

3. COMENTÁRIO À JURISPRUDÊNCIA – PROCESSO PENAL

3.1 CRIMES HEDIONDOS E PROGRESSÃO NO REGIME PRISIONAL

CARLOS HENRIQUE FLEMING CECCON
Procurador de Justiça do Estado de Minas Gerais

1. Considerações Iniciais

A Lei dos Crimes Hediondos (Lei nº 8.072/90), em vigência há mais de dezesseis anos, embora venha se sujeitando a inúmeras e variadas críticas por suas imperfeições técnico-jurídicas, trouxe um significativo avanço na missão repressora do Direito Penal. O texto legal, dando cumprimento a mandamento constitucional (artigo 5º, XLIII), nomeou os crimes hediondos e impôs tratamento repressor diferenciado aos seus autores, com destaque para a determinação de que o condenado cumpra a pena integralmente no regime fechado, ressalvada a possibilidade de obtenção do livramento condicional ao condenado não reincidente específico, depois de resgatados dois terços da pena e desde que satisfeitas as demais exigências de natureza subjetiva (Código Penal, artigo 83).

A vedação da progressão no regime prisional aos autores de crimes hediondos vem sendo objeto de calorosa discussão na doutrina e na jurisprudência, a qual culminou na recente decisão da Suprema Corte que reconheceu, *incedenter tantum*, no controle difuso, quando do julgamento do *Habeas Corpus* nº 82.959-7/SP, a inconstitucionalidade do artigo 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90.

Com base nessa decisão, que alterou toda a orientação jurisprudencial construída ao longo dos dezesseis últimos anos, propomo-nos, neste artigo, a refletir sobre a vedação da progressão no regime prisional aos autores de crimes hediondos em cotejo com a posição apresentada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do *Habeas Corpus* em destaque.

2. Da Eficácia da Decisão do Supremo Tribunal Federal

A vedação do benefício da progressão no regime prisional aos autores de crimes hediondos, por força do que dispõe o artigo 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90, é matéria que gera controvérsia desde a edição do texto legal e tem suscitado calorosos debates em nossos Pretórios. Em recente julgamento, o Supremo Tribunal Federal, por seu Tribunal Pleno, apreciando o *Habeas Corpus* nº 82.959-7/SP, proferiu decisão sobre o tema, declarando, por seis votos contra um, a inconstitucionalidade do dispositivo legal em destaque, esposando o entendimento de que a vedação da progressão meritória no regime prisional malfere a garantia constitucional da individualização da pena (artigo 5º, XLVI).

À primeira vista, numa interpretação meramente epidérmica do julgado em referência, poderíamos ser levados ao entendimento de que a declaração incidental da inconstitucionalidade do dispositivo da Lei dos Crimes Hediondos deverá obstar os Magistrados das instâncias inferiores de continuar vedando a progressão no regime prisional em suas decisões, bem como impossibilitará o trânsito às instâncias constitucionais para o debate sobre a vigência do artigo 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90. Há já decisões, inclusive no Estado de Minas Gerais, que, em face da decisão do Supremo Tribunal Federal, têm emitido pronunciamentos jurisdicionais no sentido de admitir a progressão no regime, ao tão-só argumento de que o debate do tema chegou a termo com a decisão da alta corte.

No entanto, entendemos que o veredicto do Pretório Excelso tem efeitos limitados ao processo ao qual se refere, não se projetando aos demais casos que deverão ser julgados nas instâncias ordinárias ou extraordinárias; também não possui força para incidir sobre casos já julgados definitivamente, sob pena de ofensa à coisa julgada formal e material. Na realidade, o acórdão do Supremo Tribunal Federal revela hipótese típica de controle difuso ou aberto, cujos efeitos não devem se projetar a outros processos nem obstar que os Tribunais e Juízes possam continuar esposando o entendimento que vinham defendendo ao longo dos anos, qual seja, o de que a vedação da progressão meritória está em perfeita sintonia com as garantias insertas na Constituição. Sobre esse tipo de controle, esclarece Moraes (2006, 639-641):

Na via de exceção, a pronúncia do Judiciário, sobre a inconstitucionalidade, não é feita enquanto manifestação sobre o objeto principal da lide, mas sim sobre questão prévia indispensável ao julgamento de mérito. Nessa via, o que é outorgado ao interessado é obter a declaração de inconstitucionalidade somente para o efeito de isentá-lo, no caso concreto, do cumprimento da lei ou do ato, produzidas em desacordo com a Lei maior. Entretanto, este ato ou lei permanece válido no que se refere à sua força obrigatória com relação a terceiros. E arremata, enfatizando que o controle difuso caracteriza-se, principalmente, pelo fato de ser exercitável somente perante um caso concreto a ser decidido pelo Poder Judiciário. Assim, posto um litígio em juízo, o Poder Judiciário deverá solucioná-lo e para tanto, incidentalmente, deverá analisar a constitucionalidade ou não da lei ou do ato normativo. A declaração de inconstitucionalidade é necessária para o deslinde do caso concreto, não sendo pois objeto principal da ação.

Somente se poderia admitir a não-incidência da vedação inserta no artigo 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90 na hipótese de o Senado Federal obstar sua aplicação, *ex vi* do disposto no artigo 52, X, da Magna Carta, ou se declarada, na forma preconizada pelo ordenamento jurídico vigente, a inconstitucionalidade, por ação direta, desse texto legal. Sobre o assunto, enfatiza Cerqueira (2006):

O controle difuso nos Tribunais está previsto na CF/88, artigo 97 e como tal é matéria de ordem pública. Não se pode emprestar efeito *erga omnes* a um controle difuso, sem a chancela do Senado, pois do contrário a cláusula pétrea da separação de poderes (vedação material implícita) estaria violada, eis que somente na hipótese do 52,X da CF/88 (além do controle concentrado) é que a lei estaria afastada do ordenamento jurídico [...] o certo é que a decisão do STF não se trata, em controle difuso, de ato declaratório e sim ato complexo, onde somente com a manifestação do Senado Federal se completa tal operação de suspensão da execução da lei. Isto porque o artigo 52, X é a consagração do artigo 2 da mesma Carta Política, pois do contrário o STF estaria operando como legislador positivo e não negativo.

O dispositivo da Lei dos Crimes Hediondos encontra-se ainda em pleno vigor. A decisão incidental proferida em caso específico e versando sobre o pedido do autor não traduz hipótese elisiva da vigência da Lei Federal. Nesse aspecto, somente se poderia admitir que a medida de controle jurisdicional da constitucionalidade emanada do v. acórdão estaria completa após ato do Senado Federal, mediante suspensão da vigência do dispositivo legal, providência não constatada até a presente data.

O pensamento defendido nos votos vencedores e exarados no *habeas corpus* em comento está limitado a produzir efeitos no âmbito do processo judicial em que foram proferidos, notadamente porque os argumentos de direito em que se fundamenta esse v. acórdão despertam o debate de novos temas envolvendo a interpretação das normas constitucionais, especificamente no que se refere à vigência e à incidência de outros princípios e garantias consagrados na Magna Carta, os quais não podem ser olvidados. Ademais, devemos consignar que, em reiteradas decisões, o Supremo Tribunal Federal já havia exarado seu entendimento pela constitucionalidade do que dispõe o artigo 2º, § 1º, da Lei n.º 8.072/90. Dessa forma, não se pode admitir que uma decisão isolada, mesmo que proferida pelo Pleno, tenha habilidade para alterar toda a orientação jurisprudencial até então dominante ou mesmo emergir na condição de decisão vinculante.

Veja-se, a respeito, que a chefia do Ministério Público do Estado de Minas Gerais expediu ato administrativo com recomendação a seus membros para que continuem prequestionando a negativa de vigência pelos Tribunais, do que dispõe o artigo 2º, § 1º, da Lei n.º 8.072/90 e para que sejam promovidos os recursos constitucionais contra decisões que reconhecerem a inconstitucionalidade da Lei dos Crimes Hediondos. Nesse aspecto, não se pode esquecer que a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal conta com votos vencidos e os recursos extraordinários que deverão subir para o questionamento da vigência do artigo 2º, § 1º, da Lei n.º 8.072/90 serão apreciados por Turmas Julgadoras, muitas vezes compostas por Ministros que se viram vencidos nos votos proferidos, de modo que haverá possibilidade de se reabrir a discussão sobre

a validade da lei federal.

Enquanto isso, há iniciativa de emenda à Constituição e à própria Lei dos Crimes Hediondos. Está em tramitação projeto de emenda à Constituição Federal para que o inciso XLIII do art. 5º seja reescrito, devendo constar expressamente que é vedada a progressão no regime prisional aos autores de crimes hediondos, além dos outros benefícios que o atual texto constitucional vedou. Também há iniciativa de projeto de lei que propõe um meio termo para o impasse originado pela decisão do Supremo. A proposta nesse sentido é de permitir-se a progressão, diferenciada aos autores de crimes hediondos, desde que o condenado tenha cumprido pelo menos metade da pena, se não-reincidente, ou dois terços se for reincidente específico.

É preciso observar que, entre a publicação da decisão do Supremo Tribunal Federal e a entrada em vigor das reformas legislativas, haverá decisões concedendo o direito à progressão; outras permitirão a progressão desde que cumprido tempo diferenciado; e outras não admitirão o benefício com o cumprimento de apenas um sexto da pena. Até que entrem em vigor as reformas, teremos traficantes, estupradores, assassinos, seqüestradores e outros criminosos do gênero obtendo o benefício da progressão meritória no regime, desde que tenham ficado pelo menos um sexto da pena na cadeia, com bom comportamento, e que demonstrem preencher os requisitos denominados *subjetivos*, aferidos, em regra, pelos carcereiros das cadeias públicas do interior do Estado. Esses cidadãos poderão ser colocados em regime de liberdade diurna, trabalhando fora do presídio e recolhendo-se à noite, feriados e fins de semana para repouso. Desse modo, um traficante de porta de escola que tenha sido condenado a cumprir a pena de seis anos (geralmente são condenados à pena mínima de três anos), depois de cumprir apenas um ano da pena, poderá progredir do regime fechado (agora inicial fechado) para o semi-aberto e voltar às suas atividades na traficância durante sua jornada de trabalho externo.

Enfim, essa é a situação que vivenciaremos e estaremos nos deparando com decisões dos tribunais que deverão deferir a progressão no regime, ao singelo argumento de que a matéria encontra-se pacificada no Supremo Tribunal Federal, quando, na realidade, apenas seis dos onze Ministros proferiram o dito voto de pacificação.

3. Da Efetividade do Direito Penal

O regime integralmente fechado para o cumprimento da pena imposta aos autores de crimes hediondos decorre da realidade instituída pelo nosso legislador constitucional, que previu, no rol das garantias e deveres individuais, a necessidade de que legislação infraconstitucional nomeasse e aplicasse tratamento diferenciado aos autores dessas infrações penais, objetivando a real efetividade do direito repressor.

O artigo 5º, XLIII, da Magna Carta estabeleceu que aos autores de crimes hediondos e infrações penais assemelhadas são vedados os benefícios da graça, anistia, indulto e fiança, o que traduz demonstração inequívoca de que a eles deve ser dispensado tra-

tamento de repressão exemplar. Nesse raciocínio, não se pode admitir que os direitos assegurados ao cidadão e diretamente a toda a sociedade sejam relegados a um plano de intensa indiferença em homenagem aos direitos do infrator da norma penal, dos homicidas, dos estupradores, dos seqüestradores, dos traficantes e de outros que cometem infrações de gravidade análoga e que devem receber especial atenção do Estado, seja no que se refere ao estabelecimento de normas repressoras mais expressivas, seja no que se refere à imposição de maior rigor no processo de execução das penas a eles aplicadas. No escólio de Roxin (1976, p. 76):

O Direito Penal serve simultaneamente para limitar o poder de intervenção do Estado e para combater o crime. Protege, portanto, o indivíduo de uma repressão desmesurada do Estado, mas protege igualmente a sociedade e os seus membros dos abusos do indivíduo. Estes dois componentes – o correspondente ao Estado de Direito e o protetor da liberdade individual, e o correspondente ao Estado de Direito e preservador do interesse social mesmo à custa da liberdade do indivíduo – sendo objecto de abstracção conceptual, implicam características opostas.

A Magna Carta, consagrando os direitos fundamentais do cidadão (sejam réus sejam vítimas), sobre os quais *se assenta a construção de nossa República*, cuidou de prever em seu corpo – e impor ao legislador infraconstitucional – o dever de nomear os crimes de natureza hedionda em face da necessidade de fazer imperar tratamento diferenciado aos seus autores, não somente com o escopo de ver garantidos os fins de prevenção da norma penal incriminadora (velando pelo não-incentivo à prática de crimes) como também para sujeitar o infrator da lei penal a um tratamento curativo e de regeneração com acompanhamento minudente e em estabelecimento penal adequado à pena e à gravidade do delito. É o que diz o artigo 5º, XLVIII, da Constituição da República.

E foi exatamente isso o que fez o legislador infraconstitucional ao nomear os crimes hediondos e outros que lhe são assemelhados, dando cumprimento a preceitos emergentes da Magna Carta, estabelecendo diferenciação, de natureza penal e processual penal, no tratamento a esses infratores e em defesa dos interesses basilares nos quais se assenta a construção da República. Aliás, nesse ponto, deve-se ressaltar que o Direito Positivo em sua essência volta sua atenção para a tutela da dignidade do ser humano lesado com o ato delituoso.

As hipóteses aqui verificadas incidem sobre aquilo que se denomina Direito Penal diferenciado. E assim o é não porque diante da dogmática penalista clássica, que tendia a explicitar o direito como neutro e sem observância de valores para simples aplicação do *fattispecie*. E nem tampouco aquela outra dogmática *pseudovanguardista*, que busca nomeclar de crime de bagatela tipos penais de pequeno potencial ofensivo. Ao contrário disso, opera-se a aplicação do Direito Penal diferenciado, assim como do Direito Processual diferenciado justamente porque a própria Constituição Federal

cuidou de diferenciar os tipos penais que são mais agressivos às vítimas, à sociedade e ao Estado. É o caso dos crimes qualificados como hediondos.

Já houve a teoria distorcida de que o Estado, por meio da Lei de Crimes Hediondos, estaria tão-somente a proteger o patrimônio da classe milionária, já que por tal dogmática exigia-se apenas a proteção da produção. Ora, o que se vê é justamente o lado oposto disso, pois se sabe que as normas existem para implementar as funções do Estado e este age evidentemente para evitar que as pessoas sofram prejuízos respeitantes à sua própria dignidade.

A tutela jurisdicional criminal é entendida como a forma pela qual o Estado, por intermédio do Poder Judiciário, aplica as normas penais aos cidadãos. É a aplicação, via processo penal, das interdições prescritas no Direito Penal. A dogmática jurídica corrente e coerente pressupõe que o Direito Penal estabeleça as ações e omissões proibidas (os delitos – *mala prohibita*) e a conseqüente pena, de maneira geral a toda sociedade, a fim de resolver seus conflitos e estabelecer a paz social e o bem comum.

No caso do Direito Penal e sua aplicação aos crimes hediondos, também é tarefa do operador da lei incrementar uma hermenêutica diferenciada, em que, na realidade, sua obrigação seja trabalhar com a jurisdição constitucional, utilizando tanto as normas infraconstitucionais como aquelas outras previstas na Lei Maior, tudo isso para dar racionalidade ao sistema jurídico.

Ora, cabe aqui lembrar que coexistem duas *dignidades* a serem tratadas. A primeira é a do réu condenado com sentença transitada em julgado e que exige, em nome disso, o direito à progressão de regime. De outro lado, temos a dignidade da vítima ou de seus familiares, que viram sua integridade física, moral e psíquica humilhada e quase destruída por conta da ação do réu. Qual dignidade vale mais? E o interesse coletivo? A sociedade não reclama a efetividade do direito repressor? Como poderíamos alcançar essa efetividade na tutela dos direitos do indivíduo e da coletividade, destinatária da proteção do direito repressor, se caminhássemos no sentido de enaltecer a pessoa humana que infringe a norma em detrimento da própria dignidade do ser humano lesado pela prática da infração penal?

O valor fundamental da ciência jurídica é o respeito pela vida humana, mesmo porque, como ensina Lafer (1988, p. 118), “[...] o valor da pessoa humana enquanto conquista histórico-axiológica encontra a sua expressão jurídica nos direitos fundamentais”. Ora, o Direito Penal, por sua vez, apresenta como elementos de sua estrutura organizacional a dicotomia *lesão-bem jurídico*. Há, portanto, nesse aspecto, uma interseção ou um ponto comum entre a lei fundamental e a legislação penal, qual seja, a pessoa. Por isso, ao se abordar o fundamento da dignidade da pessoa humana na órbita do Direito Penal, está-se tratando da pessoa como sujeito de direito e nunca no seu antagonismo, objeto de direito.

Verifica-se que a própria filosofia do direito passou a ter como valor último da ordem

jurídica a pessoa humana, sendo isso possível por dois principais motivos. Primeiro, porque o direito somente encontra fundamentação ou tem existência para regular as atividades e a sociabilidade humanas. Segundo, porque, considerando a análise histórica da humanidade – quase sempre moldada pelas barbáries da exclusão social e das guerras – é possível compreender a constante necessidade de concretização da pessoa como sujeito de valores éticos indisponíveis e inalienáveis, entre os quais se encontra a dignidade da pessoa humana.

Lógico ter presente que o conceito padrão de pessoa como valor fundamental é idéia recente, que passa a merecer maiores considerações jurídicas ao longo da Idade Moderna. Frise-se, a tanto, que a concepção de pessoa para os gregos e romanos, assim como para a época medieval, era totalmente diversa e incompleta. Para os clássicos, o *homem* era tão-só um animal que pertencia à República. Para os povos da Idade Média, a idéia já contava com o reconhecimento de um caráter essencial, todavia desprovido de conceito e valoração jurídica, sendo somente atrelado ao Cristianismo, que passou a abarcar na consideração de pessoa não só o homem, mas também mulheres, crianças, nascituros, escravos, estrangeiros etc.

Pondere-se, ainda, que o valor da pessoa humana, a despeito de ser compreendido como valor-fonte ou valor-guia e ser defendido por muitos doutrinadores como eixo do direito, evidentemente encontra seus limites, já que a noção do absoluto dá espaço ao critério relativo quando se observa a pessoa num contexto social. Assim, importante lembrar que o conceito de pessoa laborado pelo *individualismo burguês* (em que o indivíduo prevalece frente ao grupo social) tanto quanto pela tendência sucessora do *transpersonalismo* (em relação ao grupo social tem primazia sobre a pessoa), começa a ruir. Hodiernamente, busca-se harmonizar tanto a pessoa quanto o grupo social, através do que se chama de *personalismo*. Perlingieri (2002, p. 38) bem explicita o tema ao asseverar:

[...] é necessário tomar posição contra a concepção que considera o indivíduo como valor pré-social, relevante também na ótica jurídica, prescindindo da relação com os outros. Desse modo, acentua-se o isolamento do indivíduo e dos seus problemas daqueles da sociedade na qual vive, inspirando-se em uma visão individualista não compatível com o sistema constitucional. A tutela da personalidade não é orientada apenas aos direitos individuais pertencentes ao sujeito no seu precípua e exclusivo interesse, mas, sim, aos direitos individuais sociais, que têm uma forte carga de solidariedade, que constitui o seu pressuposto e também o seu fundamento. Eles não devem mais ser entendidos como pertencentes ao indivíduo fora da comunidade na qual vive, mas, antes, como instrumentos para construir uma comunidade, que se torna, assim, o meio para a sua realização.

Sendo a dignidade da pessoa humana um valor-guia do ordenamento jurídico, porque

é imprescindível sua constante vigilância, atribui-se a ela uma carga de abertura axiológica, justamente para realizar a tarefa de tutela conforme os ditames do pluralismo vivenciado.

Com efeito, a dignidade da pessoa humana sedimenta a idéia de juízo de valor (valor-guia) dos direitos fundamentais, servindo, axiologicamente, como critério hermenêutico ou instrumental para interpretação de todo o ordenamento jurídico. Contudo, mais que isso, apresenta-se como fonte jurídica de outros direitos fundamentais. Nesse sentido é importante verberar que o extenso rol de direitos e garantias fundamentais consagrados pelo Título II da Constituição Federal de 1988 traduz uma especificação e densificação do princípio constitucional da pessoa humana (artigo 1º, III). Em suma, os direitos fundamentais são uma primeira e importante concretização desse último princípio, quer se trate de direitos e deveres individuais e coletivos (artigo 5º), direitos sociais (arts. 6º a 11) ou dos direitos políticos (arts. 14 a 17).

Sendo a pessoa a razão de ser do direito, necessária sua proteção contra todo tipo de manifestação tendente a limitar sua existência. Para Sarlet (2005), a dignidade da pessoa humana é:

[...] a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.

Por isso, a obrigação moral de dizer o direito não está subjugada ao dever de aplicar somente a lei infraconstitucional, porque esta se desvia, em certas ocasiões, do princípio básico de proteção e satisfação de direitos humanos essenciais. A dicção do direito deve-se nortear por razões morais adequadas, cuja eficácia independe do *placet* exclusivo da lei. Razões morais essas hauridas da dignidade da pessoa humana.

Dito isso, é de se ressaltar que, sendo duas as dignidades a serem tratadas, deverá coexistir um *critério de proporcionalidade* a ser desvendado. Assim, o Estado, ao aplicar sua punibilidade, em casos de tipos penais hediondos, o faz corretamente, já que a própria Constituição Federal diferencia seu caráter de lesão ao bem jurídico da vítima. A *proporcionalidade* é dada pela Carta Magna. Nessa linha de raciocínio, pontifica Welzel (1976, p. 13):

La misión primaria del Derecho Penal no es la protección actual de bienes jurídicos, esto es, la protección de la persona individual, de su propiedad, etc. Pues, cuando entra efectivamente

en accion por lo general ya es demasiado tarde. Más esencial que la protección de determinados bienes jurídicos concretos es la misión de asegurar la real vigencia (observancia) de los valores de acto de la conciencia jurídica; ellos constituyen el fundamento más sólido que sustenta al Estado y la sociedad. La mera protección de bienes jurídicos tiene sólo un fin preventivo, de carácter policial y negativo. Por el contrario, la misión más profunda del Derecho Penal es de naturaleza ético-social y de carácter positivo. Al proscribir y castigar la inobservancia efectiva de los valores fundamentales de la conciencia jurídica, revela, en la forma más concluyente a disposición del Estado, la vigencia inquebrantable de estos valores positivos de acto, junto con dar forma al juicio ético-social de los ciudadanos y fortalecer su conciencia de permanente fidelidad jurídica.

Com lastro nesse pensamento é que se deve compreender a missão do direito repressor, sempre com a consciência de que as normas penais revelam a essência tutelar dos direitos do cidadão e da sociedade, constituindo, num segundo plano, ato de delimitação da responsabilidade do delinquente pelo que ato efetivamente praticou, o que traduz, nesse último aspecto, a função garantidora da tipicidade.

Essas considerações também não passaram despercebidas à constatação de Antolisei (1991, p. 40):

[...] la norma penalie si subbietivizza a favore dell Stato, facendo sorgere in questo um vero e proprio diritto soggettivo: il jus puniendi. Sul contenuto de tale diritto, però, vi è grande disparità di vedute, perché, mentre per alcuni esso si esaurisce nella pretesa all'omissione del fatto criminoso, avendo così um contenuto puramente negativo, per altri consiste nella pretesa all'obediencia da parte dei sudditi, all'osservanza delle legge penale, di um diritto soggettivo dello Stato allá própria esistenza conservazione.

Não se pode esquecer, segundo pontifica Pisani (1992, p. 17):

Tutto ciò dice riferimento ai principi fondamentali di ogni ordinamento giuridico, cioè alle tavole dei valori Che caratterizzano i vari tipi di società organizzata: valori Che inevitabilmente si riflettono nei codici e nele leggi in matéria penale inquanto típico terreno di incontro e di scontro tra le libertà del singolo e l'autorità dello Stato.

Impedir que o legislador infraconstitucional estabeleça o sistema da individualização jurisdicional ou judicial da pena cominada ao tipo – com observância do elementar juízo de culpabilidade – acarretará a ruína da missão tutelar do Direito Penal, à con-

sideração de que, na ordem jurídica, somente são contemplados os direitos do agente que se conduz em desconformidade com a lei. Infelizmente, parece que essa tem sido a tônica da interpretação, colocando-se o réu na condição de imaculado sujeito da relação material e processual, enquanto ao cidadão de bem resta o pagamento dessa fatura.

Outro aspecto a ser destacado se refere à efetividade do direito repressor no processo de execução da pena em decorrência de decisão transitada em julgado, no momento em que se coloca em prática o comando inserto na parte dispositiva do ato jurisdicional.

A vontade da lei, individuada na sentença em face do caso concreto, não prescinde do esgotamento desses momentos, passando pela orientação ditada pela norma constitucional e a subsequente delimitação do poder de repressão do Estado quando da definição dos tipos incriminadores e das regras a serem observadas na individualização da pena em face do princípio da culpabilidade do autor do fato penalmente relevante.

Cabe ao legislador infraconstitucional estabelecer regramento que prime pela efetividade do poder repressor, tratando de forma diferenciada os que merecem essa distinção, a bem dos interesses do grupamento social, da tutela dos bens jurídicos de relevância. Aliás, voltamos a insistir que está claro no texto da Magna Carta que a intenção de nosso Legislador Maior foi cometer esse mister à legislação que disciplinaria a matéria, na medida em que se pode bem identificar o intento de que aos autores de crimes hediondos fosse estabelecido tratamento repressivo diferenciado (artigo 5º, XLIII), e a compreensão de que as penas devem ter seu cumprimento regulado em face da gravidade da infração e da culpabilidade do agente (artigo 5º, XLVIII).

Com esquite nesses elementares princípios que emergem do regramento Constitucional, verifica-se que a Magna Carta traduz apenas e tão-somente poder limitativo ao legislador infraconstitucional no tratamento da matéria por ela cuidada, sem lhe obstar a disciplina plena do instituto jurídico a ser tratado. Desse modo, a Constituição garante direitos que considera fundamentais ao cidadão processado ou preso (cauteladamente ou em execução de pena), sem prejuízo de que a legislação infraconstitucional estabeleça restrições ou diferenciais.

Quando nos deparamos com a questão da individualização da pena no nível constitucional, atentos ao que dispõe o artigo 5º, XLVI, da Constituição Federal, constatamos que esse dispositivo baliza a atividade do legislador infraconstitucional e não estabelece cerceamento ao poder de disciplinar o procedimento de individualização pelo poder jurisdicional do Estado. Objetiva resguardar os direitos que a Constituição Federal quis expressamente tutelar e, conseqüentemente, preserva determinados direitos do condenado, ao vedar, *verbi gratia*, a prisão perpétua, penas cruéis ou desumanas, o banimento, etc.

A legislação de regência dos crimes hediondos cuidou, com evidente atenção, da necessidade de que os autores de infrações erigidas à categoria de gravíssimas tenham tratamento diferenciado, objetivando atingir os fins da pena e, principalmente, dar efetividade ao direito repressor. Pondera Silvestre (2006):

[...] se a vida é o mais importante bem jurídico fundamental da pessoa individualmente considerada, a segurança pública é o mais valioso bem da sociedade, na medida em que somente uma coletividade que dispõe de proteção pode garantir o gozo dos direitos fundamentais e individuais dos cidadãos que dela façam parte. De nada adianta ter declarados direitos à vida, liberdade, igualdade, propriedade, se não existem regras de segurança social que permitam o exercício de tais direitos.

Não se pode admitir que a Magna Carta seja repositório único dos direitos do cidadão processado. Os direitos, garantias e deveres consagrados no seu corpo direcionam-se à tutela de todo cidadão, sejam eles réus ou vítimas. Não se pode esquecer da missão tutelar do ordenamento jurídico aos direitos do cidadão, consagrados não somente na norma penal incriminadora, mas também identificáveis com o estabelecimento de procedimento de individualização que prime pela efetividade do direito repressor. Nesse aspecto da tutela dos direitos do cidadão, tem-se que o direito repressor não se posiciona exclusivamente como instrumento de limitação do poder de punir do Estado, notadamente porque a consagração de condutas humanas ofensivas a bens jurídicos de relevância social em tipos penais revela a preocupação do Estado em tutelar os bens jurídicos relevantes do ser humano.

4. O Princípio da Individualização e da Humanidade da Pena

A vedação da progressão de regime não agride a garantia constitucional da individualização da pena privativa de liberdade nem o princípio da humanidade da pena, na medida em que tais princípios trilham o caminho do princípio da legalidade. Se o legislador entendeu por bem erigir determinados crimes, de gravidade elevada, à categoria de hediondos, estabelecendo um procedimento de individualização ou fixação da reprimenda diverso daquele previsto para os autores de crimes graves (não-hediondos), punidos com reclusão, na imposição da sanção penal, o Magistrado não estará vedando a progressão de regime, mas obedecendo ao comando legal que impõe a execução da pena integralmente em regime fechado.

Pondere-se, ademais, que o próprio Legislador Constitucional se preocupou em vedar penas desumanas ou cruéis, pois, de forma expressa, proibiu a imposição de penas de morte, perpétuas, de banimento e de trabalhos forçados (artigo 5º, XLVIII). Desse modo, observadas essas vedações, nada obsta que a legislação infraconstitucional discipline a individualização judicial da pena em face da gravidade do crime e da qualificação subjetiva do agente, buscando atingir a eficácia da sanção penal para atender aos fins visados pela norma incriminadora.

A individualização da pena é disciplina que está cometida à legislação federal, nos termos do que dispõe o artigo 5º, XLVI, da Constituição Federal, cabendo ressaltar que as únicas restrições que a Magna Carta estabelece quanto à competência legislativa da União para edição das normas dessa matéria se encontram expressamente consagradas no seu texto. Nesse sentido, proclamou o Ministro Hamilton Carvalhido (BRASIL, 2004):

Não há falar em inconstitucionalidade do parágrafo 1º do artigo 2º da Lei dos Crimes Hediondos, eis que, para além de ser a edição do Direito Penal matéria própria da dimensão infraconstitucional (Constituição Federal, artigo 22, inciso I), a norma inserta no inciso XLVI do artigo 5º da Constituição da República defere, também à lei, a disciplina da individualização da pena, que pode assim estabelecer especialmente o regime fechado como integral das penas dos crimes hediondos.

Quando se fala no princípio da individualização da pena, emerge, equivocadamente, a impressão de que a determinação do cumprimento da reprimenda no regime fechado, sem a permissão de progressão meritória, importaria em obstar os fins de ressocialização da sanção penal ou mesmo impor ao condenado uma sanção insuportável. No entanto, os autores de crimes hediondos, que devem cumprir a reprimenda no regime integralmente fechado até que atinjam o *quantum* de dois terços para o livramento condicional, estão, na realidade, sujeitando-se a um tratamento prisional que busca o acompanhamento, com maior minudência, da evolução do preso no processo de reinserção social, sem que isso importe em supressão dos direitos e das garantias do condenado, assegurados na Lei de Execução Penal. Entre os vários direitos assegurados ao preso, o condenado no regime integralmente fechado tem direito de trabalhar (artigos 28/37 da Lei n.º 7.210/84) e de remir os dias trabalhados para atingir dois terços do cumprimento da pena imposta e obter a concessão do livramento condicional (artigos 26/20 da Lei n.º 7.210/84). Ademais, todos os outros direitos assegurados ao preso, provisório ou em execução de pena, não restam banidos pela simples imposição do regime integralmente fechado. Assim, o preso tem direito à assistência material, religiosa, à saúde, educação, etc., bem como tem garantido o respeito a todos os direitos que não foram atingidos pela condenação.

O sistema progressivo existe; todavia, trata-se de modalidade diferenciada, não nos parecendo que o simples fato de ser obstada a progressão para regime menos rigoroso nos leve a admitir conclusão diversa. Ora, o réu, atingindo o cumprimento de dois terços da pena, revelando mérito para tanto, poderá ter deferido o livramento condicional. Ressaltamos, ainda nesse aspecto, que a progressão de um regime para outro menos gravoso, de forma sucessiva, não é elementar à identificação do sistema progressivo.

No que se refere ao estabelecimento da resposta penal, seja a autores de crimes hediondos seja a autores de crimes graves (não-hediondos) ou a autores de crimes de

menor potencial ofensivo, o legislador leva em consideração a gravidade objetiva da infração e/ou a qualificação subjetiva do autor do delito, como ocorre, *verbi gratia*, ao ser imposto aos autores de infrações cuja pena seja superior a oito anos o cumprimento inicial no regime fechado (independentemente da consideração quanto à reincidência do réu) e o cumprimento da pena em regime fechado aos reincidentes qualquer que seja a reprimenda aplicada (artigo 33, § 2º, do Código Penal).

Os crimes denominados hediondos e as infrações penais a eles equiparadas foram erigidos à categoria de infração de elevada gravidade, por ofenderem bens jurídicos selecionados como de maior relevância. Com isso, o Estado, além de dever tratar dessas violações com maior rigor, tem a incumbência de velar, de forma efetiva, para que a reprimenda possa atingir seu objetivo de prevenção, retribuição e ressocialização. A sujeição do condenado ao cumprimento da pena no regime integralmente fechado importa em estabelecer o efetivo acompanhamento da evolução do preso e de suas reais condições de reinserção social.

Assim, quanto à individualização da pena, no âmbito da competência da legislação federal, foram especificadas quatro modalidades de regime prisional (integralmente fechado, fechado, semi-aberto e aberto), cabendo ao aplicador da lei penal, em obediência ao princípio basilar da legalidade, definir a modalidade de regime a ser estabelecido, levando em consideração as diretrizes gizadas na legislação federal competente.

Também não há que se falar em ofensa ao princípio da humanidade da pena. Nesse sentido, pontificou o ilustrado Desembargador Kelsen Carneiro (MINAS GERAIS, 2004):

A continuidade do cumprimento integral em regime fechado também não ofende ao princípio da humanização da pena, pois o condenado por crime hediondo tem direito aos benefícios prisionais próprios do regime fechado (isolamento celular durante o repouso noturno, a atribuição de trabalho de acordo com as aptidões ou ocupações anteriores, o trabalho em serviços ou obras públicas - extramuros - e as permissões de saída), tendo, ainda, direito ao livramento condicional desde que cumpridos 2/3 da pena e não seja reincidente específico.

Merece sofrer apreciação o argumento lançado pelos defensores da tese da inconstitucionalidade da vedação de progressão de regime, segundo o qual há contra-senso na Lei dos Crimes Hediondos por negar ela a progressão e por permitir, lado outro, a obtenção do livramento condicional, depois de cumpridos dois terços da pena, pois constituiria esse benefício, segundo alegam, uma das fases do sistema progressivo.

Pelos argumentos aqui já apresentados, conclui-se que a situação não é paradoxal como está sendo sugerido. O livramento condicional não é etapa necessária a ser

alcançada no sistema progressivo, não é detectável em todos os casos. Assim entendemos, porque há situações em que, por expressa vedação legal, está o réu obstado de postular o benefício – por exemplo, nos casos em que foi estabelecida sanção inferior a dois anos (Código Penal, artigo 83) e também na hipótese de o sentenciado, em decorrência de não reunir condições subjetivas, dever cumprir a reprimenda no regime fechado, o qual, então, será considerado integralmente fechado.

Impõe-se observar que os condenados pela prática de crimes hediondos não mais devem ser mantidos presos em cadeias públicas ou estabelecimentos similares, devendo ser encaminhados às penitenciárias disponíveis no Estado, que deverão abrigar, preferencialmente, os sentenciados nessas condições.

Assim exposto, verificando-se a Lei de Execução Penal, especificamente seus artigos 87/92, tem-se que os presos no regime fechado e no regime integralmente fechado cumprem a reprimenda arbitrada em penitenciárias, enquanto os condenados em regime semi-aberto e os que lograram progredir para essa modalidade de regime, cumprem a sanção nas colônias agrícolas, estabelecimentos penais cujo ponto de diferenciação substancial é o fato de que, naquelas, o sistema imposto é o de segurança máxima, ao passo que, nestas, a segurança é abrandada, notadamente porque os presos em regime semi-aberto revelam estar adaptados ao sistema em que se encontram.

Não se pode mais admitir a idéia de que a execução penal dos autores de crimes de elevada gravidade fique sujeita aos desvios que se têm observado quando os presos, sob o argumento de que não há vagas em penitenciárias, acabam cumprindo a pena na própria cadeia pública das comarcas do interior do Estado, sem nenhum acompanhamento, sem observância das regras ditadas pela Lei de Execução Penal, as quais, como já assinalado, tendem a fazer com que o processo de execução se constitua em instrumento de aferição da reeducação do sentenciado. Nesse aspecto, há que se observar que o Código Penal, no seu artigo 59, oferece ao julgador circunstâncias para estabelecer o *quantum* da pena e seu regime no processo de individualização, o que leva à compreensão de que há necessidade de se conferir tratamento diferenciado, notadamente em consideração à culpabilidade do agente e à gravidade do crime.

O regramento estabelecido na Lei dos Crimes Hediondos não se apresenta contrário às prescrições do Código Penal – no que se refere ao estabelecimento do sistema progressivo. Pelas razões aqui esposadas, não se trata de revogação das regras gerais por norma especial, mas de implantação de sistema de execução da pena atendendo à inspiração do comando constitucional que deferiu ao legislador federal nomear os crimes hediondos e estabelecer as regras de direito material e processual a serem observadas.

Pensar em sentido inverso importaria admitir a incompatibilidade entre as Leis Especiais e os Códigos Penal e de Processo Penal, notadamente quando instituem regramentos diferenciados na aplicação do direito, como aconteceu recentemente, *verbi*

gratia, com a introdução de reformas substanciais no procedimento dos crimes instituídos na Lei de Tóxicos. Nesse aspecto em relevo, poder-se-ia ainda questionar a validade das leis especiais precedentes à própria legislação codificada, que estabelece regras diversas daquelas definidas na legislação comum. A legislação especial é de exceção e, por essa característica, tem de estabelecer disciplina diversa para regular situações que fogem das regras comuns ditadas pelo Código Penal.

A mera especificação dos crimes que se inserem no rol dos hediondos para nada prestaria, se não se permitisse que o legislador infraconstitucional instituisse o tratamento diferenciado a ser observado quanto aos autores dessas infrações de elevadíssima gravidade.

Aliás, como aqui dissertado, a matéria gravita em torno do princípio da individualização da pena, e não se pode negar que é no nível infraconstitucional que se estabelece o procedimento a ser observado na aplicação da sanção penal, não estando o legislador infraconstitucional obstado de instituir as formas de execução da pena, levando em consideração a gravidade objetiva do delito e/ou qualificação subjetiva do autor da infração penal. Sobre o tema, são pertinentes as lições de Greco (2006):

[...] a nossa Constituição Federal determinou ao legislador infraconstitucional que, por intermédio de um critério de seleção político, regulasse a individualização da pena, o que efetivamente fora realizado quando determinou que os condenados pelas infrações descritas na Lei n.º 8.072/90, em virtude da gravidade dos crimes ali previstos, teriam de, independentemente de requisitos objetivos e subjetivos, tais como cumprimento parcial da pena e bom comportamento carcerário, cumpri-la integralmente no regime fechado. Esse foi, portanto, o critério adotado pelo legislador para distinguir o cumprimento das penas relativas aos delitos previstos na lei dos crimes hediondos daqueles que estiverem fora do seu rol. Não podemos deixar de lembrar, por oportuno, que houve individualização, ficando os condenados pela prática de crimes elencados na Lei n.º 8.072/90 impedidos de progredir de regime, ao contrário daqueles que praticaram, aos olhos do legislador, outras infrações consideradas não tão graves quanto aquelas.

Portanto, é necessário que se interprete o princípio da individualização da pena à luz do que dispõe a Magna Carta, para que não nos esqueçamos de que a individualização também se estabelece *pro societate*. Desse modo, não se pode admitir que o legislador competente para editar normas repressoras esteja obstado de fixar os parâmetros da individualização a cargo do Poder Judiciário, a qual objetiva, essencialmente, estabelecer reprimenda que se assente nos princípios da culpabilidade e da proporcionalidade.

Além da previsão expressa no texto da Magna Carta de que são negados determinados benefícios aos autores de crimes hediondos, tem-se ainda que não passou despercebido do legislador a necessidade de que os presos, de conformidade com a gravidade do delito perpetrado, sejam levados a cumprir a pena em estabelecimentos distintos.

Devemos ainda frisar que a v. decisão emanada do Supremo Tribunal Federal está em colisão com súmula de sua autoria, que, expressamente, admitiu sistema progressivo diferenciado para os autores de crimes hediondos, matéria que foi suscitada e definida pelo Pretório Excelso quando emergiram os debates sobre a revogação da vedação de progressão no regime pela lei que definiu os Crimes de Tortura (Lei nº 9.455/97).

A Súmula n.º 698 encontra-se vazada nos termos seguintes: “Não se estende aos demais crimes hediondos a admissibilidade de progressão no regime de execução da pena aplicada aos crimes de tortura”.

Constata-se, sem necessidade de maior esforço, que o Pretório Excelso já reconheceu a validade do comando da Lei dos Crimes Hediondos que impõe o regime integralmente fechado, de forma que foi afastado pela regra sumulada o questionamento quanto à constitucionalidade desse texto legal que se encontra em conformidade com os princípios e fundamentos insertos em nossa Magna Carta.

Desse modo, cabe a todos a reflexão sobre o tema, à luz do que dispõe o artigo 1º, II e III, e o artigo 5º, XLIII e XLVIII, da Magna Carta, porquanto não há dúvidas de que o tratamento diferenciado aos autores de crimes hediondos e infrações penais assemelhadas tem o escopo de tornar a missão do Direito Penal uma realidade que possa ser sentida e apreendida pela sociedade, destinatária da proteção estatal. A partir do momento em que nos esquecermos dessa realidade e passarmos a incentivar medidas elisivas da eficácia das normas penais, estaremos concedendo salvo-conduto aos delinquentes de periculosidade, que, conscientes da ineficácia do poder repressor do Estado, terão, a seu dispor, a proteção estatal para atentar e lesar os direitos do cidadão e da sociedade.

Nada vale a cominação judicial de penas elevadas se não tivermos consciência de que os fins da pena são atingidos somente quando se tem disposição de tornar realidade o poder repressor do Estado. E alcançaremos esse mister a partir do momento que pudermos fazer com que a pena privativa de liberdade saia do campo retórico e seja efetiva, que a punição seja real e eficaz.

Parece-nos que esse foi o objetivo que inspirou a edição da Lei dos Crimes Hediondos, impondo aos condenados o cumprimento exemplar da pena privativa de liberdade, bem como dificultando o seu ingresso nos regimes menos graves, o que pode ser aferido do próprio texto da Magna Carta, que veda a tais infratores abreviar ou se safar da punição com os benefícios da anistia, da graça e do indulto.

5. Conclusão

Por todas essas considerações, entendemos que está em pleno vigor o disposto no artigo 2º, § 1º, da Lei n.º 8.072/90, cabendo, nessa parte conclusiva, deixar consignados os pontos em que se assenta a posição aqui defendida. Os tribunais não estão vinculados à decisão do Pretório Excelso e, respeitada a independência funcional dos membros do Ministério Público e da Magistratura (garantia que inspira a construção dessas instituições democráticas), poderão reconhecer, *indecenter tantum*, a inconstitucionalidade da vedação da progressão meritória no regime prisional, desde que observada a forma preconizada pela legislação em vigor e nos seus regimentos internos.

O tema, que enseja debate referente à contrariedade aos princípios da humanidade e da individualização da pena (artigo 5º, XLVI), comporta novas reflexões que levam ao enfrentamento de matérias constitucionais ainda não apreciadas pelos augustos Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça, especificamente a conformidade da lei infraconstitucional com o que dispõe o artigo 1º, II e III, o artigo 5º, XLIII e XLVIII, e o artigo 52, X, da Carta Magna.

Ademais, a decisão proferida pelo Pretório Excelso no julgamento do *Habeas Corpus* n.º 82.959-7/SP não tem eficácia obstativa do recurso às instâncias constitucionais para a discussão sobre a vigência do artigo 2º, § 1º, da Lei n.º 8.072/90 e a sua conformidade com os dispositivos constitucionais aludidos.

A eficácia e validade da Lei dos Crimes Hediondos (artigo 2º, § 1º, da Lei n.º 8.072/90) somente poderá ser elidida mediante ação direta de inconstitucionalidade ou deliberação do Senado Federal quanto à suspensão de seus efeitos, fatos não verificados no momento atual. A decisão exarada pelo Supremo Tribunal Federal encontra-se em flagrante choque com o que dispõe a sua Súmula n.º 698, a qual ainda se encontra em vigor, porquanto não revogada pela forma preconizada na legislação pertinente.

É preciso ter em consideração que foi justamente graças aos recursos interpostos de forma insistente nesses anos de vigência da Lei dos Crimes Hediondos que o Supremo Tribunal Federal acabou por mudar a posição que vinha esposando. Devemos ainda atentar para o fato de que os julgamentos de recursos extraordinários ficarão afetos a Turmas Julgadoras, compostas por Ministros que defenderam no Pleno da Suprema Corte a constitucionalidade do artigo 2º, § 1º, da Lei n.º 8.072/90, e de que haverá a renovação nesse quadro. O salutar debate poderá reverter a posição da alta corte do País, o que aguardamos acontecer, independentemente da aprovação dos projetos legislativos que pretendem emendar à Constituição e à própria Lei n.º 8.072/90.

Com essas considerações, esperamos contribuir para a reflexão da comunidade jurídica sobre o tema proposto, notadamente com o enfrentamento da decisão emanada do Pretório Excelso em face do que dispõem os artigos 1º, II e III, 5º, XLIII, XLVI e XLVII, e 52, X, da Constituição Federal.

6. Bibliografia

ANTOLISEI, Francesco. *Manuale di diritto penale*. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1991.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental em Recurso Especial nº567342. Relator: Min. Hamilton Carvalhido. Brasília, 27 de abril de 2004.

CERQUEIRA, Thales Tácito de Padua Pontes. Crimes Hediondos e questões polêmicas sobre a decisão do STF. Disponível em: <http://www.portalttc.com.br>. Acesso em: 20 mar. 2006.

FARIAS, Edilson Pereira. *Colisão de direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação*. 2. ed. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2000.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*: parte geral. 6. ed. Niterói: Ímpetus, 2006. v. 1.

LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Apelação Criminal nº 10000002588108001. Relator: Des. Kelsen Carneiro. Belo Horizonte, 8 de junho de 2004.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

NERY, Rosa Maria Andrade. *Noções preliminares de direito civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

PERLINGERI, Pietro. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

PISANI, Mario. *Appunti di procedura penale*. Bolonha: Monduzzi Editore, 1992.

REALE, Miguel. *Pluralismo e liberdade*. São Paulo: Saraiva, 1963.

ROXIN, Claus. *Problemas fundamentais de direito penal*. Portugal: Veja, 1976.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dimensões da dignidade: ensaios de Filosofia do Direito*. São Paulo: Livraria do Advogado, 2005.

SILVESTRE, Fábio Galindo. Comentários à decisão do STF no HC 82.959-7. Inconstitucionalidade do regime integralmente fechado aos condenados por crimes hediondos. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 10, n. 975. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8056>>. Acesso em: 3 mar. 2006.

WELZEL, Hans. *Derecho Penal aleman*. 11. ed. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1976.