

A PROGRESSÃO DE REGIME NA LEI DOS CRIMES HEDIONDOS A LUZ DO STF

Alexandre Cordeiro*

1. INTRODUÇÃO

Desde promulgação da lei 8.072, de 25 de julho de 1990, a qual dispõe sobre os crimes hediondos, criou-se uma verdadeira polêmica em torno da constitucionalidade ou inconstitucionalidade do §1º do artigo 2º, da presente lei que dispõe “a pena por crime previsto neste artigo será cumprida em regime integralmente fechado”.

A Suprema Corte do país vinha se posicionando favoravelmente pela constitucionalidade deste artigo, no entanto com as profundas mudanças na composição de seus ministros, e pela densidade dos argumentos doutrinários e jurisprudenciais vem ganhando fôlego a idéia da inconstitucionalidade do referido dispositivo o que se confirmou com o julgamento do hábeas corpus 82959/SP no dia 23/02/2006, que teve como relator o eminente Ministro Marco Aurélio.

A decisão do tribunal, por maioria deferiu o pedido e declarou “incidenter tantum” a inconstitucionalidade do § 1º do artigo 2º da lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, nos

* Advogado Criminalista, Pós-Graduando em Direito Penal e Processo Penal pela Unifacs (Curso Coordenado pelo Prof.Rômulo de Andrade Moreira), Associado ao Instituto Brasileiro de Ciências Criminais e Membro da Associação de Advogados Criminalistas de Sergipe.

termos do voto do relator, vencidos os ministros Carlos Velloso, Joaquim Barbosa, Ellen Gracie, Celso de Mello e presidente (ministro Nelson Jobin) .O tribunal, por votação unânime, explicitou que a declaração incidental de inconstitucionalidade do preceito legal em questão não gerará conseqüências jurídicas as penas já extintas.Pois esta decisão envolve unicamente o afastamento do óbice representado pela norma ora declarada inconstitucional, sem prejuízo da apreciação, caso a caso, pelo magistrado competente, dos demais requisitos pertinentes ao reconhecimento da possibilidade de progressão.

Desta maneira em razão da pequena diferença de votos favoráveis a inconstitucionalidade (6x5) sobre este tema, está longe de uma pacificação doutrinária a respeito do qual se extrai dos próprios votos e decisões da mais alta corte do país, suscitando ainda alguns conflitos doutrinários. Assim nesse artigo procuraremos analisar a evolução dessa matéria, contextualizando o movimento lei e ordem na política criminal brasileira, a Constituição Federal e seus princípios norteadores, das penas em geral e dos sistemas penitenciários,bem como a lei infraconstitucional 8.072/90, tudo isso á luz do entendimento da mais Alta Corte do País, cotejando assim suas decisões e súmulas sobre o assunto.

2. MOVIMENTO POLITICO-CRIMINAL DA LEI E DA ORDEM

A política criminal é a disciplina que oferece aos poderes públicos as opções científicas concretas mais adequadas para o eficaz controle do crime e as suas alternativas legais.Tem como finalidade metamorfosear conhecimentos empíricos sobre o crime e propor alternativas e programas a partir deste vetor¹.Um dos idealizadores, deste movimento, é o sociólogo alemão Ralf Dahrendorf, um dos mais importantes pensadores liberais do mundo contemporâneo que vivenciou em 1945 as agruras e a

¹ Manual de criminologia, Madri, ed. Espasa-Cape, 1988, pagina 120/121.

decomposição do Estado Nazista, para que depois não se alegue como coação intelectual que o mesmo apresenta pensamentos ou proposituras nazistas .

Na análise do movimento law and order iremos nos ater as suas premissas deixando de lado posicionamentos ferozes que tentam solapar o conteúdo teórico e a contribuição jurídica filosófica deste movimento que se evidenciou como um dos principais vetores de política criminal das décadas de 70 até os dias de hoje, por isso nos manteremos equidistantes, fora do discurso passional e não usaremos expressões que tentam de alguma forma desqualificar ou até mesmo imputar certos posicionamentos ideológicos distintos a esse movimento, enfim nos manteremos fiel aos posicionamentos jurídicos e ideológicos evitando o maniqueísmo doutrinário.

Assim as premissas do movimento estão fundadas, ou melhor, alicerçadas sobre a base fictícia da ordem social, o contrato social, compreende que com a erosão das leis e o enfraquecimento das instituições poderá resultar em uma anomia o qual define como uma condição social em que normas reguladoras do comportamento das pessoas perderam sua validade ou como aquela condição em que tanto a eficácia social como a moralidade cultural das normas tendem a zero, nesse entendimento a anomia descreve um estado de coisas em que as violações de normas não são punidas ou progressivamente enfraquecidas².

Indubitavelmente, questiona uma diferenciação entre o direito e política social ou econômica. Entende que o direito deve apresentar-se na noção exata da lei, onde coaduna comportamentos aceitos ou não pela sociedade, uma vez não aceitos estão sobre o império da aplicação absoluta da lei, por serem contrários a esta, não podendo ter condicionantes de exclusão em razão da política social ou econômica adotada pelo governo que gerou pobreza, desemprego entre outros, pois nenhum tribunal é dotado do poder supremo de abolir tais situações, o que irá importar é se existiu um ato ou conjuntos de ações que infligiram ou não a lei.

²“ A lei e a Ordem”,ti.org.em língua inglesa: “law and Order”,trad.Tâmara de Barile,Brasília,editado pelo instituto Tancredo Neves,1987,p.14

Conseqüentemente condena as chamadas penalidades negociáveis entre os quais podemos citar a transação, a delação premiada, o princípio da insignificância, multa ou trabalho útil (restrições no padrão de vida) entre outros, as quais possuem uma abordagem de política social econômica, pois retira das sanções seu caráter de validade (eficácia) normativa.

Propõe a (des)individualização da prática penal, não através do retorno ao legalismo, e sim do propósito de reconstruir o contrato social a partir do reconhecimento das reais necessidades e exigências das instituições, tendo como resultado lógico o endurecimento ou a efetiva aplicação da norma penal.

Enfim é um movimento que está ancorado filosoficamente no contrato social, afasta do debate jurídico o maniqueísmo argumentativo das lutas de classe³, das condições sociais e a multiplicação de sanções e regras formais sem estarem fundadas nas instituições, defende uma adequação da força policial, um tratamento breve e agudo nas áreas de exclusão e o endurecimento na aplicação das penas.

3. O MOVIMENTO LEI E ORDEM E A CONSTITUIÇÃO DE 1988

Para Alberto Silva Franco “as valorações políticas criminais próprias do movimento lei e ordem (law and order) se fizeram presentes à retaguarda do posicionamento assumido pelo legislador constituinte”⁴.

Já Alberto Zacharias Toron afirma que a constituição de 88 “... traz consigo uma forte carga retórica e apelativa com vistas a mostrar a preocupação com a contenção da

³ No Estado e a revolução, Lênin, invocando o ensinamento de Marx, expressa que o Estado é um órgão de dominação de classe, um órgão de opressão de uma classe por outra, é a criação de uma ordem que legaliza e consolida esta opressão, moderando os conflitos de classe (Porto, ed. Biblioteca Meditação, 1970, p.9)

⁴ Crimes Hediondos, 5.ed. São Paulo: RT, 2005. p.83

criminalidade”⁵.Porem entende que na própria carta maior constata-se o endurecimento penal como sendo um dos vetores desta.

Sem embargo podemos nos filiar em parte a corrente do festejado doutrinador Toron uma vez que fazendo um apanhado histórico da assembléia nacional constituinte, o legislador constituinte tinha a preocupação com a contenção da criminalidade, pois entre “1978 a 1989, temos o colapso econômico e político da ditadura civil – militar (1985) e o inicio da transição pactuada da sua derrubada com o primeiro governo de transição e a assembléia nacional constituinte. Com as instituições da República em frangalhos, o sistema de segurança publica e repressão montado pelos militares boicota o esforço da redemocratização e cruza os braços.”⁶

Assim o número de mortes geradas pela violência que no ano de 1930 eram de 2% cresceram em 29% entre o inicio e o final da década de 1980, sendo somente o delito homicídio responsável por 177.418 óbitos entre os anos de 1979 e 1988, segundo os dados do ministério da justiça⁷. Destarte não nos parece apelativa ou retórica a preocupação do legislador constituinte com a contenção da criminalidade.

Por outro lado balizar ou valorar o modelo político criminal adotado na Constituição Brasileira pelo legislador constituinte nos crimes de especial gravidade, a partir de uma interpretação pontual e /ou gramatical é ofender a hermenêutica constitucional que no dizer de Vicente Ráo:

“Tem por objeto investigar e coordenar por modo sistemático os princípios científicos e leis decorrentes, que disciplinam a apuração do conteúdo, do sentido e dos fins das normas jurídicas e a restauração do conceito orgânico do direito, para

⁵ Crimes Hediondos: o mito da repressão penal:Um estudo sobre o recente percurso da legislação brasileira e as teorias da pena.cit.,p.69

⁶ Luis Mir, no seu livro guerra civil aprofunda este tema.

⁷ Dados oficiais do ministério da justiça

efeito de sua aplicação e interpretação; por meio de regras e processos especiais procurar realizar, praticamente, estes princípios e estas leis científicas; a aplicação das normas jurídicas consiste na técnica de adaptação dos preceitos nelas contidos assim interpretados, às situações de fato que se lhes subordinam.”

Destarte quando a constituição no seu artigo 5º inciso XLIII dispõe que “a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática de tortura o tráfico ilícito de entorpecentes e droga afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que podendo evitá-los, se omitirem”, não podemos afirmar que este seguiu este ou aquele modelo político criminal uma vez que regidos pelos princípios implícitos e explícitos devem ser interpretados no texto constitucional de forma sistemática como um todo e não interpretados de forma isolada, contemplando como princípio basilar a dignidade da pessoa humana, dos quais se originam os demais princípios como o da individualização da pena, da humanidade, da proporcionalidade entre outros. Consequentemente não acreditamos que o poder constituinte teve por premissa no texto constitucional o movimento lei e ordem, pois nossa carta maior apresenta-se de forma garantista em relação à tutela dos direitos individuais e sociais.

4. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

Princípio exprime a noção de mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para a sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe

confere a tônica e lhe dá sentido harmônico⁸. Estes podem advir explicitamente quando recolhidos no texto da constituição ou de forma implícita quando analisados de um ou mais preceitos constitucionais a partir de uma lei ou conjunto de textos normativos de legislação infraconstitucional.

O princípio da dignidade da pessoa⁹ humana se reveste de suma importância, pois é um valor supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem desde o direito a vida, que estabelece a dignidade como fonte ética para os direitos, as liberdades e as garantias pessoais e os direitos econômicos, sociais e culturais. É o fundamento da própria existência do estado democrático de direito como se depreende do artigo 1º, inciso, III da Constituição da República Federativa do Brasil;

Art.1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I.....

II.....

III- a dignidade da pessoa humana

Assim toda a formação e orientação do direito penal e processual penal devem estar em consonância com este princípio sobre pena de padecer de inconstitucionalidade, pois afronta a própria existência do Estado Democrático de Direito pátrio. Todavia todos os

⁸ conceito formulado por Jose Afonso da Silva.

⁹ Moreira ,Rômulo.Algemas para quem Precisa .Disponível em <http://www.juspodium.com.br>

demais princípios decorrem deste, ou melhor, se originam a partir da dignidade humana.

O princípio da individualização da pena reflete que a imposição e cumprimento da pena deve ser individualizado a partir da culpabilidade e do comportamento do sentenciado. Este princípio encontra-se cristalizada na Carta Maior no artigo 5º, inciso XLVI, o qual dispõe que “a lei regulará a individualização da pena...”.

Já o princípio da humanidade das penas, encontrou amparo na Constituição de 1988 como forma de expressão em normas proibitivas tendentes a obstar a formação de um ordenamento penal de terror e em normas asseguradoras de direitos de presos ou de condenados, objetivando tornar as penas compatíveis com a condição humana, no dizer de Alberto Silva Franco, o que exatamente se encontra no artigo 5º, nos incisos III, XLVIII, XLVI entre outros mais.

Antes de adentrar no assunto propriamente dito, se faz necessário tecer breves considerações que, indubitavelmente, são essências para o pleno desenvolvimento e aprofundamento critico-juridico da vedação a progressão de regime, os quais são *DAS PENAS EM GERAL E O SISTEMA PENITENCIÁRIO*.

5. DAS PENAS EM GERAL

Para Soler, “a pena é uma sanção aflitiva imposta pelo Estado, através da ação penal, ao autor de uma infração (penal), como retribuição de seu ato ilícito, consistente na diminuição de um bem jurídico e cujo fim é evitar novos delitos”¹⁰.

¹⁰ Soler, Derecho penal argentino, Buenos Aires, TEA, 1970, v.2, p.342. Na edição de 1978 Soler alterou seu conceito de pena: “pena es un mal amenazado primero, y luego impuesto al violador de un precepto legal, como retribucion, consistente em la disminucion de un bien jurídico, y cuyo fin es evitar los delitos” (p.342). José Frederico Marques, Tratado de Direito penal, Saraiva, 1956, v.3, p.103.

Para Luiz Vicente Cernicchiaro, “a pena pode ser encarada sobre três aspectos: substancialmente consiste na perda ou privação de exercício do direito relativo a um objeto jurídico; formalmente esta vinculada ao princípio da reserva legal, e somente é aplicada pelo poder judiciário, respeitado o princípio do contraditório; e teleologicamente mostra-se, concomitantemente, castigo e defesa social”¹¹.

Para Fernando Capez, “sanção penal de caráter aflitivo, imposta pelo Estado, em execução de uma sentença, ao culpado pela prática de uma infração penal, consistente na restrição ou privação de um bem jurídico, cuja finalidade é aplicar a retribuição punitiva ao delinqüente, promover a sua readaptação social e prevenir novas transgressões pela intimidação dirigida à coletividade”¹².

Apresenta como características das penas: a legalidade, anterioridade, personalidade, individualidade, inderrogabilidade, proporcionalidade e humanidade.

1. A legalidade consiste na existência prévia de lei para a imposição da pena (nulla poena sine lege), portanto não se admite que esta seja fixada por meio de regulamento ou ato normativo infralegal (CP, art. 1º e CF, art. 5º, XXXIX).
2. A anterioridade dicta que a lei deve estar em vigência no tempo em que for cometido o ilícito penal (CP, art. 1º, e CF, art. 5º, XXXIX).
3. A característica da personalidade aborda que a pena não poderá passar da pessoa do condenado (CF, art. 5º, XLV).
4. A individualidade prega que a sua imposição e cumprimento devem ser individualizados de acordo com a culpabilidade e o mérito do sentenciado.
5. A inderrogabilidade, salvo as exceções, contempla que a pena não pode deixar de ser aplicada sob nenhum fundamento.
6. A proporcionalidade onde a pena deve ser proporcional ao crime praticado, ou seja, cada crime deve ser reprimido com uma sanção proporcional ao mal por ele causado (CF, art. 5º, XLVI e XLVII).

¹¹ Estrutura do direito penal. 2.ed. São Paulo: José Bushatsky, 1970. p.161.

¹² Curso de direito penal: parte geral, 2004, v.1, p.339.

7. Por fim e ultima característica é no que diz respeito à humanidade não sendo admitidas as penas de morte, de trabalhos forçados, de banimento e cruéis (CF, art.5º.XLVII).

Assim, é certo que a individualização, personalização e humanização da pena são garantias criminais repressivas impostas pela ciência e pela técnica, assegurando ao homen delinqüente o tratamento mais justo possível.São, portanto, princípios fundamentais da pena, assegurados em normas constitucionais e imprescindíveis para que o direito penal alcance os objetivos a que se propõe. As penas classificam-se em privativas de liberdade, restritivas de direito e pecuniárias.

1. As penas privativas de liberdade são as mais utilizadas nas legislações modernas, apesar da falência do sistema prisional.Esta espécie de pena tem sido duramente criticada por ser um instrumento degradante, destruidora da personalidade humana e incremento a criminalidade devido ao contágio moral.Cabe destacar as severas criticas feitas na exposição de motivos da lei nº7.209/1984 o qual dicta que “á pena privativa da liberdade fundamentam-se em fatos de crescente importância social, tais como o tipo de tratamento penal freqüentemente inadequado e quase sempre pernicioso, a inutilidade dos métodos ate agora empregados no tratamento de delinqüentes habituais e multirincidentes, os elevados custos da construção e manutenção dos estabelecimentos penais, as conseqüências malélicas para os infratores primários, ocasionais ou responsáveis por delitos de pequena significação, sujeitos, na intimidade do cárcere, a sevicias, corrupção e perda paulatina da aptidão para o trabalho.
2. As penas restritivas de direitos retiram ou diminuem direitos dos condenados.Divididos em prestação pecuniária, perda de bens e valores, prestação

de serviços a comunidade ou entidades públicas, interdição temporárias de direitos e limitação de fim de semana.

3. As penas pecuniárias são as que acarretam diminuição do patrimônio do condenado ou absorvem totalmente.

6. SISTEMAS PENITENCIÁRIOS

Sistema é um conjunto organizado. A expressão sistema penitenciário surgiu no começo do século XIX, nos Estados Unidos, para expressar o funcionamento das prisões de acordo com a restrição ou não de liberdade comportamental dos presos no cumprimento da pena. Assim se faz necessário discorrer os sistemas clássicos difundidos na doutrina.

Existem três sistemas penitenciários clássicos: o sistema de Filadélfia (pensilvanico, belga ou celular), o de Auburn e o sistema Progressivo (inglês ou irlandês).

1. No sistema da Filadélfia, o sentenciado cumpre a pena na cela, sem sair, salvo em casos esporádicos, como um passeio isolado em um pátio circular. Não podia receber visitas ou trabalhar, era um isolamento absoluto. Não foi adotado no Brasil.
2. No sistema auburniano, durante o dia o condenado podia trabalhar em silêncio junto com os outros, havendo apenas o isolamento durante a noite. Este caracterizava-se pelo silêncio absoluto sendo este seu ponto vulnerável como afirma Manoel Pedro Pimental, era uma regra desumana do silêncio, da qual originou “o costume dos presos de se comunicarem com as mãos, formando uma espécie de alfabeto, prática que até hoje se observa nas prisões de

segurança máxima, onde a disciplina é mais regida.” O qual não foi adotado no Brasil.

3. O sistema progressivo nasceu na Inglaterra, no século XIX, atribuindo-se sua origem a um capitão da marinha real, Alexander Maconochie. Levava-se em conta o comportamento e aproveitamento do preso, demonstrados pela boa conduta e pelo trabalho, estabelecendo-se três períodos ou estágios no cumprimento da pena. O primeiro deles, período de prova, constava de isolamento celular absoluto; o outro se iniciava com a permissão do trabalho em comum, em silêncio, passando-se a outros benefícios; a última etapa consistia na permissão para o livramento condicional. Este sistema foi aprimorado por Walter Crofton, que inseriu, na Irlanda, mais uma quarta fase para o tratamento do delinqüente.

No que tange se este sistema foi adotado no Brasil existem divergências, pois para o prof. Mirabete este foi adotado no Brasil com certas modificações, no entanto para o iminente mestre prof. Damásio de Jesus não foi adotado e dicta que “A reforma de 1984, tal como fizera o CP de 1940, não adotou o sistema progressivo, mas *um* sistema progressivo (forma progressiva de execução), visando a ressocialização do criminoso. Assim, o art. 33, § 2º, afirma que” as penas privativas de liberdade deverão ser executadas em forma progressiva, segundo o mérito do condenado “(v. lei de Execução Penal, art.112)”, deve-se observar que com a alteração dada pela lei 10 792/03 foi ressalvada as normas que vedam a progressão.

Cabe observar de acordo com as lições da prof. Armida Bergamini Miotto¹³ que o sistema penitenciário atual não está atrelado ou amarrado a sua aplicação dentre os sistemas (clássicos), pois de acordo com as normas gerais de cada país, e com as realidades de cada Estado ou de cada província de um mesmo país, os sistemas penitenciários modernos podem se resumir na noção de conjunto organizado de normas supletivas, de pessoal apto e adequadamente preparado, meios apropriados, para a execução das sanções penais tendo em vista a natureza, as funções e as finalidades correspondentes, ainda que não prescindam de uma derivação (ou vinculação, por ténue que seja) de um ou de mais do que um daqueles sistemas clássicos.

Dessa maneira, devemos analisar o sistema penitenciário brasileiro sobre a égide da constituição de 1988, assim o modelo penitenciário adotado nem sequer foi elevado a postulado constitucional, não existindo qualquer referência a tal respeito, sendo este tema uma construção puramente doutrinária.

Portanto, o que realmente adotamos foi a progressividade no processo de execução, fundamentado nas legislações infraconstitucionais. Conseqüentemente todo nosso sistema normativo penal está lastreado nesta progressão, inclusive, o artigo 2º, § 1º da lei 8.072/90, pois não existe vedação a progressão na execução, não existe um cumprimento da pena em regime integral (salvo se reincidentes em crimes da mesma natureza), pois se verifica a possibilidade da liberdade condicional com o cumprimento de 2/3 da pena.

7. REGIME PENITENCIÁRIOS

O Código Penal prevê três espécies de regimes penitenciários; o fechado, semi-aberto e o aberto. Considera-se regime fechado a execução da pena privativa de liberdade em estabelecimento de segurança máxima ou média. No regime semi-aberto, a execução da

¹³ Arminda Bergamini Miotto, Curso de Direito Penitenciário, vol. I/235-246, 1975, Saraiva.

pena se faz em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar. No regime aberto, a execução da pena ocorre em casa de albergado ou estabelecimento adequado.

8. PROGRESSÃO DE REGIME

A progressão de regime trata-se da passagem de um regime mais severo para um menos severo. O certo é que foi adotado no Brasil um sistema progressivo o qual no dizer Valdir Sznick pode se resumir de maneira genérica da seguinte forma “regime fechado, regime semi-aberto, regime aberto, livramento condicional e extinção da punibilidade seria um progressão completa”.

Para Fernando Capez, “trata-se da passagem do condenado de um regime mais rigoroso para outro mais suave, de cumprimento de pena privativa de liberdade, desde que sejam satisfeitas as exigências legais”.

Destarte, iniciado o cumprimento da pena no regime estabelecido na sentença, a qual, por previsão expressa do artigo 59, inciso III do Código Penal, deverá indicar o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade, possibilita ao criminoso, de acordo com um sistema progressivo de execução, a passagem para um regime menos rigoroso desde que tenha cumprido 1/6 da pena no regime anterior e um bom comportamento carcerário, comprovado mediante atestado emitido pelo diretor do respectivo estabelecimento. Devendo esta decisão ser motivada e precedida de manifestação do Ministério Público.

Logicamente quis o legislador ir preparando gradativamente reinserção do apenado ao convívio em sociedade, diminuindo gradativamente o rigor da pena, estimulando à boa conduta do preso e a obtenção paulatina da reforma moral e sua conseqüente preparação para vida em liberdade. No qual se fundamentava depreende do artigo 112 da lei de execuções penais que dicta de forma consubstanciada que “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 1/6 da pena no regime anterior e ostentar bom comportamento carcerário, comprovados pelo diretor do estabelecimento, respeitadas as normas que vedam a progressão.”

9. DA INCONSTITUCIONALIDADE DA VEDAÇÃO A PROGRESSÃO DE REGIME NA LEI DOS CRIMES HEDIONDOS

Gizadas, estas considerações , podemos suscitar os argumentos doutrinários e jurisprudências acerca da possibilidade da progressão de regime na execução das condenações penais dirigidas aos sentenciados pela pratica de crimes hediondos.

Indubitavelmente, as razões alegadas perpassam pela inconstitucionalidade do § 1º, do artigo 2º, da lei 8.072/ 1990, a chamada lei dos crimes hediondos, pois violam diversos princípios entre os quais: da individualização da pena, da humanidade das penas , da isonomia e da separação de poderes.

Do que se extrai de alguns trechos do voto do HC 69.657-1, do iminente jurista e Ministro do Supremo Tribunal Federal Marco Aurélio:

“Conforme salientado pela melhor doutrina, a lei n 8.072/90 contem preceitos que fazem pressupor não a observância de uma coerente política criminal, mas que foi editada sob o clima da emoção, como se o aumento da pena e no rigor do regime estivessem os únicos meios de afastar-se o elevados índices de criminalidade”.

“Por ela, os enquadráveis nos tipos aludidos são merecedores de tratamento diferenciado daquele disciplinado no código penal e na lei de execuções penais,

ficando sujeitos não as regras relativas aos cidadãos em geral,mas especiais, despontando a que,fulminando o regime de progressão da pena,amesquinhando a garantia constitucional da individualização”.

“Assentar-se, a esta altura,que a definição do regime e modificações posteriores não estão compreendidas na individualização da pena é passo demasiadamente largo,implicando em restringir garantia constitucional em detrimento de todo um sistema e, o que é pior, a transgressão a princípios tão caros em um Estado Democrático como são os da igualdade de todos perante a lei, o da dignidade da pessoa humana e o da atuação do Estado sempre voltada ao bem comum.A permanência do condenado em regime fechado durante todo o cumprimento da pena não interessa a quem quer que seja,muito menos a sociedade que um dia, mediante o livramento condicional ou, o mais provável,o esgotamento dos anos na clausura,terá necessariamente que recebe-lo de volta,não para que volte a delinqüir,mas para atuar como participe do contrato social,observados os valores mais elevados que o respaldam”.

“Por ultimo, há de se considerar que a própria constituição federal contempla as restrições a serem impostas aqueles que se mostram incursos em dispositivos da lei 8.072/90 e dentre elas não é dado encontrar a relativa a progressividade do regime de cumprimento da pena.O inciso XLIII do rol das garantias constitucionais – artigo 5 – afasta,tão somente, a fiança, a graça e a anistia para,em inciso posterior(XLVI), assegurar de forma

abrangente, sem excepcionar esta ou aquela prática delituosa, a individualização da pena. Como, então, entender que o legislador ordinário o possa fazer? Seria a mesma coisa que estender aos chamados crimes hediondos e assim enquadrados pela citada lei, a imprescritibilidade que o legislador constitucional somente colocou as ações relativas a atos de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o estado democrático (inciso XLIV). Indaga-se: é possível ao legislador comum fazê-lo? A resposta somente pode ser negativa, a menos que se coloque em plano secundário a circunstância de que a previsão constitucional esta contida no elenco das garantias constitucionais, conduzindo, por isso mesmo, a ilação ficam sujeitas a regra geral da prescrição. O mesmo raciocínio tem pertinência no que concerne a extensão, pela lei em comento, do dispositivo atinente a clemência ao indulto, quando a carta, em norma de exceção, apenas rechaçou a anistia e a graça – inciso XLIII do artigo 5.”

“O princípio da individualização da pena, é preceito constitucional previsto no art. 5 , XLVI da CF. Fundamenta-se em um direito subjetivo, que não se restringe a simples fixação da pena em abstrato, mas que se revela abrangente da própria forma de individualização (progressão)¹. Assim sendo o princípio da individualização da pena encontra-se aquilato em abstrato, em concreto e em sua execução, conseqüentemente uma exceção a este só poderia ser aberta por norma de igual hierarquia, ou seja , constitucional e não ordinária como foi feito pela lei 8.072/90 no seu §1, artigo 2”.

Nota-se como bem afirma o jurista Luiz Flávio Gomes¹⁴ que a primeira grande fissura legislativa a respeito da matéria foi com o advento lei de tortura onde o próprio legislador ordinário que vedou a progressão aos crimes hediondos permitiu a progressão ao crime de tortura.

Mesmo o assunto sumulado (sumula 648) pelo Supremo do qual o mesmo entende a progressão concedida ao crime de tortura não se estende aos demais crimes hediondos, ficou plantado o debate sobre a questão.

10. DA CONSTITUCIONALIDADE

A constitucionalidade da vedação a progressão de regime, na referida lei em comento encontra-se alicerçado no fundamento de que este dispositivo legal não ofende o princípio da individualização da pena, por se tratar de matéria infraconstitucional e assim sendo o legislador ordinário tem a discricionariedade para a criação de regimes de cumprimento de pena, bem como de hipóteses de progressão e regressão entre os diversos regimes previstos, poderá também instituir algumas hipóteses em que a progressão estará absolutamente vedada, como salienta os eminentes juristas Alexandre de Moraes e Gianpaolo Poggio Smanio¹⁵.

Neste mesmo raciocínio, o jurista Fernando Capez dita: “Não há que se falar em ofensa ao princípio constitucional da individualização da pena (art.5º, XLVI), uma vez que o próprio constituinte autorizou o legislador a conferir tratamento mais severo aos crimes definidos como hediondos, ao tráfico ilícito de entorpecentes e ao terrorismo, não excluindo desse maior rigor a proibição da progressão de regime. Por outro lado, não consta em nenhuma passagem do texto constitucional que o legislador inferior não possa estabelecer regras mais rigorosas para o cumprimento da pena em delitos considerados, pelo próprio constituinte, como de grande temibilidade sociedade

¹⁴ Gomes.Luiz Flávio.Progressão de Regime nos Crimes Hediondos.Pro Omnis.,São Paulo,08 de agosto de 2005.Disponível em: [HTTP:// www.promnis.com.br/public_html/article.php?](http://www.promnis.com.br/public_html/article.php?)

¹⁵ Legislação Penal especial:coleção temas jurídicos.são Paulo:Atlas,2001,p.69.

Destarte, não existe qualquer relação direta do princípio da individualização da pena com a progressão obrigatória de regime, uma vez que o princípio supra mencionado é aplicado no momento da fixação da pena, observando os critérios do artigo 59 do CPP, ou seja, os antecedentes, o motivo, as circunstâncias e conseqüências do crime, a personalidade do agente entre outros, para assim fixar os limites entre a pena mínima e máxima, como assevera o prof. Victor Gonçalves¹⁶.

O Supremo Tribunal Federal¹⁷ em 1993, no pleno, expressou seu entendimento acerca deste tema no hábeas corpus nº 69603-1/SP, tendo como relator o eminente Ministro Paulo Brossard e como impetrantes os Doutos Juristas Márcio Thomaz Bastos e Alberto Zacharias Toron, o qual passo a transcrever:

“à lei ordinária compete fixar os parâmetros dentro dos quais o julgador poderá efetivar ou a concreção ou a individualização da pena. Se o legislador ordinário dispôs, no uso da prerrogativa que lhe foi deferida pela norma constitucional, que nos crimes hediondos o cumprimento da pena será no regime fechado, significa que não quis ele deixar, em relação aos crimes dessa natureza, qualquer discricionariedade ao juiz na fixação do regime prisional”.

¹⁶ Amaral, Luciana. Lei dos Crimes Hediondos: Uma Análise Crítica. Justilex, Brasília, n 38, p.12 – 18, fevereiro de 2005.

¹⁷ Neste mesmo sentido, diversos julgados do STF: HC75.634-4/SP, Rel. Min Carlos Velloso, DJU, 12 dez. 1997, p. 65.567; HC 59.657.1-SP, Rel. Min. Francisco Rezek, DJU, 18 jun. 1993, p. 12.111; HC 70.657.6-MS, 2ª T., Rel. Min. Marco Aurélio, DJU, 29 abr. 1994, p. 9.716; HC 70.044.6-SP, 2ª T., Rel. Min. Paulo Brossard, DJU, 7 maio 1993, p. 8330; HC 70.121.3-SP, 2ª T., Rel. Min. Marco Aurélio, DJU, 16 abr. 1993, p. 6.430. Igualmente, o Superior Tribunal de Justiça: 6ª T. - Resp 5.261-SP, Rel. Min. José Cândido, DJU, 3 dez. 1990, p. 14332 e 5ª T. - Resp 60.733-7-SP, Rel. Min. José Dantas, 5ª T., Resp 62.008-0-SP, Rel. Min. Edson Vidigal, unânime, DJU, 22-4-1996; 6ª T., Resp 60.251-3-SP, Rel. Min. Vicente Leal, maioria, DJU, 27-5-1996; 6ª T., Resp 78.791-0-SP, Rel. Min. Adhemar Maciel, maioria, DJU, 9-9-1996; Resp 62.210-7-SP, Rel. Min. Vicente Leal, unânime, DJU, 1996.

Com o brilhantismo de que lhe é inerente, o eminente o ministro Celso de Mello expõe no seu voto no HC n° 69.657-1 de 18/12/92 que:

“É de ter presente – consoante salienta a doutrina (Armanda Bergamini Miotto, “ Curso de Direito Penitenciário”,vol. I/235-246,1975,Saraiva) – que a exigência de individualização da pena deve ser analisada sobre três aspectos principais : a) o da individualização legal, discricionariamente operada pelo legislador,por meio da abstrata cominação das sanções em função da maior ou menor gravidade objetiva do ilícito; b) o da individualização judicial, efetuada pelo magistrado , por meio da sentença no momento da aplicação concreta da sanção penal ; e c) o da individualização administrativa, concretizada na fase de execução da pena , ensejando-se, dessa forma, nos estabelecimentos prisionais, um tratamento específico para cada condenado.

A individualização da pena, destarte, se da em abstrato (momento de instauração normativa ou de previsão legislativa) ou em concreto (no momento da sentença e na fase de execução da sanctio júris).

A determinação legal de integral cumprimento das penas, por crime previsto na lei n 8.072/90, em regime fechado, não manten qualquer relação de antinomia em face do que prescreve a constituição no preceito que consagra o principio da individualização da pena (art.5,XLVI).

O principio constitucional da individualização das penas, que é de aplicabilidade restrita, concerne, exclusivamente, a ação legislativa do congresso nacional.Este, em consequência, constitui o seu único

destinatário. O princípio em causa não se dirige a outros órgãos do Estado, pois.

No caso, o legislador – a quem se dirige a normatividade emergente do comando constitucional em questão -, atuando no plano normativo, e no regular exercício de sua competência legislativa, fixou em abstrato, a partir de um juízo discricionário que lhe pertence com exclusividade, e em função da maior gravidade objetiva dos ilícitos referidos, a sanção penal que lhes é impositiva. A par dessa individualização in abstracto, o legislador – ainda com apoio em sua competência constitucional – definiu, sem qualquer ofensa a princípios ou valores consagrados pela Carta Política, o regime de execução pertinente às sanções impostas pela prática dos delitos referidos.

A fixação do quantum penal e a estipulação dos limites, essencialmente variáveis, que oscilam entre um mínimo e um Máximo, decorrem de uma opção legitimamente exercida pelo congresso nacional. A norma legal em questão, no ponto em que foi impugnada, ajusta-se a quanto prescreve o ordenamento constitucional, quer porque os únicos limites materiais que restringem essa atuação do legislador ordinário não foram desrespeitados (CF, ART.5, XLVII) – não se trata de pena de morte, de pena perpetua, de pena de trabalhos forçados, de pena de banimento ou de pena cruel – quer porque o conteúdo da regra mencionada ajusta-se a filosofia de maior severidade consagrada, em tema dos delitos hediondos, pelo constituinte brasileiro (CF, ART.5, XLIII).

A progressividade no processo de execução das penas privativas de liberdade, de outro lado, não se erige a

condição de postulado constitucional.A sua eventual inobservância, pelo legislador ordinário, não ofende o principio da individualização penal.

Assim a corte suprema por maioria, sendo votos vencidos os ilustres Ministros Marco Aurélio e Sepúlveda Pertence, decidiu pela constitucionalidade do artigo 2º, § 1º da lei 8.072/90,coadunando conseqüentemente com os doutrinadores supra citados.Neste mesmo sentido,de forma reiterada tem decidido este mesmo tribunal e o Superior Tribunal de Justiça.

11. CONCLUSÃO

A progressão de regime nos crimes hediondos tem sido visto como instrumento de concessão de uma liberdade plena, fazendo-o transparecer e fomentar para grande massa ignara da nossa população o sentimento de impunidade, o que não condiz com o propósito de tal instituto, uma vez que não se trata de apenas um direito do condenado ou de um delinqüente e sim uma prerrogativa de todos, o qual seja, um prosseguimento humanizado e individualizado ao cumprimento da pena persistindo todos os efeitos penais e extra penais, e de certa forma até deletéria , pois a pena privativa de liberdade deforma, amputa, é a alma e não somente o corpo.

CORDEIRO, Alexandre, **A PROGRESSÃO DE REGIME NA LEI DOS CRIMES HEDIONDOS A LUZ DO STF**. Disponível em:
http://www.unifacs.br/revistajuridica/edicao_junho2006/discute/dis1_pos.doc
Acesso em: 19.jun.2006.