

A CONSTITUIÇÃO, O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E O PRINCÍPIO DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA FRENTE ÀS VEDAÇÕES LEGAIS GENÉRICAS RELACIONADAS AOS CRIMES HEDIONDOS E EQUIPARADOS

Arion Escorsin de Godoy*

RESUMO: O ensaio que segue dispõe-se a abordar o princípio da individualização da pena e sua incidência no âmbito da execução criminal. Para tanto, são delineados, brevemente, alguns contornos do princípio indicado, conferindo-se, porém, especial enfoque aos precedentes jurisprudenciais que envolvem a individualização da pena e os delitos hediondos ou equiparados. Nesse sentido, aborda-se o reconhecimento da inconstitucionalidade da vedação à progressão de regimes, da vedação à concessão de liberdade provisória, da conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos, além da fixação do regime fechado como inicial, independentemente da pena imposta, todas no âmbito do Supremo Tribunal Federal. Advoga-se, ainda, a pertinência do reconhecimento da inconstitucionalidade das vedações à concessão de livramento condicional aos reincidentes condenados por crimes hediondos ou equiparados, e da vedação à concessão de indulto, notadamente, o humanitário, a condenados por delitos da espécie, o que, em regra, não vem sendo reconhecido pela jurisprudência pátria, contrariando as razões de decidir que conduziram ao afastamento de todos os demais óbices legais indicados.

PALAVRAS-CHAVE: Individualização da pena – crimes hediondos – vedações legais genéricas - inconstitucionalidade

* Defensor Público do Estado do Rio Grande do Sul. Pós-Graduando pela Pontifícia Universidade Católica.

SUMÁRIO: Introdução. 1. Individualização da Pena: Brevíssimos Contornos Históricos e Doutrinários. 2. A Individualização da Pena, Os Crimes Hediondos e a Recente Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Considerações Finais. Referências bibliográficas.

INTRODUÇÃO

É afirmação recorrente na doutrina pátria que o Processo Penal, regido por um código muito anterior à ditadura militar, gestado ainda no período de outra ditadura – Vargas – não se coaduna, em muitos pontos, com a Constituição Republicana e Democrática de 1988. Todavia, não obstante as pertinentes críticas, há de se reconhecer que bastante se tem avançado, por meio da filtragem constitucional das velhas regras. Contudo, como vertente última do Processo Penal – a Execução Penal – tanto em seu aspecto material, quanto procedimental, não tem recebido idêntico tratamento. É como se a Execução Penal se convolasse em um capítulo à parte – e esquecido – da evolução de nosso Direito Penal e Processual Penal, não obstante carregue as mesmas marcas ditatoriais, embora de outro período.

Sinais desse esquecimento restam estampados no dia-a-dia – àqueles que se dispõem a ver –, em processos administrativos disciplinares que, nem de longe, merecem a adjetivação de *devido*. Apresentam-se, também, através de prisões automáticas, decretadas oficiosamente pelos juízes em sede de execução, independentemente dos pressupostos gerais que autorizam tais segregações que ostentam nítida pretensão cautelar. Ainda, manifestam-se em decisões parcamente fundamentadas. Outrossim, revelam-se em juízos que derivam de interpretações tratadas ora como analógicas, ora como extensivas, porém sempre em prejuízo do apenado.

Se é possível destacarmos alguma evolução no que concerne à abordagem dessa temática – e certamente é –, temos que se refere à individualização da pena, hoje alçada à condição de garantia individual de dignidade constitucional. Sobre ela trataremos com maior vagar no tópico que segue.

1 INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA: BREVÍSSIMOS CONTORNOS HISTÓRICOS E DOUTRINÁRIOS

A individualização da pena, conquanto hoje esteja consolidada em nosso diploma legislativo de maior envergadura, há alguns séculos era apenas um esboço, uma reflexão, uma teoria. BECCARIA (2001, P. 123-125) foi um dos precursores da exigência da proporcionalidade – e, logo, da individualização – na imposição de penas:

Deve, pois, haver uma proporção entre os delitos e as penas.

Se o prazer e a dor são os dois grandes motores dos seres sensíveis; se, entre os motivos que determinam os homens em todas as suas ações, o supremo Legislador colocou como os mais poderosos as recompensas e as penas; se dois crimes que atingem desigualmente a sociedade recebem o mesmo castigo, o homem inclinado ao crime, não tendo que temer uma pena maior para o crime mais monstruoso, decidir-se-á mais facilmente pelo delito que lhe seja mais vantajoso; e a distribuição desigual das penas produzirá a contradição, tão notória quanto frequente, de que as leis terão de punir os crimes que tiveram feito nascer.

Se se estabelece um mesmo castigo, a pena de morte, por exemplo, para quem mata um faisão e para quem mata um homem ou falsifica um escrito importante, em breve não fará mais nenhuma diferença entre esses delitos; [...]

Bastará, contudo, que o legislador sábio estabeleça divisões principais na distribuição das penas proporcionadas aos delitos e que, sobretudo, não aplique os menores castigos aos maiores crimes.

De modo ainda mais específico, no final do Século XIX, SALEILLES (2006, p. 31) assim a definiu:

Portanto, cada pena deve ser apropriada ao seu fim, para que produza o maior efeito possível. Não cabe fixá-la de antemão de um modo estrito e rígido, nem regulá-la legalmente de um modo invariável, já que o fim da pena é individual e deve ser obtido pelo emprego de uma política especial adequada às circunstâncias, mais que pela aplicação de uma lei puramente abstrata, ignorante com relação às espécies e casos que lhe forem submetidos. [...]

Se, pois, olharmos assim para a pena, em seu fim, considerando o futuro e para a realização de um fim, é preciso que essa pena se adapte à natureza de quem ela recairá. Se o criminoso não está de todo pervertido, é necessário que a pena não contribua para pervertê-lo mais; é necessário que o levante e o ajude a reabilitar-se, e se o criminoso é incorrigível, é necessário que a pena seja contra ele e, em proveito da sociedade, uma medida de defesa e preservação radicais.

Essa adaptação da pena ao indivíduo é o que hoje se chama de individualização da pena.

E, modernamente, no direito pátrio, por NUCCI como a eleição da

[...] 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, prescindindo 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, injusto.

A importância do princípio destacado é bem situado por FOUCAULT (2006, p. 83):

Vemos aí ao mesmo tempo a necessidade de uma classificação paralela dos crimes e dos castigos e a necessidade de uma individualização das penas, em conformidade com as características singulares de cada criminoso. Essa individualização vai representar um peso muito grande em toda a história do direito penal moderno; aí está a sua fundamentação; sem dúvida em termos de teoria do direito e do acordo com as exigências da prática cotidiana, ela está em oposição radical com o princípio da codificação; mas do ponto de vista de uma economia do poder de punir, e das técnicas através das quais se pretende pôr em circulação, em todo o corpo social, sinais de punição exatamente ajustados, sem excessos nem lacunas, sem “gasto” inútil de poder mas sem timidez, vê-se bem que a codificação do sistema delitos castigos e a modulação do par criminoso-punição vão a par e se chamam um ao outro. A individualização aparece como o objetivo derradeiro de um código bem adaptado.

Posto isso, em brevíssima análise, nota-se não só a evolução da garantia da individualização da pena, como, especificamente, sua corporificação.

2 A INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA, OS CRIMES HEDIONDOS E A RECENTE JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Por quase duas décadas a individualização da pena não passava, em regra, de mais uma das tantas promessas de nossa Constituição Cidadã. Contudo, o cenário passou a se alterar, no âmbito do Supremo Tribunal Federal, no ano de 2006.

Primeiro, pôde-se observar a modificação do entendimento acerca da constitucionalidade da vedação – genérica – à concessão de progressão de regimes a condenados por crimes hediondos ou equiparados, assentado há quase uma década naquela Corte (HC 82.959/SP), que restou assim ementado:

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, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 23/02/2006, DJ 01-09-2006 PP-00018 EMENT VOL-02245-03 PP-00510 RTJ VOL-00200-02 PP-00795)

Após, considerou incompatível com a Constituição da República a vedação – também genérica – à conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos no que toca aos delitos da mesma espécie (HC 97.256).

EMENTA: HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. ART. 44 DA LEI 11.343/2006: IMPOSSIBILIDADE DE CONVERSÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE EM PENA RESTRITIVA DE DIREITOS. DECLARAÇÃO INCIDENTAL DE INCONSTITUCIONALIDADE. OFENSA À GARANTIA CONSTITUCIONAL DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA (INCISO XLVI DO ART. 5º DA CF/88). ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA. 1. O processo de individualização da pena é um caminhar no rumo da personalização da resposta punitiva do Estado, desenvolvendo-se em três momentos individuados e complementares: o legislativo, o judicial e o executivo. Logo, a lei comum não tem a força de subtrair do juiz sentenciante o poder-dever de impor ao delinqüente a sanção criminal que a ele, juiz, afigurar-se como expressão de um concreto balanceamento ou de uma empírica ponderação de circunstâncias objetivas com protagonizações subjetivas do fato-tipo. Implicando essa ponderação em concreto a opção jurídico-positiva pela prevalência do razoável sobre o racional; ditada pelo permanente esforço do julgador para conciliar segurança jurídica e justiça material. 2. No momento sentencial da dosimetria da pena, o juiz sentenciante se movimenta com ineliminável discricionariedade entre aplicar a pena de privação ou de restrição da liberdade do condenado e uma outra que já não tenha por objeto esse bem jurídico maior da liberdade física do sentenciado. Pelo que é vedado subtrair da instância julgadora a possibilidade de

se movimentar com certa discricionariedade nos quadrantes da alternatividade sancionatória. 3. As penas restritivas de direitos são, em essência, uma alternativa aos efeitos certamente traumáticos, estigmatizantes e onerosos do cárcere. Não é à toa que todas elas são comumente chamadas de penas alternativas, pois essa é mesmo a sua natureza: constituir-se num substitutivo ao encarceramento e suas seqüelas. E o fato é que a pena privativa de liberdade corporal não é a única a cumprir a função retributivo-ressocializadora ou restritivo-preventiva da sanção penal. As demais penas também são vocacionadas para esse geminado papel da retribuição-prevenção-ressocialização, e ninguém melhor do que o juiz natural da causa para saber, no caso concreto, qual o tipo alternativo de reprimenda é suficiente para castigar e, ao mesmo tempo, recuperar socialmente o apenado, prevenindo comportamentos do gênero. 4. No plano dos tratados e convenções internacionais, aprovados e promulgados pelo Estado brasileiro, é conferido tratamento diferenciado ao tráfico ilícito de entorpecentes que se caracterize pelo seu menor potencial ofensivo. Tratamento diferenciado, esse, para possibilitar alternativas ao encarceramento. É o caso da Convenção Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e de Substâncias Psicotrópicas, incorporada ao direito interno pelo Decreto 154, de 26 de junho de 1991. Norma supralegal de hierarquia intermediária, portanto, que autoriza cada Estado soberano a adotar norma comum interna que viabilize a aplicação da pena substitutiva (a restritiva de direitos) no aludido crime de tráfico ilícito de entorpecentes. 5. Ordem parcialmente concedida tão-somente para remover o óbice da parte final do art. 44 da Lei 11.343/2006, assim

como da expressão análoga “vedada a conversão em penas restritivas de direitos”, constante do § 4º do art. 33 do mesmo diploma legal. Declaração incidental de inconstitucionalidade, com efeito ex nunc, da proibição de substituição da pena privativa de liberdade pela pena restritiva de direitos; determinando-se ao Juízo da execução penal que faça a avaliação das condições objetivas e subjetivas da convolação em causa, na concreta situação do paciente. (HC 97256, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 01/09/2010, DJe-247 DIVULG 15-12-2010 PUBLIC 16-12-2010 EMENT VOL-02452-01 PP-00113 RT v. 100, n. 909, 2011, p. 279-333)

Em seguida, o mesmo Pretório Excelso reputou inconstitucional a vedação – outra vez genérica – à concessão de liberdade provisória prevista no art. 44 da Lei nº 11.343/06 (HC 104.339/SP), tendo assim ficado registrado no Informativo n. 665 do STF:

Discorreu-se que ambas as Turmas do STF teriam consolidado, inicialmente, entendimento no sentido de que não seria cabível liberdade provisória aos crimes de tráfico de entorpecentes, em face da expressa previsão legal. Entretanto, ressaltou-se que a 2ª Turma viria afastando a incidência da proibição em abstrato. Reconheceu-se a inafiançabilidade destes crimes, derivada da Constituição (art. 5º, XLIII). Asseverou-se, porém, que essa vedação conflitaria com outros princípios também revestidos de dignidade constitucional, como a presunção de inocência e o devido processo legal. Demonstrou-se que esse empecilho apriorístico de concessão de liberdade provisória seria incompatível com estes postulados. Ocorre

que a disposição do art. 44 da Lei 11.343/2006 retiraria do juiz competente a oportunidade de, no caso concreto, analisar os pressupostos de necessidade da custódia cautelar, a incorrer em antecipação de pena. Frisou-se que a inafiançabilidade do delito de tráfico de entorpecentes, estabelecida constitucionalmente, não significaria óbice à liberdade provisória, considerado o conflito do inciso XLIII com o LXVI (“ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança”), ambos do art. 5º da CF. Concluiu-se que a segregação cautelar — mesmo no tráfico ilícito de entorpecentes — deveria ser analisada assim como ocorreria nas demais constrições cautelares, relativas a outros delitos dispostos no ordenamento. Impenderia, portanto, a apreciação dos motivos da decisão que denegara a liberdade provisória ao paciente do presente writ, no intuito de se verificar a presença dos requisitos do art. 312 do CPP. Saliou-se que a idoneidade de decreto de prisão processual exigiria a especificação, de modo fundamentado, dos elementos autorizadores da medida (CF, art. 93, IX). Verificou-se que, na espécie, o juízo de origem, ao indeferir o pedido de liberdade provisória formulado pela defesa, não indicara elementos concretos e individualizados, aptos a justificar a necessidade da constrição do paciente, mas somente aludira à indiscriminada vedação legal. Entretanto, no que concerne ao alegado excesso de prazo na formação da culpa, reputou-se que a tese estaria prejudicada, pois prolatada sentença condenatória confirmada em sede de apelação, na qual se determinara a continuidade da medida acauteladora, para a garantia da ordem pública.

O Min. Dias Toffoli acresceu que a inafiançabilidade não constituiria causa impeditiva da liberdade provisória. Afirmou que a fiança, conforme estabelecido no art. 322 do CPP, em certas hipóteses, poderia ser fixada pela autoridade policial, em razão de requisitos objetivos fixados em lei. Quanto à liberdade provisória, caberia ao magistrado aferir sua pertinência, sob o ângulo da subjetividade do agente, nos termos do art. 310 do CPP e do art. 5º, LXVI, da CF. Sublinhou que a vedação constante do art. 5º, XLIII, da CF diria respeito apenas à fiança, e não à liberdade provisória. O Min. Ricardo Lewandowski lembrou que, no julgamento da ADI 3112/DF (DJe de 26.10.2007), a Corte assinalara a vedação constitucional da prisão ex lege, bem assim que os princípios da presunção de inocência e da obrigatoriedade de fundamentação de ordem prisional por parte da autoridade competente mereceriam ponderação maior se comparados à regra da inafiançabilidade. O Min. Ayres Britto, Presidente, consignou que, em direito penal, deveria ser observada a personalização. Evidenciou a existência de regime constitucional da prisão (art. 5º, LXII, LXV e LXVI) e registrou que a privação da liberdade seria excepcional. [HC 104339/SP, rel. Min. Gilmar Mendes, 10.5.2012.](#)

Finalmente, o STF reconheceu a inconstitucionalidade da regra que impedia que se iniciasse o cumprimento da pena em regime diverso do fechado – novamente quanto aos delitos hediondos ou equiparados, invocando que tal decisão inclusive seria consectário lógico da possibilidade da conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos (HC 111.840/ES).

Habeas corpus. Penal. Tráfico de entorpecentes. Crime praticado durante a vigência da Lei nº 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 nº 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. (HC 111.840/ES – Rel. Min. Dias Toffoli, julgado em 14/06/2012 [ainda sem publicação oficial do acórdão]).

Portanto, todo esse processo referente à amplitude da garantia da individualização da pena pode ser ilustrado e delimitado nas poéticas considerações do Ministro Ayres Brito (HC 103.595/SP):

Não se pode perder de vista o caráter individual dos direitos subjetivo-constitucionais em matéria penal. E como o indivíduo é sempre uma realidade única ou insimilar, irrepetível mesmo na sua condição de microcosmo ou de um universo à parte, todo instituto de direito penal que se lhe aplique – pena, prisão, progressão de regime penitenciário, liberdade provisória, conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos – há de exibir o timbre da personalização. Tudo tem que ser personalizado na concreta aplicação do direito constitucional-penal, porque a própria Constituição é que se deseja assim orteguianamente aplicada (na linha do “Eu sou eu e minhas circunstâncias”, como sentenciou Ortega Y Gasset).

Não obstante, ainda têm vigência em nosso Direito e são reiteradamente aplicadas por nossos Tribunais pelo menos

duas limitações da espécie: a primeira, no que toca ao livramento condicional, refere-se ao disposto no art. 83, V, do Código Penal, que tem a seguinte redação:

Art. 83 - O juiz poderá conceder livramento condicional ao condenado a pena privativa de liberdade igual ou superior a 2 (dois) anos, desde que: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

[...]

V - cumprido mais de dois terços 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. (Incluído pela Lei nº 8.072, de 25.7.1990)

Note-se que, surpreendentemente – tendo em vista os avanços jurisprudenciais trabalhados –, a constitucionalidade de tal dispositivo vem sendo afirmada reiteradamente, tanto pelo Superior Tribunal de Justiça (HC 102.286/PR), quanto pelo *vanguardista* Tribunal de Justiça Gaúcho (Agravo Nº 70043502921), dentre outros Tribunais do país.

Outra sorte, contudo, tivemos no âmbito doutrinário, com Luiz Flavio Gomes e Antonio García-Pablos de Molina (2007, p. 872):

Réu reincidente específico em crimes hediondos não pode ter progressão de regime nem livramento condicional (CP, art. 83, V). Mas diante da posição do STF (HC 82.959) de que é inconstitucional a norma que proíbe a progressão de regime, porque violadora do princípio da individualização da pena, parece que está afetado também esse dispositivo legal. A reincidência do condenado pode conduzir a um tratamento mais rigoroso, mas não pode

impedir a progressão de regime (tampouco o livramento condicional).

Porém, é certo que a manutenção da “constitucionalidade” da regra proibitiva de concessão do livramento condicional se ampara em rasa apreciação da matéria, que não supera a pura e simples alegação de existência de óbice legal, sem se fazer qualquer juízo crítico a respeito, conforme ilustra o precedente que segue:

AGRAVO EM EXECUÇÃO. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. LIVRAMENTO CONDICIONAL. REINCIDÊNCIA ESPECÍFICA. CRIME HEDIONDO. VEDAÇÃO LEGAL. ART. 83, V, DO CP. Inviável a concessão do benefício do livramento condicional ao apenado reincidente específico no delito de tráfico ilícito de entorpecentes, por expressa vedação legal. Artigo 83, inc. V, do CP. Precedente do STJ e do Colegiado. AGRAVO EM EXECUÇÃO DESPROVIDO. (Agravo Nº 70043502921, Terceira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Catarina Rita Krieger Martins, Julgado em 13/12/2011)

Nesse cenário, constata-se que, por exemplo, a vedação legal à progressão de regimes não foi suficiente para impedir o gozo do benefício, eis que incompatível com a Constituição; todavia, vedação semelhante quanto ao livramento condicional tem prosperado, sem sequer os Tribunais afirmarem por qual motivo se aplicaria o raciocínio constitucionalizado quanto à progressão – em coerência com uma hermenêutica que se consolida, como visto –, o mesmo não ocorrendo quanto ao livramento condicional.

A segunda vedação da espécie a prosperar diz respeito aos benefícios de indulto e comutação, na aplicação cega que se faz do disposto no artigo 8º, inciso II, do Decreto- Presidencial 7.648 de 2011, o que se pode verificar em

pesquisa à jurisprudência do Tribunal da Cidadania (HC 184.028/MS) e do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (Agravo Nº 70049137821), dentre outros tantos. Eis o que prevê o referido dispositivo:

Art. 8º Os benefícios previstos neste Decreto não alcançam as pessoas condenadas:

[...] II - por crime hediondo, praticado após a edição das Leis no 8.072, de 25 de julho de 1990; no 8.930, de 6 de setembro de 1994; no 9.695, de 20 de agosto de 1998; no 11.464, de 28 de março de 2007; e no 12.015, de 7 de agosto de 2009, observadas, ainda, as alterações posteriores;

Entretanto, é certo que a mais adequada interpretação das regras que impliquem restrições genéricas a direitos materializa-se a partir da extensão da *ratio decidendi* que inspirou as considerações do Ministro Ayres Brito, em consonância com o que decidiu a Desembargadora gaúcha Lizete Andreis Sebben, no Agravo Nº 70048095673, também do TJ/RS, em relação ao indulto humanitário, assim ementado:

AGRAVO EM EXECUÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. CONCESSÃO DE INDULTO HUMANITÁRIO. ART. 1º, INCISO IX, LETRA "C" DO DECRETO Nº 7.420/10. CONCESSÃO DO BENEFÍCIO. CASO CONCRETO. Ainda que o agravante tenha sido condenado por tráfico de drogas, crime equiparado ao hediondo, nos termos da Lei nº 8.072/90, sendo, por isso, em tese, insuscetível de indulto, entendo que, diante das peculiaridades do caso, é de ser concedido o indulto humanitário. Primeiro, porque os requisitos da lei de concessão do indulto restaram preenchidos, com base no laudo pericial juntado aos autos; segundo, pelo

fato de que a aplicação da regras referentes ao tráfico de drogas vem sendo amenizada pela Jurisprudência e pela Lei, tanto que o próprio Colendo STF vem reconhecendo a inconstitucionalidade de dispositivos ali inseridos, sendo possível, atualmente, a concessão de liberdade provisória ao acusado por esse crime, bem como a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, sem falar, também, que atualmente o acusado não precisa cumprir integralmente a pena no regime fechado; e terceiro, a meu ver o mais relevante, é o fato da Constituição Federal pregar a dignidade da pessoa humana como um de seus princípios fundamentais (art. 1º, inciso III, da CF), razão pela qual a simples hediondez, reconhecida em lei infraconstitucional, não pode se sobrepor a esse princípio, ainda mais, quando preenchidos os requisitos legais que autorizam a concessão da benesse, contando o autor com 50 anos de idade, condenado a uma pena de 07 anos, 05 meses e 20 dias, restando, ainda, um saldo de mais de cinco anos para cumprimento da pena, o que demonstra a impossibilidade, pela gravidade da doença, em cumpri-la no estabelecimento prisional. Decisão reformada. AGRAVO PROVIDO. (Agravos N° 70048095673, Segunda Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Lizete Andreis Sebben, Julgado em 09/08/2012).

Semelhantes precedentes se verificam, mesmo anteriormente, no âmbito do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios:

HABEAS CORPUS. DECRETO N° 5.620/05 - PEDIDO DE INDULTO HUMANITÁRIO INDEFERIDO - CRIME HEDIONDO - ART. 5º, XLIII DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL -

VEDAÇÃO QUE NÃO INCLUI O INDULTO. INTERPRETAÇÃO RESTRITIVA. ORDEM CONCEDIDA, EM PARTE. Se o art. 5º, XLIII, da Constituição Federal nada dispôs quanto ao indulto, a vedação constante da aludida norma há de ser interpretada restritivamente, de sorte a não estorvar o exame de pedido de indulto humanitário, formulado por detento paraplégico com fulcro nos arts. 1º, VI e 8º, parágrafo único do Decreto nº 5.620/05. (Acórdão n. 279749, 20070020081752HBC, Relator ROMÃO C. OLIVEIRA, 2ª Turma Criminal, julgado em 16/08/2007, DJ 12/09/2007 p. 92)

HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. CRIME HEDIONDO E INDULTO HUMANITÁRIO. DECRETO 5.620/2005. VEDAÇÃO CONSTITUCIONAL. INTERPRETAÇÃO RESTRITIVA. PACIENTE PARAPLÉGICO. PRISÃO DOMICILIAR. RISCO PERMANENTE DE AGRAVAMENTO DAS CONDIÇÕES DE SAÚDE DO CONDENADO. EXIGÊNCIA DE CUIDADOS CONTÍNUOS.

1 O fato de o paciente estar cumprindo pena em regime aberto não o impede de postular benefício capaz de lhe restituir plenamente a liberdade. Não faz sentido dar continuidade ao cumprimento da pena quando esta perde às inteiras o sentido finalístico, retributivo e ressocializador.

2 O paciente é portador de paraplegia e escaras de decúbito, com incapacidade severa, grave limitação de atividade e restrição de participação, exigindo cuidados contínuos.

3 O Presidente da República pode emitir decreto em caráter excepcional e motivado por razões humanitárias para conceder indulto. A norma proibitiva - constitucional ou não - deve sempre

ser interpretada restritivamente e sem perder de vista o princípio maior da humanidade, previsto no art. 1º, inciso III da Constituição Federal. Esta norma é o epicentro da ordem jurídica, conferindo unidade teleológica e axiológica a todas as demais normas constitucionais, repudiando a aritmética penal talonária e rechaçando penas e conseqüências jurídicas inumanas.

4 Ordem concedida.(Acórdão n. 277141, 20070020056203HBC, Relator GEORGE LOPES LEITE, 1ª Turma Criminal, julgado em 14/06/2007, DJ 01/08/2007 p. 91)

Ademais, fundamental destacar que o que a Constituição admite e veda é a concessão de *graça* ou *anistia* – mas não indulto ou comutação, no que toca aos crimes hediondos ou equiparados, conforme previsão do artigo 5º, inciso XLIII:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

XLIII - a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem;

Dessa forma, revela-se destoante e, logo, inconstitucional – por exprimir restrição excessiva e não justificada ao direito fundamental à liberdade – o disposto no artigo 8º do Decreto Presidencial nº 7.648/2011 – regra repetida em todos os demais diplomas que regularam o indulto nos últimos anos, eis que procede, pela via ordinária

– no caso, um mero Decreto, ato normativo do Executivo –, a limitação que, como destacado, exacerba os permissivos constitucionais.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Posto isso, imperioso reconhecer – e se reconhecer de imediato, e não em mera repetição acrítica de jurisprudência do Supremo –, que a individualização da pena, para além de mais uma bela promessa constitucional, possui contornos amplos e efetivos – como é próprio dos princípios – que implicam o afastamento de toda e qualquer *padronização* não só no que concerne ao cumprimento da pena, mas também no que diz da restrição a direitos subjetivo-constitucionais em matéria penal, os quais sempre devem ser considerados de forma personalíssima, como bem expôs o Ministro Ayres Brito.

Vale dizer: toda e qualquer restrição genérica a direitos ou garantias fundamentais em campo penal, na esteira do entendimento invocado, só encontram guarida na Constituição se nela expressamente estiverem insertas, como na hipótese da vedação ao arbitramento de fiança nos enfocados crimes hediondos; não há, todavia, como se interpretar extensivamente ou analogicamente restrições da espécie, nem criá-las pela via ordinária – ou mesmo infralegal, como no caso do indulto. Enfim, as limitações genéricas compõe um rol fechado no diploma ápice de nossa pirâmide normativa, infenso até mesmo a eventual Emenda à Constituição, quer por a individualização da pena se tratar de cláusula pétrea, quer em face da proibição de retrocesso em matéria de direitos fundamentais.

Por fim, em oposição ao que pretende fazer crer o obtuso discurso punitivista que grassa difundido pelos meios de comunicação de massa, cumpre salientar que tal postura de efetivação de direitos fundamentais não importa

amolecimento do enfrentamento à criminalidade. Muito pelo contrário: cuida-se, pura e simplesmente, do restabelecimento da ordem natural hierárquica de uma estrutura normativa cumeada ou alicerçada, como queiram, pela Constituição, que faz incidir seus propósitos democráticos no Direito Penal, no Processo Penal e, como há de ser, também na Execução Penal.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BECCARIA, Cesare. ***Dos delitos e das penas***. São Paulo: Ridendo Castigat Mores, versão eletrônica, 2001.

FOUCAULT, Michel. ***Vigiar e punir: história da violência nas prisões***. 31 ed. Petrópolis: Vozes, 2007.

GOMES, Luiz Flávio. MOLINA, Antonio García-Pablos de. ***Direito Penal: parte geral***. São Paulo: RT, 2007

NUCCI, Guilherme de Souza. ***Individualização da pena***. São Paulo: RT, 2009.

SALEILLES, Raymond. ***A individualização da pena***. São Paulo: Rideel, 2006.