

Sistemas penitenciários e o princípio da proporcionalidade

É cediço que a condenação pelo cometimento de um crime enseja a aplicação de pena. Cuello Calón faz relevante ponderação, ao informar que as sociedades possuem sistema de penas desde a época mais remota até aos nossos dias, mesmo com finalidades distintas, severa ou moderada, a figura da pena como sanção “tem existido sempre, em todos os povos e em todos os tempos”, sendo um fato universal¹.

Isso porque o direito penal tem por escopo proteger os bens jurídicos mais importantes para a convivência humana, ensejando aplicação de sanção pelo poder coativo do Estado². Sem embargo, como forma de evitar arbitrariedades, a lei estabelece parâmetros objetivos quanto à natureza da pena, os limites, a modalidade de cumprimento, etc. Esse fenômeno é chamado de “determinação legal relativa”. O objetivo é intimidar genericamente os indivíduos, evitando a prática de crime, bem como promover a proporcionalidade da sanção, conforme a gravidade abstrata do delito³.

Pois bem, após a condenação, dá-se início ao cumprimento da pena imposta. Basicamente, existem três modelos de sistemas penitenciários, sendo o pensilvânico ou celular, o alburniano e o progressivo. O **sistema pensilvânico ou celular** surgiu no final do século XVIII, caracterizando-se pelo isolamento absoluto dos reclusos entre si e com o mundo exterior. O escopo era promover o arrependimento moral do apenado por meio da meditação, do silêncio e do isolamento, como forma de evitar a propagação de ideias ilícitas entre os presos⁴. Em seguida, surgiu o **sistema auburniano**, que deriva do nome da cidade de Auburn, em Nova York. Isso porque em 1823 foi substituído o *solitary-system* pelo *silente-system*. Vale dizer, deixou-se o sistema de isolamento total do indivíduo para o sistema coletivo de trabalho, porém, de forma silenciosa. O trabalho era obrigatório, bem como o silêncio, sob pena de sanções⁵. Com a implantação desse sistema penitenciário, operou-se o trabalho em comum, realizado em oficinas, sendo que os reclusos realizavam trabalhos próprios da indústria⁶. Por fim, criou-se o **sistema progressivo**, consistindo na preparação do apenado, mediante etapas, para a vida em liberdade, adaptando-o à convivência com outras pessoas no ambiente social. Caracteriza-se essencialmente por períodos distintos durante o cumprimento da pena,

¹ CUELLO CALÓN, Eugenio. *La Moderna Penología. (Represión del delito y tratamiento de los delinquentes. Penas y medidas. Su ejecución)*. Tomo I. Barcelona: Bosch Casa Editorial, 1958, p. 15.

² JESCHECK, Hans. *Tratado de Derecho Penal*. Parte General. Cuarta edición. Granada: Editorial Comares, 1993, p. 6.

³ MUÑOZ CONDE, Francisco; Arán, Mercedes García. *Derecho Penal*. Parte General. 8ª ed. Valência: Tirant Lo Blanch, 2010, p. 532-533.

⁴ MUÑOZ CONDE, Francisco; Arán, Mercedes García. *Derecho Penal*. Parte General. 8ª ed. Valência: Tirant Lo Blanch, 2010, p. 555.

⁵ VON LISZT, Franz. *Tratado de Direito Penal alemão* Vol. I. História do Direito Brasileiro. Obra fac-similar. Brasília: Senado Federal, 2006, p. 418.

⁶ FONTAN BALESTRA, Carlos. *Derecho Penal. Introducción y Parte General*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1998, p. 570.

graduando-se a rigidez com paulatina liberdade, progredindo ou regredindo, a depender da boa ou má conduta do preso⁷.

Corolário do sistema progressivo, cabe ao juiz fixar o regime inicial de cumprimento da pena, realizando a dosimetria, podendo ser imposto o regime fechado, semiaberto ou aberto (art. 33, Código Penal). O escopo é estabelecer a modalidade punitiva necessária e suficiente para a reprovação e prevenção do delito, nos termos do art. 59, *caput*, do Código Penal, *in verbis*:

*“Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para 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 da liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível”.*

Em geral, o sistema penal brasileiro adota o sistema penitenciário progressivo, na dicção do art. 112 da lei 7.210/84: “A *pena privativa de liberdade* será executada em forma **progressiva** com a transferência para regime menos rigoroso, a ser determinada pelo juiz, quando o preso tiver cumprido ao menos: [...]”

Assim, a execução da pena de maneira progressiva significa que o condenado deve cumprir determinado tempo de privação de liberdade em um dado regime, sendo transferido para regime menos rigoroso se ostentar bom comportamento – atendendo aos requisitos objetivo e subjetivo.

Não obstante, a novíssima lei 13.964/19 (Pacote Anticrime) alterou a sistemática penal e processual, vedando explicitamente a progressão de regime ao condenado expressamente em sentença por integrar organização criminosa ou por crime praticado por meio de organização criminosa que ainda mantenha vínculo associativo, conforme acréscimo do § 9º ao art. 2º da lei 12.850/13, *in verbis*:

*“§ 9º O condenado expressamente em sentença **por integrar organização criminosa** ou por crime praticado por meio de organização criminosa **não poderá progredir de regime de cumprimento de pena** ou obter livramento condicional ou outros benefícios prisionais **se houver elementos probatórios que indiquem a manutenção do vínculo associativo**” (NR)*

⁷ MUÑOZ CONDE, Francisco; Arán, Mercedes García. *Derecho Penal*. Parte General. 8ª ed. Valência: Tirant Lo Blanch, 2010, p. 556

Impende salientar que o novel dispositivo ora mencionado não veda a progressão de regime ante a gravidade abstrata do delito – que é proscrita pelo STF⁸-, mas sim em razão de permanência da vinculação à organização criminosa do apenado, mesmo após o início do cumprimento da pena. De fato, presentes essas condições, o condenado não faz jus ao beneplácito de antecipação parcial da liberdade, sob pena de ferir o princípio da prevenção especial negativa, notadamente face à demonstração de continuidade de vinculação criminosa. Isso porque, segundo Hans Welzel, a teoria preventiva especial tem por finalidade impedir a ocorrência de novos delitos por meio de certa influência sobre o apenado, devendo adaptar-se à personalidade do preso. Para isso, deve-se intimidar o delinquente ocasional, reeducar o criminoso corrigível e inocuizar o delinquente incorrigível⁹. Cuello Calón corrobora o mesmo entendimento sobre essa teoria, asseverando que a pena imposta tem por escopo a ressocialização (correção), assim como evitar o cometimento de novos delitos pelo apenado (intimidação). Não obstante, caso o condenado, mesmo com as sanções impostas, ainda assim permaneça indiferente ou insusceptível de reforma moral, “deberá aspirar separarlo de la comunidad social”¹⁰.

Outrossim, a vedação à progressão de pena em casos de manutenção de vínculo associativo com organização criminosa não configura disposição inédita no ordenamento jurídico pátrio, uma vez que o Supremo Tribunal Federal¹¹ veda o modelo progressivo aos apenados submetidos ao sistema penitenciário federal, em prol da segurança pública em caso de não atendimento aos requisitos subjetivos, *in verbis*:

*“A Segunda Turma afirmou que a **transferência do apenado para o sistema federal** tem, em regra, como fundamento razões que atestam que, naquele momento, **o condenado não tem mérito para progredir de regime**. Observou que a transferência seria cabível no interesse da segurança pública ou do próprio preso (Lei 11.671/2008, art. 3º). Frisou que **o paciente seria líder de organização criminosa**. Ademais, mesmo sem cometer infrações disciplinares, **o preso que pertencesse à associação criminosa não satisfaria aos requisitos subjetivos para a progressão de regime**. A pertinência à sociedade criminosa seria crime e também circunstância reveladora da falta de condições de progredir a regime prisional mais brando. A Segunda Turma ainda registrou que **a manutenção do condenado em regime fechado**, com base na falta de*

⁸ STF. Súmula 718: “A opinião do julgador sobre a gravidade em abstrato do crime não constitui motivação idônea para a imposição de regime mais severo do que o permitido segundo a pena aplicada”.

⁹ WELZEL, Hans. Derecho Penal. Parte General. Traducción de Carlos Fontán Balestra. Buenos Aires: Roque Depalma Editor, 1956, p. 239.

¹⁰ CUELLO CALÓN, Eugenio. *La Moderna Penología. (Represión del delito y tratamiento de los delincuentes. Penas y medidas. Su ejecución)*. Tomo I. Barcelona: Bosch Casa Editorial, 1958, p. 19.

¹¹ STF. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. HC 131.649/RJ, rel. orig. min. Cármen Lúcia, rel. p/ac. min. Dias Toffoli, julgamento em 6-9-2016. Informativo 838.

mérito do apenado, não seria incompatível com a jurisprudência do STF” (STF - HC 131.649/RJ)

De igual modo, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça¹² entende pelo não cabimento de progressão de regime a preso submetido ao regime disciplinar diferenciado que não atenda aos requisitos subjetivos:

2. No caso, contra o paciente, de nacionalidade chilena, pesa decreto de extradição expedido pelo Supremo Tribunal Federal, em razão da condenação de duas prisões perpétuas, por envolvimento com crimes de terrorismo praticados com extrema crueldade e táticas de guerrilha, a que foi submetido na República do Chile e que ainda não foi cumprida por aquele país e, também, que o Ministro da justiça já determinou sua expulsão do país, após o integral cumprimento da pena. De outro ponto, infere-se do acórdão impugnado, que o paciente praticou falta grave no dia 16/11/2016, consistente em desobediência à ordem de servidor público. Demais disso, foi inserido em Penitenciária Federal, em Regime Disciplinar Diferenciado (RDD), o qual foi inúmeras vezes fundamentadamente renovado pela concreta possibilidade de fuga e envolvimento direto com o chefe do Primeiro Comando da Capital (PCC), porque "durante praticamente todo o período em que esteve recolhido na Penitenciária do Estado de São Paulo (de 1-02-2002 a 02-02-2007) representou risco à ordem e à segurança do estabelecimento, penal ou da sociedade, em razão de seu envolvimento com organização criminosa", não demonstrando, assim, que reúne condições pessoais de reinserção social e, portanto, não preenche o requisito subjetivo à progressão de regime. (STJ - RHC 75366/RO)

Com efeito, tais vedações observam o princípio da proporcionalidade, estabelecendo-se critérios para controlar medidas que restrinjam direitos fundamentais ou outros interesses juridicamente tutelados¹³. Na perspectiva normativa, a despeito da inexistência de previsão expressa do princípio da proporcionalidade na Carta Magna, o Supremo Tribunal Federal tem subsidiado esse cânone “na cláusula do devido processo legal, na sua dimensão substantiva”, a exemplo da ADI 1.158-MC, rel. Celso de Mello. DJU, 26-05-1995; ADI 1.076-MC, rel. min. Sepúlveda Pertence. DJU, 07 dez. 2000; ADI 1.922-MC, rel. min. Moreira Alves, DJU, 24 nov. 2000; ADI 2.276, rel. min. Maurício Corrêa. DJU, 05, dez. 2002¹⁴.

¹² STJ. Sexta Turma. RHC 75366/RO. min. Antônio Saldanha Palheiro. Data do Julgamento 04/04/2017. Data da Publicação/Fonte. DJe 26/04/2017.

¹³ SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira. *Direito Constitucional. Teoria, história e métodos de trabalho*. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 467.

¹⁴ SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira. *Direito Constitucional. Teoria, história e métodos de trabalho*. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 470.

Para atingir tal mister, deve ser perscrutada não só a admissibilidade constitucional da medida restritiva, mas também a compatibilidade das restrições com o princípio da proporcionalidade. Nessa tarefa, deve-se atentar para o subprincípio da *adequação*, que requer aptidão das medidas para atingir os objetivos almejados; o subprincípio da *necessidade*, significando a inexistência de outro meio menos gravoso suficiente para atingir a eficácia pretendida; por fim, o subprincípio da *proporcionalidade e sentido estrito*, que se refere ao equilíbrio entre a intervenção realizada e os objetivos perseguidos¹⁵.

Pois bem, na seara do direito penal, o princípio da proporcionalidade da pena é norma imanente, afigurando-se basilar desde os penalistas da escola clássica, sendo defendido o equilíbrio punitivo na qualidade e na quantia da pena aplicada. A qualidade da pena refere-se ao rigor punitivo ante os crimes mais graves, ao passo que a quantidade aduz ao tempo maior ou menor de imposição da sanção¹⁶.

Assim, o acréscimo do § 9º ao art. 2º da lei 12.850/13, que estabelece vedação de progressão de regime aos condenados por integrar organização criminosa - que ainda mantenham vínculo associativo-, assemelha-se ao sistema penitenciário pensilvânico ou celular e atende ao princípio da proporcionalidade. Desta feita, afigura-se medida adequada, necessária e proporcional, face à recusa do apenado em ressocializar-se, em afastar-se de atividade criminosa, bem como por ostentar risco concreto de reiteração delitiva.

***Carlos Eduardo Ferreira dos Santos** é advogado e consultor jurídico. Membro consultor da Comissão Especial de Direito Penal Econômico, do Conselho Federal da OAB. Mestrando em Política Criminal pela Universidad de Salamanca.

¹⁵ MENDES, Gilmar Ferreira. COELHO, Inocência Mártires. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007, pg. 321-322.

¹⁶ CUELLO CALÓN, Eugenio. *La Moderna Penología. (Represión del delito y tratamiento de los delincuentes. Penas y medidas. Su ejecución)*. Tomo I. Barcelona: Bosch Casa Editorial, 1958, p. 29.