

POSSIBILIDADE DA PROGRESSÃO DE REGIME NOS CRIMES HEDIONDOS

Carlos José Alves de Araújo

Promotor de Justiça de 1.^a Entrância, em São
Gabriel da Cachoeira

PROÊMIO

Nos últimos dez anos, nenhuma lei foi tão discutida e criticada quanto a Lei dos Crimes Hediondos. A Constituição Federal de 1988 estabeleceu que *“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 crimes hediondos...”*. Em 1990, foi promulgada a Lei n.º 8.072, tratando a matéria de forma exacerbada, já que o legislador, *sponte propria*, ampliou a outorga constitucional que lhe foi conferida, criando restrições outras que não aquelas “autorizadas” pela Constituição, ou seja, a Lei n.º 8.072/90 só deveria dispor sobre **inafiançabilidade e insuscetibilidade de graça ou anistia** em relação aos crimes considerados hediondos e equiparados. A extrapolação dos limites que a Constituição preconizou causa até hoje inquietações e dúvidas na doutrina e na jurisprudência do País. A Lei n.º 8.072/90, entre outras coisas, impediu a concessão de liberdade provisória e a progressão de regime dos que cometam crimes nela definidos, ferindo, a nosso sentir, alguns princípios fundamentais insculpidos no texto constitucional.

É importante fixarmos alguns entendimentos preliminares antes de adentrarmos no tema propriamente dito. O entendimento sobre os fins da pena criminal é primordial para o desenvolvimento de nossa argumentação. Não cabe aqui, obviamente, a análise sobre as teorias da pena e, sim, fixar-se qual o entendimento atual no direito brasileiro, sobre os fins da referida pena. A exposição de motivos da Lei n.º 7.210/84 (Lei de Execução Penal) delinea qual seria esse “fim” dentro da sistemática penal do País, dizendo, no seu item 14, que as penas *“devem realizar a proteção dos bens jurídicos e a reincorporação do autor à comunidade”* - *destaquei*. Certamente que a chamada ressocialização é, ou deveria ser, para o direito brasileiro, a missão do direito penal. Longe de ser uma retribuição ao mal perpetrado pelo criminoso, a pena tem como fim (além de, obviamente, punir), mediante a execução penal, proporcionar a **reinserção social** do condenado, daí a necessidade da progressão do regime prisional, pois, como nos diz a eminente Juíza Maria Lúcia Karam, *“um mínimo de raciocínio lógico repudia a idéia de se pretender reintegrar alguém à sociedade, afastando-a dela.”* (Dos Crimes, Penas e Fantasias. Rio de Janeiro: Luam, 1991, p. 177).

FINALIDADE SOCIAL DA PENA

Não há compatibilidade entre o cumprimento integral da pena em regime fechado e a sistemática de reinserção social estabelecida pela Lei de Execução Penal, inspirada na idéia de ressocialização, como justificativa e legitimação do sistema penal. **A proposta da Lei n.º 8.072/90 é esta: o puro e simples enclausuramento, a retribuição pelo mal causado pelo criminoso, através do cumprimento da pena integralmente em regime fechado.** Ora, qual a finalidade essencial desse tipo de pena? Respondo: somente a **retribuição**, sem qualquer possibilidade de modificação das condições pessoais do criminoso.

É bem verdade que a execução penal, principalmente no Brasil, não ressocializa ninguém, pelo contrário, marginaliza, pelas condições subumanas em que vivem os presos, no entanto, não se tem, ainda, uma forma alternativa de punição para os crimes graves. A Lei de Execução Penal estabelece uma gama de direitos ao preso que, entretanto, são vilipendiados pelo próprio Estado que criou esses direitos. **É certo que, se efetivamente fossem cumpridas as norma da Lei n.º 7.210/84, haveria a possibilidade concreta da desejada ressocialização do criminoso, mas, enquanto o Estado faz pouco caso da lei, isso é uma utopia impossível.** O enclausuramento puro e simples, como se disse, não é solução para a criminalidade, mas é o “remédio” de que o sistema penal dispõe no momento para aplicar à violação do direito. O mestre Eugênio Raúl Zaffaroni dá-nos uma esclarecedora lição, quanto ao assunto que abordamos, quando argumenta, *ex cathedra*: “Sabemos que la ejecución penal no resocializa ni cumple ninguna de las funciones ‘re’ que se la han inventado (‘re’ – socialización, personalización, individualización, educación, inserción, etc.), que todo eso es una mentira y que pretender enseñarle a un hombre a vivir en sociedad mediante el encierro es, como dice Carlos Elbert, algo tan absurdo como pretender entrenar a alguien para jugar fútbol dentro de un ascensor.” (El sistema penal en los países da América Latina, in Sistema Penal para o Terceiro Milênio, Rio de Janeiro: Renavan, 1991, p. 223).

Se mesmo com a progressão de regime prisional, nos moldes da Lei n.º 7.210/84, é quase impossível alcançar o objetivo ou o fim da aplicação da pena, que é a ressocialização do condenado, concretamente impossível se torna essa reinserção social com o cumprimento da pena totalmente em regime fechado, como preconiza a Lei n.º 8.072/90. Já há muito, nos idos de 1748, o grande filósofo, escritor e jurisconsulto Charles-Louis de Secondat – Barão de La Brêde e de Montesquieu, do alto de sua sabedoria, disse o seguinte, *expressis verbis*: “É preciso, para dirigir os homens, não se usar de medidas extremas. Para conduzi-los, é mister que se lance mão dos meios que a natureza nos deu. Que se examinem as causas de todos os abusos: **Ver-se-á que eles derivam da impunidade dos crimes e não da moderação das penas.**” - destaquei (Do Espírito das Leis, tradução de Gabriela de Andrada Dias Barbosa, Ed. Tecnoprint S.A., p. 91).

É interessante ver-se uma lição de mais de dois séculos servir, hodiernamente, para a compreensão dos problemas intrincados da aplicação das penas. Já nem se precisa falar que a criação de mais tipos penais e o agravamento das penas não diminuem a criminalidade. Não é uma pena severa que vai acabar de uma vez com a criminalidade. É preciso que o Estado não deixe impune o crime e que proporcione efetivamente ao condenado a possibilidade de reintegrar-se à sociedade, e esse é o objetivo da Lei n.º 7.210/84, como se vê no seu artigo 1.º: **“A execução penal tem por objetivo... proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado...”**. (grifei) Mediante o estudo, o trabalho, o retorno à vida comunitária, mediante a progressão de regime, é que se vai reinserir o condenado na sociedade. A segregação proposta pela Lei n.º 8.072/90 não proporciona de forma alguma a reintegração social do criminoso e, sim, marginaliza, desumaniza, exclui, nulifica, animaliza a pessoa que se submete a esse regime prisional hediondo. Ora, se o constituinte não quis a pena de morte e as cruéis (Art. 5.º, XLVII, “a” e “b”, CF/88), adotou princípios como a dignidade da pessoa humana (Art. 1.º, III) e a individualização da pena (Art. 5.º, XLVI) e a lei que individualiza a pena é a Lei n.º 7.210/84, nada mais inconstitucional do que a vedação contida no §1.º do artigo 2.º da Lei n.º 8.072/90.

INCONSTITUCIONALIDADE DA VEDAÇÃO À PROGRESSÃO DE REGIME PRISIONAL

Inobstante o majoritário entendimento do Supremo Tribunal Federal, preferimos a posição dos que consideram inconstitucional a vedação da progressão de regime instituída pela Lei dos Crimes Hediondos. O Ministro Marco Aurélio, no HC 69.603-1, foi voto vencido na questão da inconstitucionalidade do § 1.º do artigo 2.º da Lei n.º 8.078/90, sustentando sua tese no caráter ressocializador que a pena deve ter e na individualização, erigida como princípio da execução penal na Constituição de 1988, entendendo o brilhante Ministro que a disposição citada da Lei dos Crimes Hediondos fere esse princípio constitucional, como podemos colher dos trechos de seu voto abaixo transcritos, *verbo ad verbo*: **“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 contrário aos objetivos do próprio contrato social. A progressividade do regime está umbilicalmente ligada à própria pena, no que acenando ao condenado com dias melhores, incentivando-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 a que tem direito um ser humano, que ingressa em uma penitenciária com a tarja da despersonalização? (...) Dizer-se que o regime de progressão no cumprimento da pena não está**

compreendido no grande todo, que é a individualização preconizada e garantida constitucionalmente, é olvidar o instituto, relegando a plano secundário a justificativa socialmente aceitável que recomendou o legislador de 1984. Destarte, tenho como inconstitucional o preceito do § 1.º do art. 2.º da Lei n.º 8.072/90, no que dispõe que a pena imposta pela prática de quaisquer dos crimes nela mencionados será cumprida, integralmente, no regime fechado. Com isso, concedo parcialmente a ordem, não para ensejar ao paciente quaisquer dos regimes mais favoráveis, mas para reconhecer-lhe, porque cidadão e acima de tudo pessoa humana, os benefícios do instituto geral, que é a progressão do regime de cumprimento da pena, providenciando o Estado os exames cabíveis.” (ALBERTO SILVA FANCO E OUTROS, *in* Leis Penais e sua Interpretação Jurisprudencial, volume 2, Editora Revista dos Tribunais, 6.ª ed., São Paulo, 1997, pp. 626 e 627).

No Superior Tribunal de Justiça, soa solitária a voz do eminente Ministro Vicente Cernicchiaro, que também reputa inconstitucional o dispositivo em comento, defendendo sua tese com supedâneo unicamente no princípio constitucional da individualização da pena, como vemos no acórdão em que foi relator, transcrito abaixo, *ipsis literis*: “**Crimes Hediondos. Tráfico ilícito de entorpecente. Regime Fechado. A Constituição Federal 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.**” (STJ – Resp. 19.420-0 – Rel. Vicente Cernicchiaro – DJU de 7.9.93, p. 11.276, *in* Leis Penais e sua Interpretação Jurisprudencial, op. cit. p. 627).

É fato que os elementos usados na argumentação pela inconstitucionalidade do dispositivo, que veda a progressão do regime prisional em caso de crime hediondo, flutuam em torno do princípio constitucional da **individualização da pena, princípio da humanidade e princípio da dignidade da pessoa humana**. É certo que, objetivamente, o princípio da individualização da pena, de *per si*, seria óbice legal à existência da vedação que se comenta, proposta pela Lei n.º 8.072/90. Na verdade, o que não parece muito claro é o significado de individualização da pena. Sem querermos formular conceito algum, entendemos que o procedimento de individualização da pena deve levar em conta, principalmente, a personalidade e as características pessoais do infrator, a motivação do crime, entre outros, e não, **exclusivamente**, o crime por ele cometido. O critério individualizador gestado na Lei n.º 8.072/90 leva em conta, com exclusividade, o tipo penal infringido.

O maior defensor da constitucionalidade do dispositivo do § 1.º do artigo 2.º da Lei n.º 8.072/90, no Supremo Tribunal Federal, é o eminente Ministro Paulo Brossard, que, num dos trechos do acórdão que relatou, publicado na RJD 21/428, diz o seguinte: “**A norma legal em questão, no ponto em que foi impug-**

nada, ajusta-se a quanto prescreve o ordenamento constitucional, porque os únicos limites materiais que restringem essa atuação do legislador ordinário não foram desrespeitados (CF, art. 5.º, XLIII). A progressividade no processo de execução das penas privativas de liberdade, de outro lado, não se erige à condição de postulado constitucional. Sua eventual inobservância, pelo legislador ordinário, não ofende o princípio da individualização penal.” – destaquei.

Data maxima venia, não podemos concordar com a *opinio iuris* do preclaro Ministro Paulo Brossard, em que pesem a segurança e a firmeza de sua argumentação. Primeiramente, entendemos que o legislador usurpou limites impostos pela Constituição Federal, quanto à observância do **princípio da individualização da pena**, aliás, assunto já por demais debatido; violou também o **princípio da humanidade da pena**. Sem entrarmos no mérito dessa discussão, que já se alonga, acreditamos que a Lei dos Crimes Hediondos, na parte em que toca à vedação da progressão de regime prisional, fere por suas vezes a Constituição Federal no seu artigo 5.º, § 2.º, que reconhece outros direitos “**decorrentes dos princípios da própria Constituição e dos tratados internacionais**”. Ora, a progressão de regime prisional decorre do princípio constitucional da individualização da pena (art. 5.º, XLVI), assim está incorporada ao rol dos direitos e garantias fundamentais, por força do § 2.º do artigo 5.º da Constituição Federal. Como se isso não bastasse, o Brasil ratificou a Convenção Americana de Direitos Humanos, o conhecido **Pacto de San José da Costa Rica**, que, entre outros direitos, garante ao condenado, no seu artigo 5.º, VI, o seguinte: “**As penas privativas de liberdade devem ter por finalidade essencial a reforma e a readaptação social dos condenados.**” – destaquei.

O PACTO DE SAN JOSÉ DA COSTA RICA E A PROGRESSÃO DE REGIME PRISIONAL

A norma internacional acima citada incorporou-se aos direitos fundamentais, por força do dispositivo do § 2.º do artigo 5.º da Constituição Federal e aqui vale invocar as lições da preclara Doutora Flávia Piovesan para sustentar nossa argumentação: “*A Carta de 1988 inova, assim, ao incluir, dentre os direitos constitucionalmente protegidos, os direitos enunciados nos tratados internacionais de que o Brasil seja signatário. Ora, ao prescrever que ‘os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros direitos decorrentes dos tratados internacionais’ a contrario sensu, a Carta de 1988 está a incluir, no catálogo dos direitos constitucionalmente protegidos, os direitos enunciados nos tratados internacionais em que o Brasil seja parte. Este processo de inclusão implica a incorporação pelo texto constitucional desses direitos. Ao efetuar tal incorporação, a Carta está a atribuir aos direitos internacionais uma natureza especial e diferenciada, qual seja, a natureza de norma constitucional. Os direitos garantidos nos tratados de direitos humanos, de que o Brasil é parte, integram, portanto, o elenco dos direitos constitucionalmente consagrados. Essa conclusão advém, ainda, da interpretação sistemática e teleológica do texto, especialmente em face da força expansiva dos valores da dignidade humana e dos direitos fundamentais, como*

parâmetros axiológicos a orientar a compreensão do fenômeno constitucional.” (Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional, 2.^a ed., São Paulo: Max Limonad, 1997, p. 83).

Poder-se-ia argumentar que tais direitos não estão estabelecidos como normas constitucionais do ponto de vista do direito formal, daí impossível a arguição de inconstitucionalidade que se faz. Quanto ao assunto, novamente a Doutora Flávia Piovesan nos dá brilhante lição, dizendo que *“ainda que estes direitos não sejam enunciados sob a forma de normas constitucionais, mas sob a forma de tratados internacionais, a Constituição lhes confere o valor jurídico de norma constitucional, já que preenchem e complementam o catálogo de direitos fundamentais previsto no texto constitucional.”* (op. cit. p. 85).

Ainda se poderia dizer que, como os tratados internacionais se incorporam ao direito nacional por meio da legislação infraconstitucional, a Lei n.º 8.072/90 teria revogado tal norma da Convenção Internacional de Direitos Humanos e essa não teria aplicação. No entanto, como tratamos de normas referentes a direitos humanos, isso não pode ocorrer, visto que estas normas têm *status* de norma constitucional e complementam o rol dos direitos e garantias fundamentais. Por mais uma vez, buscamos as lições da Dr.^a Flávia Piovesan, que esclarece com mestria a questão, *verbis*: *“Há que se enfatizar ainda que, enquanto os demais tratados internacionais têm força hierárquica infra-constitucional, os direitos enunciados em tratados internacionais de proteção aos direitos humanos apresentam natureza de norma constitucional.”* (op. cit. p. 90).

CONCLUSÃO

Vencida a questão da incorporação do item 6 do artigo 5.º do Pacto de San José da Costa Rica ao direito brasileiro, é bom ressaltar qual a missão do direito da execução penal, para que não se percam os fundamentos legitimadores do sistema penal na nossa sociedade. A missão do direito da execução penal é, sem dúvida, justificar e legitimar o sistema penal por meio da ressocialização do condenado, proporcionando a este a oportunidade e os meios para sua reinserção na comunidade. O mestre José Eduardo Goulart dá-nos ensinamento quanto ao tema, *ex professo*: *“O fundamento da pena é a sentença condenatória, que impõe a perda ou diminuição de bens jurídicos aos sentenciados, e que tem como limite a área de atuação que ela mesma demarca, garantindo ao condenado a reserva de seus direitos por ela não atingidos. Nessa oportunidade, a finalidade da pena é a ressocialização do condenado, visando a incorporá-lo à sociedade. (...) cumpre ao direito da execução penal a missão, inserida no Estado democrático e social de direito, de ser a via por intermédio da qual serão oferecidas possibilidades ao condenado para sua integração social, considerado aquele como sujeito e não objeto da execução penal, visando a sua participação em processo de constante diálogo.”* (Princípios Informadores da Execução Penal, Ed. RT, São Paulo, 1994, pp. 17 e 18).

Não há como negar o fato de que a pena privativa de liberdade, **cumprida integralmente em regime fechado**, viola a Constituição Federal, o Pacto de San José da Costa Rica, pois, irretorquivelmente, **não tem por finalidade essencial a readaptação do condenado** e sim a mera retribuição pelo mal causado (teoria absoluta da pena), instaurando, assim, a Lei n.º 8.072/90 o *sistema penitenciário de Filadélfia*, em meio ao sistema progressivo, que visa à ressocialização do condenado. A possibilidade de readaptação e ressocialização fica completamente aniquilada pelo cumprimento da pena em regime integralmente fechado. Não há como se esperar nada do enclausuramento puro e simples. Assim, sendo a progressão de regime prisional decorrência do princípio da individualização da pena e, levando-se em conta que a pena sem progressão afronta o artigo 5.º, VI, do Pacto de San José da Costa Rica, o § 1.º do artigo 2.º da Lei n.º 8.072/90 é inconstitucional, não devendo, portanto, ter aplicação no direito brasileiro, pois afronta normas internacionais de proteção aos direitos humanos, como já se expôs à saciedade.