

CRIMES HEDIONDOS E A PROGRESSÃO DE REGIME À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Cristina Silvia Alves Lourenço¹

Maurício Sullivan Balhe Guedes²

1. COMPONENTE POLÍTICO-CRIMINAL



primeira coisa que se deve pensar quanto ao tema da Lei dos Crimes Hediondos é entender o sentido da referida lei, ou seja, procurar seu componente político-criminal. Para isso, não é preciso ir muito longe para se descobrir que estamos diante de diretrizes próprias do movimento lei e ordem.

Dentro do Direito Penal de nossos dias, destacam-se três movimentos penais: o do Direito Penal Mínimo, o do Abolicionismo Penal e o da Lei e Ordem. Basicamente, são esses três movimentos que orientam hoje a política criminal a ser seguida por um ordenamento penal.

O movimento *Lei e Ordem* surgiu na década de 70 como reação às altas taxas de criminalidade. Considerava-se que a lei penal era muito branda para o tipo de criminalidade que surgia e havia de se tomar alguma atitude. E essa atitude cha-

¹ Doutora em Direito Penal pela Universidade de Sevilha. Mestre em Ciências Jurídico-Criminais pela Universidade de Coimbra. Professora Adjunta I e Diretora Geral do Instituto de Ciências Jurídicas da Universidade da Amazônia – UNAMA. Email: clourenco@unama.br. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/3055824980514552>.

² Acadêmico do Curso de Direito, Bolsista de Iniciação Científica (2014.1 – 2015.1), membro do Grupo de Estudo e Pesquisa em Direito Público Contemporâneo (2014.2 – 2015.1) e do Grupo de Estudo e Pesquisa em Direito Constitucional (2013.2 e 2014.1), e Monitor de Direito Constitucional (2013.1 e 2013.2) da Universidade da Amazônia – UNAMA. Email: msullivan@scientist.com. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/5089917157711746>.

ma-se: aumento de incidência do Direito Penal. É necessário estabelecer-se a ordem como valor supremo, mesmo que seja necessário suprimirem-se garantias processuais e penais. O criminoso deve pagar pelo mal cometido com outro mal e este deve ser mais duro e aflitivo, para que sirva tanto ao condenado como também de exemplo aos demais. O delinquente, assim, não está fora da lei, ao contrário, é enquadrado dentro dela³.

Há um incremento de condutas proibidas pelo legislador, assim como da atuação policial. Em resumo: a criminalidade é uma doença infecciosa que deve ser combatida e isolada, para que não se alastre e chegue perto do cidadão de bem.

2. PROCESSO DE CRIAÇÃO DA LEI: OS MOTIVOS

Além do plano geral, alguns incidentes específicos levaram à criação dessa Lei. As classes mais abastadas começavam a ser incomodadas com o fenômeno da criminalidade, então, passam a ser o alvo fácil das condutas criminosas. Há uma prática de sequestros e com isso cria-se um alarme que precisava de resposta.

O projeto elaborado pelo Deputado Roberto Jefferson tinha como meta a guerra contra esse tipo de crime. Originou-se então a famosa e discutida Lei dos Crimes Hediondos nº

³ “A rede carcerária não lança o elemento inassimilável num inferno confuso, ela não tem lado de fora. Toma por um lado o que parece excluir por outro. Economiza tudo, inclusive o que sanciona. Não consente em perder nem o que consentiu em desqualificar. Nesta sociedade panóptica, cuja defesa onipresente é o encarceramento, o delinquente não está fora da lei; mas, desde o início, dentro dela, na própria essência da lei ou pelo menos bem no meio desses mecanismos que fazem passar insensivelmente da disciplina à lei, do desvio à infração. Se é verdade que a prisão sanciona a delinquência, esta no essencial é fabricada num encarceramento que a prisão no fim de contas continua por sua vez. A prisão é apenas a continuação natural, nada mais que um grau superior dessa hierarquia percorrida passo a passo. O delinquente é um produto da instituição. Não admira, pois, que, numa proporção considerável, a biografia dos condenados passe por todos esses mecanismos e estabelecimentos dos quais fingimos crer que se destinavam a evitar a prisão” (FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir*. 40ª ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2012, p. 285).

8.072/90.

Mas como se poderia prever, tal Lei não surtiu o efeito esperado. A criminalidade continuou aumentando e enveredando para outros tipos de condutas. Ocorre, então, a cruel chacina da Candelária e de Vigário Geral, assim como o assassinato de uma atriz global. O país foi tomado por uma comoção geral, por uma sensação de impunidade e por um imenso sentimento de justiça. Isso, engrandecido fortemente pelo poder da mídia, que fez de todos esses acontecimentos um espetáculo televisivo.

Com tamanha pressão e inoperância do Estado, a única saída foi novamente recorrer ao Direito Penal. Surgiu então uma nova Lei (nº 8.930/94), que incluiu o crime de homicídio na sua forma simples, desde que praticado em atividade típica de grupo de extermínio e na sua forma qualificada.

Se isso não bastasse, ainda se incluiu mais um crime neste rol, o de falsificação ou adulteração de produtos farmacêuticos ou medicinais, também por um motivo: a explosão na mídia sobre as falsificações de remédios.

3. CONCEITO DE CRIME HEDIONDO: CONSEQUÊNCIAS DO SISTEMA DE ETIQUETAGEM

Então, o rol estava completo. Somente esqueceu-se o legislador ordinário de cumprir uma tarefa para o qual foi incumbido pelo constituinte originário: denominar, conceituar, o que seria um crime hediondo. Pareceu-lhe tarefa bem mais simples, escolher alguns tipos no Código Penal e etiquetá-los⁴

⁴ “Adotando postulado do *labeling approach* (teoria do etiquetamento), ressalta-se que, sob a etiqueta de delito, reúne-se toda uma série de comportamentos que nada têm em comum, exceto quanto ao fato de estarem igualmente criminalizados. Significa ainda que o crime não é um objeto do sistema penal, mas o resultado mesmo do seu funcionamento, razão pela qual a criminalidade não existe por natureza, pois é, mais exatamente, uma realidade socialmente construída mediante processos de definição e interação. Adota-se o teorema (Thomas) segundo o qual, se definem situações como reais, são reais em suas consequências” (QUEIROZ, Paulo. *Curso*

como hediondos, o que faz com que haja já aqui as primeiras incongruências dessa lei. Há uma afronta a dois princípios da Constituição: o da Legalidade e o da Proporcionalidade.

Quanto ao princípio da legalidade, cumpre ressaltar que:

[...] reclama la adecuación de la actuación de los poderes públicos a las leyes y cuyo sentido sólo se puede alcanzar a partir de la particular concepción de la ley (ley parlamentaria, expresión de la voluntad popular) que el liberalismo sostuvo. Es precisamente esta concepción de la ley la que ha permitido que el principio de legalidad pueda operar como principio legitimador de la actividad de los poderes públicos (irreprochable siempre que se adecue a la ley) y, también y a la vez, como principio limitador de dicha actividad (ya que, por la misma razón que todo es legítimo para los citados poderes dentro de la ley, nada les está permitido fuera ella, convertida así en límite de su obrar posible)⁵.

Na seara penal, compreende o princípio da reserva legal, da taxatividade e da irretroatividade da lei mais severa, e “significa que só por lei, em sentido estrito, emanada do Poder Legislativo, o Estado poderá legislar sobre matéria penal, definindo as infrações penais e cominando as respectivas sanções [...]”⁶.

É atribuição do legislador ordinário criar normas, mas na criação dessas normas deve-se ter presente se o bem jurídico merece e precisa da tutela penal, assim como definição concreta do crime e de sua sanção. No entanto, o legislador não fez nem uma coisa nem outra. Não houve uma definição. Uma consideração do que deveria ser entendido por hediondo e por que aqueles tipos etiquetados deveriam integrar aquela lei.

Sobre a proporcionalidade, afirma Carlos Bernal Pul-

de direito penal: parte geral. 9ª ed. Salvador: Jus PODIVM, 2013).

⁵ MORALES, Ángel Garrorena. *Derecho constitucional: teoría de la constitución y sistema de fuentes*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2011, p. 54-55.

⁶ QUEIROZ, Paulo. *Curso de direito penal: parte geral*. 9ª ed. Salvador: Jus PODIVM, 2013, p. 78.

do:

El principio de proporcionalidad cumple la función de estructurar el procedimiento interpretativo para la determinación del contenido de los derechos fundamentales que resulta vinculante para el Legislador y para la fundamentación de dicho contenido en las decisiones de control de constitucionalidad de las leyes. De este modo, este principio opera como un criterio metodológico, mediante el cual se pretende establecer qué deberes jurídicos imponen al Legislador las disposiciones de los derechos fundamentales tipificadas en la Constitución. El significado de esta función sólo puede comprenderse cabalmente sobre la base del entendimiento previo de la estructura de los derechos fundamentales y de la estructura del control de constitucionalidad de las leyes [...]⁷.

Na esfera penal, cumpre assegurar:

[...] um ulterior caráter da pena moderna: a proporcionalidade das penas à gravidade dos delitos, ou, mais precisamente, considerada a natureza convencional dos delitos e das penas, o ajuste proporcional da gravidade dos delitos às medidas de penas estabelecidas pelo legislador sobre a base da hierarquia dos bens e dos interesses eleitos por ele como merecedores de tutela⁸.

Geraram-se, em consequência, punições desproporcionais e sem justificação para tanto. O que podemos argumentar quando nos deparamos com a pena mínima que foi aplicada aos delitos de homicídio qualificado, latrocínio e extorsão mediante sequestro com resultado morte? Que parâmetro orientou o legislador para entender que aquele que sequestra para obter vantagem e, em decorrência disso, a vítima acaba morrendo, deve ter uma pena mínima maior do que aquele que mata por motivo fútil? Que relação existe entre uma conjunção carnal e um beijo lascivo e uma apalpada? Por que aquele que falsifica um produto terapêutico deve ter uma pena maior que aquele que se apropria de dinheiro público em razão de sua função?

⁷ PULIDO, Carlos Bernal. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. 3ª ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, p. 81.

⁸ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 361.

Negaram-se as garantias penais e processuais tais como: anistia, graça, indulto, fiança, liberdade provisória, mas nem uma delas teve mais repercussão que a proibição da progressão de regime.

4. A INCONSTITUCIONALIDADE DO §1º DO ART. 2º DA LEI 8072/90, QUE TRATA DA IMPOSSIBILIDADE DE PROGRESSÃO DE REGIME

A proibição da progressão de regime foi, sem dúvida, a mais flagrante inconstitucionalidade que trouxe a Lei dos Crimes Hediondos. Porém, para que houvesse concordância para este fato, foram necessários vários anos de votos vencidos. Anteriormente, já em sede de recurso perante o STF, alegou-se a afronta que tal imposição da Lei fazia a um dos direitos basilares de nossa Constituição, porém todas às vezes tal contradição foi negada. E isso por quê?

A constitucionalidade do dispositivo foi mantida por dezesseis anos sob os argumentos de que o princípio da individualização da pena seria uma mera orientação geral dada pelo constituinte originário ao legislador ordinário, como também a progressividade da execução da pena não seria um postulado constitucional. Porém, tais argumentos, de tão frágeis sustentações, tornaram-se inconsistentes diante do julgamento (considerado histórico por alguns doutrinadores) em 23.02.2006 do HC 82.959-7/SP no STF.

Tem-se em conta que o ordenamento jurídico deva ser observado de maneira sistemática como um conjunto de normas que possuem coerência e lógica internas. Sendo assim, há uma concorrência entre os princípios que norteiam a Constituição Federal.

Quando a lei, imprudentemente, negou a possibilidade de progressão de regime quando da prática de um crime considerado hediondo tornou-se inócuo não só um único princípio,

mas todo um conjunto de diretrizes, direitos e garantias, que fundamentavam o Estado, exatamente pela relação que se estabelecem entre eles.

Dentre eles, o princípio da individualização da pena, que deve surtir efeito não somente nas esferas legislativa e judicial, como também (e principalmente) na esfera executiva. Devem ser considerados, também, os princípios da dignidade humana, da humanização das penas, visto que o legislador entendeu que não seria permitida a aplicação de prisão perpétua, de pena de morte, cruel ou degradante, assim como aquela pena desnecessária, que não guarde relação com o grau de culpabilidade do agente e a importância do bem atingido, o que tem concordância direta com o princípio da proporcionalidade.

Também foi desconsiderado o princípio da legalidade, visto que ao legislador ordinário não foi dada a incumbência de desdizer o que o constituinte originário havia dito em matéria de individualização de pena. A sua tarefa deveria ser a de *regular*, dentro dos parâmetros, garantias, já asseguradas na Constituição Federal, a individualização da pena em cada etapa, ao contrário de extirpá-la.

Caberia indagar: por que a progressão foi proibida, mas o livramento condicional foi permitido? Por que com 1/6 de pena ou mais (além de considerar os aspectos subjetivos), o condenado não pode passar para o regime semi-aberto, mas com mais de 2/3 de pena cumprida (e também considerado os aspectos subjetivos) tem a possibilidade de conseguir o livramento condicional? Não seria mais racional permitir ao condenado a possibilidade de readaptação à liberdade do que abruptamente colocá-lo no convívio social?

Além disso, por mais que seja verdade que já não haja como esperar pela ressocialização de uma pessoa que comete um crime rotulado como hediondo, nós não podemos permitir que a pena somente seja uma retribuição pelo mal cometido, já que retiraria a racionalidade, a fundamentação e a própria fina-

lidade, que deve estar envolta de qualquer tipo de privação da liberdade.

Com o conflito ocasionado entre os princípios constitucionais, surge a necessidade de pronunciamento do Supremo Tribunal Federal (STF) para pacificar a tese jurídica que deve corresponder com a realidade constitucional vigente, tal como o fez.

5. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A PROGRESSÃO DE REGIME NOS CRIMES HEDIONDOS

5.1. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E JURISDIÇÃO PENAL

No Brasil, a jurisdição constitucional é exercida originariamente pelo Supremo Tribunal Federal (STF), nos termos do art. 102 da Constituição Federal de 1988.

O STF funciona enquanto Suprema Corte, órgão cúpula do Poder Judiciário, tipicamente encontrado em sistemas de controle difuso de constitucionalidade, o que é extraível a partir da leitura de suas competências – constitucionalmente auferidas – para o julgamento do recurso ordinário, ou quando se apresenta como última esfera recursal do trâmite processual.

O sistema jurídico brasileiro consagra, além do controle difuso, o controle abstrato ou concentrado de constitucionalidade, fazendo com que o Supremo Tribunal Federal atue, também, como Corte Constitucional, o que é presente na competência originária que a Casa possui para o julgamento de ações diretas, em especial as contidas no art. 102, *a* e *l* da Constituição.

É possível afirmar que o STF funciona enquanto órgão jurisdicional ordinário, ao preservar a ordem procedimental-recursal comum - caso do art. 102, *i* e *q* da Constituição - e típico Tribunal Constitucional, que discute teses constitucio-

nais e exerce a jurisdição constitucional em sentido estrito, referindo-se, assim, ao cuidado de questões relativas à guarda de direitos fundamentais e o que mais for de matéria constitucional.

Se por um lado a quantidade de competências da Suprema Corte brasileira faz com que ela seja uma das mais atuantes e influentes mundo afora, o preço que se paga é a quantidade, em excesso, de processos judiciais pendentes de julgamento no STF.

A jurisdição penal corresponde ao total de 40.403 julgamentos publicados no sítio eletrônico pela Suprema Corte brasileira⁹, onde o tema “progressão de regime” foi suscitado em, ao menos, 668 julgados¹⁰ e o termo “progressão de regime em crimes hediondos” em 254 casos¹¹. Para uma competência marginal, é muito!

5.2. HC 69.657-1/SP

Nos termos do art. 102, II, *a*, da Constituição Federal de 1988, o Supremo Tribunal Federal (STF) é competente para julgar em recurso ordinário o *habeas corpus* quando este é decidido em única instância pelos Tribunais Superiores, desde que denegatória a decisão. Nesse sentido, o STF teve a primeira oportunidade de confrontar-se com a tese de inconstitucionalidade da vedação à progressão de regime nos crimes hediondos em 18.12.1992, quando julgou o HC 69.657-1/SP.

Sob a relatoria do Min. Marco Aurélio, o julgamento do caso resultou na seguinte ementa:

⁹Número que pode ser conferido no endereço seguinte: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28Penal%29&base=baseAcordaos>>. Acesso em 06.10.2013.

¹⁰Para fins de conferência: <<http://www.stf.jus.br/portal/pesquisa/listarPesquisa.asp?termo=progress%E3o+de+regime>>. Acesso em 06.10.2013.

¹¹<<http://www.stf.jus.br/portal/pesquisa/listarPesquisa.asp?termo=progress%E3o%20regime%20hediondos>>. Acesso em 06.10.2013.

EMENTA: HABEAS CORPUS. LEI DOS CRIMES HEDIONDOS. PENA CUMPRIDA NECESSARIAMENTE EM REGIME FECHADO. CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 2º - §1º DA LEI 8072.

Tráfico ilícito de entorpecentes. Condenação, onde o artigo 2º, §1º da Lei 8072, dos crimes hediondos, impõe cumprimento da pena necessariamente em regime fechado. Não há inconstitucionalidade em semelhante rigor legal, visto que o princípio da individualização da pena não se ofende na impossibilidade de ser progressivo o regime de cumprimento da pena: retirada a perspectiva da progressão frente à caracterização legal da hediondez, de todo modo tem o juiz como dar trato individual à fixação da pena, sobretudo no que se refere à intensidade da mesma. Habeas Corpus indeferido por maioria.

A decisão foi fundamentada em alguns dos seguintes argumentos:

1) A alegação de violação ao princípio da isonomia não se aplica ao caso, pois a distinção de tratamento (progressão permitida para uns e negada para outros) se dá entre agentes de delitos distintos. 2) A individualização não foi negada, mas somente um de seus aspectos, relativamente à fase execução da pena. O art. 59 do Código Penal é aplicável aos crimes hediondos, apenas o regime de cumprimento é que escapará à discricionariedade judicial. 3) Se a lei nega a progressão, por outro lado, permite a liberdade provisória, o que supre a necessidade de oferecer um alento ou esperança ao condenado. 4) A Lei dos Crimes Hediondos, e esse dispositivo em particular, segundo a doutrina, seria “um dos mais desastrosos trabalhos do legislador ordinário no Brasil dos últimos anos”. Mas isso não é razão o bastante para invalidá-la, pois “não somos um casa legislativa”. O Tribunal não julga a lei em seu merecimento. A inconstitucionalidade não seria evidente, manifesta, acima de toda dúvida razoável. 5) O art. 5º, XLVI, da CF, que se refere à individualização da pena, tem como destinatário exclusivo o legislador. O princípio, portanto, tem aplicação restrita. O legislador estaria limitado, apenas, pelo art. 5º, XLVII. 6) A regra do § 1º do art. 2º se fundamentaria no art. 5º, XLIII, que “prevê tratamento objetivamente mais

gravoso para o crime hediondo” [...]”¹².

Por partes:

1. Isonomia, do grego *isonomos*, é literalmente *lei igual*. Nesse sentido, o princípio da isonomia determina que todos serão tratados de maneira igualitária perante a lei, não havendo qualquer consideração maior no que se refere a desigualdades naturalmente apresentadas entre os seres. Trata-se, para o legislador, de proibição de hierarquização entre os cidadãos sem motivo constitucionalmente justificado. Ainda que se possa afirmar que “qualquer elemento residente nas coisas, pessoas ou situações, pode ser escolhido pela lei como fator discriminatório”¹³, é essencial que se reconheça a necessidade de um parâmetro de controle constitucionalmente determinado, não podendo a igualdade formal ser pervertida ao prazer do legislador, sob pena de perder seu caráter de direito de defesa¹⁴⁻¹⁵.

De fato, a distinção entre um crime ordinário e um crime hediondo vai além do plano técnico legislativo. A valoração negativa das práticas tidas por hediondas, então, respaldariam um tratamento punitivo mais severo por parte do legislador. Tal assertiva, no entanto, não deve prevalecer caso o tratamento mais severo resulte em violação aos princípios constitucionais. A igualdade formal, ao contrário do decidido pelo STF em tal ocasião, restou violada, pois o tratamento desigual em matéria penal somente é justificável em casos concretos, e não pode ser pré-determinado pelo legislador, pois impactaria em violação

¹² BARBOZA DE AGUIAR, Danilo Augusto. Vedação à progressão de regime e princípio da individualização da pena. *Observatório de jurisdição constitucional*. Brasília: IDP, Ano 2, 2008.

¹³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 17.

¹⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 254.

¹⁵ GUEDES, Maurício Sullivan Balhe. Direito à igualdade e livre desenvolvimento da personalidade: construindo a democracia de triplo vértice. In: SMITH, Andreza do Socorro Pantoja de Oliveira. *Estudos de direitos fundamentais*. São Paulo: PerSe, 2013, p. 34-71.

imediatamente à igualdade formal ao hierarquizar o condenado a práticas tidas por ilícito hediondo, majorando a pena e o impedindo a progressão de regime, sem levar em consideração as circunstâncias concretas, e eventuais atenuantes da conduta.

2. A garantia à individualização da pena contida no art. 5º, XLVI, da Constituição Federal de 1988, para ser satisfeita e devidamente produzir efeitos, carece de *topoi* de sustentação, onde se apresentam regras de aplicabilidade para a devida materialização do preceito.

Por exemplo, o princípio do contraditório e ampla defesa possui, no devido processo legal, um sustentáculo argumentativo que lhe garante aplicabilidade prática. Assim como a dignidade da pessoa humana para ser aplicada ao processo carece da obrigatória apreciação, materialização e respeito ao devido processo legal, onde, nesta situação, o último funcionaria como regra de aplicabilidade do primeiro¹⁶.

Sendo assim, para que o princípio da individualização da pena seja devidamente aplicado é necessária a observância do art. 59 do Código Penal, pois tal dispositivo constitui-se em uma das regras de aplicabilidade do instituto. O afastamento do dispositivo, quando da fixação da pena, impediria a configuração adequada da garantia da individualização, pois “a sentença deve se ater tanto quanto possível ao caso concreto e evitar argumentos que transcendam a sua análise, sob pena de lhe conferir caráter exemplificador, generalizador, e não individualizador”¹⁷.

3. Ademais, a previsão constitucional de individualização da pena não tem como destinatário exclusivo o legislador, tampouco é possível afirmar que um princípio constitucional possa ter aplicabilidade restrita. O equívoco técnico é notório. Não é o legislador quem individualiza a pena, e sim o intérpre-

¹⁶ Para um estudo mais profundo v. GUEDES, Maurício Sullivan Balhe. *Justizgrundrechte*. Berlin: JuS, 2013.

¹⁷ QUEIROZ, Paulo. *Curso de direito penal: parte geral*. 9ª ed. Salvador: JusPODIVM, 2013, p. 447.

te no momento da conjectura decisória condenatória da imposição da pena.

Cabe destacar - e registrar - o voto em sentido contrário manifesto pelo Min. Marco Aurélio:

A progressividade do regime está umbilicalmente ligada à própria pena, no que, acenando ao condenado com dias melhores, incentiva-o à correção de rumo e, portanto, a empreender um comportamento penitenciário voltado à ordem, ao mérito e a uma futura inserção no meio social. O que se pode esperar de alguém que, antecipadamente, sabe da irrelevância dos próprios atos e reações durante o período no qual ficará longe do meio social e familiar e da vida normal que tem direito um ser humano; que ingressa em uma penitenciária com a tarja da despersonalização?

Sob este enfoque, digo que a principal de ser da progressividade no cumprimento da pena não é em si a minimização desta, ou o benefício indevido, porque contrário ao que inicialmente sentenciado, daquele que acabou perdendo o bem maior que é a liberdade. Está, isto sim, no interesse da preservação do ambiente social, da sociedade, que, dia-menos-dia receberá de volta aquele que inobservou a norma penal e, com isto, deu margem à movimentação do aparelho punitivo do Estado.

[...]

Conforme salientado na melhor doutrina, a Lei n. 8.072/90 contém preceitos que fazem pressupor não a observância de uma coerente política criminal, mas que foi editada sob o clima da emoção, como se no aumento da pena e no rigor do regime estivessem os únicos meios de afastar-se o elevado índice de criminalidade.

5.3. HC 82.959-7/SP

As decisões do STF em sede de recurso ordinário - ao contrário do que ocorre pela via extraordinária ou direta - não possuem efeito vinculante e caráter *erga omnis*, no que resultou que a decisão proferida no HC 69.657-1/SP fosse amplamente questionada pelos Tribunais Superiores do país e não conformou a doutrina especializada.

Em 23.02.2006, então, o STF viu-se confrontado com a mesma questão anteriormente vencida: a inconstitucionalidade do art. 2º, §1º da Lei de Crimes Hediondos, ao impedir a progressão de regime.

No HC 82.959-7/SP, dessa vez, imperou a argumentação do - mais uma vez - Min. Relator Marco Aurélio, no que o Supremo assentou o seguinte:

PENA - REGIME DE CUMPRIMENTO - PROGRESSÃO - RAZÃO DE SER. A progressão no regime de cumprimento da pena, nas espécies fechado, semi-aberto e aberto, tem como razão maior a ressocialização do preso que, mais dia ou menos dia, voltará ao convívio social.

PENA - CRIMES HEDIONDOS - REGIME DE CUMPRIMENTO - PROGRESSÃO - ÓBICE - ARTIGO 2º, § 1º, DA LEI Nº 8.072/90 - INCONSTITUCIONALIDADE – EVOLUÇÃO JURISPRUDENCIAL. Conflita com a garantia da individualização da pena - artigo 5º, inciso XLVI, da Constituição Federal - a imposição, mediante norma, do cumprimento da pena em regime integralmente fechado. Nova inteligência do princípio da individualização da pena, em evolução jurisprudencial, assentada a inconstitucionalidade do artigo 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90.

Os seguintes aspectos podem ser destacados:

- 1) O § 1º do art. 2º da Lei de Crimes Hediondos ofenderia os princípios da isonomia, da individualização, além do princípio implícito segundo o qual o legislador ordinário deve atuar tendo como escopo maior o bem comum, corolário da dignidade da pessoa humana (Min. Marco Aurélio).
- 2) Vedar a progressão prejudicaria o condenado e a sociedade, pois inviabiliza o processo de ressocialização.
- 3) Haveria uma contradição inaceitável ao vedar a progressão de regime e permitir a liberdade condicional.
- 4) O art. 59 do Código Penal demonstra em que consiste a individualização, que compreende o tipo de pena, seu quantum o regime inicial e possibilidade de eventual substituição da pena.
- 5) Somente as restrições já constantes da CF seriam válidas para os crimes hediondos. As demais condições deveriam ser as mesmas que as aplicáveis aos demais crimes.
- 6) A Lei 9.455/97, que tipificou a tortura, teria revogado o

dispositivo, pois, em razão do princípio da unidade da constituição, não poderia a tortura ter tratamento mais favorável que os demais crimes hediondos e equiparados.

7) A fase de execução seria ínsita ao princípio da individualização da pena, garantido pelo art. 5º, XLVI, da CF, o qual contemplaria três dimensões: proporcionalidade entre crime e pena em abstrato; dosimetria e individualização de sua execução.

8) A regra não se conformaria com o princípio da humanidade da pena, nem com o Pacto de San José da Costa Rica.

9) O fato de o art. 5º, XLVI, da CF, estabelecer uma reserva legal simples, não significa que o legislador tenha absoluta liberdade para definir seu alcance, sob pena de esvaziar a norma constitucional, retirando-lhe qualquer eficácia.

10) Haveria um núcleo essencial no princípio da individualização da pena, a fim de limitar o arbítrio do legislador (Doutrina das garantias constitucionais: visa evitar o esvaziamento do conteúdo do direito fundamental decorrente de restrições descabidas, desmesuradas ou desproporcionais). Esse núcleo seria identificado por meio de um processo de ponderação entre meios e fins (proporcionalidade).

11) A medida prevista no § 1º do art. 2º não passaria pelo teste da proporcionalidade, especificamente quanto ao aspecto da necessidade, uma vez que haveria alternativas para tratar mais severamente os agentes de crimes hediondos, sem supressão do direito à progressão (alcançar o mesmo fim com meios menos gravosos). A Lei 9.455/97, se não revogou a Lei de Crimes Hediondos, reforçou a compreensão de sua desnecessidade. Projeto de lei de autoria do Poder Executivo contribuiria para demonstrá-la.

12) Não seria caso de mudança de interpretação, mas de mutação constitucional, por isso, seus efeitos se voltariam para o futuro. “Modificação na estrutura da ordem jurídica global, uma nítida tendência da legislação mais recente, um novo entendimento da ‘ratio legis’ seriam os fatores a influenciar na mutação

13) Mesmo no controle incidental, seria possível modular os efeitos da declaração de inconstitucionalidade, a fim de alcançar apenas os casos ainda pendentes de progressão, mas não a todos os que se submeteram à lei no passado. Esse argumento não foi acatado em sua plenitude, mas influenciou

na decisão de que a declaração de inconstitucionalidade se limitasse aos efeitos penais, mas não amparasse eventuais ações de responsabilidade civil de quem cumpriu integralmente a pena em regime fechado¹⁸.

A decisão proferida no segundo julgamento, gerou uma série de desdobramentos jurídicos e consequências preocupantes, especialmente quanto à segurança jurídica, pois, a modulação dos efeitos foi realizada *ex nunc* - de modo prospectivo, não gerando nulidade nas relações jurídicas anteriormente constituídas sob o manto da coisa julgada material. Proporcionou dúvidas quanto ao critério a ser utilizado para permitir a progressão de regime nos crimes hediondos - uma vez autorizado pela Suprema Corte. E ainda suscitou a questão acerca da obrigatoriedade do cumprimento ou não do entendimento esposado pelo Tribunal Constitucional brasileiro.

Para impedir o descumprimento de seu posicionamento e garantir a aplicação isonômica da legislação penal, o STF editou a Súmula Vinculante nº 26, com o seguinte teor:

Para efeito de progressão de regime no cumprimento de pena por crime hediondo, ou equiparado, o juízo da execução observará a inconstitucionalidade do art. 2º da Lei n. 8.072, de 25 de julho de 1990, sem prejuízo de avaliar se o condenado preenche, ou não, os requisitos objetivos e subjetivos do benefício, podendo determinar, para tal fim, de modo fundamentado, a realização de exame criminológico.

Almejando regulamentar a questão, o legislador ordinário editou a Lei nº 11.464/07, que altera o art. 2º da Lei 8.072/90 (Crimes Hediondos), que, no § 2º determina: “A progressão de regime, no caso dos condenados aos crimes previstos neste artigo, dar-se-á após o cumprimento de 2/5 (dois quintos) da pena, se o apenado for primário, e de 3/5 (três quintos), se reincidente”.

É de senso comum e de técnica jurídica melhor que a lei

¹⁸ BARBOZA DE AGUIAR, Danilo Augusto. Vedação à progressão de regime e princípio da individualização da pena. *Observatório de jurisdição constitucional*. Brasília: IDP, Ano 2, 2008.

penal só deve retroagir caso seja mais benéfica para o réu (art. 5º, XL, CF/88), de modo que ganhou força doutrina no sentido de que a lei mais benéfica seria aquela editada em 2007 pelo legislador, pois se empregava nessa argumentação o raciocínio de que a Lei dos Crimes Hediondos não permitia a progressão de regime, sendo, então, mais rígida. Não se observando, portanto, a declaração de inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º da Lei nº 8.072, de modo que o resultado interpretativo da questão teria especial impacto na vida livre dos apenados por crimes hediondos anteriormente à declaração de inconstitucionalidade por parte do STF.

A questão atingiu, primeiramente, o Superior Tribunal de Justiça (STJ), órgão jurisdicional que tem por excelência a competência de uniformizar a legislação federal e, tamanha a quantidade de processos que questionavam de que modo deveria ser realizada a progressão de regime para aqueles condenados anteriormente à edição da Lei nº 11.464, que o Tribunal Superior, então, editou a Súmula nº 471, com os seguintes dizeres: “Os condenados por crimes hediondos ou assemelhados cometidos antes da vigência da Lei nº 11.464/2007 sujeitam-se ao disposto no art. 112 da Lei nº 7.210/1984 (Lei de Execução Penal) para a progressão de regime prisional”.

5.4. RE 579.167

Como não poderia deixar de ser, a controvérsia chegou ao Supremo Tribunal Federal pela via do Recurso Extraordinário nº 579.167, tendo sido reconhecido o instituto da repercussão geral. Na ocasião, o STF manteve o entendimento esposado pelo STJ e o evoluiu, tal como consta da ementa:

SEGURANÇA JURÍDICA – APLICAÇÃO DA LEI NO TEMPO. A primeira condição da segurança jurídica é a irretroatividade da lei, no que editada para vigor prospectivamente, regendo atos e fatos que venham a ocorrer. LEI – APLICAÇÃO NO TEMPO – PENAL. O princípio da irretroativi-

dade da lei surge robustecido ante o disposto no artigo 5º, inciso XL, da Constituição Federal – “a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu.”

PENA – REGIME DE CUMPRIMENTO – DEFINIÇÃO. O regime de cumprimento da pena é norteado, considerada a proteção do condenado, pela lei em vigor na data em que implementada a prática delituosa. **PENA – REGIME DE CUMPRIMENTO – PROGRESSÃO – FATOR TEMPORAL.** A Lei nº 11.464/07, que majorou o tempo necessário a progredir-se no cumprimento da pena, não se aplica a situações jurídicas que retratem crime cometido em momento anterior à respectiva vigência – precedentes.

LEI PENAL – INTERPRETAÇÃO ANALÓGICA – EXTENSÃO – IMPROPRIEDADE. Descabe interpretar analogicamente norma penal benéfica ao acusado a ponto de introduzir, no cenário, quanto a instituto nela não tratado, exigência relativa ao cumprimento de parte da pena para progredir.

Onde, então, o STF concluiu que o entendimento mais adequado seria no sentido da aplicação do art. 112 da Lei de Execução Penal, em conjunto com o art. 33 do CP:

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 um sexto da pena no regime anterior e ostentar bom comportamento carcerário, comprovado pelo diretor do estabelecimento, respeitadas as normas que vedam a progressão.

6. CONCLUSÕES

O movimento *Lei e Ordem* surgiu na década de 70 como reação às altas taxas de criminalidade. Considerava-se que a lei penal era muito branda para o tipo de criminalidade que surgia e havia de se tomar alguma atitude. E essa atitude chama-se: aumento de incidência do Direito Penal. É necessário estabelecer-se a ordem como valor supremo, mesmo que seja necessário suprimirem-se garantias processuais e penais. O criminoso deve pagar pelo mal cometido com outro mal e este deve ser mais duro e aflitivo, para que sirva tanto ao condenado

como também de exemplo aos demais. Nesse contexto, de grande comoção social, surge no Brasil a Lei dos crimes hediondos.

Geraram-se, em consequência, punições desproporcionais e sem justificação para tanto. Negaram-se as garantias penais e processuais tais como: anistia, graça, indulto, fiança, liberdade provisória, mas nem uma delas teve mais repercussão que a proibição da progressão de regime.

A constitucionalidade do dispositivo foi mantida por dezesseis anos sob os argumentos de que o princípio da individualização da pena seria uma mera orientação geral dada pelo constituinte originário ao legislador ordinário, como também a progressividade da execução da pena não seria um postulado constitucional. Porém, tais argumentos, de tão frágeis sustentações, tornaram-se inconsistentes diante do julgamento em 23.02.2006 do HC 82.959-7/SP no STF.

A decisão proferida no segundo julgamento, gerou uma série de desdobramentos jurídicos e consequências preocupantes, especialmente quanto à segurança jurídica, pois, a modulação dos efeitos foi realizada *ex nunc* - de modo prospectivo, não gerando nulidade nas relações jurídicas anteriormente constituídas sob o manto da coisa julgada material. Proporcionou dúvidas quanto ao critério a ser utilizado para permitir a progressão de regime nos crimes hediondos - uma vez autorizado pela Suprema Corte. E ainda suscitou a questão acerca da obrigatoriedade do cumprimento ou não do entendimento espousado pelo Tribunal Constitucional brasileiro. Para impedir o descumprimento de seu posicionamento e garantir a aplicação isonômica da legislação penal, o STF editou a Súmula Vinculante nº 26.

Almejando regulamentar a questão, o legislador ordinário editou a Lei nº 11.464/07, que altera o art. 2º da Lei 8.072/90 (Crimes Hediondos), que, no § 2º determina: “A progressão de regime, no caso dos condenados aos crimes previs-

tos neste artigo, dar-se-á após o cumprimento de 2/5 (dois quintos) da pena, se o apenado for primário, e de 3/5 (três quintos), se reincidente”.

Por fim, o STF pela via do Recurso Extraordinário nº 579.167 concluiu que no caso dos apenados anteriormente à vigência de tal Lei, o entendimento mais adequado seria no sentido da aplicação do art. 112 da Lei de Execução Penal, em conjunto com o art. 33 do CP.

