

Universidade Católica de Goiás
Pró-Reitoria de Pós-Graduação e Pesquisa
Superintendência da Academia Estadual de Segurança Pública
Curso de Especialização em Segurança Pública

**PROGRESSÃO DE REGIME NO CUMPRIMENTO DAS
PENAS DOS CRIMES HEDIONDOS**

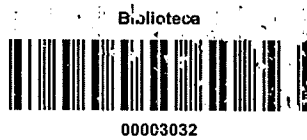
Edson Carneiro Caetano
Orlando da Silva Santana

Goiânia - GO
Maio - 2006

Estado de Goiás
ACADEMIA DE POLÍCIA MILITAR
BIBLIOTECA

UNIVERSIDADE CATÓLICA DE GOIÁS
PRÓ-REITORIA DE PÓS-GRADUAÇÃO E PESQUISA
SUPERINTENDÊNCIA DA ACADEMIA ESTADUAL DE SEGURANÇA PÚBLICA
CURSO DE ESPECIALIZAÇÃO EM SEGURANÇA PÚBLICA

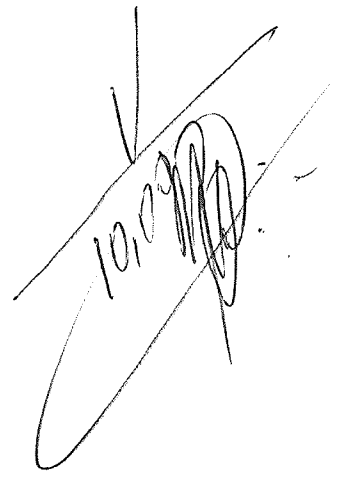
**PROGRESSÃO DE REGIME NO CUMPRIMENTO DAS PENAS DOS
CRIMES HEDIONDOS**



Goiânia – GO
Maio – 2006

obra 1488
00063032

EDSON CARNEIRO CAETANO
ORLANDO DA SILVA SANTANA

Handwritten signature and date "10/09/06" in the top right corner.

PROGRESSÃO DE REGIME NO CUMPRIMENTO DAS PENAS DOS CRIMES HEDIONDOS

Projeto de Pesquisa elaborado por Edson Carneiro Caetano e Orlando da Silva Santana, Delegados de Polícia de 1ª Classe da Diretoria Geral da Polícia Civil de Goiás, para avaliação final do Curso Superior de Polícia, Pós-Graduação Lato Sensu, Especialização em Segurança Pública, Ministrado pela Universidade Católica de Goiás, em convênio com a Superintendência da Academia Estadual de Segurança Pública, sob orientação do Prof. Manoel Borges de Oliveira.

Goiânia – GO
Maio – 2006

APRESENTAÇÃO E JUSTIFICATIVA DO TEMA

O assunto proposto tem suscitado grande discussão jurídica, pois desde o advento da Lei 8.072/90, Lei dos Crimes Hediondos, houve controvérsias sobre a sua adequação constitucional, e em relação à impossibilidade de promover a ressocialização do indivíduo. Vários juízes passaram a sentenciar entendendo ser cabível a progressão do regime de cumprimento das penas, mormente após a promulgação da Lei 9.455/97, que definiu o crime de tortura. Exigindo como requisito o cumprimento de certa parte do total aplicado, e tem crescido muito a corrente dos que acatam tal entendimento.

Artigos jurídicos e livros publicados sobre o assunto, além das fontes de pesquisas jurisprudenciais, têm sido as bases e os fundamentos jurídicos nos quais se baseiam os magistrados para beneficiar os réus condenados em tais espécies de crimes.

A imprensa, e setores especializados da sociedade têm cobrado maior rigor na aplicação da Lei dos Crimes Hediondos, pois existe entendimento que as pessoas que cometem os delitos abrangidos pela referida Lei, devem ficar encarceradas por mais tempo, por serem elementos de maior periculosidade, e menos propensos à readaptação ao convívio social.

Entendendo que os objetivos da Lei não foram alcançados, e que uma das causas foram os entraves jurídicos surgidos no momento da sua interpretação, optamos por propor a rediscussão do tema através do presente artigo, por entendermos que a Lei contém avanços, mas que o seu alcance vem sendo tolhido pelas discordâncias de interpretação na esfera judicial.

A necessidade de que se busque um consenso, e um entendimento pacífico sobre a aplicação do regime de progressão, ainda continua sendo, apesar dos anos de discussões travadas, medida de caráter emergencial, mesmo porque, o tratamento igualitário é princípio constitucional.

Apesar do Supremo Tribunal Federal ter entendido que o regime de progressão é aplicável aos crimes hediondos, não existindo a aplicação da Súmula Vinculante, uns logram o benefício e outros não.

Propomos discutir, após a abordagem sobre os crimes hediondos e a eles assemelhados, diante do que foi exposto, se a aplicação do regime por parte de alguns magistrados, não estaria reforçando a convicção de que nem sempre o que é legal é justo.

Além de trazer à tona a rediscussão do tema, pretendemos manifestar nosso posicionamento em face a tal problema, entendendo que, se a maioria dos magistrados e doutrinadores entende, ao nosso ver, de forma acertada, que o § 1º, do Artigo 2º, da Lei 8.072/90 é inconstitucional, por que não buscar solução definitiva para sanar as controvérsias, modificando a Lei na parte que traz a previsão de que as penas nos casos de crimes hediondos deverão ser cumpridas no regime integralmente fechado?

Ao propor a modificação da Lei nesse aspecto, estariam os senhores legisladores afastando também, a possibilidade de rediscussão do tema da aplicação da Súmula Vinculante, que obriga os senhores magistrados a decidirem de acordo com o pensamento de alguns membros dos Tribunais Superiores.

PROBLEMAS

- O posicionamento atual da doutrina e de parte da jurisprudência em relação à inconstitucionalidade do § 1º, do Artigo 2º, da Lei dos Crimes Hediondos, depois de anos de discussão jurídica.
- Se já existe entendimento pacífico na doutrina e na jurisprudência quanto à inconstitucionalidade da previsão legal acima mencionada, por que não mudar a Lei, resolvendo de vez a questão?
- A tortura, crime regulado pela Lei 9.455/97, que foi equiparada, pelo legislador constitucional aos crimes hediondos, ao prever a progressão de regime de aplicação das penas, derogou o dispositivo da Lei 8.072/90, ou seria também uma lei inconstitucional sob tal aspecto?
- Qual a eficácia da decisão do pleno do Supremo Tribunal Federal, ocorrida em fevereiro do corrente ano, que considerou inconstitucional o § 1º, do Artigo 2º, da Lei 8.072/90.

OBJETIVOS

- Pretendemos demonstrar que assiste razão aos julgadores e doutrinadores que consideram inconstitucional o § 1º, do Artigo 2º, da Lei 8.072/90.

- Objetivamos demonstrar também, que a Lei de Tortura, apesar de não derrogar o § 1º, do Artigo 2º, da Lei 8.072/90, não padece de vício de inconstitucionalidade, no que tange ao regime mais benéfico de cumprimento das penas.
- A revogação do dispositivo legal que prevê o cumprimento das penas para os crimes hediondos e a eles equiparados, em regime integralmente fechado, seria a solução definitiva para a questão, é o que ficará evidenciado.

REFERENCIAL TEÓRICO

A previsão de uma lei para a punição aos crimes hediondos foi inserida na Carta Magna de 1988, no seu artigo 5º, inciso XLIII que dispôs: “A lei considerará crimes inafiançáveis, e insuscetíveis de graça ou anistia a prática de tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem”.

Foi a primeira vez que o vocábulo hediondo, que significa repulsivo, sórdido, horrendo, foi mencionado na Constituição Federal, que previu maior rigor da lei, na aplicação de penas à pessoas condenadas também, pelos crimes equiparados a hediondos, como a tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, e o terrorismo.

Apesar de fazer tal menção aos crimes hediondos, a Constituição deixou à cargo do legislador ordinário defini-los, o que só ocorreu com a promulgação da Lei 8.072, no ano de 1990.

Após a Constituição trazer tal previsão, e como não havia ainda uma lei ordinária definindo os crimes e as penas, sobrevieram acontecimentos que causaram clamor público no sentido de abreviar ao máximo a propositura e aprovação da Lei dos Crimes Hediondos.

O país vivia naquele momento uma onda alarmante de crimes, pois além dos dados estatísticos indicarem que a criminalidade aumentava de forma avassaladora, várias quadrilhas que eram especializadas nos roubos a bancos mudaram de estratégia. As empresas de transporte mudaram a rotina, e os bancos criaram formas que dificultavam a ação dos referidos grupos, além da Polícia ter conseguido êxito nas estratégias de contenção de tais espécies de crimes, partindo então, para a prática de extorsões mediante seqüestro, vitimando na maioria das vezes pessoas de grande poder aquisitivo e status social

Era de se esperar que a legislação ordinária trouxesse apenas a repetição do que se previa na Lei Maior, tipificando quais os crimes seriam considerados hediondos, e reafirmando que os mesmos seriam inafiançáveis e insuscetíveis de graça e anistia.

Quis ir além o legislador ordinário, pois a Lei 8.072/90, trouxe a determinação de que as penas para as pessoas condenadas em tais espécies de crimes deveriam ser cumpridas em regime integralmente fechado.

Promulgada em 25 de julho de 1990, a Lei de Crimes Hediondos, trouxe um novo alento ao País, pois havia a crença que a insuscetibilidade de fiança, graça e anistia, e a previsão de cumprimento da pena em regime integralmente fechado, pelo seu caráter intimidador, conseguiria baixar os índices de criminalidade, o que não ocorreu.

De acordo com o legislador, os crimes hediondos são somente os relacionados no Art. 1º, da Lei 8.072/90, sendo portanto, um rol fechado, mesmo porque, admitir a inserção de outros crimes seria ferir o preceito da reserva legal. A Lei 8.072/90 está assim definida:

Art. 1º - São considerados hediondos os seguintes crimes, todos tipificados no Dec.-lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, consumados ou tentados:

I – homicídio (art.121), quando praticado em atividade típica de grupo de extermínio, ainda que cometido por um só agente, e homicídio qualificado (art. 121, § 2º, I, II, III, IV e V);

II – latrocínio (art. 157, § 3º, in fine);

III – extorsão qualificada pela morte (art. 158, § 2º);

IV – extorsão mediante seqüestro e na forma qualificada (art. 159, caput e §§ 1º, 2º e 3º);

V – estupro (art. 213 e sua combinação com o art. 223, caput e parágrafo único);

VI – atentado violento ao pudor (art. 214 e sua combinação com o art. 223, caput e parágrafo único);

VII – epidemia com resultado morte (art. 267, § 1º);

VII – A – (vetado);

VII – B – falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais (art. 273, caput e § 1º, § 1º A e § 1º B, com redação dada pela Lei 9.677, de 2 de julho de 1998).

Parágrafo único. Considera-se também hediondo o crime de genocídio previsto nos art. 1º, 2º e 3º da Lei 2.2889, de 1º de outubro de 1956, tentado ou consumado.¹

Dos oito tipos penais inseridos na Lei 8.072/90, sete estão previstos no Código Penal, e o crime de genocídio na chamada lei penal extravagante.

Verifica-se por outro lado, que a Lei de Crimes Hediondos não trouxe qualquer novidade em relação a tipificação de novas espécies de delitos, apenas alterou as sanções para crimes já previstos, havendo um aumento nas penas mínima e máxima que a eles se aplicavam.

¹ Código Penal Brasileiro p. 501

METODOLOGIA

A abordagem do tema será feita com ênfase ao aspecto descritivo, com apresentação de um estudo exploratório e qualitativo, objetivando aumentar nossa experiência em torno do assunto jurídico proposto, uma vez que a sua discussão já vem sendo feita desde a Constituição de 1988.

Elaboramos um estudo exploratório sobre as decisões que vinham sendo proferidas pelo Supremo Tribunal Federal ao longo dos anos, sobre a constitucionalidade ou não da previsão contida na Lei 8.072/90, que definiu os crimes hediondos, e considerou que em tais espécies de delitos, não poderia ser aplicada a progressão de regime.

Serão descritos vários fundamentos jurídicos, e será dado um enfoque especial ao ponto de vista de doutrinadores que se preocuparam em estudar os efeitos e as conseqüências da medida adota pela Lei de Crimes Hediondos, que contrariou princípios constitucionais e princípios fundamentais de direito, quanto ao objetivo primordial da pena, que na moderna visão do direito, seria a de ressocializar o indivíduo.

Paulo José da Costa Júnior, Alberto Silva Franco e Julio Fabrinne Mirabete , são os doutrinadores que deram maior enfoque à discussão do tema, sendo os mais citados ao longo da exposição do trabalho.

PROGRESSÃO DE REGIME NO CUMPRIMENTO DAS PENAS DOS CRIMES HEDIONDOS

A tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, e o terrorismo são os crimes que o legislador constitucional entendeu ser necessário equiparar a hediondos, e sobre os quais faremos uma breve consideração:

O tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, anteriormente previstos no Art. 281 do Código Penal passou a ser definido na Lei 6.386/76, nos seus artigos 12, 13, e 14, sendo que o estatuto dispõe sobre as medidas de prevenção e repressão ao tráfico ilícito de substâncias entorpecentes, trazendo também medidas processuais cabíveis à espécie.

As condutas previstas nos artigos da referida Lei, sofrerão as restrições determinadas pela Lei de Crimes Hediondos, dentre elas: a insuscetibilidade de anistia, graça e indulto; a não concessão de fiança e liberdade provisória e o cumprimento de pena em regime integralmente fechado.

Apesar da Lei 8.072/90 prever em seu artigo 2º, que o crime de terrorismo se equipara aos crimes hediondos, a maioria da doutrina entende que ainda não existe a figura do delito propriamente dito, portanto, não há que se falar na aplicação desta Lei ao crime de terrorismo, pelo simples fato dele ainda não ter sido definido.

Comungando opinião contrária, há doutrinadores que defendem a existência de previsão de crime de terrorismo no art. 20, da Lei 7.710, de 14 de dezembro de 1983, que define os crimes contra a segurança pública e a ordem política e social.

A se adotar tal entendimento, indubitavelmente que o princípio da legalidade, que diz que não há crime sem prévia cominação legal, estaria ferido de morte.

Não admitindo os doutrinadores a analogia como forma de criar conduta típica, fica evidenciado que, ou o indivíduo comete uma conduta descrita na lei como antijurídica, ou não comete crime algum.

Alberto Silva Franco, percucientemente nos ensina que:

A falta de um tipo penal que atenda, no momento presente, a denominação especial de “terrorismo” e que, em vez de uma pura “clausula geral”, exponha os elementos

definidos que se abrigam nesse conceito, torna inócua, sob o enfoque de tal crime, a regra do art. 2º da Lei 8.072/90.²

Relembremos que a Constituição Federal, no art. 5º, inciso XLVIII, prevê que o crime de tortura é inafiançável e insuscetível de graça anistia e indulto, mas, vai além, ao trazer a regra inserida no inciso III que “Ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano e degradante”.

Apesar da previsão constitucional, somente no ano de 1997, mais precisamente no dia 07 de abril, foi sancionada a Lei 9.455/97, regulando a questão.

Não resta dúvida, que a partir da tipificação do crime, e definição das penas a eles cominadas, com previsão de que os autores, co-autores e as pessoas que tendo o dever legal de agir para evitá-los se omitirem, houve um arrefecimento da truculência policial, pois, em não havendo previsão legal, os agentes do poder público que praticavam agressões físicas contra pessoas sob sua custódia respondiam apenas pelo delito de violência arbitrária, previsto no Artigo. 322 do Código Penal.

Em relação a Lei de Tortura, importante salientar também, que no § 7º do seu artigo 1º, ficou definido que o condenado por crimes previsto nesta Lei, salvo hipótese do § 2º, iniciará o cumprimento da pena inicialmente no regime fechado.

Não houve aplicação integral dos dispositivos constitucionais em relação ao cumprimento integral da pena em regime fechado, para tal espécie de crime, e isto motivou parte da doutrina e da jurisprudência a querer estender tal regra para os demais crimes hediondos.

Entendendo que houve a derrogação do art. 2º, § 1º da Lei 8.072/90, por ser a nova lei mais benéfica, vale aqui citar alguns julgados dos Tribunais Superiores:

Execução da pena – Crimes Hediondos (Lei 8.072/90) – Tortura (Lei 9.455/97) – Execução – Regime Fechado.

A Constituição da República (art. 5º, XLIII) fixou regime comum, considerando-os inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia, a prática de tortura, o tráfico ilícito de substâncias entorpecentes e drogas afins, o terrorismo, e os crimes definidos em lei como crimes hediondos. A Lei 8.072/90 conferiu-lhes disciplina jurídica dispondo: “A pena por crime previsto neste artigo será cumprida integralmente em regime fechado” (art. 2º, § 1º). A Lei 9.455/97 quanto ao crime de tortura, registra no art. 1º, § 7º: “O condenado por crime previsto nesta Lei salvo a hipótese do § 2º, iniciará o cumprimento da pena em regime fechado”. A Lei 9.455/97, quanto à execução da pena é mais favorável do que a Lei 8.072/90. Afetou, portanto, no particular, a Lei dos

² Ob.cit. p. f10

Crimes Hediondos; permitida, portanto, quanto a esses delitos, a progressão de regimes.³

No mesmo sentido:

É dogma fundamental em Direito Penal a incidência da *lex mitior*, encontrando-se hoje entronizado em nossa Carta Magna, ao dispor que a “lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu” art. 5º, XL). Se a Lei 9.455/97 admitiu a progressão do regime prisional para os crimes de tortura, conferindo tratamento mais benigno à matéria regulada pela Lei 8.072/90, é de rigor a sua incidência no processo de individualização da pena dos demais delitos mencionados no art. 5º, XLIII, da Constituição, em face do tratamento unitário que lhe conferiu o constituinte de 1988.⁴

O grande doutrinador Antonio Lopes Monteiro, sobre o assunto dispôs que:

Se a Constituição, em seu art. 5º, inc. XLIII, equipara a prática de tortura aos crimes hediondos em termos de gravidade, no momento em que esta nova lei é mais benigna do que aquela, pode dar-se uma interpretação sistemática para se estabelecer um tratamento mais benéfico para os crimes previstos na Lei. 8.072/90.⁵

A jurisprudência dominante, inclusive no Supremo Tribunal Federal, posicionou-se pela não revogação do art. 2º, § 1º da Lei 8.072/90 pelo art. 1º, § 7º, da Lei 9.455/97. Vejamos um dos julgados:

A Lei 9.455/97, de 07.04.1997, no § 7º, estabeleceu que, nos casos de crimes de tortura, o cumprimento da pena se inicie no regime fechado. Tal norma não se aplica aos demais crimes hediondos, de que trata a Lei 9.071/90, de 26.07.1990 (art. 1º), inclusive o de latrocínio. Como é o caso dos autos. Não há inconstitucionalidade na concessão de regime mais benigno, para o crime de tortura. E se inconstitucionalidade houvesse, nem por isso seria dado ao Poder Judiciário, a pretexto de isonomia, estender tal benefício aos demais crimes hediondos, pois estaria agindo desse modo, como legislador positivo (e não negativo), usurpando, assim, a competência do Poder Legislativo, que fez sua opção política.⁶

Embasado na maioria dos julgados, o STF editou a Súmula 698, nos seguintes termos: “Não se estende aos demais crimes hediondos a admissibilidade de progressão no regime de execução da pena aplicada aos crimes de tortura”.

³ STJ, RHC 7930, Rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, DJU 09.11.1998, p. 175

⁴ STJ, RHC, 7645, Rel. Min. Vicente Leal, DJU 21.09.1998, p. 232.

⁵ Ob. cit., p. 96.

⁶ STF, HC 76.971-0, Rel. Min. Sydney Sanches, DJU 19.03.1999, p. 9

Na concepção moderna, um dos objetivos da pena é a ressocialização do condenado, a sua reincorporação à sociedade. Não é portanto, o sofrimento do condenado a sua função, e sim a sua readaptação ao convívio social. Para que isso ocorra, deve ser mantido o respeito à dignidade do condenado, motivo pela qual a ressocialização não lhe deve ser imposta, e sim ser apresentada como uma nova alternativa, uma oportunidade de mudança de vida.

A reforma do Código Penal ocorrida em 1984, deu ênfase ao sistema progressivo de execução da pena, visando com isso, facilitar cada vez mais a ressocialização do indivíduo.

O sistema progressivo de cumprimento das penas privativas de liberdade é adotado pelo Código Penal e pela Lei de Execução Penal.

Tal assertiva se encontra amparada na previsão contida no art. 33, § 2º, do Código Penal: “As penas privativas de liberdade deverão ser executadas em forma progressiva, segundo o mérito do condenado, observados os seguintes critérios e ressalvadas as hipóteses de transferência a regime mais rigoroso”.

A execução da pena privativa de liberdade é regulada pelo Código Penal sob três regimes: regime fechado, semi-aberto e aberto, valendo ressaltar que o regime fechado só é admitido quando prevista pena de reclusão, pois para as penas de detenção a previsão é de regimes semi-aberto e aberto.

Quanto ao regime inicial de cumprimento das penas, prevê o art. 33 do Código Penal, que ele será estabelecido, com observância às circunstâncias determinadas pelo art. 59 do referido Código.

Está inserida em tal artigo a seguinte disposição:

Artigo 59 – O juiz, atendendo á culpabilidade, aos antecedentes, á conduta social, á personalidade do agente, aos motivos, ás circunstâncias e conseqüências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime:

I – as penas aplicáveis dentre as cominadas;

II – a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos;

III – o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade;

IV – a substituição da pena privativa de liberdade aplicada por outra espécie de pena, se cabível.⁷

No mesmo sentido a disposição contida no Art. 112, da Lei 7.210/84:

⁷ Código Penal Brasileiro p. 57.

Art. 112. 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 (um sexto) da pena no regime anterior, e ostentar bom comportamento carcerário, comprovado pelo diretor do estabelecimento, respeitadas as normas que vedam a progressão.⁸

Verifica-se portanto, que as normas acima mencionadas visam a gradual integração do sentenciado, quando este demonstrar estar preparado para tal. Em relação a tais afirmativas Julio Fabbrini Mirabete traz o seguinte ensinamento:

Tendo em vista a finalidade da pena, de integração e reinserção social, o processo de execução deve ser dinâmico, sujeito á mutações ditadas pela resposta do condenado ao tratamento penitenciário. Assim, ao dirigir a execução da pena para a “forma progressiva”, estabelece o art. 112 a progressão, ou seja, a transferência do condenado de regime mais rigoroso quando demonstra condições de adaptação ao mais suave. De outro lado, determina a transferência de regime menos rigoroso para outro mais rigoroso quando o condenado demonstrar inaptidão ao menos severo pela regressão, que ocorre nas hipóteses do art. 118 da Lei de Execução Penal. O sistema progressivo visa a ressocialização do condenado para sua reinserção social, em que as penas devem ser executadas progressivamente, conforme o preenchimento de requisitos objetivos e subjetivos.⁹

Em não havendo a possibilidade de progressão do cumprimento da pena em regime fechado, estaria a pena voltando à sua antiga concepção de sanção de cunho unicamente repressivo, com caráter unicamente expiatório e retributivo, contrária à moderna concepção da função socializadora da pena. Tal função tem como objetivo primordial oferecer ao delinqüente o máximo de condições favoráveis ao prosseguimento de uma vida sem praticar crimes, ao seu reingresso na sociedade, e visa à prevenção da reincidência através da colaboração voluntária e ativa do condenado.

Além de demonstrar compatibilidade com o consagrado princípio da individualização da pena, o sistema progressivo tem caráter reeducativo e possibilita ao condenado, de acordo com o mérito por ele demonstrado durante a execução, promoção para regime menos rigoroso, antes de ser colocado em liberdade. Por outro lado, não havendo a progressão, deixa de existir o estímulo a ressocialização, daí as críticas ao cumprimento de pena no regime integralmente fechado.

A sistemática adotada pela Lei de Execução Penal e pela Constituição Federal de 1988 foi contrariada com a promulgação da Lei 8.072/90, que em seu § 1º, do art. 2º, determina que: “A pena por crime previsto neste artigo será cumprida integralmente em regime fechado”.

⁸ Código Penal Brasileiro p. 70.

⁹ Ob. cit. p. 327.

Não resta dúvida que a Lei 8.072/90 nasceu do interesse do legislador em dificultar a vida dos criminosos e inibi-los a que voltem a delinquir, porém, criou embaraços à aplicação da lei, já que a sua aplicação na íntegra ofende princípios constitucionais penais, pois não são levados em consideração, a quantidade das penas aplicadas, e o fato de serem reincidentes, ou não os condenados.

Neste sentido posiciona-se Alberto Silva Franco:

Nota-se que o dispositivo em comento além de ser um desestímulo a ressocialização do condenado, ainda proporciona a diminuição de rotatividade de presos recolhidos em estabelecimentos penitenciários que já demonstram estar espantosamente saturados. Além disso, a manutenção num presídio de condenado por largo espaço de tempo causa a desesperança no sentido de se obter um tratamento mais favorável e, até mesmo, a liberdade, surgindo daí o inconformismo e o que se vê diariamente: rebeliões. E tudo isso, infelizmente, demonstra, ao final, a inutilidade do sistema penal.¹⁰

Relembremos o disposto no artigo 2º, § 1º da lei 8.072/90: “A pena por crime previsto neste artigo será cumprida integralmente em regime fechado”.

Levando-se em consideração que a progressão de regime é uma das formas de individualização da pena privativa de liberdade em sua fase executória, e que esta individualização é garantida pela Constituição Federal, em princípio, a lei de crimes hediondos, ao vedar a progressão de regimes seria materialmente inconstitucional, embora tal aspecto, no plano formal já tenha sido amplamente debatido perante os Tribunais Superiores.

Com relação ao assunto, existem duas correntes que oscilam em torno da constitucionalidade ou não deste inciso. Ambas se formam a nível jurisprudencial e doutrinário.

A primeira corrente defende a constitucionalidade do referido parágrafo. Ela representa a uniformidade de julgamentos do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal.

O Superior Tribunal de Justiça em sua jurisprudência dominante considera constitucional o referido parágrafo. Vejamos o disposto em um dos acórdãos do STJ:

A lei de crimes hediondos - lei 8,072/90, ao estabelecer no seu art. 2º, § 1º, que os delitos nela arrolados devem ser punidos sob o rigor do regime fechado integral, embora dissonante do sistema preconizado no Código Penal – arts. 33-36 – e da Lei de Execuções Penais, que preconizam a execução da pena privativa de liberdade de forma progressiva, não afronta o texto constitucional, pois a Carta Magna conferiu ao legislador ordinário competência para dispor sobre a individualização da pena (art. 5º, XLVI), situando-se aquele diploma legal na linha filosófica do Estatuto Maior, que estabeleceu princípios rigorosos no trato de crimes hediondos (art. 5º, XLII). O estupro,

¹⁰ Ob. cit. p. 199.

em qualquer das suas configurações, é crime hediondo, devendo o réu cumprir a pena integralmente no regime fechado.¹¹

O Supremo Tribunal Federal tem se posicionado no mesmo sentido, entendendo que à lei ordinária compete fixar parâmetros dentro dos quais o julgador poderá efetivar a individualização da pena. Assim, se o legislador determinou que nos crimes hediondos o cumprimento da pena será no regime fechado, significa dizer que ele não quis deixar, em relação a tais crimes, qualquer discricionariedade ao juiz na fixação do regime prisional, sendo constitucional, referido parágrafo. Vejamos o disposto no HC 69.567-1.

Lei de Crimes Hediondos – Pena cumprida necessariamente em regime fechado – Constitucionalidade do art. 2º. § 1º, da Lei 8.072/90, 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.¹²

Com pensamento diverso, há uma segunda corrente que defende a impossibilidade de progressão de regime, considerando que é inconstitucional.

Tal corrente é liderada por Eugênio Raúl Zaffaroni, José Henrique Piarangeli, e Julio Fabbrine Mirabete..

Entendendo ser inconstitucional tal dispositivo, o Ministro do Supremo Tribunal Federal, Marco Aurélio Mendes de Faria Mello, afirmou o seguinte:

Tenho o regime de cumprimento da pena como algo que, no campo da execução, racionaliza-a, evitando a famigerada idéia do mal pelo mal causado e que sabidamente é contrária aos objetivos do contrato social. A progressividade do regime está umbilicalmente ligada à própria pena, no que, acenando ao condenado com dias melhores, incentiva-o à correção de rumo, portanto, a empreender um comportamento penitenciário voltado a 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 de uma vida normal a que tem direito um ser humano, que ingressa em uma penitenciária com a tarja da despersonalização? Sob este enfoque, digo que a principal razão 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, daqueles que acabaram perdendo o bem maior que é a liberdade. Está, isto sim, no interesse da preservação do ambiente social, da sociedade, que, mais dia, menos dia, receberá de

¹¹ STJ, Resp 92.640, Rel. Min. Vicente Leal, DJU 03.03.1997, p. 4.719.

¹² STF, HC 69.657-1, Rel. Min. Francisco Rezek, DJU 18.06.1993, p. 12.111.

volta aquele que inobservou a norma penal e, com isso, deu margem à movimentação do aparelho punitivo do Estado. A ela não interessa receber de volta um cidadão que enclausurou, embrutecido, muito embora o tenha mandado para detrás das grades com o fito, dentre outros, de recuperá-lo, objetivando uma vida comum em seu próprio meio, o que o tempo vem demonstrando, a mais não poder, ser uma quase utopia.¹³

Anuindo ao mesmo pensamento, o ex-ministro do Superior Tribunal de Justiça Luiz Vicente Cernicchiaro demonstrou ser favorável à referida inconstitucionalidade, porém também com inúmeros votos vencidos. Vejamos seu posicionamento em Recurso Especial:

A Constituição da República consagra o princípio da individualização da pena. Compreende três fases: cominação, aplicação e execução. Individualizar é ajustar a pena cominada, considerando os dados objetivos e subjetivos da infração penal, no momento da aplicação e da execução. Impossível, por isso, legislação ordinária impor (desconsiderando os dados objetivos e subjetivos) regime único inflexível. Individualização de pena significa ensejar ao juiz a qualidade e a quantidade da pena nos limites da cominação legal. Imperativo de justiça e de boa aplicação da sanção penal, inconstitucional, por isso, lei ordinária impor, inflexivelmente que a pena será cumprida em regime integralmente fechado.¹⁴

No mesmo sentido tem se posicionado a maioria dos doutrinadores. Carmem Silvia de Moraes Barros, também demonstra a inconstitucionalidade do referido dispositivo.

Em que pesem as vozes em contrário, é óbvio que, ao impedir a progressão de regime de cumprimento de pena, a lei de crimes hediondos inviabiliza a individualização da pena na execução penal e contraria o preceito constitucional que garante o direito à pena individualizada. Ao vedar a progressão de regime de cumprimento da pena, a lei de crimes hediondos volta aos primórdios do direito penal para relevar crime e ignorar por completo o homem.¹⁵

Entendimento semelhante demonstra adotar Paulo José da Costa Júnior:

[...] tem-se apontado, com acerto, a inconstitucionalidade desse dispositivo legal, por ferir o princípio constitucional de individualização da pena, agasalhado expressamente no art. 5º, da Constituição Federal.¹⁶

Fica evidenciado que existe divergência na doutrina e na jurisprudência sobre a constitucionalidade do referido parágrafo. Importante portanto, que em cada caso concreto, se faça uma análise da questão com base nos princípios constitucionais pertinentes ao Direito Penal.

¹³ STF, HC 76.617-9, Rel. Min. Marco Aurélio de Mello, DJU 23.06.1998 – RT 759/535.

¹⁴ STJ, RE 48719/SP, Rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, DJU 17.10.1994, p. 27.921.

¹⁵ Ob. cit. p. 149 – 150.

¹⁶ Ob. cit. p. 148.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Importante salientar que em Ação de Habeas Corpus de número HC nº 82.959/SP, em 23 de fevereiro do corrente ano, foi declarada pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal, em caráter incidental, a inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/90, que vedava a aplicação do regime de progressão de penas.

O alcance de tal decisão, ainda permanece restrita ao STF, uma vez que não há previsão legal de aplicação da Súmula Vinculante, porém, foi criada uma nova situação jurídica, pois em todos os recursos que chegarem àquele Tribunal, tratando do assunto acima exposto, será concedido o benefício.

Por outro lado, vários magistrados continuam indeferindo pedidos de progressão de regime, criando uma situação de conflito dentro das instituições penitenciárias, pois só lograrão tal benefício os condenados que tiverem maior poder aquisitivo para arcar com o alto custo das despesas processuais.

Em que pese o inegável avanço de tal decisão, que criou nova expectativa aos condenados, e às pessoas que estão sendo processadas com base na Lei dos Crimes Hediondos, não resta dúvida que o problema persiste, havendo necessidade que sejam delineados novos rumos de política criminal para a sua superação.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROS, Carmen Silvia de Moraes, *A individualização da pena na execução penal*. Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2001.

CERNICCHIARO, Luiz Vicente, *Considerações sobre o crime hediondo*. Processo Penal e Constituição Federal. Ed. Acadêmica, São Paulo, 1993.

COSTA JR, Paulo José, *Curso de Direito Penal*. Parte geral, 2ª ed., Ed. Saraiva, São Paulo, 1992.

FRANCO, Alberto Silva, *Crimes Hediondos*. Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1994.

MIRABETE, Julio Fabrinni, *Manual de Direito Penal*. Ed. Atlas, São Paulo, 2001.

MORAES, Alexandre de, *Direito Constitucional*. 9ª ed., Ed. Atlas, São Paulo, 2001.

NUCCI, Guilherme de Souza, *Código penal comentado*. 4ª ed., Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2003.

OLIVEIRA, Juarez de (org.), *Código penal, organização dos textos, notas remissivas e índices*. Ed. Saraiva, 42ª ed., São Paulo, 2004.

SANTOS, Nivaldo dos, *Monografia Jurídica*. Goiânia, 2000.