano introduziu excelente regra de individualização no seu art. 53: “*Ao condenado será dado, nos estabelecimentos onde tiver de cumprir pena, trabalho adaptado às suas habilitações e precedentes ocupações*”.

Quanto à progressão de regime prisional, dispunha que o condenado à prisão celular por mais de seis anos, mostrando bom comportamento, poderia ser transferido para uma penitenciária agrícola para cumprir a última metade da pena (art. 50).

Também previa a concessão de livramento condicional (art. 51).

Como exsurge dos preceitos transcritos e referenciados, é de se reconhecer que o Código Penal de 1890, embora de forma tímida, introduziu no sistema a ideia de individualização da pena, seja na fase de fixação, seja na fase de execução.

Vale registrar que, na vigência desse Código, foi introduzido pelo Decreto 16.588, de 06/09/1924, o instituto da suspensão condicional da pena, segundo o modelo francês do “*sursis à l’execution de la peine*”.

No texto da Consolidação das Leis Penais, organizada pelo Desembargador Vicente Piragibe e aprovada pelo Decreto 22.213, de 14/12/1932, não ocorreu nenhuma novidade no quadro normativo.

Somente no Código Penal de 1940 (Decreto-Lei 2.848, de 07/12/1940) foi efetivamente introduzido o princípio da individualização da pena, concebido na seguinte moldura legal:

“Art. 42 - Compete ao Juiz, atendendo aos antecedentes e à personalidade do agente, à intensidade do dolo ou grau da culpa, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime:

I - determinar a pena aplicável, dentre as cominadas alternativamente;

II - fixar, dentro dos limites legais, a quantidade da pena aplicável”

(redação original)

O novo regramento, considerado então uma grande conquista e um largo passo na modernização do Direito Penal brasileiro, afastou o critério aritmético do Código de 1890 e impôs limites ao poder discricionário do juiz.

Nos arts. 44 e 48, alargou o espectro das circunstâncias legais e, nos arts. 49 e 50, introduziu regras aplicáveis aos casos de concurso de circunstâncias e de causas de aumento ou diminuição de penas, pondo em destaque os motivos determinantes do crime e a personalidade do agente. São cânones que buscam, em essência, a adequada individualização judiciária da pena.

Na opinião de Roberto Lyra, à época, “*o art. 42 é o mais importante do Código, não só pela decisiva influência de sua aplicação na defesa social e na tutela individual, como pela conquista em que importa para a evolução do nosso direito penal*” pois no mencionado preceito foram traçados “*os roteiros fundamentais para a determinação qualificativa e quantitativa da pena*”.

Por último, adveio a reforma penal introduzida pela Lei 7.209/1984, que deu nova redação à Parte Geral do Código Penal.

6. A INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA NO DIREITO ATUAL

Com a Reforma Penal de 1984, que deu nova redação à Parte Geral do nosso Código, concebida sob as luzes do constitucionalismo e das doutrinas afirmativas dos ideais de liberdade e de democracia, conferiu-se ao princípio maior expressão, sendo moldado em preceitos lapidares que bem refletem o ideário de se promover uma política criminal humanitária, voltada essencialmente para as finalidades da pena.

A reforma alcançou também o sistema penitenciário, sistematizado pela Lei 7.210/84, que deu novo modelo à execução penal, entronizando como primado “*proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado*” (art. 1º).

Além da pena privativa de liberdade, introduziram-se outras espécies de sanção, que no modelo anterior tinham natureza acessória, apontando-se, assim, para a ideia de reduzir o espaço da pena prisional, considerada por todos os estudiosos do assunto como um instrumento fracassado e ineficaz.

Os construtores do projeto da Reforma, juristas de escola (Assis Toledo, Ariel Dotti, Lauria Tucci, Reale Junior, entre outros), conceberam um modelo de longo alcance, com diretrizes expressas num espectro abrangente, composto de forma lapidar em dois dispositivos básicos:

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

I - as penas aplicáveis dentre as cominadas;

II - a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos;

III - o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade;

IV - a substituição da pena privativa de liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível.

(...)

Art. 68 - A pena-base será fixada atendendo-se ao critério do art. 59 deste Código; em seguida serão consideradas as circunstâncias atenuantes e agravantes; por último, as causas de diminuição e de aumento.”

O primeiro preceito — art. 59 — estabelece o roteiro preciso a ser seguido pelo juiz no processo de individualização da pena, num encadeamento lógico que deve ser decantado ponto por ponto, atendendo ao dogma maior da imperativa fundamentação do julgamento.

Por primeiro, deve o juiz aferir, à luz da verdade real provada no processo, a presença das chamadas circunstâncias judiciais de natureza subjetiva, assim arroladas:

Culpabilidade - Envolve o estudo do comportamento do agente no momento da prática do delito, quando se afere o grau de censurabilidade de sua postura, a situação concreta em que se desenvolveu a sua ação, a maior ou menor exigibilidade de outra conduta, a eventual premeditação, bem como a maior ou menor consciência da ilicitude de seu ato;

Antecedentes - Devem ser concebidos como a história do agente, a chamada vida pregressa, as suas ações no espaço em que pontifica, que podem ser qualificadas como boas ou más. Neste ponto, é relevante que não se conceituem como maus antecedentes a existência de inquéritos policiais arquivados, absolvições criminais ou prescrições de pretensão punitiva. De outra parte, não podem ser consideradas condenações anteriores que se situam noutro lugar, sob o título de reincidência (arts. 63 e 64);

Conduta social - É o modo de vida e o conceito do agente no seu meio social, familiar e profissional, com os seus méritos ou os seus deméritos;

Personalidade - É o retrato moral do agente, sua boa ou má índole, seu modo de ser e de agir na rotina da vida, seu caráter.

No passo seguinte, com os olhos postos na realidade comprovada nos autos, o juiz examinará as circunstâncias judiciais de natureza objetiva, exaustivamente alistadas na norma regente, que são:

a) Motivos do crime - Compreendidos como as razões que levaram o agente ao cometimento do ilícito penal, ou, na expressão de Cezar Roberto Bitencourt, “*constituem a fonte propulsora da vontade criminosa*”¹³. Na verdade, é o motivo que torna o ato criminoso tolerável ou execrável;

b) Circunstâncias - São as situações de fato que conferem características à ação criminosa, como o modo de agir, o meio utilizado,

as condições de tempo e de lugar, não abrangendo, todavia, nenhuma daquelas circunstâncias legais arroladas nos arts. 61, 62, 65 e 66 do Código Penal;

c) Consequências do crime - É o dano, em sua extensão, causado ao bem jurídico tutelado, seja, a dimensão do mal provocado, sem, contudo, abranger o fato típico;

d) Comportamento da vítima - Consubstancia matéria nova, introduzida no modelo em razão da relevância que pode ensejar para a incidência da lei penal a postura da vítima, podendo minimizar ou até afastar a culpa do réu. Sublinhe-se que, na Exposição de Motivos da Reforma de 1984, ficou consignado que o comportamento da vítima pode ser “*erigido, muitas vezes, em fator criminógeno, por constituir-se em provocação ou estímulo à conduta criminoso*”.

Examinadas, medidas e sopesadas essas circunstâncias, o juiz, em sequência, fará a opção por uma pena, fixada no espaço da cominação prevista para o tipo, seja, entre o mínimo e o máximo marcados na lei, “conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime”.

A parte final do preceito identifica a visão teleológica do nosso sistema penal, que adotou a teoria Militarista ou preventiva, afirmativa do brocardo latino *punitur et ne peccetur* (pune-se para que não mais peque), aliando-se as finalidades preventiva e repressiva, que se conjugam com a finalidade ressocializadora, expressamente recomendada no art. 1º da Lei de Execução Penal.

O binômio reprovação e prevenção deve constituir ponto de grave reflexão no momento final de eleição da pena-base, para que a sanção imposta não resvale para os tenebrosos caminhos retributivos (*punitur cuius peccatum est*), sob o impulso de qualquer preconceito ou sob o ânimo ou a pressão de campanhas midiáticas que patrocinam, de forma sub-reptícia e disfarçada, a adoção de uma política criminal marcada pelo retrocesso, com desprezo pelas conquistas democráticas e pelo sentimento humanitário, resultado de tantas lutas empreendidas por homens e mulheres de espírito iluminado que espargiram nos diversos recantos da terra a mensagem divina do amor ao próximo.

Fixada a pena-base, segue-se o exame da eventual existência das chamadas circunstâncias legais, as agravantes — arroladas nos arts. 61 e 62 do Código — e as atenuantes — especificadas nos arts. 65 e 66 —, constituindo esta a segunda fase da chamada dosimetria da pena.

Essa sequência, de natureza imperativa, é expressa com clareza solar na regra do art. 68 do Código, retrotranscrita, considerado o preceito de maior perfeição do sistema, que adotou em definitivo o sistema trifásico, sepultando a histórica divergência doutrinária entre Nelson Hungria e Roberto Lyra, os maiores expoentes do nosso Direito Penal no passado.

O último passo do processo de individualização da pena, de magna importância para os objetivos de reeducação e de reinserção social do apenado, é a definição do regime inicial de cumprimento da pena prisional, ensejo em que, se for o caso, também, se decidirá sobre a substituição desta por outra espécie de sanção.

Completa-se, assim, o ciclo de individualização judiciária da pena. E, nas sucessivas etapas, deve o juiz situar no centro de suas reflexões as luzes de outros princípios constitucionais que interagem e que conferem efetividade ao princípio de que trata este estudo, e que foram objeto de sucinta referência em capítulo anterior, com destaque para os princípios da proporcionalidade e da fundamentação das decisões judiciais.

Com efeito, a jurisprudência nacional e a doutrina autorizada são unissonantes no sentido de que, em cada etapa do processo de individualização da pena, é imperativa a necessidade de demonstração motivada do seu balizamento, com decantação da incidência de cada circunstância à luz dos fatos provados, não se admitindo colocações genéricas, desprovidas de precisa e adequada fundamentação.

7. A INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA NA JURISPRUDÊNCIA

A jurisprudência é a fonte mais preciosa do direito porque reflete o pensamento resultante da experiência concreta da lei, porque traduz o árduo labor daqueles que efetivam a Justiça. O grande debate da vida do homem no momento doloroso em que se depara com uma relação conflituosa é desencadeado no Judiciário, para onde se dirigem os clamores da existência humana.

Apesar da magnitude do papel da jurisprudência na organização e pacificação da vida, ela — a jurisprudência — sempre caminha a passos lentos. Muitas vezes um tema de grande importância levado a juízo permanece no campo das divergências por longos anos até que seja dada a palavra final.

Em matéria penal, tal fenômeno também é ocorrente, causando sempre graves prejuízos ao direito de liberdade. As leis, até mesmo a Constituição, demoram a se afirmar na cabeça dos operadores do direito.

O princípio da individualização da pena, apesar de expressamente previsto em nosso sistema desde 1940, tem sido concebido sem grande prestígio e até com desprezo no espaço da toga.

O Superior Tribunal de Justiça tem sido o grande luminar na afirmação desse princípio, consolidando, a cada julgamento, a relevância e a extensão do tema, seja pela sua dignidade constitucional, seja pelo seu reflexo na garantia do direito de liberdade.

Merecem, a propósito dessas considerações, que se registrem no espaço deste estudo alguns precedentes daquele Superior Tribunal, expressivos do seu pensamento exegético:

“Ao proceder a individualização da pena, o Juiz, após aferir um leque de circunstâncias de natureza subjetiva — culpabilidade, antecedentes, conduta social e personalidade do agente — e de natureza objetiva — motivos, circunstâncias e consequências do crime —, fixará aquela aplicável dentre as cominadas, em quantidade que for necessária e suficiente para reprovação e prevenção do delito, definindo, a seguir, o regime inicial de cumprimento da pena, a qual não deve ser excessiva, nem demasiadamente abrandada, mas justa, adequada e idônea, em qualidade e quantidade suficientes para reprimir a prática da infração e promover a tutela da sociedade.

- A relevância da definição do regime prisional decorre do sentido e da função da pena, que não deve ser concebida como instrumento de castigo, mas em consonância com os modernos desígnios que realçam a recuperação moral e social do réu.” (REsp 90.171-SP, Sexta Turma, Relator LUIZ VICENTE CERNICCHIARO, Relator para acórdão Ministro VICENTE LEAL, in DJ de 12/08/1997, p. 36.287, RT 745-528.)

“1. Os elementos que informam a individualização judicial da pena, na sentença, estão contidos, por inteiro, no art. 59 do Código Penal, compreendidas, pois, as denominadas “circunstâncias judiciais” que outras não são que não aqueles mesmos elementos, quando a lei penal não lhes atribui função obrigatória como circunstância legal, agravante ou atenuante, ou causa de aumento e diminuição, e cuja função deve ser determinada pelo juiz, caso a caso.

2. Por certo, assim, nenhuma diferença ontológica há entre as circunstâncias judiciais, legais e as causas de aumento ou de diminuição de pena, assinalando, como assinalam, tão só, funções dos elementos de individualização de resposta penal.

3. Não é menos correto, por outro lado, que a fundamentação das decisões do Poder Judiciário, tal como resulta da letra do inciso IX do art. 93 da Constituição da República, constitui-se em condição absoluta de sua validade e, portanto, pressuposto da sua eficácia, substanciando-se na definição suficiente dos fatos e do direito que a sustentam, de modo a certificar a realização da hipótese de incidência da norma e os efeitos dela resultantes.

4. A imposição de regime mais gravoso, entre os admitidos em lei, requisita, necessariamente, fundamentação específica (Constituição Federal, artigo 93, inciso XI).” (HC 40.093-RJ, Relator Ministro HAMILTON CARVALHIDO, Sexta Turma, in DJ de 12/09/2005, p. 375.)

“2. O Supremo Tribunal Federal, ao julgar o HC 111.840/ES, por maioria, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990, com a redação que lhe foi dada pela Lei n. 11.464/2007, afastando a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados, devendo-se observar o disposto no art. 33 c/c o art. 59, ambos do Código Penal.

3. Esta Corte firmou o entendimento de que “o julgador deve, ao individualizar a pena, examinar com acuidade os elementos que dizem respeito ao fato, para aplicar, de forma justa e fundamentada, a reprimenda que seja necessária e suficiente para reprovação do crime. Especialmente, quando considerar desfavoráveis as circunstâncias

judiciais, deve o Magistrado declinar, motivadamente, as suas razões, pois a inobservância dessa regra ofende o preceito contido no art. 93, inciso IX, da Constituição da República” (STJ, 5ª T, HC 241.599/MT, rel. Min. LAURITA VAZ, DJe 26/03/14).

4. No caso, o magistrado singular, ao exasperar a pena-base em 1 (um) ano e considerar desfavoráveis as condições pessoais da paciente valeu-se tão somente da gravidade abstrata do crime e de argumentos abstratos e inerentes ao próprio tipo penal, fixando, ao final, o regime fechado com base na hediondez do delito. A Corte a quo fixou o regime fechado, com base na natureza e na quantidade da droga (5 pedras de crack, pesando 0,6g), não apontando elementos concretos a justificar o regime inicial fechado.

5. Em que pese a natureza da droga apreendida, a quantidade é pequena, de modo que não subsiste fundamentação idônea a amparar a aplicação do regime mais gravoso, uma vez que, tanto o Juízo sentenciante como o Tribunal de origem não indicaram motivos concretos e idôneos que extrapolem a subsunção do fato criminoso. Soma-se a isso a ausência de fundamentação suficiente para exasperar a pena-base, medida que implica, consoante entendimento desta Corte, a sua fixação no mínimo legal, o que não é possível no caso dos autos, uma vez ocorrido o trânsito em julgado.

6. Considerando a ausência de fundamentação idônea para a exasperação da pena-base, o fato de a paciente ser primária e o quantum da pena aplicada - 6 (seis) anos de reclusão e 600 (seiscentos) dias-multa -, deve ser fixado o regime semiaberto para o início da expiação da reprimenda, nos termos do art. 33, § 2º, alínea “b”, e § 3º, do Código Penal.

(...)

9. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para estabelecer o regime semiaberto para o início do cumprimento da sanção imposta.” (HC 328.593/RS, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, julgado em 24/11/2015, DJe 15/12/2015)

“VI - Quanto à fixação do regime fechado para início de cumprimento de pena, verifica-se que foi determinado tão somente com base na

gravidade abstrata do delito, não tendo sido apresentado fundamento concreto para imposição de regime mais gravoso do que o cabível em razão do quantum de pena aplicado.

VII - Desse modo, sendo o réu primário, fixada a pena-base no mínimo legal e considerada como favoráveis todas as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, o regime inicial semiaberto mostra-se mais adequado para o resgate da reprimenda, nos termos do art. 33, § 2º, alínea b, do Código Penal.

Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para estabelecer o regime semiaberto, para o início de resgate da pena do paciente, e para suspender os efeitos da execução provisória até o esgotamento das vias recursais ordinárias, mantidos os demais termos da condenação.” (HC 490.914/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 26/03/2019, DJe 03/04/2019)

O Supremo Tribunal Federal, a instância excelsa das franquias democráticas, tem afirmado e consolidado, em centenas de julgados, a alta dignidade do princípio sob enfoque. Citem-se, para fins de ilustração, excertos de alguns acórdãos:

“Ementa: Individualização da pena: regime de cumprimento de pena: critério legal. A gravidade do crime, para todos os efeitos legais, se traduz na escala penal cominada ao tipo. Se, nos limites dela, a pena imposta comporta determinado regime de execução, não cabe, para impor outro, mais severo, considerar novamente, e como única razão determinante, a gravidade em abstrato da infração cometida: o regime de estrita legalidade que rege o Direito Penal não admite que, à categoria legal dos crimes hediondos, o juiz acrescente outros, segundo a sua validação subjetiva de modo a negar ao condenado o que lhe assegura a lei. Precedentes do Tribunal, de ambas as Turmas, e agora do Plenário (HC 77.682, 22/10/98).” (RHC 80.970-SP, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, Primeira Turma, in DJ de 10/08/2001.)

“Ementa: Recurso ordinário em habeas corpus. Paciente condenado por crime contra a ordem tributária. Alegada nulidade na dosimetria da pena. Impossibilidade de considerar-se como maus antecedentes a existência de processos criminais pendentes de julgamento, com o

consequente aumento da pena-base. Recurso parcialmente provido para, mantida a condenação, determinar que nova decisão seja proferida, com a observância dos parâmetros legais.” (RHC 83.493-PR, Relator Ministro Marco Aurélio, Primeira Turma, in DJ de 13/02/2004.)

“Ementa: I. Sentença condenatória: motivação bastante da participação no crime atribuída ao paciente, não se prestando o procedimento sumário e documental do habeas corpus para responder à indagação sobre o ajustamento de fundamentação ao conjunto da prova. II. Individualização da pena: limites da chamada “discricionariedade judicial”: fixação da pena no triplo do mínimo cominado ao crime que se funda exclusivamente nos resultados potenciais de um crime de mera conduta, como o de guarda de substância entorpecente, ainda que em grande quantidade: nulidade parcial da condenação.” (RHC 84.082-SP, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, Primeira Turma, in DJ de 04/06/2004.)

“Ementa: Recurso em habeas corpus. Penal. Processo penal. Recurso do Ministério Público. Crime de extorsão qualificada. Fixação da pena-base acima do mínimo legal. Falta de fundamentação. 1. O Ministério Público tem legitimidade para recorrer quer como parte, quer como fiscal da lei. Poderá fazê-lo, inclusive, em favor do réu. 2. É nulo o acórdão que reconhece o crime de extorsão qualificada, fixa a pena-base acima do mínimo legal e não desenvolve a necessária fundamentação. Desatendimento do método trifásico na individualização da pena-base. O acórdão do STJ deve ser anulado em relação aos réus cuja decisão foi denegatória. Outro deve ser proferido com a necessária fundamentação. Recurso conhecido e provido em parte.” (RHC 80.077-RJ, Relator Ministro Nelson Jobim, Segunda Turma, in DJ de 21/09/2001.)

Como anotado em trechos deste estudo, o nosso sistema penal caminha no sentido da humanização do *jus puniendi* e situa como objetivo principal a reforma do delinquente para que ele seja reinserido no seu anterior espaço familiar, profissional e social.

Daí por que integra o nosso modelo penal o instituto da progressão do regime prisional, corolário do princípio da individualização da pena.

A fixação do regime inicial regula-se pela compreensão sistemática do art. 33, § 2º, e do art. 59, ambos do Código Penal, com a integração do critério relativo ao *quantum* da pena fixada e do critério pertinente às circunstâncias judiciais. Satisfeitas as condições previstas na lei, o apenado passa de um regime gravoso para o subseqüente mais atenuado. Este o modelo geral para todos os que se encontrem submetidos a uma pena prisional.

Todavia, em 1990 foi editada uma norma dissonante, inserida na Lei 8.072/1990, que instituiu o cumprimento de pena integralmente em regime fechado, sem possibilidade de progressão, para os condenados pela prática dos chamados crimes hediondos.

Ora, à toda evidência, tal preceito afrontava os princípios constitucionais da individualização da pena, da igualdade e da humanidade.

Apesar das críticas de diversos setores do mundo jurídico, o indigitado preceito sobreviveu por longos 15 anos.

Em 2005, um novo sol brilhou no horizonte da liberdade. Após preciosos debates, a Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, prestigiando a posição do Ministro Nilson Naves, concedeu *habeas corpus* para afastar a vedação contida no § 2º do inciso II do art. 1º da Lei 8.072/1990, merecendo destaque do acórdão que condensou o julgamento os seguintes excertos:

“1. As penas devem visar à reeducação do condenado. A história da humanidade teve, tem e terá compromisso com a reeducação e com a reinserção social do condenado. Se fosse doutro modo, a pena estatal estaria ao insucesso.

2. Já há muito tempo que o ordenamento jurídico brasileiro consagrou princípios como o da igualdade de todos perante a lei e o da individualização da pena. O da individualização convive conosco desde o Código de 1830.

3. É disposição eminentemente proibitiva e eminentemente excepcional a lei dos crimes denominados hediondos, portanto, proposição prescritiva e interpretação/exegese estrita.

4. Em bom momento e em louvável procedimento, o legislador de 1984 editou proposição segundo a qual “a pena privativa de liberdade será

executada em forma progressiva com a transferência para regime menos rigoroso.” (HC 36.985-MG, Relator Ministro Nilson Naves, in DJ de 10/10/2005, p. 440.)

Posteriormente, o Supremo Tribunal Federal, em decisão histórica, por expressiva maioria, quando do julgamento do HC 82.959-SP, declarou *incidenter tantum* a inconstitucionalidade do § 1º do inciso II do art. 2º da Lei 8.072/1990, na linha do voto do Relator, o ilustre Ministro Marco Aurélio, em sessão de 23 de fevereiro de 2006.

O legislador, buscando adequar a norma legal à referida decisão do Supremo Tribunal Federal, editou a Lei n. 11.464, de 28 de março de 2007, que deu nova redação ao inciso II do artigo 2º da Lei 8.072/1990, o qual passou a prever a progressão de regime aos condenados por crimes hediondos, nos seguintes termos:

“II – fiança.

§ 1º. A pena por crime previsto neste artigo será cumprida inicialmente em regime fechado.

§ 2º. A progressão de regime, no caso dos condenados aos crimes previstos neste artigo, dar-se-á após o cumprimento de 2/5 (dois quintos) da pena, se o apenado for primário, e de 3/5 (três quintos), se reincidente.

§ 3º. Em caso de sentença condenatória, o juiz decidirá fundamentadamente se o réu poderá apelar em liberdade.

§ 4º. A prisão temporária, sobre a qual dispõe a Lei n. 7.960, de 21 de dezembro de 1989, nos crimes previstos neste artigo, terá o prazo de 30 (trinta) dias, prorrogável por igual período em caso de extrema e comprovada necessidade.”

Por último, em 27 de junho de 2012, o Plenário do Supremo Tribunal Federal no julgamento do HC n. 111.840, Rel. Min. Dias Toffoli, declarou a inconstitucionalidade do § 1º do artigo 2º da Lei 8.072/90 (com a redação dada pela Lei 11.464/2007), o qual determina a obrigatoriedade do regime prisional fechado para o início do cumprimento da pena em razão da prática de crimes hediondos e equiparados. Eis o teor da ementa do referido acórdão:

“EMENTA. Habeas corpus. Penal. Tráfico de entorpecentes. Crime praticado durante a vigência da Lei n. 11.464/07. Pena inferior a 8 anos de reclusão. Obrigatoriedade de imposição do regime inicial fechado. Declaração incidental de inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/90. Ofensa à garantia constitucional da individualização da pena (inciso XLVI do art. 5º da CF/88). Fundamentação necessária (CP, art. 33, § 3º, c/c o art. 59). Possibilidade de fixação, no caso em exame, do regime semiaberto para o início de cumprimento da pena privativa de liberdade. Ordem concedida. 1. Verifica-se que o delito foi praticado em 10/10/09, já na vigência da Lei n. 11.464/07, a qual instituiu a obrigatoriedade da imposição do regime inicialmente fechado aos crimes hediondos e assemelhados. 2. Se a Constituição Federal menciona que a lei regulará a individualização da pena, é natural que ela exista. Do mesmo modo, os critérios para a fixação do regime prisional inicial devem-se harmonizar com as garantias constitucionais, sendo necessário exigir-se sempre a fundamentação do regime imposto, ainda que se trate de crime hediondo ou equiparado. 3. Na situação em análise, em que o paciente, condenado a cumprir pena de seis (6) anos de reclusão, ostenta circunstâncias subjetivas favoráveis, o regime prisional, à luz do art. 33, § 2º, alínea b, deve ser o semiaberto. 4. Tais circunstâncias não elidem a possibilidade de o magistrado, em eventual apreciação das condições subjetivas desfavoráveis, vir a estabelecer regime prisional mais severo, desde que o faça em razão de elementos concretos e individualizados, aptos a demonstrar a necessidade de maior rigor da medida privativa de liberdade do indivíduo, nos termos do § 3º do art. 33, c/c o art. 59, do Código Penal. 5. Ordem concedida tão somente para remover o óbice constante do § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/90, com a redação dada pela Lei n. 11.464/07, o qual determina que “[a] pena por crime previsto neste artigo será cumprida inicialmente em regime fechado”. Declaração incidental de inconstitucionalidade, com efeito ex nunc, da obrigatoriedade de fixação do regime fechado para início do cumprimento de pena decorrente da condenação por crime hediondo ou equiparado.” (DJU de 17/12/2013)

Expungiu-se, assim, do sistema, normas esdrúxulas, destoantes de toda a ideia de individualização da pena na fase de execução, a primeira

que retirava do condenado qualquer esperança de antecipar a sua liberdade pelo mérito, fator de rebeliões e crises nos presídios, e a última que mitigava a efetiva aplicação do princípio da individualização da pena ao impor o regime inicial fechado para o cumprimento de condenações pelos crimes hediondos e equiparados, não exigindo a devida fundamentação em conformidade com as garantias constitucionais.

8. CONCLUSÃO

Na epígrafe deste estudo, buscou-se no evangelista Mateus inspiração para traduzir, em síntese, a grandeza da missão de julgar semelhantes. No texto das Escrituras Sagradas, são inúmeras as referências que são feitas ao sublime ato de julgar, de empunhar a balança, símbolo sagrado da Justiça.

No ofício judicial, a mais árdua das missões é certamente aquela em que o Juiz, ser humano, aplica uma sanção penal a outro ser humano, fixando um tempo em que deverá permanecer no cárcere, segregado, fora do mundo, proscrito, como se mergulhado no escuro de sua existência. É nesse momento grave de sua atuação jurisdicional que deve o juiz buscar, com todas as energias do seu espírito o supremo ideal do justo e situá-lo sob o prisma do humano para decidir qual a pena aplicável. E nessa operação deve extrair do insípido relato dos autos a singularidade do caso, numa perspectiva sociológica que tenha por enfoque, além do fato criminoso com suas circunstâncias e consequências, o agente do ilícito penal na sua individualidade, com sua história de graças e desgraças, desde a vida intrauterina.

O juiz verdadeiramente comprometido com o ideal de justiça deve fazer permanente referência ao princípio da individualização da pena.

De todo o contexto deste modesto estudo é possível extrair algumas afirmações que nos parecem irretorquíveis e que, por isso, devem constituir pontos de permanente reflexão por todos que atuam no dia a dia da justiça criminal:

1 - O nosso sistema constitucional-penal colocou o homem (indivíduo) submetido a uma acusação criminal como destinatário de inúmeras garantias, que são dogmas de observância obrigatória, na linha

da concepção filosófica que coloca a dignidade da pessoa humana como valor supremo, coluna central e fundamento básico da República.

2 - Nessa perspectiva dogmático-constitucional, que guarda sintonia com os princípios consagrados em importantes compromissos internacionais — Carta da Organização dos Estados Americanos, Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, Declaração Universal dos Direitos do Homem e Convenção Americana sobre Direitos Humanos —, o nosso sistema deve consolidar no campo da produção legislativa e da jurisprudência a afirmação dessas garantias. Não é tolerável o retrocesso que se delineia em influentes segmentos da mídia, pugnano nos espaços do Poder pela adoção de políticas do terror, similares aos tempos de Talião, sob o falso argumento de combate à criminalidade emergente.

3 - A construção legislativa que toma vigor no Congresso Nacional, que se caracteriza pela extravagante ideia de agravamento de penas e de proliferação de novos tipos penais, com absoluto desprezo aos princípios da proporcionalidade e da humanidade, ao lado do chamado Movimento da Lei e da Ordem, apologista da exacerbação de acusações e condenações criminais, não se harmoniza, em absoluto, com o Estado Democrático de Direito emoldurado em nossa Carta Magna, à luz das garantias nela inscritas.

4 - A cada dia a doutrina e a jurisprudência proclamam *urbi et orbi* a imperatividade do primado da Constituição na área dos direitos fundamentais e das garantias processuais, entre os quais se situa, em plano de primeira grandeza, o princípio da individualização da pena pelo seu efetivo reflexo no sacrossanto direito de liberdade.

Há valores que são universais e atemporais, que se situam em altos patamares, extrapolando campos de interesses limitados às concepções de escolas ou de culturas. A liberdade do homem, assim como a vida, em todos os tempos, em todos espaços do planeta, desde o princípio da humanidade, sempre foi colocada como primado na escala dos bens e dos valores mais preciosos. Todas as guerras, todas as conquistas, todas as campanhas, todos os discursos, todos os esforços do homem, nessa eterna caminhada empreendida em todos os dias e em todas as noites, foram animados pela defesa e pela garantia da liberdade.

Por isso, quando o Estado atua restringindo ou privando a liberdade do homem deve, por seus agentes, preservar esses valores eternos. Um dia a mais de privação da liberdade de um homem, conseqüente de erro ou imperfeição no ato judicial de fixação da pena prisional é causa de dano pessoal irreparável, insusceptível de recomposição, pois aquelas vinte e quatro horas subtraídas do convívio livre com o seu mundo não mais poderão ser vividas. Na vida, o tempo não vivido não é vida, é tempo perdido.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1. NUCCI, Guilherme de Souza. Individualização da pena. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
2. BOSCHI, José Antônio Paganella. Das penas e seus critérios de aplicação. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.
3. CERNICCHIARO, Luiz Vicente. Direito Penal na Constituição. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.
4. LUISI, Luiz. Os princípios constitucionais penais. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003.
5. FERREIRA, Gilberto. Aplicação da pena. Rio de Janeiro: Forense, 1988.
6. ZEIDAN, Rogério. *Ius puniendi*, Estado e direitos fundamentais. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.
7. ALMEIDA, Canuto Mendes de. A individualização da pena e o Direito Judiciário. RF, apud Gilberto Ferreira.
8. MAGALHÃES, Noronha. Direito Penal. 36. ed. São Paulo: Saraiva, 2001, v. 1.
9. LYRA, Roberto. Comentários ao Código Penal. Rio de Janeiro: Forense, 1942, v. II.
10. FARIA, Bento de. Código Penal Brasileiro (Comentado). Rio de Janeiro: Record, 1961.
11. FERNANDES, Antonio Scarance. Processo penal constitucional. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

12. SIQUEIRA, Galdino. Direito Penal Brasileiro. Edição histórica. Senado Federal, 2003.
13. BITENCOURT, Cezar Roberto. Código penal comentado. São Paulo: Saraiva, 2002.