

**FACULDADES INTEGRADAS  
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”**

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

**INEXORABILIDADE DO REGIME INTEGRALMENTE FECHADO  
E SEUS REFLEXOS SOCIAIS E CONSTITUCIONAIS**

Nelson Gonçalves de Souza Junior

Presidente Prudente/SP  
Outubro/2003

**FACULDADES INTEGRADAS  
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”**

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

**INEXORABILIDADE DO REGIME INTEGRALMENTE FECHADO  
E SEUS REFLEXOS SOCIAIS E CONSTITUCIONAIS**

Nelson Gonçalves de Souza Junior

Monografia apresentada como requisito parcial  
de Conclusão de Curso para obtenção do Grau  
de Bacharel em Direito, sob orientação do  
Professor Jurandir José dos Santos.

Presidente Prudente  
Outubro/2003

**INEXORABILIDADE DO REGIME INTEGRALMENTE FECHADO  
E SEUS REFLEXOS SOCIAIS E CONSTITUCIONAIS**

Trabalho de Conclusão de Curso aprovado  
como requisito parcial para obtenção do  
Grau de Bacharel em Direito

Jurandir José dos Santos  
Orientador

Dirce Felipin Nardin  
Examinadora

Marcus Vinícius Feltrin Aquoti  
Examinador

Presidente Prudente, 28 de novembro de 2003.

*“Porque o Senhor dá a sabedoria, e da sua boca vem a inteligência e o entendimento”.*

***Provérbios 2.6***

*“Se, porém, algum de vós necessita de sabedoria, peça-a a Deus, que a todos dá liberalmente e nada lhes impropria; e ser-lhe-á concedida.*

*Peça-a, porém, com fé, em nada duvidando, pois o que duvida é semelhante à onda do mar, impelida e agitada pelo vento”.*

***Tiago 1.5-6***

## **AGRADECIMENTOS**

Como não poderia deixar de ser, agradeço em primeiro lugar a Deus, pelos anos de saúde e paciência, pela força e sabedoria nas horas mais duras e angustiantes, confortando e acalmando o coração tantas vezes aflito, também pelas oportunidades, que me foram concedidas no decorrer do curso, toda honra e glória pertence a Ele.

A Ele também agradeço pelos pais que me foram concedidos, corrigindo e ensinando, com paciência, nos momentos certos, apoiando-me com carinho e compreensão, nunca permitindo que as dificuldades interrompessem a minha formação universitária, provando seu amor por mim.

Agradeço ao mestre, Dr. Jurandir José dos Santos, minha sincera gratidão, pela convivência tão profícua e pelas lições acadêmicas e de vida, imprescindíveis para que este trabalho pudesse ser concluído, Dra. Dirce Felipin Nardin e Marcus Vinicius Feltrin Aquoti, meus bancas, não só amigos e mestres que são, mas principalmente por comungarem da utopia de uma sociedade mais justa e fraterna.

Aos meus irmãos, Bruno Nichio Gonçalves de Souza e Leandro Nichio Gonçalves de Souza, aos meus amigos César Vinicius Barbosa e Elias Augusto Filho, ao Grupo de Prática Marquês de Beccaria, ao meu tio Mario Roberto Gonçalves, a minha avó Maria das Dores Gonçalves, ao Sr. Antonio Mendes, Sra. Lúcia Mendes e a muitos outros nomes que apenas um página não caberiam mencionar. Todos muito acrescentaram à minha pessoa, pela amizade e compreensão, ainda que em momentos poucos propícios, mas sempre prontos a me estender a mão, mesmo que as duas estivessem ocupadas.

Aos demais familiares, professores e amigos que de alguma forma acreditaram e contribuíram para a realização deste trabalho.

Agradeço, por fim, a uma pessoa tão importante quanto as já mencionadas, sem esta os agradecimentos seriam incompletos, é por ela que pulsa mais forte este coração que volta a acreditar no afeto, cumplicidade, carinho, amor e perseverança. Aquela que veio ao mundo para ser admirada, adorada e amada. Ajudando-me nos momentos de desânimo que me afligiram durante o curso, inclusive com vários puxões de orelha. A minha namorada e fiel companheira Camila de Souza Nantes Mendes.

## RESUMO

O presente trabalho de pesquisa tem por objetivo principal demonstrar a ineficácia da Lei dos Crimes Hediondos (Lei n.º 8.072/90) no combate à criminalidade e a inconstitucionalidade da supressão do regime de cumprimento de pena contido no art. 2º, § 1º da referida lei.

Rememora a evolução das penas corporais, buscando o liame entre o pensamento histórico e a mitigação das várias penas, desde os tempos mais remotos da humanidade até a época humanista da pena, inclusive com análise dessas reprimendas no território nacional.

Busca o autor, em um segundo momento, abordar os principais princípios gerais aplicáveis na fase de execução da sentença condenatória, os quais são fontes formais mediatas de nosso ordenamento jurídico.

Ainda, em um terceiro momento, retrata a progressão e seus objetivos, abordando os regimes de cumprimento de pena e decompondo os requisitos objetivos e subjetivos, bem como suas peculiaridades técnicas, que autorizariam a progressão.

Aborda também a hierarquia e constitucionalidade das leis, as tipificações e o regime progressivo nos crimes hediondos ou assemelhados.

Demonstra os posicionamentos que preceituam a derrogação ou a nulidade da Lei dos Crimes Hediondos em face da impossibilidade de progressão de regime, confrontando a Lei em estudo com os princípios constitucionais penais, legislações esparsas, pactos internacionais e a Constituição Federal.

Por fim, retrata a necessidade de dotar nosso Sistema Penal e Processual Penal de uma nova política criminal que atinja seus objetivos com um mínimo de repressão e um máximo de eficiência e ação reeducativa.

**PALAVRAS CHAVES:** Lei dos Crimes Hediondos; inconstitucionalidade; regime de cumprimento de pena; progressão.

## ABSTRACT

The present research work has as its main target showing the inefficiency of the Law of Hideous Crimes (Law number 8.072/90) at fighting the criminality and the unconstitutionality of the regime of sentence fulfillment suppression present at the article 2<sup>nd</sup>, § 1<sup>st</sup> of the mentioned law.

It reminded the evolution of the physical sentences, searching for the difference between historical thinking and the alleviation of the several sentences, from the remotest humanity time to the humanist period of the sentence, including the analysis of such rebukes on national territory.

Aimed the author at, in a second moment, approaching the main applicable general principles in the phase of execution of the condemnatory sentence, which are current formal sources of our juridical order.

Still, in a third moment, portrayed the progression and its aims, boarding the sentence fulfillment regimes and decomposing both objective and subjective requisites, as well as their technical peculiarities, which would authorize the progression.

It also showed the law's hierarchy and constitutionality, the patterns making and the progressive regime on hideous crimes or similar.

It demonstrated the positions that precept the raze or nullity of the Law of Hideous Crimes face to impossibility of regime progression, confronting the Law in study with the criminal constitutional principles, sparse legislation, international pacts and the Federal Constitution.

Finally, it portrayed the necessity of endowing our criminal and processual criminal system of a new crime policy, that reaches its aims with a minimum of repression and the maxim efficiency and reeducative action.

**KEYWORDS:** Law of Hideous Crimes, unconstitutionality, sentence fulfillment regime, progression.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	11
<b>CAPÍTULO I – DA PENA</b>	
1. Evolução das penas na História da Humanidade .....	15
2. Pena de Prisão.....	18
2.1 Origem da pena de prisão.....	19
2.2 A Reforma e seus Idealizadores .....	20
2.2.1 Cesare de Beccaria.....	20
2.2.2 John Howardl .....	22
2.2.3 Jeremy Bentham.....	23
3. Características .....	24
4. Função atual da pena e seu conceito no Direito Penal Clássico.....	25
5. Política Criminal Brasileira para cominação das penas .....	28
6. O papel do Estado na aplicação da pena .....	32
<b>CAPITULO II- PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS DO DIREITO NA APLICAÇÃO DA PENA PELO ESTADO</b>	
1. Princípio da Legalidade.....	33
1.1 Princípio da Reserva Legal .....	34
1.1.2 Princípio da Anterioridade .....	35
2. Princípio da Taxatividade .....	35
3. Princípio da Proporcionalidade .....	36
4. Princípio da Intervenção Mínima.....	37
5. Princípio da Subsidiariedade.....	38
6. Princípio da Culpabilidade.....	38
7. Princípio da Humanidade .....	39
8. Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.....	42
9. Princípio da Individualização.....	43
10. Princípio da Pessoalidade.....	44

## **CAPÍTULO III- A PROGRESSÃO DO REGIME PRISIONAL NA LEI DE EXECUÇÃO PENAL (nº 7.210/84)**

1 Regimes Prisionais .....	46
1.1 Regime Fechado.....	46
1.2 Regime Semi-aberto .....	48
1.3 Regime Aberto .....	49
2. Requisitos para a progressão .....	51
2.1 Requisito Objetivo .....	51
2.3 Requisito Subjetivo .....	54
2.3 Requisito Formal .....	57

## **CAPÍTULO IV- HIERARQUIA E CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS**

1. Sistema hierárquico piramidal de Kelsen .....	59
2. Constitucionalidade e inconstitucionalidade.....	60
3. Obrigatoriedade e aplicação das leis .....	60

## **CAPÍTULO V- CRIMES HEDIONDOS**

1. Considerações Iniciais .....	62
1.1 Escorço Histórico .....	65
2. Tipificações dos Crimes Hediondos e Assemelhados.....	67

## **CAPÍTULO VI- DO REGIME PROGRESSIVO NOS CRIMES HEDIONDOS OU ASSEMELHADOS**

1. Impossibilidade de progressão de regime e sua inconstitucionalidade.....	69
2. Legislação correlata ao assunto.....	77

## **CAPÍTULO VII - A DERROGAÇÃO E A NULIDADE DA LEI DE CRIMES HEDIONDOS EM FACE DA IMPOSSIBILIDADE DE PROGRESSÃO DE REGIME**

1. Derrogação da Lei de Crimes Hediondos .....	78
1.1 Do artigo 10 da Lei nº 9.034/95.....	79
1.2 Do artigo 1º, § 7º da Lei nº 9.455/97 .....	81
1.3 Crimes Hediondos e os Pactos Internacionais assinados pelo Brasil .....	85
2. A Nulidade da Lei de Crimes Hediondos .....	88
2.1 Restrição de Direitos Fundamentais pelo Poder Legislativo .....	90
2.2 Da execução da pena enquanto fase de sua individualização.....	92
2.3 Violação do Princípio da Humanidade e do Princípio da Proporcionalidade...97	
2.4 Dos reflexos e da efetividade da Lei nº 8.072/90 .....	99
2.5 Das lesões à Constituição Federal de 1988 da Lei nº 8.072/90.....	10

## **CAPÍTULO VIII - POR UMA NOVA POLÍTICA CRIMINAL**

1. Rigorismo Inútil .....	10
2. Movimento Antiterror e Leis suficientes .....	10
3. Os elevados índices de reincidência .....	10
4. Prisionalização .....	10
5. Efeitos sociais da prisão sobre a pessoa do condenado .....	11
6. Inexorabilidade da Justiça .....	11
<b>CONCLUSÃO</b> .....	<b>11</b>
<b>BIBLIOGRAFIA</b> .....	<b>11</b>

## INTRODUÇÃO

O que diminui a criminalidade não é o tamanho da pena, mas a certeza da punição, retrata com acerto Beccaria em seu clássico "Dos Delitos e das Penas".

A sociedade hodiernamente, de forma açodada, clama pelo endurecimento do sistema punitivo brasileiro, tanto no agravamento como na aplicação das penas. Os defensores desta tese justificam-na pelo aumento da criminalidade no país, identificando tal criminalidade com os delitos praticados com violência.

No discorrer do presente trabalho se demonstrara que tais argumentações, contém equívocos e necessita ser redirecionada.

Desde logo, impende repisar que se trata apenas de ilusão ou mito a idéia de que penas mais severas seriam a panacéia para combater a ilicitude penal, o que ficou patente com o advento da Lei 8.072/90 (Lei de Crimes Hediondos), que jamais conseguiu aplacar o crescimento dos crimes que pretensamente combateria.

Não satisfeito, e influenciado, pela onda de seqüestros que vinha ocorrendo no Rio de Janeiro, São Paulo e em outros aglomerados urbanos brasileiros a partir do final dos anos 80, em prol da Lei e da Ordem, o legislador foi além das sandálias, impondo aos condenados por crime de tortura, tráfico, terrorismo e os então definidos hediondos, o cumprimento das penas integralmente em regime fechado, proibindo para eles a concessão de liberdade provisória, aumentando o prazo de prisão temporária, determinado que o juiz deliberasse, fundamentadamente, sobre o direito de apelar em liberdade, majorando as penas de vários dos crimes considerados hediondos, e criando causas de aumento e de diminuição de penas.

Buscar-se-á no decorrer deste estudo verificar à análise do tema regime de cumprimento de pena nos crimes hediondos e a eles equiparados, com a pretensão de esmiuçá-lo no tocante a (in) existência de qualquer vedação constitucional ao estabelecimento do regime integralmente fechado (artigo 2º, §1, da Lei nº 8.072/90), as alterações introduzidas pela legislação mais recentes, os compromissos internacionais do Brasil no tema dos direitos humanos, o papel das penas e a falência do sistema carcerário, especialmente o do Estado de São Paulo onde estão 42% dos 284 mil presos brasileiros.

A emoção legislativa a estribar a confecção da referida norma afastou dos princípios de política criminal, entendendo que o aumento da pena e o rigorismo no seu cumprimento resolveria a brutalidade e os requintes de crueldade com que elencados ilícitos ali descritos são praticados. Esqueceu-se o legislador que o tempo da vingança privada de há muito está superado, o uso do mau pelo mau, durante a história do homem, só agravou ainda mais a existência do homem em coletividade. Seria retirar-se daquele que acabou de perder o bem maior que é a liberdade do homem, a própria esperança de dias melhores.

O sentido de toda a pena é a recuperação do condenado, de modo a que possa, depois, voltar normalmente à sociedade e a ela se reintegrar como pessoa capaz de cumprir deveres e usufruir direitos, de exercer uma profissão, liderar uma família, criar e educar filhos, ser cidadão. O cumprimento da pena deve, enfim, ter caráter dinâmico, tendo em vista os objetivos da execução penal.

Se investimos para recuperar até lixo, porque não deveríamos fazer isso com seres humanos?

O endurecimento das penas tal como é comumente proposto é, assim, simbólico e seletivo, com nítido caráter de controle social das classes oprimidas, buscando mais um bode expiatório para escamotear uma ordem social perversa e excludente, real fonte dos problemas ora enfrentados. Se quer, de forma equivocada, aumentar o rigor das penas, então que se democratize tal pretensão, estendendo-a também aos delitos praticados pelos maíus favorecidos, mais danosos e que servem para ampliar a desigualdade social que campeia em nosso país, como por exemplo, a sonegação fiscal.

O sonegador ao locupletar-se desestabiliza o próprio mercado, pois o crime de sonegação fiscal desestrutura a espinha dorsal da administração pública, o orçamento (receita/despesa). Ao frustrar a receita o sonegador, inviabiliza as despesas e desorganiza a atividade estatal.

O crime de sonegação fiscal, contudo, embora seja uma das matrizes dos desacertos comuns da sociedade, é um delito socialmente aceito. Talvez porque, a seu redor, não se veja uma poça de sangue, ou talvez, porque suas vítimas sejam difusas e não possam ser entrevistadas às lágrimas para o noticiário televisivo que antecede as novelas. Mas as vítimas existem e, em última análise, somos todos nós, a população como um todo, que

sofremos com a sonegação fiscal para o benefício de uns poucos infratores, que na grande maioria das vezes são beneficiados com benesses legais.

O inserto no art. 5º, XLIII, da CF, determinou à lei ordinária que desse tratamento diferenciado, restritivo, a uma categoria de crimes muito graves, a saber: tortura, terrorismo, tráfico ilícito de entorpecentes e os hediondos. De notar que o primeiro dos gêneros de crimes referidos foi exatamente o de tortura, certamente por ser o mais grave deles.

O preceito constitucional, portanto, considerou assemelhados ou equiparados uma categoria de crimes, determinando tratamento restritivo isonômico e equânime.

Em outras palavras, a norma constitucional mandou o legislador elaborar leis ordinárias, dando aos crimes de tortura e aos seus assemelhados, tratamento diferenciado do dispensado aos demais crimes, consistente na impossibilidade de fiança, graça e anistia. Nada mais. Esta foi a ordem constitucional.

Passados mais de treze anos de vigência da Lei dos Crimes Hediondos, é indiscutível o fracasso de seus propósitos. Dando tratamento mais severo para os condenados pelos crimes mais graves, especialmente os de extorsão mediante seqüestro, tráfico de entorpecentes, estupros e atentados violentos ao pudor, como se buscando combater essa forma de criminalidade, e objetivando, é de todo óbvio, a sua contenção, a lei, além de não ter contribuído para nenhuma redução de quaisquer dos índices de criminalidade, revelou-se verdadeiro fator de surgimento de outros fenômenos indesejáveis: a rebelião, os motins nos presídios e as fugas.

O Brasil é um país marcado por profunda desigualdade econômica e social. Nosso país ostenta um dos piores índices de concentração de renda do mundo. As correspondentes diferenças de classes são gritantes, refletindo-se na nossa vida cotidiana e na nossa forma de vermos o mundo. A lei penal, a reclusão em penitenciárias públicas, é feita para os pobres, não para os ricos. É difícil para os ricos – e mesmo para os de renda média – imaginar seus iguais serem tratados como são os criminosos da classe pobres. Ainda que os governos – principalmente em São Paulo – venham investindo na construção de penitenciárias, as condições dos presos comuns é, em geral, terrível. Não são prisões para “nossos iguais”.

Denota-se que o sistema prisional brasileiro, em especial o paulista, faliu enquanto processo de reeducação e reinserção do preso na sociedade.

As organizações criminosas que estão crescendo de maneira incontrolável dentro dos presídios paulistas, por exemplo, o PCC - Primeiro Comando da Capital, exercem imenso poder dentro e fora dos presídios, mostrando sua capacidade de ridicularizar as autoridades e de ameaçar a sociedade com a libertação de seus comparsas.

O sonho da liberdade é inerente aos presos, em face disto quando estes após cumprirem suas penas tem direito a ela, porém a regra é a de que quando colocados em liberdade, os presos não conseguem se sociabilizarem, pois a pena não almeja seu fim primordial que é a ressocialização, e assim acabam voltando ao mundo do crime. Roberto da Silva, especialista em criminologia, em estudos com presidiários constatou que “esses homens perdem o senso de orientação geográfica, depois de décadas cercados pelos mesmos muros, não têm a mínima noção dos pontos cardeais. Na rua, não sabem tomar ônibus para ir a lugar nenhum. Eles perderam os referenciais. A prisão não consegue sociabilizar o detento cria nele uma dependência do mundo da cadeia – que é o único em que ele sabe viver – e não lhe dá nenhum instrumento para voltar ao mundo real. O que esse cara pode esperar do futuro?

As penas devem ser executadas sob a inspiração dos princípios e a efetivação de garantias que atendem a defesa social e aos direitos fundamentais do preso.

O grande problema do sistema penitenciário é que ele perdeu sua função principal, de reabilitação, e passou a funcionar apenas como forma de “tirar os criminosos de circulação”.

O universo amostral a ser abordado para que os objetivos sejam alcançados, terá por base o caráter teórico, utilizando para tanto da Literatura e Bibliografia pertinentes ao estudo.

# **CAPÍTULO I - DA PENA**

## **1. Evolução das Penas na História da Humanidade**

Para que se possa efetuar o presente estudo é imprescindível que se faça um breve estudo histórico acerca das penas e sua evolução.

O sistema utilizado para punir aqueles indivíduos que cometem crimes dentro de uma sociedade política e juridicamente organizada sempre foi, e ainda é, objeto de rigoroso estudo envolvendo as mais diversas classes sociais e culturais. Desse estudo verifica-se uma história farta de exemplos, em que devem ser evitados erros constantes de tratamento e reabilitação do criminoso.

Não se vislumbra a possibilidade de se estabelecer um período exato de surgimento da pena, dado que se observa ao longo da história da humanidade, diversos tipos de penas implantadas de acordo com a época, local e estrutura política adotada pela sociedade, variando ainda de acordo com a situação do delinqüente.

O sistema penitenciário que vigorou durante muitos séculos, era precário e extremamente degradante ao detento, que sofria castigos físicos e humilhações públicas, além da incerteza de que a pena a ser recebida seria nos moldes do delito cometido, uma vez que ficava ao arbítrio do poder público, muitas vezes autoritário e desmedido, fixar a forma a ser cumprida a pena, bem como o seu termo final.

Durante a antigüidade, a pena privativa de liberdade tinha dois sentidos básicos, o primeiro deles era o de impossibilitar uma possível fuga do delinqüente do castigo a ele imposto, e o outro que era o de castigo propriamente dito, uma vez que durante o período se espera da sentença o detento era submetido a diversas formas de tortura, a um confinamento desumano.

Nessa época não haviam locais adequados para que os acusados aguardassem o julgamento, ficando sujeitos às mais diversas arquiteturas, como por exemplo, um poço, um calabouço, entre outros.

Com a Idade Média, a situação desumana do preso não era muito diferente da Antigüidade, uma vez que igualmente sofriam humilhações à espera do castigo que no

mais das vezes caracterizava um espetáculo público, que por incrível que pareça, aguardava a multidões.

Foi ainda na Idade Média que surgiu a primeira idéia de prisão celular, como influência do direito canônico, representada pela prisão eclesiástica e das ordálias, destinadas a sacerdotes religiosos infratores.

Com a chegada da Idade Moderna, houve um enorme aumento da pobreza e um conseqüente aumento da criminalidade, uma enchente de condenações à pena de morte, culminou com a necessidade de se criar estruturas organizadas de prisão, surgiram então as chamadas *workhouses* ou *bridwells*, consideradas casas de correção ao delinqüente, nas quais o indivíduo exercia alguma forma de aprendizado, trabalhava para que se reabilitasse. Esta espécie de pena é também alvo de críticas de diversos autores e estudiosos.

O segredo das *wokhouses* ou das *rasphuis* está na representação em termos ideais da concepção burguesa da vida e da sociedade, em preparar os homens principalmente os pobres, os não proprietários, para que aceitem uma ordem e uma disciplina que os faça dóceis instrumentos de exploração. (BITENCOURT, 1993, p. 31).

Em meados do século XVII surge o chamado Hospício de San Felip Neri, destinada a crianças errantes, jovens rebeldes. O interno era submetido a um regime celular restrito, não conhecia os seus companheiros que utilizavam um capuz durante os eventos coletivos.

Voltaire, Montesquieu e Rousseau, representavam uma corrente iluminista e humanitária que almejava amenizar o sofrimento do detento, face à crueldade e desumanidade do sistema carcerário, iniciando um movimento que propunha a reforma do sistema punitivo.

Grandes nomes como Cesare de Beccaria, John Howard, Jeremias Bentham, defendiam uma maior humanidade de tratamento dos detentos e abolição de tratamentos cruéis até mesmo sádicos, por vezes humilhantes. Pregavam, em síntese, um sistema em que se molda o delito à pena na justa medida e proporção.

A reação da sociedade mais ou menos tumultuada pelos acontecimentos históricos, foi modificando a estrutura da forma de cumprimento das penas relacionando o crime ao criminoso, gerando maior proporcionalidade, ao menos em tese, ao delito e a pena.

Saliente-se que, como visto, o sistema penitenciário é um conceito em constante evolução, tendo como relação direta a sociedade e seus anseios morais, políticos e jurídicos, fazendo surgir diversos diplomas legais sistematizando a política criminal.

O Direito Penal somente teve uma legislação genuinamente brasileira com o advento do Código Criminal de 1830, que trazia em seu bojo princípios fundamentais, tal como o de que a pena somente seria aplicada na pessoa do delinqüente e nunca se estenderia a outros, incluindo assim, o caráter personalíssimo do Direito Penal.

Em 1890, editou-se o Código Penal, que surgiu para preencher lacunas do Código anterior, segundo leciona Orandyr Teixeira Luz:

O Código Penal de 1890 procurou suprir lacunas do código anterior, aboliu a pena de morte e instalou o regime penitenciário de caráter correccional. Dentre os diplomas que o alteraram são ressaltados os Decretos n. 16.588 e 16.665, de 1924; este que regulou o livramento condicional da pena, medidas essas que vieram ao encontro do anseio de então, favorecendo ao réu de bom comportamento e ao condenado à pena privativa de liberdade de curta duração. (LUZ, 2000, p. 14/15).

Atualmente, vigora o Código Penal de 1940, com algumas alterações surgidas, grande parte em razão da evolução da sociedade e de legislações penais específicas, dentre elas a Lei de Crimes Hediondos (Lei nº 8.072/90), que é objeto deste estudo, principalmente no que concerne ao regime integralmente fechado de cumprimento de penas que esta preceitua em seu bojo.

Observa-se aqui o contrário do que se via em séculos anteriores, uma grande preocupação em fazer com que o indivíduo servisse de exemplo com penas degradantes, hoje se tende a um enorme cuidado para que a pena seja a mínima possível, de acordo com o delito praticado.

Determinadas leis que tratam de delitos específicos, como a lei dos crimes hediondos, inversamente trazem um exemplo de criminalizar ainda mais o que já é crime, apenando com mais severidade, contudo submersa em lacunas. Sua elaboração ocorreu num momento em que a imprensa enchia os ouvidos e a vista da nação com cenas de cruéis assassinatos, seqüestros, tráfico de entorpecentes; assim surgiu uma lei prematura, que necessitava ainda de um período maior de amadurecimento de idéias, período esse que foi suprimido.

Diante dos vários movimentos de política criminal que vêm se desenvolvendo, como o da Intervenção Mínima do Estado, ou o Movimento Lei e Ordem, o legislador não tomou um ou outro como regra, ora adotando penas rigorosas para determinados delitos, ora abrandando a pena de modo a torná-la ínfima ou praticamente erradicá-la em alguns casos.

Neste contexto histórico, surgiu a Lei de Crimes Hediondos, da qual traz consigo algumas questões práticas, como a impossibilidade de se aplicar o regime progressivo de penas aos delitos hediondos.

## **2. Pena de Prisão**

A prisão é uma exigência amarga, mas imprescindível. A história da prisão não é a de sua progressiva abolição, mas a de sua reforma. A prisão é concebida modernamente como um mal necessário, sem esquecer que guarda em sua essência contradições insolúveis. O Projeto Alternativo Alemão orientou-se nesse sentido ao afirmar que “a pena é uma amarga necessidade de uma comunidade de seres imperfeitos como são os homens” (Projeto Alternativo Alemão, de 1996).

Propõe-se, assim, aperfeiçoar a pena privativa de liberdade, quando necessária, e substituí-la, quando possível e recomendável. Todas as reformas de nossos dias deixam patente o descrédito na grande esperança depositada na pena de prisão, como forma quase que exclusiva de controle social formalizado. Pouco mais de dois séculos foram suficientes para se constatar sua mais absoluta falência em termos de medidas retributivas e preventivas. O centro de gravidade das reformas situa-se nas sanções na reação penal. Luta-se contra as penas de curta duração. Sabe-se, hoje, que a prisão reforça os valores negativos do condenado. O réu tem um código de valores distinto daquele da sociedade.

Há um grande questionamento em torno da pena privativa de liberdade, e se tem dito reiteradamente que o problema da prisão é a própria prisão. Aqui como em outros países, avilta, desmoraliza, denigra e embrutece o apenado.

A origem da pena, todos recordam, é muito remota, perdendo-se na noite dos tempos, sendo tão antiga quanto a Humanidade. Por isso mesmo é muito difícil situá-la em suas origens.

Por tudo isso, procuraremos elucidar as distintas formas em que seus atos foram puníveis, atendendo, mais ou menos, aos períodos da história da humanidade.

## **2.1 Origem da Pena de Prisão**

As primeiras instituições de reclusão de presos cuja finalidade não eram de prisão-custódia e sim prisão-pena apareceram na Inglaterra e na Holanda no século XVI, corolário ao movimento ocorrido na Idade Moderna.

Dario Melossi & Massimo Pavarini, lembrados por Cezar Roberto Bitencourt, descreveram:

A prisão surge quando se estabelecem as casas de correção holandesas e inglesas, cuja origem não se explica pela existência de um propósito mais ou menos humanitário e idealista, mas pela necessidade que existia de possuir um instrumento que permitisse, não tanto a reforma ou reforma ou reabilitação do delinqüente, mas a sua submissão ao regime dominante (capitalismo). (MELOSSI & PAVARINI apud BITENCOURT, 1993, p.30).

Portanto, a prisão surgiu da decorrência do capitalismo regulada pela necessidade de valorização capital. A burguesia capitalista, através das prisões, constrangia empregados livres para que fornecessem mão de obra barata e não passível de resistência.

A burguesia contava com a ajuda da religião, especialmente no caso da Holanda, onde se permitia reforçar os elementos ideológicos que fortaleciam a hegemonia da classe capitalista. Assim, a Igreja contribuía para reforçar os dogmas do trabalho e, por conseguinte, a submissão ideológica dentro do processo manufatureiro.

As casas de trabalho tinham o objetivo prioritário de que o recluso aprendesse disciplina de produção capitalista.

No início as prisões não se preocupavam com a reabilitação ou emenda, queriam sim a submissão do delinqüente mediante trabalho forçado. Todavia atingiam uma prevenção geral, ou seja, uma intimidação, através da qual o proletariado livre, antes de se arriscar a terminar na casa de trabalho ou na prisão, preferia aceitar as condições impostas ao trabalho.

## **2.2 A Reforma e seus Idealizadores**

O contingente de política criminal da Europa no século XVIII, consistia-se de um esquema cruel e injusto, onde a arbitrariedade e castigos corporais eram o cotidiano da aplicação da lei penal.

Tal sistema não podia imperar mais diante da reformas Iluministas e Humanitárias, que começavam a florescer pelas obras de mestres como Voltaire, Montesquieu e Rousseau; tais filósofos, dedicaram-se diuturnamente a criticar os excessos contidos nas legislações penais vigentes, propondo:

que o fim do estabelecimento das penas não deve consistir em atormentar um ser sensível. A pena deve ser proporcional ao crime, devendo-se levar em consideração, quando imposta, as circunstâncias pessoais do delinqüente, seu grau de malícia e, sobretudo, produzir a impressão de ser eficaz sobre o espírito dos homens sendo, ao mesmo tempo, a menos cruel para o corpo do delinqüente” (BITENCOURT, 1993, p. ).

O auge destas idéias se deu durante a Revolução Francesa, dentro o incontável número de pessoas que ocuparam as suas vidas no intuito de melhorar a condição do ser humano, será explanada no presente trabalho, seguindo o esquema oferecido por Cesar Roberto Bitencourt, as idéias de Cesare Beccaria, John Howard e Jeremy Bentham.

### **2.2.1 Cesare de Beccaria**

Césare Bonessana, o Marques de Beccaria, nasceu em Milão no ano de 1738, e morreu em 1794, os postulados deste autor marcam o início das Escola Clássicas de Criminologia e de Direito Penal, bem como antecedente da chamada Defesa Social, posto que sua obra trazia a mensagem de que é melhor prevenir que o delito ocorra, do que remedia-lo.

Sobre a obra de Beccaria, explana César Roberto Bitencourt:

... As idéias filosóficas que informam não devem ser consideradas como um conjunto de idéias originais. Trata-se na verdade, de uma associação de um contratualismo com o utilitarismo. O grande mérito de Beccaria foi falar claro, dirigindo-se não a um limitado grupo de pessoas dotas, mas ao grande público. Dessa forma, conseguiu através da eloquência, estimular aos práticos do direito a reclamarem uma reforma que deviam conceder aos legisladores. (BITENCOURT, 1993, p.38)

No entanto, tal fato não torna menos brilhante a contribuição deste mestre para o Direito Penal. Ponto importante abordado em sua obra diz respeito aos fins da pena, para Beccaria, este era extremamente utilitarista, ou seja, a pena não era uma mera vingança, sim um meio de prevenção social, subordinava-se a idéia do justo ao útil. Nas palavras do próprio Beccaria:

O fim, pois, não é outro que impedir o réu de causar novos danos a seus cidadãos e afastar os demais do cometimento de outros iguais. Conseqüentemente, devem ser escolhidas aquelas penas e aquele método de impô-las, que, respeitada a proporção, causem uma impressão mais eficaz e mais durável sobre o ânimo dos homens e que seja a menos dolorosa para o corpo do réu. (BECCARIA, *apud* BITENCOURT, 1993, p.41)

Assim conclui-se que estas eram os primeiros passos dados no que diz respeito ao caráter preventivo da pena, sendo esta um instituto de prevenção, mas que não indigna aquele infrator objeto seu. Desta feita, pode-se dizer que de modo geral, os postulados de Beccaria traziam a pena como forma de prevenção a prática de novos delitos e, a recuperação do infrator para que pudesse voltar a sociedade. Dissertou também o autor, sobre a aplicação da pena em si, tendo como principais pontos desta dissertação, a celeridade da pena e a certeza de sua aplicação, pois considerava ser um tormento ao réu a incerteza que pairava ante a sentença que lhe seria imposta; e a humanização das sanções criminais, defendendo nesta, a própria dignidade do homem, criticando, por exemplo, os cárceres insalubres que existiam na sua época, bem como levantando a bandeira de que a pena privativa de liberdade deve se revestir de um caráter ressocializador.

Os problemas abordados por Beccaria, como, v.g., o paradoxo existente entre privação de liberdade e ressocialização, continuam atuais, sendo que muitos desses problemas apontados, continuam sem solução até os dias de hoje.

## 2.2.2 John Howard

O interesse desse autor pelo assunto das prisões surgiu de sua nomeação como Sheriff de Bedford, em 1773, fora nomeado alcaide do condado de Bedford, fato esse que o aproximou da terrível realidade das prisões. Em 1777, publicou sua obra *The state of prison in England and Wales with na account of some goregen*, fruto de uma vasta pesquisa realizada em toda a Europa.

Tal publicação foi, involuntariamente, o marco iniciador das grandes reformas carcerárias, no sentido de humanizar-se e racionar-se as penas aplicadas aos réus.

A humanização das prisões era uma das demandas da obra de Howard, já que o autor não aceitava as condições carcerárias de seu tempo, nem que o sofrimento infringido aos apenados fosse consequência da privação da liberdade destes. Nesta época, a Inglaterra havia conseguido uma estabilidade política tal que as prisões perderam seu caráter de fábrica de mão de obra, passando a ser instituições medonhas de intimidação e controle político. O papel da obra ora analisada, se absteve em criticar tal método bizarro de aplicação penal, afirmando ser impossível a reabilitação do preso mediante aquelas condições da carceragem inglesa, fracassarem, foi, nas palavras de Cezar Roberto Bitencourt “... nessa época, como agora, a reforma da prisão não fosse um tema que interessasse ou preocupasse muito ao público e aos governantes” (1993, p. 45).

Defendia também, Howard, em sua obra, o trabalho do encarcerado, sendo que esta tarefa deveria ser penosa, pois assim se conseguiria uma regeneração moral do delinqüente. Considerava também que a religião era meio extremamente adequado para instituir e moralizar.

De acordo com Howard, existam três classificações de prisão, sendo estas:

- a) Aqueles que estejam apenas sendo processados deveriam ficar encarcerados somente como meio assecuratório para a consecução penal, tal cárcere se daria em procedimento especial, não sendo em forma de pena, mas sim como medida de segurança. Sendo que deveriam ficar separados os presos já sentenciados, daqueles que ainda estariam aguardando uma condenação.
- b) Aos já condenados, que deveriam cumprir suas penas, segundo as sentenças que as instituísem.

c) E para os devedores civis, outro tipo de cárcere diferenciado dos demais.

Além destas especificações, sugeria também que as mulheres ficassem separadas dos homens, bem como os delinqüentes mais velhos dos jovens.

Sugestão interessante, dada por Howard, dizia respeito ao Pessoal que se ocuparia dos trabalhos penitenciários e ao Juiz da execução. Sua proposta era a de se nomear homens, que desempenhariam estas funções de forma humanitária e honrada. Isto porque, Howard conseguiu perceber, que a atuação correta destas pessoas em suas funções, é ponto de fundamental importância para a reabilitação do condenado. Corroborando nesta toada, uma fiscalização judicial, no sentido de se manter a justiça dentro dos presídios, combinada com uma carceragem mais humana que tenha como objetivo a reabilitação do preso, e não ser considerada como responsável por um depósito de humanos.

Apesar das idéias de Howard, não terem repercutido, de forma a transfigurar as leis em vigor a época, tais são um implemento de enorme valia no sentido da aplicação da pena, inclusive para os dias de hoje. Grande mérito conseguido por este mestre, foi a clara separação que traçou entre Direito Penal e Execução Penal, já que a tese do primeiro versa apenas sobre o caráter retributivo e intimidativo da pena.

### **2.2.3 Jeremy Bentham**

Nascido em 1748, morreu em 1832. Para Bentham, o fim principal da pena era prevenir novos delitos, portanto para ele o que importava era o efeito preventivo geral, embora admitisse o fim correccional da pena. Desta feita, Bentham vê o caráter reabilitador da pena como um subsidiário de seu fim.

O grande avanço trazido neste pensamento era o de que a pena não consistia mera vingança, e sim, um meio de prevenir a prática de novos fatos delituosos, sendo este, um avanço importante na racionalização das penas.

Outra tese elaborada por esse autor, e que tem profundo respaldo, é a de que as prisões apresentam condições criminógenas, isto porque, estas apresentam um ambiente de ociosidade, que despojariam o réu de honra e dignidade, levando-os, ao saírem, a prática de novos delitos.

Em sua obra, Bentham demonstra uma grande preocupação com o aspecto da segurança das prisões, isto porque para ele, não teria sentido um instituto, onde realmente não se guardassem os reclusos de tal forma que nada escapasse aos olhos dos administradores destas prisões. Calcado neste fato, Bentham propõe uma arquitetura prisional que pode ser definido como “... o edifício é como uma colméia, cujas pequenas cavidades podem ser vista todas desde de um ponto central. O inspetor, invisível, reina como um espírito”. (BITENCOURT, 1993, p. 54).

Esta arquitetura era o Panatótico, que sob o ponto de vista penológico, seria a maior contribuição de Bentham para os dias atuais.

Do ponto de vista deste autor, dever-se-ia instituir uma assistência pós-penitenciária, assim o objetivo reabilitador da pena estaria completo, sendo para o mesmo, um absurdo abandonar os recém liberto a própria sorte.

Quando a realização de suas idéias, a despeito dos esforços empreendidos pelo próprio, poucas foram as materializações por ele conseguida. No entanto, seus projetos contribuíram de forma inegável, no sentido de diminuir a barbárie dos castigos empregados nos presos de sua época. Ademais quanto às aspirações arquitetônicas de Bentham, foram nos Estados Unidos e na Costa Rica que estas tiveram maior acolhida.

### **3. Características das Penas**

Segundo Damásio (JESUS, 1995, p. 457), as características da pena são:

- a) É personalíssima, só atingindo o autor do crime (Constituição Federal, art. 5º, XLV);
- b) A sua aplicação é disciplinada por Lei;
- c) É inderrogável, no sentido da certeza de sua aplicação;
- d) É proporcional ao crime.

A pena, portanto, atinge apenas a pessoa do infrator da lei, sendo proibida pela Carta Magna sua extensão aos parentes, como era utilizado outrora. Sua aplicação segue ao princípio da legalidade, em sua modalidade de reserva legal, no qual será oportunamente

analisado, mas que em síntese, significa que só haverá crime se a lei o definir. Nas palavras de Lopes significa “a lei deve definir com precisão e de forma clara e cristalina a conduta proibida” (LOPES e LIBERATI, 2000, p. 50).

A inderrogabilidade, como bem explicado por Damásio, significa que praticado um delito descrito em lei existe certeza da aplicação de uma pena.

Por fim, proporcionalidade, que também será tratada no decorrer do estudo, diz respeito a que cada crime tem a sua dosagem de pena; um punido mais severamente do que outro pelo legislador. Assim com esta característica, a pena seguirá os moldes definidos por lei na sua aplicação.

#### **4. Função atual da pena e seu conceito no Direito Penal Clássico**

Conceituar pena implica em descobrir o sentido de sua aplicação e função social, mas não é um tema de fácil consenso. Várias teorias tentam explicar essa função social.

Gilberto Ferreira, citado por Orandyr Teixeira Luz, menciona algumas teorias formuladas para entender os fundamentos da pena, dentre as quais podemos citar: da vingança purificada, da aceitação, da conservação, da associação, da correção, da intimidação, do constrangimento, da defesa e do ressarcimento.

Três teorias ganham destaque quando tentamos encontrar um meio de se estabelecer os fundamentos da pena, sua função social: teorias absolutas, teorias relativas e teorias mistas.

As teorias absolutas preconizam que a principal função da pena é tão somente retribuir o mal praticado pelo infrator, como preleciona Gilberto Ferreira:

Mesmo que a pena alcance outros objetivos - como o de punir com justiça o infrator, de afastar dessa idéia, outros membros da sociedade e de servir também para que o infrator se emende – isso não importa. O que é importante é retribuir o mal praticado com o mal. (FERREIRA, *apud* LUZ, 2000, p. 49/50).

Noutro passo, as teorias relativas visam a pena com o fim de evitar o delito, colocando nos cidadãos o medo de delinquir pela certeza de que ao final haverá uma pena, no dizer do citado autor que pondera:

A teoria relativa preconiza a pena como uma medida prática a fim de impedir a prática delituosa. Destarte, pode-se dividir essa teoria em duas, cada qual considerando um dos aspectos da prevenção do crime. A teoria da prevenção geral, estabelece que o principal feito, assim como o principal fim da pena, é a inibição que esta causa sobre a generalidade dos cidadãos. A pena, então deve intimidar e incutir o medo nas pessoas. (FERREIRA, *apud* LUZ, 2000, p. 52).

Para o mesmo doutrinador, as teorias mistas aceitam as duas funções, retribuição do mal praticado e prevenção para que não o pratique futuramente:

Para Francesco Carnelutti o fim principal da pena não poderia ser outro senão a retribuição como reação contra o delito expressada através da expiação ou da vingança, ressaltando no entanto, que a pena tinha um fim secundário, acessório, que consistia na prevenção especial, de impedir que o réu voltasse a delinquir (FERREIRA, *apud* LUZ, 2000, p. 54).

O conceito de pena é profundamente filosófico, busca-se o fundamento do direito de punir desde que o homem passou a integrar uma sociedade mais ou menos organizada.

Quando as sociedades começaram a se tornar estruturas organizadas foi se percebendo que se doassem uma parcela de sua liberdade em favor da comunidade, fixando-se em determinados locais, teriam a possibilidade de defender o restante dessa mesma liberdade, trazida no direito de propriedade.

Já há muito tempo essa teoria do fundamento da pena foi estabelecida, pelo célebre Marques Cesare de Beccaria, em sua grandiosa obra *Dos Delitos e Das Penas*, conforme trecho a seguir transcrito:

Por conseguinte, só a necessidade constringe os homens a ceder uma parte de sua liberdade; daí resulta que cada indivíduo só consente em por em depósito comum a menor porção possível dela, isto é, precisamente o que era necessário para empenhar os outros a mantê-lo na posse do resto.

O conjunto de todas essas pequenas porções de liberdade é o fundamento do direito de punir. Todo o exercício do poder que se afastar dessa base é abuso e não justiça; é um poder de fato e não de direito; é uma usurpação e não mais um poder legítimo. (BECCARIA, 1993, p. 17).

Helena Cláudio Frágoso, citado por Orandyr Luz, traz o seguinte conceito para pena:

Pena é a perda de bens jurídicos – da vida, da liberdade e do patrimônio – imposta pelo órgão da Justiça a quem comete crime, sanção essa de essência retributiva, pois opera causando um mal ao transgressor, e somente a ele, atendendo-se ao princípio da personalidade (art. 5º, XLV da CF/88), no dizer de Heleno Fragoso. (FRAGOSO, *apud* LUZ, p. 44)

O conceito de pena mais aceito é o de Sebastian Soller, citado por Júlio Fabrini Mirabete, José Frederico Marques, Damásio Evangelista de Jesus, para quem: “Pena é a sanção aflitiva imposta pelo Estado, através de processo, ao autor de um delito, como retribuição de seu ato ilícito e para evitar novos delitos. (SOLER, Sebastian, *apud* José Frederico Marques, Tratado de Direito Penal, p. 136).

É a sanção porque trata da conseqüência de se ter violado uma norma penal incriminadora. É aflitiva porque trata de diminuir ou privar um bem jurídico do autor do fato delituoso.

José Frederico Marques explica que os caracteres do conceito de pena devem obedecer ao controle jurisdicional para que haja dosagem exata de retribuição ao mal praticado pelo indivíduo delinqüente, de maneira que nunca se ofenda a liberdade de um indivíduo sem que antes seja passado pelo crivo do Judiciário:

Como a pena atinge a própria pessoa do delinqüente e lhe inflige um mal como retribuição ao ilícito praticado, - é imprescindível um controle jurisdicional a priori sobre sua aplicação. O direito punitivo é de coação indireta: sem que se resolva o conflito entre o jus puniendi do estado e o jus libertatis do réu, não pode tornar-se efetiva a sanção penal cominada. (MARQUES, 1999, p. 137).

Tem-se que o objetivo principal da sanção criminal é a recuperação do delinqüente, e isso só pode ser conseguido através de emprego inteligente de processos de reeducação, e não apenas isolando-o completamente da sociedade, sem esperança nenhuma até o termo final do tempo de sua condenação.

O sentido de toda a pena é a recuperação do condenado, de modo a que possa, depois, voltar normalmente à sociedade e a ela se reintegrar como pessoa capaz de cumprir deveres e usufruir direitos, de exercer uma profissão, liderar uma família, criar e educar os filhos, ser cidadão. O cumprimento da pena deve, enfim, ter caráter dinâmico, tendo em vista os objetivos da execução penal.

O sonho da liberdade é inerente aos presos, em face disto quando estes após cumprirem suas penas têm direito a ela, porém a regra é a de que quando colocados em

liberdade, os presos não conseguem se sociabilizarem, pois a pena não almeja seu fim primordial que é a ressocialização, e assim acabam voltando ao mundo do crime. Roberto da Silva, especialista em criminologia, em estudos com presidiários constatou que “esses homens perdem o senso de orientação geográfica, depois de décadas cercados pelos mesmos muros, não têm a mínima noção dos pontos cardeais. Na rua, não sabem tomar ônibus para ir a lugar nenhum. Eles perderam os referenciais. A prisão não consegue sociabilizar o detento cria nele uma dependência do mundo da cadeia - que é o único em que ele sabe viver - e não lhe dá nenhum instrumento para voltar ao mundo real. O que esse cara pode esperar do futuro?

As penas devem ser executadas sob a inspiração dos princípios e a efetivação de garantias que atendem a defesa social a aos direitos fundamentais do preso.

## **5. Política Criminal Brasileira para cominação das penas**

O Brasil adota uma política criminal de acordo com os movimentos sociais, ou seja, a cada momento adota uma política criminal diferente, ora criminalizando demais, ora deixando a sensação de impunidade.

Como exemplo nítido podemos citar a Lei dos Crimes Hediondos.

Esta lei, baseada no movimento de lei e ordem, foi elaborada durante um tumulto social, a população amedrontada pelo crescente número de seqüestros, latrocínios, tráfico, entre outros, incutiram no meio da sociedade a idéia de quanto mais rígida a lei, menor será a prática de tais delitos, entretanto no decorrer do presente trabalho mostraremos que esta idéia é utópica.

Essa idéia tomou força através da mídia, que defendendo interesses próprios, organizaram uma verdadeira balbúrdia, incitando clamores sociais, quase como um pedido de vingança.

Mais tarde outro dilema tomou conta da sociedade, o número de detentos nas penitenciárias, era necessário e urgente uma iniciativa, a adoção de um sistema que desafogasse as penitenciárias.

A lei mais severa não é a medida acertada para combater o surto da criminalidade violenta e devolver à população o sentimento de segurança.

Há projetos visando o endurecimento da lei penal e a mutilação de garantias processuais que tramitam num cenário de propaganda como a que sustenta o aumento da reclusão para 40 anos. Alguns parlamentares, reagindo emocionalmente a tragédias recentes, que lamentavelmente ceifaram a vida de juízes, estimulam e direcionam o cenário do medo com a pretensão de aumentar o rol dos crimes hediondos quando a vítima for juiz, membro do Ministério Público ou delegado de Polícia.

Vivemos o círculo vicioso da violência, da dramatização da violência e da reação estatal geradora de mais violência. O problema da segurança pública é grave e não tem solução milagrosa. Depende de investimentos e reformas profundas.

Leis mais severas, penas mais altas, cerceamento ao direito de defesa, mais confronto armado, tolerância em relação aos abusos repressivos, maior número de presos, mais isolamento, presos sem perspectiva, juízes sem rosto. Nada disso, nem tudo, isso será capaz de gerar segurança e paz social.

Na quadra atual, de forma açodada, clama-se pelo endurecimento do sistema punitivo brasileiro, tanto no agravamento como na aplicação das penas. Os defensores desta tese justificam-na pelo aumento da criminalidade no país, identificando tal criminalidade com os delitos praticados com violência. A argumentação, contudo, contém alguns equívocos e necessita ser redirecionada. Expressando tal posicionamento Luiz Flávio Gomes expôs, o seguinte:

A confiança de que há prevenção do crime no incremento nominal (nível de cominação) da pena é redondamente equivocada. Quanto mais severa a pena, menos crime. Essa é a ilusão! O fracasso dessa política criminal da “deterrence”, com previsão e maestria é evidente, pois desde a edição da Lei de Crimes Hediondos a criminalidade só aumentou. Esse modelo de política criminal, paleorrepressiva, baseada na vingança, só sabe dar resposta aparente a esse tormento (inevitável) que se chama delito. Nenhum enfrentamento das causas, nenhuma política preventiva séria, seja no âmbito primário, secundário ou terciário. Lei e mais lei, ilusão após ilusão. E mesmo assim a sociedade em geral continua pedindo mais endurecimento normativo: é vítima ávida por mais vitimização (TORON, 1996, p. 6/7).

Desde logo, impende repisar que se trata apenas de ilusão ou mito a idéia de que penas mais severas seriam a panacéia para combater a ilicitude penal, o que ficou patente

com o advento da Lei 8.072/90 (Lei de Crimes Hediondos), que jamais conseguiu aplacar o crescimento dos crimes que pretensamente combateria.

Passados mais de doze anos de vigência da Lei dos Crimes Hediondos, é indiscutível o fracasso de seus propósitos. Dando tratamento mais severo para os condenados pelos crimes mais graves, especialmente os de extorsão mediante seqüestro, tráfico de entorpecentes, estupros e atentados violentos ao pudor, como se buscando combater essa forma de criminalidade, e objetivando, é de todo óbvio, a sua contenção, a lei, além de não ter contribuído para nenhuma redução de quaisquer dos índices de criminalidade, revelou-se verdadeiro fator de surgimento de outros fenômenos indesejáveis: a rebelião, os motins nos presídios e as fugas.

É notório o fracasso dos propósitos da Lei de Crimes Hediondos, no que tange ao combate da criminalidade, fato esse que se comprova pelo estudo abaixo declinado, que é um dos vários que comprovam tal fracasso.

Em um estudo realizado pela UNESCO, em parceria com o Instituto Ayrton Senna e o Ministério da Justiça, intitulado Mapa da Violência 3, constatou que nos últimos dez anos, o número de homicídios de jovens aumentou em 77% no Brasil, isto coloca o homicídio que é considerado crime hediondo como a principal causa de morte de jovens, dando ao País um desconfortável 3°. Lugar num ranking de 60 países, onde somente a Colômbia (1°) e Porto Rico (2°), estão a sua frente. A taxa de mortes na população de 15 a 24 anos (por grupo de 100 mil habitantes) no Brasil no ano de 2000 foi de 48,5%. Outro dado que o estudo levantou, foi de que o Brasil ocupa a segunda posição (26,3%), considerando os 10 países com as maiores taxas de homicídio considerando a população total (por grupo de 100 mil habitantes), perdendo somente para a Colômbia (60,0%) (Mapa da Violência III: os Jovens do Brasil", Unesco-Brasil, Jacobo Waiselfisz, fevereiro de 2002.)

O estudo supra mencionado é um dos vários que existem que comprovam o aumento da criminalidade, insegurança e instabilidade do Brasil, levando a conclusão de que não é através de leis severas, como a Lei de Crime Hediondo, que os índices de criminalidade e violência diminuirão.

Neste sentido o Dr. Ary Casa Grande, Juiz Presidente do Conselho Executivo da Associação de Juízes para a Democracia, em entrevista exibida no Programa de Tribuna

Independente do dia 11/06/02, pronunciou que: “Não é uma repressão rigorosa que irá impedir a proliferação dos delitos”.

A Sra. Marta Suplicy, atual prefeita da maior cidade brasileira, a cidade São Paulo destacou em matéria veiculada no dia 04/07/2002, no Jornal o Estado de São Paulo que: “O combate à violência não se faz apenas com repressão policial, mas principalmente reduzindo o nível de pobreza da população”.

O Brasil é um país marcado por profunda desigualdade econômica e social. Nosso país ostenta um dos piores índices de concentração de renda do mundo. As correspondentes diferenças de classes são gritantes, refletindo-se na nossa vida cotidiana e na nossa forma de vermos o mundo. A lei penal, a reclusão em penitenciárias públicas, é feita para os pobres, não para os ricos. É difícil para os ricos - e mesmo para os de renda média - imaginar seus iguais serem tratados como são os criminosos da classe pobres. Ainda que os governos – principalmente em São Paulo - venham investindo na construção de penitenciárias, as condições dos presos comuns é, em geral, terrível. Não são prisões para “nossos iguais”.

O endurecimento das penas tal como é comumente proposto é, assim, simbólico e seletivo, com nítido caráter de controle social das classes oprimidas, buscando mais um bode expiatório para escamotear uma ordem social perversa e excludente, real fonte dos problemas ora enfrentados. Se quer, de forma equivocada, aumentar o rigor das penas, então que se democratize tal pretensão, estendendo-a também aos delitos praticados pelos maíores favorecidos, mais danosos e que servem para ampliar a desigualdade social que campeia em nosso país.

A gravidade está, sem dúvida, na superlotação das prisões. Quais as medidas que podem ser tomadas para tentar superar a crise penitenciária e para o estabelecimento efetivo de uma política criminal?

Grande parte daquilo que se pode propor já está na parte geral do CP, e na Lei de Execução Penal. Existem alguns aspectos que deveriam ser modificados, mas o que se nota efetivamente é uma grande falta de vontade política de inovar e dar eficácia às medidas que estão previstas na nova legislação. A idéia muito simplória de que a repressão por si só é elemento intimidativo suficiente para redução da criminalidade, está claramente comprovado que não é verdadeira.

## **6. O papel do Estado na aplicação da pena**

A pena se justifica pela sua necessidade. É através dela que o Estado se impõe para tornar possível a convivência entre os homens.

Não seria possível uma sociedade sem regras, onde os mais fortes prevalecem sobre os mais fracos. Não havendo limites, o homem faz o que quer, não respeitando as liberdades alheias, acarretando um litígio permanente pelo poder. Assim, inexistindo a pena, seria impossível a convivência na sociedade atual. Portanto, bem afirmado o projeto Alternativo Alemão em dizer que a prisão é “uma amarga necessidade de seres imperfeitos como são os homens”. (BITENCOURT, 1993, p. 11).

A pena é considerada um “mal” entre os homens e a sociedade, porém de outro lado, configura em uma imprescindível necessidade social assim, deveria ser usada em casos de extrema necessidade, ou seja, em última hipótese.

Para desenvolver a teoria da pena, há a necessidade de assinalar o fato de que a pena, Estado e culpabilidade estão correlacionados.

Com efeito, o Estado utiliza a pena para proteger de eventuais lesões ao bem jurídico, e a culpabilidade relaciona com a pena para indicar o fim da pena. A culpabilidade fundamenta-se no castigo estatal, amoldando-se o tipo de pena cabível.

## **CAPÍTULO II - PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS DO DIREITO NA APLICAÇÃO DA PENA PELO ESTADO**

Os princípios configuram uma “fonte” do Direito. A expressão “fonte”, em sentido jurídico, represente o nascedouro do direito; é onde ocorre a procedência das normas de direito. Desta forma os princípios gerais de direito são normas gerais onde o Direito Penal revela suas regras.

Reza o artigo 4º da LICC que havendo lacuna na lei, deverá o juiz decidir de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito.

Conforme esse artigo verifica-se que as fontes do direito são constituídas de duas formas; fontes formais imediatas e fontes formais mediatas.

A fonte formal imediata é a própria lei, enquanto que a fonte formal mediata é a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito.

No entender de Secco, os princípios gerais do direito são: “É deles que são retirados os postulados que servirão de suporte à regulamentação da sociedade sob o aspecto jurídico, fixando os padrões e orientando os preceitos que serão traduzidos pela legislação”. (SECCO, 1995, p. 237).

Dentre os princípios gerais do direito consagrados pelo nosso Direito e aplicáveis na fase de execução da sentença condenatória, merecem destaque os abordados abaixo.

### **1. Princípio da Legalidade**

O princípio da legalidade constitui em uma real restrição da atuação do poder estatal.

O princípio da legalidade foi consagrado por Feuerbach, no início do século XIX, pela fórmula latina “nulum crimem, nula poena sine lege”, ou seja: não há crime ou pena sem lei. Previsto na Constituição Federal brasileira de 1988, em seu artigo 5º, inciso XXXIX, que determina, “não haverá crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”.

Vertente ao tema, este princípio versa sobre a proibição de considerar determinados fatos como crime, sem lei anterior que o defina e cominando-lhe a sanção correspondente. Assim a “lei deve definir com precisão e de forma cristalina a conduta proibida”. (LOPES e LIBERATI, 2000, p.50).

No que tange à execução penal, este princípio a ampara dando-lhe relevante garantia. Deste modo a sanção penal, ao ser executada, observará o disposto em lei (artigo 5º, inciso XLVIII, e inciso XLIX, ambos da Constituição Federal).

Muitos autores, como Heleno Cláudio Fragoso e Alberto Silva Franco, consideram o princípio da legalidade como de reserva legal. (CAPEZ, 2000, p. 28 e 29).

Contudo, Fernando Capez discorda entendendo que o princípio da legalidade é gênero do qual os princípios da reserva legal e da anterioridade são espécies. (CAPEZ, 2000, p. 29)

## **1.1 Princípio da Reserva Legal**

O princípio da reserva legal ensina que somente a lei pode definir os crimes e cominar as penalidades. De fato, só haveria crime se a lei prescrever a conduta e a sanção correspondente.

Frise-se que somente a lei pode criar e impor uma pena.

Desta maneira este princípio afasta a competência da Medida Provisória de criar e impor penas cabíveis por dois motivos:

- a) Medida Provisória tem força de lei, contudo, não é lei. Ocorre este fato porque não surgiu do Poder Legislativo (poder conferido pela Constituição Federal a competência de criar tipos e impor penas).
- b) Mesmo que a Medida Provisória possua força de lei, está não possui representação popular. Assim, deve-a respeitar a Tripartição dos Poderes, onde um poder não pode invadir a competência de outro. Posto isto, só cabe ao Poder Legislativo, mediante procedimento adequado, definir o que seja crime e impor a sanção cabível.

### **1.1.2 Princípio da Anterioridade**

Espécie do princípio da legalidade, o princípio da anterioridade prega que para haver punição deve a lei estar em vigor no momento da prática da infração penal, ou seja, exige lei anterior e prévia cominação.

Diante do exposto há o entendimento de que o princípio da legalidade e o princípio da reserva penal são sinônimos. Da mesma forma, há outro entendimento no qual o princípio da legalidade é gênero e os princípios da reserva penal e anterioridade são suas espécies.

## **2. Princípio da Taxatividade**

Esse princípio reflete sobre a técnica da elaboração da lei penal.

De forma bem resumida, o princípio da taxatividade procura evitar o “arbitrium judicis” (arbítrio judicial), devendo a lei penal ser clara e precisa na elaboração do conteúdo do tipo penal e no estabelecimento da sanção. Atendendo a esta regra, conseguirá a segurança jurídica. Em outras palavras a lei deve atingir completamente todos os seus destinatários, devendo ser imposta de forma clara para o bom entendimento da sociedade, impedindo, deste modo, uma futura ignorância da lei.

A norma deve ser específica a cada caso, não podendo descrever uma conduta humana genérica.

Como a lei é feita para a sociedade, os seus membros devem saber claramente sobre as particularidades para a configuração de determinado crime, evitando deste modo uma possível confusão com outro delito. Por esta forma, para que o corolário deste princípio surta o seu efeito, a norma primeiramente deve estar descrita em lei e, que tal esteja clara e livre de ambigüidade.

Outra particularidade deste princípio diz respeito ao fato de que uma lei taxativa facilita o serviço do juiz, contribuindo para uma autolimitação do poder punitivo-judiciário e uma garantia de igualdade a todos.

Referente à dosagem da pena, o juiz ao fixá-la deve ater-se aos limites da lei. Contudo há que se atentar para a execução do Código Eleitoral (Lei nº 4.737/65), onde não há fixação de pena mínima, como pode ser observado nos artigos 285 e seguintes.

Assim sendo, não cabe ao juiz, na individualização da pena, um poder discricionário e ilimitado. A determinação da pena deverá, portanto, ser sempre um compromisso entre a fixação legal e a determinação judicial. Portanto, o juiz não pode tomar o lugar do legislador, pois este ato além de ser arbitrário feriria o princípio da legalidade, da taxatividade e principalmente a separação de Poderes.

### **3. Princípio da Proporcionalidade**

É auferido da garantia de liberdade individual das influências administrativas.

Tal princípio coloca na balança dois valores; o primeiro refere-se ao bem lesado ou posto em perigo (gravidade do fato), no outro lado, o bem ameaçado de ser privado (gravidade da pena). Se a balança pender muito a um lado ocorre o desequilíbrio, acarretando na desaprovação.

Mister complementar que o Princípio da Proporcionalidade contribui para o Direito Penal na importante tarefa de tipificação da conduta e aplicação das sanções ao caso concreto, pois como analisar-se-á os dois pesos, auferirão uma justa igualdade entre a ação humana cometida e a pena a ser cominada.

Com efeito, este princípio rechaça no estabelecimento das cominações legais e a imposição de pena.

Note-se também a importância deste princípio no tocante à inviabilidade da proteção dos direitos individuais em prejuízo da coletividade. A liberdade individual está mencionada na Constituição Federal sob o título “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”, porém não é a única que recebe tais cuidados, como bem tipifica o caso da liberdade da coletividade; desta forma, a aplicação de meios legais desproporcionais aos fins obtidos.

O Estado de Direito pressupõe a defesa dos direitos humanos, portanto tal princípio está intimamente ligado à vigência formal e material deste Estado.

Desta forma, a cominação legal ou a aplicação da pena flagrantemente desproporcional em relação à gravidade do fato, representa uma ofensa não só à condição humana como também, à dignidade da pessoa.

Por derradeiro, o princípio atende à relação meio/fim para alcançar o propósito desejado, aplicando meios necessários para a sua consecução – não seria lógico e nem racional o contrário.

#### **4. Princípio da Intervenção Mínima**

Desenvolvido para combater o sistema penal absolutista que impregnava as legislações medievais.

O princípio da legalidade sozinho não consegue banir o arbítrio do Estado, desta forma com a ajuda deste princípio evitando uma lei injusta.

O princípio da intervenção mínima fundamenta-se na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, no artigo 8º, que determina: “a lei apenas deve estabelecer pena estrita e evidentemente necessária” (LOPES e LIBERATI, 2000, p. 73).

Destarte, a pena de prisão deve ser imposta, em casos onde não há alternativa a não ser a sua imposição para a tutela do bem jurídico lesionado.

Em suma é isto que o princípio da intervenção mínima preconiza, caracterizando-se em um limitador do poder punitivo estatal.

Inobstante, mirando-se apenas a nova Parte Geral do Código Penal, pode-se dizer que a vigência de um sistema progressivo no cumprimento das penas privativas da liberdade e dos substitutos penais, onde se destaca a ampliação da aplicação da pena de multa para os casos de sanções privativas de liberdade não superiores a seis meses, deixa patente que o legislador pátrio vinculou-se, ao menos no que tange à aplicação das penas, ao princípio da intervenção mínima. Vale dizer, podendo penalizar-se eficazmente o delinqüente de forma mais branda, assim deverá se proceder.

Nessa linha de raciocínio, o princípio da intervenção mínima no Direito Penal tem seu núcleo a partir da verificação do grau que o binômio “subsidiariedade/fragmentariedade” assume.

O caráter subsidiário do Direito Penal radica-se no fato de que só deve atuar quando outras medidas de controle social fracassassem. Ele vai, então, assegurar a “coercibilidade do ordenamento jurídico positivo”. O sistema penal, nessa medida, surge como ultima ratio. Já a sua fragmentariedade decorre primeiramente da seleção dos bens jurídicos a serem protegidos, isto é, da separação entre o que deve ser objeto de tutela penal e o que não deve e, depois da forma pela qual são atacados.

## **5. Princípio da Subsidiariedade**

O princípio da subsidiariedade preconiza a utilização do Direito Penal quando esgotados todos os meios extrapenais de controle social.

Igualmente ao princípio da intervenção mínima, este princípio atende ao teor do artigo 8º da Declaração do Homem e do Cidadão de 1789.

Este artigo ensina que não se justifica aplicar recurso mais grave quando se obtém o mesmo resultado mediante em sistema mais suave.

Desta forma deve ser aplicado outro recurso mais ameno que alcance o mesmo ou até melhor resultado, ao invés de impor a pena de prisão. Tendo-se entendido que o recurso mais grave deve ser imposta em ratio extrema (remédio último).

Portanto, este princípio reza que a pena de prisão der ser inflingida em casos subsidiários, analisando-se primeiramente outras formas de pena que substituem a prisão até com mais vantagem ao preso e a sociedade.

## **6. Princípio da Culpabilidade**

O Brasil adota a teoria da ação finalista. Os finalistas defendem que a ação não deve ser separada do fim do infrator para não desvirtuar a realidade do fato concreto. Portanto, para os finalistas, o fim da conduta é inseparável da própria ação.

Na pena a ser fixada pelo juiz vai ser levada em consideração a culpabilidade do agente transgressor.

O infrator da norma penal só poderá ser punido se sua ação ou omissão for praticada mediante dolo ou culpa.

Ademais a culpabilidade é um fenômeno social, ou seja, a própria sociedade define o conceito de culpabilidade, as condutas que deverão ser punidas, com o intuito de explicar o “por quê” da imposição da pena como medida.

Assim, este princípio, prega que o autor, para ser punido, deve ter praticado um fato típico e antijurídico; que a sua ação delituosa deva ser obrada mediante dolo ou culpa. Também ensina que a culpabilidade, que serve como base na fixação da sentença, impede que a pena fique além ou aquém da medida prevista em lei, ou seja, o condenado deve ser punido de acordo com a sua culpabilidade, não podendo sofrer uma sanção fora dos limites da sentença.

## **7. Princípio da Humanidade**

O princípio da humanidade é um dos mais importantes princípios na fase da execução da sentença, porém pouco respeitado.

Como postula Maurício Antonio Ribeiro Lopes “este princípio sustenta que o poder punitivo estatal não pode aplicar sanções que atinjam a dignidade da pessoa humana ou que lesem a constituição físico-psíquica dos condenados”. (LOPES e LIBERATI, 2000, p. 87)

O Estado fica adstrito a aplicar medidas que façam objeções à degradação e a dessocialização dos condenados.

A forma pela qual será executada a pena privativa de liberdade não deve olvidar este princípio, tornando possível a consecução da finalidade da pena. Deve-a fornecer condições para a finalidade da pena e não configurar um atentado contra a pessoa como ser social.

Assim, não pode a prisão ser aplicada como medida de forma que está sendo empregada, sem nenhuma condição humana e, conseqüentemente, de tratamento ressocializador. Superlotação, falta de higiene, entre outros fatores, facilmente são encontrados nas prisões, constituem uma afronta a qualquer tratamento ressocializador e à incolumidade do condenado.

Este princípio, adotado pela nossa Constituição Federal objetiva tornar as penas compatíveis com a condição humana, fazendo-se obstar a penas de morte, de caráter perpétuo, corporais, desumanas e degradantes.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, aprovada em 1948, pela Assembléia Geral das Nações Unidas, assinala o princípio da humanidade e da dignidade já no seu preâmbulo, onde estão as considerações que motivaram o ato internacional: *"Considerando que o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis constitui o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo (...) Considerando que as Nações Unidas reafirmaram, na Carta, sua fé nos direitos fundamentais do homem, na dignidade e valor da pessoa humana (...)".*

Os arts. V e VI dessa Declaração afirmam o princípio da humanidade, estabelecendo que no plano internacional *"Ninguém será submetido à tortura, nem a tratamento ou castigo cruel, desumano ou degradante" e que "Todo homem tem o direito de ser em todos os lugares reconhecido como pessoa perante a lei".*

Por sua vez, o Pacto de Nova Iorque, de 1966, declara que *"Toda pessoa privada de sua liberdade deverá ser tratada com humanidade e respeito à dignidade inerente à pessoa humana"*. A privação de liberdade implica, necessariamente, um processo. Resulta, portanto, clara a obrigação dos órgãos de persecução e julgamento de respeitar os direitos personalíssimos do acusado no processo e durante sua tramitação.

Já a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, de 1969, estabelece, em seu art. 11, § 1º, que *"Toda pessoa humana tem direito ao respeito de sua honra e ao reconhecimento de sua dignidade"* e no art. 32, § 1º, que *"Toda pessoa tem deveres para com a família, a comunidade e a humanidade"*. Aquele direito e este dever são correlatos e inseparáveis, sendo endereçados também aos órgãos estatais de Justiça criminal.

Derivando de um dos fundamentos republicanos, constante do art. 1º, inciso III, da Constituição Federal, que exalça a dignidade da pessoa humana, o princípio da humanidade extrai-se também do art. 5º, incisos III e XLIX, da mesma Carta.

Ao declarar, no terceiro inciso do art. 5º que "*ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante*", o constituinte especificou indiretamente duas garantias processuais, as de que:

a) o processo penal não pode servir como meio para a aplicação da pena de tortura ou da pena de morte ou para a sujeição de quem quer que seja a tratamento desumano ou degradante, como sanção final;

b) o processo penal não pode assumir ele mesmo forma desumana, com procedimentos que exponham o homem a posições ou situações degradantes, torturantes ou a vexames.

Implica, portanto, o direito ao respeito, de que toda pessoa humana é titular, cabendo ao Estado providenciar:

a) processo acusatório de curta duração;

b) limitação de causas de prisão anterior à sentença condenatória definitiva;

c) separação dos presos provisórios dos presos condenados; e

d) tratamento distinto para as pessoas processadas (não-condenadas).

Ao seu turno, o art. 5º, inciso XLIX, da Carta Federal, garante aos "presos o respeito à integridade física e moral", significando que ao homem sujeito do processo penal só se lhe retira parte da liberdade (a de locomoção extra muros), não lhe sendo tolhida a dignidade. Vale dizer: mesmo preso ou condenado o homem preserva o direito personalíssimo à sua integridade física, moral e psíquica, com o que se vedam também formas de tortura mental e ameaças à sanidade intelectual dos imputados.

Para a exata compreensão desses dogmas e sua efetividade no processo penal, vale recordar a lição de BETTIOL, segundo quem "*O juiz vive e opera num determinado clima político-constitucional em que a pessoa humana representa o valor supremo; e é a posição desta que o Juiz é chamado a escolher entre duas interpretações antitéticas de uma norma legal*".

É preciso não esquecer que, através da pena, a sociedade responde às agressões que sofre com o cometimento de um delito. E, como decorrência, não se pode deixar de enfatizar que o indeclinável respeito ao princípio da humanidade não deve obscurecer a natureza aflitiva da sanção penal.

## **8. Princípio da Dignidade da Pessoa Humana**

Fruto de engano que identifica a retribuição punitiva com a destruição da pessoa quando pensamos em Direito Penal raramente o ligamos a Direitos Humanos ou, mais especificamente, à dignidade da pessoa. Eriam estas expressões, como angustiantemente indigna Tércio Sampaio Ferraz Jr., “vazias de tipo humanista, que tiveram a sua formação argumentativa em sociedade pouco complexas como as do século XVIII e XIX, mas que hoje apenas evocam a figura do bacharel capaz de dizer belas coisas”. (Perversão ideológica dos Direitos Humanos, in: “Ciência Penal”, ed. Bushatsky, S. Paulo, 1974; n. 3, p.398)

Franz Von Liszt, há mais de um século, no seu Tratado de Direito Penal, realçava que o Direito Penal é a Carta Magna do delinqüente à medida que o protegia dos excessos do poder punitivo estatal. Muito antes, o Marquês de Beccaria, naquela pequena-grande obra que o eternizou, já registrava a necessidade da justiça humana banir os métodos investigatórios macabros e as penas cruéis.

A moderna Constituição brasileira no Título I, dedicado aos princípios fundamentais que hão de reger o “Estado Democrático de Direito”, consagra a dignidade da pessoa humana (artigo 1º, inciso III) e, no plano das relações internacionais, afirma a prevalência dos direitos humanos (art.4º, inciso II). No âmbito da Reforma Penal de 1984 e, bem assim, no do discurso dos reformadores vamos encontrar a compatibilização dos Direitos Humanos com o sistema penal. Nessa linha, prestigiou-se a idéia de que os direitos fundamentais da pessoa hão de constituir uma espécie de vetor na edificação e aplicação das sanções.

Quando se cuida de processo penal, ou seja, da concretização do jus puniendi do Estado em confronto com o jus libertatis do indivíduo, ganham importância, em especial, as diretrizes inseridas no art. 1º, incisos II e III, da Constituição Federal de 1988, respectivamente, a "cidadania" e a "dignidade da pessoa humana".

Com efeito, não se pode conceber um processo penal que não tenha como norte a idéia de cidadania, tanto da vítima e de seus familiares, quanto do indiciado, réu ou sentenciado. O processo penal deve ser inclusivo, e não excludente. Do mesmo modo, é inimaginável manejar o direito processual penal sem ter em conta, também como pólo orientador, a noção de dignidade da pessoa humana.

Ora, a pessoa humana é sujeito do processo, e não seu objeto. A resposta penal do Estado, veiculada por meio do processo, deve ter em vista a recuperação do condenado e sua (re)inserção social, tarefa difícil que, reconhece-se, não pode ser adimplida exclusivamente pelo Direito.

De todo modo, não mais se admite um direito penal vingativo ou reativo, como produto das iras e ódios coletivos ou como resultado da raiva social, que vem insuflada por meios de comunicação de massa quase sempre sensacionalistas.

Assim, em tudo e em todas as circunstâncias processuais, o operador ou o construtor do Direito não se pode deixar levar por esse sentimento reacionário; não pode valer-se do processo como punição (um fim em si mesmo), como ocorre com o uso generalizado da prisão preventiva, que aparece quase sempre como condenação antecipada. Ao contrário, o jurista, na sua práxis, precisa observar o respeito devido ao que o homem tem de mais sagrado: a sua individualidade e a sua dignidade. E isto mesmo depois do trânsito em julgado...

## **9. Princípio da Individualização**

A Constituição Federal de 1988 prescreve, no inciso XLVI do artigo 5º, que “a lei regulará a individualização da pena ...”. É famosa a frase atribuída a Nélon Hungria oferecendo explicação para o processo de individualização da pena: “retribuir o mal concreto do crime com o mal concreto da pena, na concreta personalidade do criminoso”.

Luiz Luisi apresenta três momentos da individualização da pena:

o legislativo, o judicial e o executório ou administrativo. No primeiro momento a lei fixa para cada tipo penal uma ou mais penas proporcionais à importância do bem tutelado e à gravidade da ofensa, o segundo é o momento da individualização judiciária da pena, onde o juiz considerando os fatores previstos na lei penal irá fixar qual das penas é aplicável, se previstas alternativamente, e acertar o seu quantitativo entre o máximo e o mínimo fixado para o tipo realizado, e inclusive determinar o modo de sua execução, no último momento dá-se a execução da pena, que, nas palavras de Aníbal Bruno, começa verdadeiramente a atuar sobre o delinqüente, que se mostrou insensível à ameaça contida na Constituição (LUIZI, 2003, p. 52)

Considerando esse processo de individualização da pena como objetivo, forçoso é afirmar que dele deflui outro princípio, que completaria o sistema de aplicação das penas, que seria o da proporcionalidade.

A graduação da sanção penal deve ser feita, tendo como parâmetro a relevância do bem jurídico tutelado e a gravidade da ofensa contra ele dirigida e devendo ser fixada, tanto na espécie e no quantitativo que lhe sejam proporcionais.

## **10. Princípio da Pessoalidade**

O inciso XLV do artigo 5º da Constituição Federal de 1988 prescreve que: “nenhuma pena passará da pessoa do condenado (...)”. Este dispositivo é comum nas Constituições democráticas, sendo este princípio encontrado sem dificuldades nas constituições dos países civilizados.

É certo que a pena não pode ser considerada como uma reposição econômica do prejuízo causado pelo delito, no entanto como lembrou Battanglini (*apud* LUIZI, 2003, p. 51) a pena é um castigo, e pode ocasionar danos e sofrimentos a terceiros.

Como ensina Dotti, “a pena é uma resposta à culpa revelada por quem ofendeu um bem jurídico, causando dano ou perigo de dano a pessoa considerada individual ou coletivamente” (DOTTI *apud* LOPES e LIBERATI, 2000, p. 203). Continua ele, dispondo que somente “o ser humano atua reprovavelmente no campo jurídico-penal”, embora haja quem sustente a possibilidade de responsabilização da pessoa jurídica.

Nosso legislador constitucional, ao consagrar o princípio da pessoalidade e da responsabilidade penal objetiva, foi mais feliz que o constituinte italiano que preferiu incluir o postulando da responsabilidade penal subjetiva, permitindo interpretações e soluções que poderiam implicar aplicação extensiva da pena.

### **CAPÍTULO III - A PROGRESSÃO DO REGIME PRISIONAL NA LEI DE EXECUÇÃO PENAL (Lei nº 7.210/84)**

Com a Reforma Penal de 1984 os condenados às penas de reclusão e detenção recebiam tratamentos diversos quando se tratava de regime prisional a ser imposto. Os primeiros ficavam sempre sujeitos ao regime fechado, e os outros poderiam iniciar o cumprimento da reprimenda em regime semi-aberto, quando a pena imposta não superasse aos oito anos, podendo passar a este regime em caso de cumprimento de mais de 1/3 (um terço) da pena em regime fechado quando a pena ultrapassasse aquele limite. Os detentos podiam também cumprir a pena em regime aberto desde o início, quando não fosse superior a quatro anos, ou após um terço ou dois quintos da pena cumprida em outro regime nas demais hipóteses.

Com o advento da Lei nº 7.210/84, as penas privativas de liberdade, tanto na reclusão como na detenção, deveriam passar a ser executadas de forma progressiva, ainda que a possibilidade de transferência para um regime mais rigoroso existisse.

O artigo 33, caput, do Reformado Código Penal, instituiu que para os crimes apenados com reclusão a pena privativa poderá ser cumprida em todos os regimes do sistema progressivo trifásico, levando em conta o quantum da pena imposta, a reincidência do agente e a análise prévia das condições judiciais elencadas no artigo 59, do Código Penal. Quando ao crime for imposta a pena de detenção, o seu cumprimento somente poderá ser iniciado no regime semi-aberto e aberto, considerando-se apenas a quantidade da pena.

Logo, verifica-se que a pena privativa de liberdade restringe, com maior ou menor intensidade, a liberdade do condenado, segundo a natureza da reprimenda corporal lastreada na sentença pena condenatória e cujo cumprimento deverá ser executado em estabelecimento prisional adequado, por tempo determinado.

Os critérios a serem observados pelo juiz da ação penal onde a sentença foi proferida estão alinhados no artigo 33, § 2º, alíneas “a”, “b” e “c”, do Código Penal, além daqueles determinados pelo parágrafo terceiro do mesmo dispositivo legal, que determina a observância das circunstâncias judiciais inculpidas no artigo 59 do mesmo Diploma Legal, na medida em que a culpabilidade, antecedentes, personalidade e demais fatores relacionados com o crime e com a pessoa do condenado sejam-lhe favoráveis ou não.

Além disso, o sistema progressivo ainda condiciona a concessão do referido benefício ao preenchimento do requisito objetivo, qual seja o cumprimento de mais de 1/6 (um sexto) da pena no regime mais rigoroso.

## **1. Regimes Prisionais**

Na definição de Manoel Pedro Pimentel, “ os regimes penitenciários são as formas de administração das prisões e os modos pelos quais se executam as penas, obedecendo a um complexo de preceitos legais ou regulamentares” (PIMENTEL, 1989, p. 266).

E conforme o que dispõe o artigo 33, § 1º, do Código Penal, os regimes de cumprimento de pena são divididos em três espécies, cada um com suas peculiaridades, sua maior ou menor severidade.

Para uma adequada compreensão do mecanismo progressivo, é mister a análise de cada um dos três regimes de cumprimento de pena privativa de liberdade, em separado.

### **1.1 Regime Fechado**

O artigo 33, § 1º, do Código Penal, determina que o regime de cumprimento de pena no regime fechado deve ser executado em estabelecimento de segurança máxima ou média.

Os estabelecimentos de segurança máxima são dotados de fortes muralhas que envolvem o cárcere propriamente dito, podendo variar com a presença de intransponíveis alambrados, contando com celas individuais. Contudo, a realidade carcerária brasileira inviabiliza a manutenção do isolamento celular individual, dada a superpopulação de condenados, sendo comum, em geral, a construção de celas coletivas.

De segurança média, são os estabelecimentos cujas características se assemelham às existentes nos estabelecimentos antes citados, no que se refere à parte estrutural e arquitetônica, variando somente a disciplina interna imposta aos condenados, mais branda nestes do que nos estabelecimentos de segurança máxima.

Dentre os regimes prisionais, o fechado é tido como o mais severo, tendo como estabelecimento destinado ao cumprimento de pena, neste regime, a penitenciária, que poderá ser de segurança máxima ou mínima, conforme o artigo 87 da LEP, e abrigará, pelo artigo 33, § 2º, do Código Penal, os condenados à reprimenda corporal de reclusão, sejam eles reincidentes ou tenha sido cominada pena privativa superior a 08 (oito) anos, quando o regime inicial será obrigatoriamente o fechado, devendo, os condenados nestas circunstâncias, ser submetido a exame criminológico de classificação, para atender ao princípio da individualização da pena (artigo 34 do Código Penal).

A penitenciária destinada ao cumprimento da pena privativa da população carcerária masculina deverá estar localizada a uma distância que não restrinja a visitação, mas que seja afastada dos centros urbanos. Já o estabelecimento penitenciário para mulheres poderá ser dotado de seção para gestante, parturiente e creche, coma finalidade de assistir o menor desamparado, cuja responsável esteja reclusa (artigo 89, da LEP).

Neste regime, o preso fica sujeito ao trabalho no período diurno, e isolamento celular, ao menos pela letra da lei, durante a noite (artigo 34, § 1º, do Código Penal), o que não ocorre na prática, pois como já foi observado, pela superpopulação carcerária é comum o isolamento em cela coletiva. O trabalho será em comum, dentro do estabelecimento, se possível, na conformidade das aptidões ou das ocupações anteriores a que o condenado era dado, desde que sejam compatíveis com a execução da pena (artigo 34, §2º, do Código Penal).

Pelo disposto no artigo 34, § 3º do Código Penal, é permitido excepcionalmente, o trabalho extramuros dos presos, em serviços e obras públicas, oportunidade em que devem ter prévia e expressa autorização do juiz da execução e da direção do estabelecimento penitenciário. Contudo, a prática mais comum de trabalho extramuros obtida pelos presos é aquela em que, após a manifestação favorável dos órgãos competentes supra citados, e cumprido um lapso temporal de 1/6 do total da (s) pena (s),o preso preste serviços em áreas próximas ao presídio, em pomares, hortas e outras atividades.

Em ambas as hipóteses, os presos autorizados ao trabalho externo devem estar acompanhados de escolta policial armada, para manter a vigilância, tomadas as devidas precauções com o intuito de evitar ao máximo as evasões.

## 1.2 Regime Semi-aberto

Este regime destina-se, inicialmente, aos condenados à pena de detenção ainda que reincidente, aos condenados à pena de reclusão não superior a quatro anos e inferior a oito anos, desde que não reincidentes (artigo 33, caput, e § 2º, “b” do Código Penal), e aos condenados à pena de reclusão igual ou inferior a quatro anos, quando o exame das circunstâncias judiciais previstas pelo artigo 59, do Código Penal, desaconselharem o cumprimento da pena em regime aberto (artigo 33, § 3º do Código Penal).

Comparados aos estabelecimentos destinados ao regime fechado, nota-se a diferença em relação à arquitetura, que nas colônias agrícolas e nas demais é marcada por uma configuração mais simples, haja vista que a guarda do presídio não deve estar armada, ao menos ostensivamente, a vigilância e a segurança devem estar subordinadas ao mínimo necessário para garantir a ordem em ambiente prisional, sendo dada certa liberdade de movimentação dentro do respectivo estabelecimento. Esta mitigação se funda no fato de que o regime semi-aberto deve cumprir a sua função ressocializadora, de modo a conscientizar o reeducando dos deveres inerentes à sua posição, enfatizando a sua capacidade de autodeterminação e seu senso de responsabilidade. (MIRABETE, 1997, p. 224)

Quanto ao trabalho do preso, fica este sujeito ao labor comum durante o dia (artigo 35, § 1º, do Código Penal), preferencialmente ao ar livre, medida comprovadamente mais sadia e eficaz que seu confinamento.

O trabalho externo é admitido, preenchidos certos requisitos, assim como também é permitido ao reeducando a freqüência a cursos supletivos profissionalizantes, de instrução de segundo grau ou de nível superior na Comarca do juízo da execução (artigo 35, § 2º, do Código Penal e artigo 122, II, da LEP).

No regime semi-aberto não existe previsão de isolamento celular durante o período noturno para o repouso dos condenados. Contudo visando atingir os objetivos da ressocialização dos condenados, estes poderão repousar em pavilhões coletivos, observadas a seleção adequada dos presos (artigo 92, parágrafo único, “a” e “b”, da LEP) e a limitação da capacidade das instalações devem proporcionar um ambiente prisional dotado de salubridade, de “aeração, insolação e condicionamento térmico adequado à assistência humana” (MIRABETE, 1997, p. 225).

O primeiro modelo inspirador para estabelecimentos deste gênero teve origem na Suíça, com a prisão semi-aberta de Witzwill, onde os presos contavam com uma vigilância branda e trabalhavam como colonos de uma fazenda.

## **1.2 Regime Aberto**

Destinar-se-à ao cumprimento de pena em regime aberto o condenado à pena de reclusão que não exceda a quatro anos (artigo 33, § 2º, “c”, do Código Penal), bem como o sentenciado à pena de detenção, ainda que reincidente (artigo 33, caput, do Código Penal), seguindo-se rigorosa seleção daqueles que iniciarão o regime de cumprimento de pena baseada na observação dos critérios norteadores do artigo 59, do Código Penal.

Por ser a pena cumprida na Casa do Albergado ou estabelecimento adequado (artigo 33, § 1º, “c”, do Código Penal), a seletividade dos condenados deve atender à aptidão do reeducando em autodeterminar-se segundo os parâmetros de convivência na sociedade, e que outrora foram por ele desrespeitados através da prática delitiva.

Como já salientado, neste regime, o fundamento é a autodisciplina e o senso de responsabilidade do condenado, pois deverá, fora do estabelecimento e sem vigilância, trabalhar, estudar, exercer atividades que importem em algum tipo de especialização ou que sejam previamente autorizadas, cabendo ao condenado, baseado neste mesmo senso de responsabilidade, retornar à Casa do Albergado ou estabelecimento adequado, para recolher-se durante o repouso noturno e também nos dias de folga (artigo 36, caput e § 1º, do Código Penal). A Casa do Albergado deve contar, ainda, com aposentos para acomodação dos presos, local adequado para cursos e palestras, bem como instalações para serviços de fiscalização e orientação dos condenados (artigo 95 da LEP).

Segundo Mirabete, nessa forma de cumprimento de pena apontam-se vantagens e desvantagens. Aquelas se justificam como uma melhora da saúde física e mental dos condenados, pela via do ar livre; melhora da disciplina pelo aprimoramento da responsabilidade pessoal do condenado; o contato exterior com a família e com a sociedade, possibilitando a iniciativa própria em trabalhar e não se entregar ao vício e à fuga, dentre outras influências negativas; e do ponto de vista prático, evita que o Estado despenda recursos do erário público para a construção de penitenciárias de regime semi-

aberto e fechado, considerando que as prisões abertas poupam ao Estado este ônus financeiro. Os inconvenientes são a possibilidade de fuga do condenado, por conta da liberdade do regime aberto, o enfraquecimento da função intimidativa da pena, ocasionado pela concessão indiscriminada do benefício, e a possibilidade de relações que possam corromper ainda mais o condenado. (MIRABETE, 1997, p. 227-228)

Estes percalços na concessão do regime aberto motivaram a escolha da localização do prédio do estabelecimento para cumprimento da pena em regime aberto, que deverá situar-se em centros urbanos, separando estes dos condenados que cumprem pena em regime diverso, pois a proximidade dos albergados com os demais reeducandos poderia ser nefasta, pela possibilidade de assimilação, por parte dos albergados, da chamada “subcultura carcerária”, colocando em xeque e reeducação penal.

Importante salientar é a possibilidade de recolhimento do agraciado com o regime aberto em residência particular, excepcionalmente, e cujos casos estão previstos expressamente pelo artigo 117, e seus incisos da LEP, quando o condenado seja maior de 70 (setenta) anos; ou esteja acometido de doença grave; quando a condenada tenha filho menor ou deficiente físico ou mental; e quando este seja gestante.

Esta possibilidade pode ser estendida àqueles condenados que, fazendo jus ao benefício do regime aberto, encontram-se cumprindo pena em região onde o estabelecimento adequado não exista, não sendo concebível que o condenado suporte a pena em regime mais severo em face da desídia do Estado, que não encontra meios de viabilizar a correta e eficaz forma de cumprimento da sentença.

O regime aberto após a sua concessão, pressupõe a aceitação do condenado a todos os termos, quer em relação ao programa ou às condições impostas (artigo 113, da LEP). Deverá também buscar um meio de subsistência por meio do trabalho lícito ou a possibilidade de fazê-lo, e apresentar perspectivas positivas de adaptação e ajuste ao novo regime, em caso de progressão. Entretanto, as pessoas elencadas no artigo 117, da LEP, poderão por, suas condições, ser dispensadas da obrigação de trabalhar.

Após uma análise mais detida de cada um dos três regimes de cumprimento de pena que compõe o sistema trifásico progressivo, fica visível que a fixação do regime inicial tem como limites a natureza da pena privativa de liberdade (reclusão e detenção), o seu quantum e as condições judiciais do condenado, na medida em que sejam positivas, para a

imposição do regime mais brando, ou negativas, fixando um regime mais severo, ainda que, em tese, o condenado preencha os objetivos anteriores.

Contudo, o regime inicialmente fixado, será, ou deveria ser provisório, posto que fixa sujeito à progressão para um regime mais brando, e também à regressão, segundo o mérito do condenado.

Transitada em julgado a sentença penal condenatória deverá ser expedida pelo juiz a Guia de Recolhimento do condenado e após a autuação desta aos autos de execução se iniciará o cumprimento da reprimenda corporal. A partir de então o condenado poderá pleitear sua tão almejada transferência de um regime de cumprimento de pena mais severo para outro, mais brando.

Contudo esta concessividade não pode ocorrer de forma indiscriminada, devendo obedecer a critérios pelos quais o condenado deve preencher certos requisitos de ordem objetiva e subjetiva, estabelecidos pelo Código Penal, porém, mais especificamente pela Lei de Execução Penal, em seu artigo 112.

## **2. Requisitos para a progressão**

### **2.1 Requisito Objetivo**

Primeiramente deve o preso cumprir o correspondente a 1/6 (um sexto) do total da pena ou das penas a que foi condenado, para que possa pleitear a progressão. Este requisito é de ordem ampla o bastante para abranger todos os regimes prisionais, ou seja, o condenado ao regime inicial fechado deverá cumprir 1/6 da(s) sua(s) pena(s) neste regime para poder pleitear a sua transferência ao regime imediatamente subsequente, o regime semi-aberto deve cumprir igual lapso temporal, um sexto do total de pena impostas, para poder pleitear a progressão de regime aberto.

A questão surge quando se tratar de progressão a ser concedida ao condenado que, cumprindo pena no regime fechado, foi transferido para o regime semi-aberto e pleiteia o regime aberto uma vez que inexistente previsão legal sobre a necessidade de cumprimento de

1/6 da pena total imposta ao condenado para que a Segunda progressão ocorra ou se é suficiente que o sentenciado cumpra 1/6 da reprimenda que lhe sobejar.

Na opinião de Mirabete, a segunda solução se apresenta como a mais branda e adequada, elencando vários motivos para confirmar a tese. (MIRABETE, 1997, p. 262)

A Lei de Execução penal prevê, em seu artigo 111, que será observado no resultado da soma ou na unificação das penas o tempo remido pelo condenado. Significa que o condenado, trabalhando três dias para que um dia de sua reprimenda seja abreviado, deverá ser subtraído o tempo de labor, nesta proporção, para que se chegue ao resultado sobre o qual incidirá a fração de 1/6 de cumprimento de pena total necessário para possibilitar a progressão.

E quando já tendo remido certo tempo, sobrevier nova condenação do preso, a pena somar-se-á ao que restar, desprezando-se o tempo remido. A partir daí, basta que o condenado cumpra 1/6 sobre o restante da soma das penas, descontados os dias remidos. A determinação do regime, nesta hipótese, se funda na soma da pena superveniente com o “restante da pena anterior” (artigo 111, parágrafo único da LEP).

Pelo que se deflui da leitura do artigo 107, do Código Penal, a pena cumprida é tida como pena extinta e nos termos do artigo 113 do mesmo Diploma Legal, em caso de fuga do preso, o prazo de contagem da prescrição será regulado pelo restante da pena que o condenado deveria cumprir. E se o condenado, tendo várias penas a cumprir, existir uma ou mais delas que foram cumpridas e, portanto, extintas, estas não poderão ser computadas no cálculo prescricional e nem poderão ser incluídas no total que o condenado deverá cumprir por ocasião de sua recaptura.

Se o condenado, promovido ao regime mais brando, empreende fuga, ao ser recapturado será reconduzido ao seu cárcere anterior, mais severo, e a contagem do prazo para a concessão de uma nova progressão recairá sobre a soma das penas restantes, se houverem.

O mesmo critério deve ser seguido para a concessão da segunda progressão do condenado que cumpriu pena no regime fechado, foi transferido para o regime semi-aberto e pleiteia nova progressão ao regime mais brando, o aberto, contando-se o prazo de 1/6 a partir do lapso temporal da(s) pena(s) restante(s).

Se assim não fosse, ao admitir que o condenado que, frustando a aplicação da pena, evadiu-se do sistema carcerário tinha direito à progressão com base no cumprimento de

apenas 1/6 das penas que lhe restam e o condenado que, já gozando de um regime mais brando, demonstra estar assimilando a terapêutica penal, para conseguir sua progressão ao regime aberto tendo como base de cálculo o total da pena que lhe foi imposta, estar-se-ia confrontando o princípio da proporcionalidade (que vige também na execução penal), dispensando um tratamento mais benigno àquele se conduziu de forma censurável do que àquele que vem revelando sua responsabilidade e autodisciplina no meio carcerário.

Sabendo-se que a lei pátria prevê que o cumprimento da pena privativa de liberdade no Brasil não ultrapassará os 30 anos, não se pode conceder a um condenado a penas que excedam o limite citado o benefício da progressão tendo com base na disposição de trinta anos, e sim sobre o total das penas, sob pena de novo vilipêndio do princípio da isonomia.

Por consistir na transferência do condenado que se encontra cumprindo pena em regime de mais severo para o imediatamente subsequente, de menos rigor, permite-se afirmar, por intermédio de um processo lógico de raciocínio, que a lei veda a progressão por saltos, não sendo concedida a progressão de um condenado que cumpre a pena no regime fechado para passar a cumpri-la no regime aberto. Deve ele primeiro passar pelo regime intermediário para, depois, cumprido o lapso temporal e se o seu mérito recomendar, seja transferido ao regime aberto.

É óbvio que, como já foi dito ao tratarmos do regime aberto, o condenado que cumpre sua pena em regime fechado e que obteve a sua progressão para o semi-aberto, e, em não havendo vaga, em colônia agrícola, industrial ou similar, deverá permanecer recolhido ao regime fechado, tendo o direito de pleitear a progressão ao regime aberto, preenchidos os requisitos necessários.

Esta alternativa é, no mínimo, passível de críticas, pois o condenado tem o direito de receber o tratamento adequado por parte do Estado e se suas necessidades para o alcance do objetivo maior da execução penal, que é a ressocialização do preso, não são supridas é patente o descompasso existente entre a “mens legis” e sua efetiva aplicação, por conta e culpa do próprio detentor do jus puniendi. Além disso, como poderá o reeducando dar mostras de sua responsabilidade e autodisciplina, enfatizados e valorizados no regime aberto, se os critérios para a concessão do regime mais brando de vigilância são praticamente impossíveis de serem observados no regime mais severo, o que implica, em última análise, afirmar que, nesta hipótese, por omissão do Estado, a progressão por saltos é permitida.

Críticas à parte, “a necessidade do cumprimento de parte da pena para a progressão destina-se a limitar os abusos a que conduz a execução arbitrária das penas privativas de liberdade em manifesta ofensa ao interesse social” (MIRABETE, 1997, p.263).

Assim, não pode o pedido de progressão ser indeferido com fundamento na alegação de que não existe estabelecimento adequado ao regime aberto ou semi-aberto (neste sentido: RT 656/356), que o sentenciado tem longa pena a cumprir (neste sentido: RT 692/263), nem pela natureza do delito do qual resultou a condenação, pois inadmissível a alegação de motivo extralegal em desfavor do reeducando quando este preencher os requisitos prescritos em lei (neste sentido: RJDTACRIM 21/55 e 59), razão pela qual o juiz não pode fixar na sentença condenatória um prazo determinado para o cumprimento de pena no regime inicial (neste sentido: STF; HC 72589-9-DF-DJU, de 18-08-95, p. 24.898.), uma vez que os requisitos autorizadores da progressão apenas serão analisados em sede de execução.

### **2.3 Requisito Subjetivo**

Cumprido o lapso temporal correspondente a 1/6 (um sexto) do total da (s) pena(s) imposta(s) ao condenado, é salutar para o sistema progressivo o exame do mérito do condenado que indique a possibilidade de concessão desta benesse, sendo necessária a conjugação e simultânea dos requisitos objetivo e subjetivo.

Nesta linha de pensamento, a definição de mérito pode ser assim expressa como:

.... a demonstração que o condenado deverá dar, durante a execução da pena, de que está apto a ser transferido a um regime menos rigoroso. É a capacidade, a aptidão, a comprovação da existência de condições que façam presumir que ele, condenado, está preparado para ir conquistando progressivamente sua liberdade, adaptando-se a um regime mais liberal, sem prejuízo para os fins da execução da pena. (BITENCOURT, 1988, p. 266).

A satisfação deste mérito traduz-se inicialmente com a demonstração do bom comportamento, com orientações adequadas, mostrando-se solícito às instruções educacionais e profissionais oferecidas pelo estabelecimento penitenciário, aspectos estes que serão analisados no momento de pleiteada a progressão pela Comissão Técnica de

Classificação (CTC), proferindo um parecer favorável ou não, e pelo juiz da execução, que julgará o benefício, deferindo-o ou não.

No entanto, externar um comportamento tido como satisfatório não é, por si só, um critério suficiente para atestar a habilitação do condenado para deferir o regime mais brando, é necessário que este comportamento seja mais abrangente do que a análise aparente, mas demanda um exame mais completo e que permita tirar conclusões sobre o caráter e a conduta futura do preso, visando aferir pelos vários e múltiplos fatores simultâneos e justapostos os motivos predominantes sobre a adaptação do condenado á organização reinante no ambiente penitenciário, sobretudo no que concerne ao seu fator psicológico.

Por ser pessoa considerada como de conduta desviada e de personalidade inacabada e mutável, o preso está em processo contínuo de aperfeiçoamento, e tendo este fator em causa os profissionais responsáveis pelo acompanhamento da vida carcerária do condenado deverão estar em constante alerta, tento às mudanças de comportamento deste.

A existência de faltas disciplinares, de qualquer natureza, que se refletem em periculosidade acentuada mesmo em meio ao isolamento, baixo grau de responsabilidade, falta de respeito e difícil convivência com os demais companheiros de cárcere e funcionários do estabelecimento prisional, imaturidade e desinteresse pelas atividades educativas e profissionais oferecidas, indicam o demérito do condenado em ser beneficiado com a progressão a um regime mais brando.

Cometida uma falta disciplinar, principalmente de natureza leve e média, é necessária a observação deste preso faltoso por um interregno de tempo, correspondente a seis meses contados a partir da ocorrência da falta, destinada a sua reabilitação de conduta, podendo ser beneficiado com a progressão após o transcurso deste período e da verificação, pelo seu comportamento, de que está apto a vivenciar o regime menos rigoroso.

Para que esta progressão ocorra o exame do comportamento do condenado não terá como referencial aquela conduta efetivada satisfatoriamente em ambiente fechado, se for este o regime de pena a que o condenado está encerrado, mas sim em função do regime para o qual deseja progredir, tendo em vista as regalias e privilégios que gozará, avaliando-se sua possível adaptação ao novo regime, sem frustrar a progressão, pois se observa que,

na prática, as fugas de condenados transferidos do regime fechado para o semi-aberto demonstram a inaptidão destes no ajuste ao novo regime, mais brando.

Logicamente, quando mais se avança na terapêutica penal, mais precauções devem ser tomadas para a concessão do regime mais brando, o regime aberto, o que se explica pela quase inexistente vigilância do condenado. Por tal razão, a progressão para o regime aberto obedece outras exigências, além do cumprimento do lapso temporal e do mérito do condenado, é necessário que o condenado demonstre o preenchimento dos requisitos do artigo 114, I e II, da LEP, demonstrando a possibilidade de trabalhar ou de fazê-lo imediatamente e se pelos antecedentes e resultado dos exames a que se submeteu, apresenta indícios de que se ajustará a autodisciplina e senso de responsabilidade no novo regime.

Está condição é, nos dias atuais, extremamente comprometedor para condicionar a concessão do regime aberto, uma vez que os cidadãos que não passaram jamais pela experiência delitiva e por ela foram punidos não conseguem se adaptar ao mercado de trabalho cada vez mais competitivo, com mais razão aquele que acaba de deixar o estabelecimento penal, e ainda se encontra no cumprimento de pena privativa de liberdade pelo crime praticado, terá maior dificuldade de ingressar neste mesmo mercado empregatício, motivo determinante para a mitigação desta exigência, mormente nos grandes centros, onde a competitividade é ainda maior.

Quando à ocorrência de faltas graves (artigo 51, da LEP), estas são notadamente dotadas de maior potencial de reprovabilidade do que aquelas tidas como leves e médias, e por isso estão sujeitas a sanções mais severas, dentre elas, por interessar ao tema proposto, destaca-se a regressão, que consiste na transferência do condenado faltoso para qualquer dos regimes mais severos em relação àquele em que se encontre.

É certo que, em caso de necessidade, o Estado deve valer-se de seu poder coercitivo de prevenção e repressão, para que quando o condenado demonstre sua absoluta inaptidão para o convívio no regime mais brando, seja ele sujeito à regressão.

O artigo 118, da LEP, define a forma regressiva no cumprimento da pena privativa de liberdade, sendo que a primeira causa de regressão está disciplinada no inciso I do referido dispositivo legal e elenca a hipótese do condenado praticar fato definido como crime doloso, não importando sua natureza ou espécie, basta a sua ocorrência, prescindindo-se da condenação pela prática de tal conduta. (MIRABETE, 1997, p. 277).

Tanto em caso de cometimento de crime doloso, como de crime culposo ou de outra conduta que importe em frustração dos fins da execução penal, a oitiva prévia do condenado se faz necessária (artigo 118, § 2º, da LEP), pelo princípio do contraditório, vigente também no processo de execução penal, e mais atuante após a pacificidade no reconhecimento da exigência da jurisdicionalização da execução, além do seu caráter administrativo.

Como já foi objeto de consideração, em caso de estar, no regime fechado e praticar falta grave, conduta esta definida no artigo 50, da LEP, exemplificando-se a evasão do ambiente prisional, o condenado não poderá sofrer a regressão por encontrar-se cumprindo pena já no regime mais severo, contudo a consequência será a de que o prazo para eventual progressão contar-se-á a partir da ocorrência da hipótese interruptiva (falta grave) e o requisito objetivo, cumprimento de um sexto da pena, incidirá sobre o restante da pena a ser cumprida pelo condenado.

Nesses casos a oitiva do condenado se dará, como condição “sine qua nom” para a punição do faltoso, procedendo a esta ouvida por meio de um procedimento investigativo denominado sindicância, promovida pela direção do estabelecimento penal no qual o condenado se encontra cumprindo a pena que lhe foi imposta, e dentre os trâmites legais deste procedimento está justamente a oitiva do condenado, devendo ele, necessariamente, estar representado por quem tenha capacidade postulatória, sob pena de nulidade da sindicância. (CINTRA JÚNIOR, 1998, p.5).

### **2.3 Requisito Formal**

Os requisitos classificados como formais compõem-se de três espécies de perícias realizadas durante o processo de execução da pena privativa de liberdade e que podem variar conforme o benefício pleiteado pelo preso.

São estas perícias os pareceres e o exame criminológico.

Quanto aos pareceres, estes se dividem em parecer da Comissão Técnica de Classificação (CTC) e parecer do Conselho Penitenciário.

O exame criminológico é uma perícia que busca descobrir a capacidade de adaptação do condenado ao regime de cumprimento de pena, a probabilidade de não voltar

a delinquir e o grau de probabilidade de reinserção na sociedade, devendo tal exame ser realizado no Centro de Observação Criminógena, segundo dispõe o artigo 95, da LEP.

Porém o legislador, prevendo as dificuldades para a instalação de tais centros em várias unidades federativas, permite que o exame criminológico seja realizado pela CTC, órgão consultivo atuante na execução penal e que é responsável pela elaboração de exames gerais pertinentes ao processo individualizador e pelo acompanhamento da execução das penas, opinando sobre progressões, regressões e conversão de regime, emitindo os respectivos pareceres (artigo 6º, da LEP).

A CTC deve, segundo o artigo 7º, da LEP, existir em cada estabelecimento penitenciário e ter entre os seus companheiros, pelo menos, o diretor (presidente), no mínimo dois chefes de serviço, um psiquiatra, um psicólogo e um assistente social.

Além destes requisitos, deve sempre ser ouvido o representante do Ministério Público, que emitirá o seu parecer sobre o pedido de progressão.

## **CAPÍTULO IV - HIERARQUIA E CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS**

### **1. Sistema hierárquico piramidal de Kelsen**

Foi Kelsen quem estabeleceu o denominado ordenamento jurídico piramidal, estruturando em diversos escalões hierárquicos, como que constituindo uma verdadeira pirâmide. É o que chamamos de “sistema hierárquico piramidal”.

Dentro do nosso Ordenamento Jurídico, não há dúvida, as Leis estão em plano hierárquico superior, sobrepujando a Analogia, os Costumes e os Princípios Gerais do Direito. A Doutrina e a Jurisprudência, por sua vez, subordinam-se à Lei e às demais fontes.

Assim como a Ordem Jurídica, as Leis também seguem um rigoroso sistema de hierarquia. A lei que ocupa o vértice da pirâmide, denominada Lei Fundamental ou Lei Fundante, é a Constituição Federal. Abaixo dela, surgem então, em diferentes graus hierárquicos, as Leis Fundadas (todos os demais atos legislativos componentes do sistema).

Lei Fundante é a que estabelece os princípios e os comandos gerais. As Leis Fundadas devem-lhe obediência. Elas não podem dispor em sentido contrário ao que tenha sido preceituado pela Lei Fundante. Aliás, a maneira exata não é dizer “não podem”, mas, sim, “não devem”.

Na realidade, as Leis Fundadas “podem” dispor em sentido contrário à lei Fundante, só que nada adiantará tal fato, porquanto estarão eivados de vício insanável. Serão, pois, invalidadas.

Freqüentemente, são encontradas leis dispendo em sentido contrário ao que estabelece a Constituição Federal, fato por sinal inútil, pois, uma vez declarada a inconstitucionalidade dessas leis, perderão elas, imediatamente a sua eficácia.

Pelo princípio hierárquico é praticamente ineficaz a lei ou a fonte de graduação inferior, quando incompatíveis com os fundamentos gerais traçados pela lei Fundante. É o aspecto da constitucionalidade e da inconstitucionalidade da leis, que abordaremos a seguir.

## **2. Constitucionalidade e Inconstitucionalidade**

A constitucionalidade das leis é a total obediência destas aos dispositivos e princípios contidos na Constituição Federal.

Sendo a Constituição Federal a Lei Fundante ou Fundamental e, nessa condição, a norteadora de todas as demais leis, obviamente que os seus preceitos não de ser rigorosamente respeitados. Nenhuma lei fundada deverá dispor em sentido contrário ou diverso daquele estabelecido pela Constituição Federal, pena de ser declarada a sua inconstitucionalidade.

Cada comando normativo encontra respaldo naquele que lhe é superior. Se falhar essa verticalidade fundamentadora, pode-se insurgir-se contra a ordem expedida.

Com efeito, ao fazer-se o percurso da verticalidade fundamentadora das normas, abica-se na Constituição Federal. Este é o fundamento de validade de todo o sistema normativo infraconstitucional.

Com fulcro no artigo 102 e 52 da Constituição Federal, a inconstitucionalidade das leis é declarada por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal, seguindo-se a sua suspensão das mesmas pelo Senado Federal, através de Resolução.

## **3. Obrigatoriedade e aplicação das leis**

A obrigatoriedade da lei é a determinação do momento a partir do qual ela se impõe com toda a sua imperatividade, podendo, então, exigir que se cumpram os seus preceitos e aplicar sanções aos que as desobedecem.

Nenhuma lei é obrigatória antes de entrar em vigor, do mesmo modo que nenhuma lei entra em vigor antes de ser oficialmente publicada. A publicação é, pois, o marco inicial da obrigatoriedade de qualquer lei.

A obrigatoriedade, pois, de uma lei caracteriza o poder que a mesma tem de fazer-se cumprir e de punir quem desobedecer aos seus preceitos.

Quanto ao aspecto de aplicação da lei, significa definir-se quem tem atribuições para empregá-la no caso concreto. A aplicação das leis é atividade típica do Poder Judiciário. Os juízes é que têm tal competência, consoante o previsto no artigo 5º, da Lei de Introdução ao Código Civil.

## **CAPÍTULO V – CRIMES HEDIONDOS**

### **1. Considerações iniciais**

O discurso dos que integram a Comissão que elaborou a hoje não tão nova Parte Geral do Código Penal era francamente humanista. O seu sentido político, em que pese o autoritarismo então vigente, era o de um modelo liberal, de um direito penal mínimo, reservado para os casos de verdadeira necessidade. Tudo não só no Brasil, apontava para as alternativas à prisão. Assistia-se a uma verdadeira inversão no paradigma da Ciência Penal. As críticas ao sistema progressivo, vindas de fora, obrigaram as ciências penais a repensar suas relações com a realidade, de tal modo que estas ficaram mais atentas às considerações empíricas, que não poderiam ser negligenciadas.

Todavia, a vigência do novo Código, que trouxe indicações como a do artigo 19, reforçando a culpabilidade como exigência indeclinável para a responsabilização penal, não só foi objeto de críticas pela liberalidade, como teve a desventura de ser levemente responsabilizada pelo ascenso da criminalidade e, nesta, particularmente, a violenta. As leis “eram fracas”. Os cidadãos e os trabalhadores estavam desprotegidos.

Não tardou e vieram diplomas para oferecer melhores “condições de eficácia” do sistema punitivo. Primeiro surgiu a lei que instituiu a Prisão Temporária para se legitimar uma antiga prática policial, que era a detenção do mero suspeito (Lei n.7.960, de 21 de dezembro de 1989). Mas o principal em termos de modificações deu-se, com o advento da Lei de Crimes Hediondos. Sem exagero, pode-se dizer que esta lei esta para a Parte Geral do Código Penal como a 6.416/77 esteve para a parte revogada do Código de 40. Só que com uma “pequena” diferença: a relação é inversa. Enquanto a Lei 6.416/77 provocou um abrandamento do sistema repressivo, numa verdadeira antecipação do que seria o espírito da futura reforma, sendo um verdadeiro retrocesso. Pela amplitude, tivemos o colorido de uma autêntica “contra-reforma”.

De fato, não foram meros ajustes para que em determinados crimes houvesse a atuação com maior rigor. Mais do que penas elevadas, o regime carcerário draconiano, integralmente fechado, e a reintrodução do conceito de reincidência específica, tivemos uma diretriz constitucional com indicações para se ampliar e recrudescer os mecanismos

penais. Não é à toa que a lei em estudo vedou a concessão da fiança, anistia, graça e indulto (este até com exorbitância do mandamento constitucional). A Lei de Crimes Hediondos deu os contornos do que se pode chamar, repetindo Miguel Reale Júnior., “os novos rumos do sistema criminal”.

A Lei nº. 8.072/90, operou em três planos distintos: no processual impediu a concessão da liberdade provisória (art.2º, inciso II). Com isso, aplacou-se aquela voz que é forte dentro dos meios policiais e numa imprensa de duvidosa qualidade, a qual expressa o seguinte: “a Polícia prende e o Juiz solta”. Como para a opinião pública, a prisão não importa a natureza, é sinônimo de punição, de castigo, passa-se a impressão de rigor e eficiência.

No plano das penas, ampliaram-se as cominações abstratamente previstas (cf. art. 6º, § 3º). Aqui mostraram-se os dentes do direito penal. Apostou-se no desenvolvimento da prevenção geral pela intimidação. Todavia o aumento da carga retributiva, representando uma maior reprovação do corpo social, ganhou maior expressão com a atuação no plano da execução penal. Para tanto, o sistema progressivo foi simplesmente abolido (art. 2º, § 1º). O cumprimento da sanção deve se dar integralmente em regime fechado. Com estes mecanismos pretendeu-se calar uma outra voz, a que dizia: “a polícia prende, o juiz condena, mas a lei é frouxa e o bandido fica só um pouquinho e logo sai de novo”.

A Lei de Crimes Hediondos representa uma grande mutação da forma com que o Estado passou a tratar determinados crimes; crimes estes considerados pelos legisladores, como de maior gravidade social. Estes, a partir do início da vigência da Lei de Crimes Hediondos, passaram a ser tratadas com uma forma punitiva mais agressiva por parte de um Estado que, na época, já se via acuado por crimes como o seqüestro, por exemplo, que já chocavam a população, que, por sua vez, clamava por punições mais severas para os mesmos.

Em seu artigo 1.º o legislador catalogou o que seja crime hediondo, fazendo-o, como diz na epígrafe, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal.

Desde logo preferiu o legislador em lugar de dar uma definição elencar o que seja crime hediondo. Em verdade, apresentar desde logo um conceito não só, em regra, deve o legislador evitar definir, mas sempre se deve ter em consideração que “omnis definitio periculosa est”.

Dispôs, portanto a lei, em seu art. 1º, quais são os crimes hediondos. São sete crimes, previstos no Código Penal e mais o genocídio.

O que é hediondo? A palavra hediondo significa segundo os dicionaristas, depravado, vicioso, sórdido, imundo, repulsivo, repelente, horrendo, sinistro, medonho, pavoroso. Tem-se, pois, que o legislador ao se referir a hediondo quis contemplar os crimes que causam repulsa, medo, pavor e que são cometidos usando da violência.

Vê-se que a Lei nº 8.072/90 contém normas de cinco matérias distintas. Uma das matérias tratadas, as das restrições impostas aos acusados e condenados por crimes de tortura, tráfico, terrorismo e hediondos, alcançou preceitos de natureza penal (anistia, graça, indulto, regime fechado) e outros de natureza processual (liberdade provisória, direito de apelar em liberdade e prazo de prisão temporária).

Mais uma vez, o legislador brasileiro, num único diploma legal, tratou de matérias absolutamente distintas: a) tipificação de crimes e criação de causas de aumento de pena; b) imposição de restrições de natureza penal e processual penal para acusados e condenados por crimes de tortura; c) criação de mais um caso de extraterritorialidade da lei penal.

Porém o que se percebeu foi uma lei que acolheu os clamores populares, mas de uma forma que colide frontalmente com os princípios penais e, sob certos pontos aspectos, com a Constituição Federal, o que revela um enorme contra-senso da mesma com o ordenamento jurídico a ela pertinente.

Diante disso, objetivamos, com o presente, realizar uma abordagem crítica, sobre o que julgamos ser uma das mais importantes matérias que estão inseridas e tratadas pela lei de crimes hediondos, qual seja: A impossibilidade de progressão de regime imposta aos condenados por crimes hediondos, que é regulada pelo artigo 2º, § 1º, da referida lei.

Destaca-se a imensurável importância uma explanação sobre a impossibilidade de progressão de regimes, pois certamente o objetivo do legislador, ao estabelecer esta sanção de maior intensidade, foi coibir o aumento desenfreado da criminalidade percebida, e, em contra senso, é concreta a não eficácia da mesma em relação a estes objetivos.

Para que tornássemos real e sustentável nosso objetivo utilizamos o método de abordagem dedutivo, pelo qual partimos da premissa maior, Constituição Federal e Lei de Crimes Hediondos, até uma premissa menor: o sistema de individualização da pena, sendo abrangido por esta última, a progressão de regimes, também objeto de nosso estudo.

Diante disto, esboçamos a Lei de Crimes Hediondos, partindo de um esboço histórico da mesma, contando inclusive com suas alterações posteriores a sua entrada em vigor, adentrando na impossibilidade de progressão de regimes. Ainda, necessário se fez a abordagem dos pactos internacionais relativos a direitos humanos que a mesma fere.

Diante de tudo isto, temos como fruto deste estudo, juntamente com a técnica utilizada, o presente trabalho que se compõe pela lei de crimes hediondos em uma abordagem crítica, esta tendo como alvo a individualização através da progressão de regimes.

## **1.1 Escorço Histórico**

A repressão aos crimes hediondos teve início com a Carta Política de 1988, a qual determinou o seguinte no seu artigo 5º, inciso XLIII:

A lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem.

Após a promulgação desta, tiveram início no Congresso Nacional inúmeros projetos de lei, que objetivavam regulamentar o assunto, uma vez que o inciso acima abria caminho para uma lei complementar que considerasse o assunto.

Em 25 de junho de 1990, foi promulgada a lei ordinária, mas com caráter de lei complementar, de número 8.072, baseada no projeto substitutivo número 5.405, elaborado pelo Deputado Roberto Jefferson, então relator de Comissão de Constituição, Justiça e Redação.

Este projeto teve por base a mensagem presidencial 546/89 (projeto 3.754/89), além dos projetos números: 2.105/89, 2.154/89, 2.529/89, 3.754/89, 3.875/89, 4.272/89, 5.270/90, 5.270/90, 5.355/90 e 5.405/90, os quais foram todos, a este, apensados. Na fase de votação houve um acordo entre todos os líderes de partidos políticos, que, sem nenhuma discussão mais aprofundada, aprovaram o mesmo na Câmara dos Deputados e em seguida

no Senado Federal. Na fase de sanção presidencial, houve apenas o veto parcial (artigos quatro e onze), por parte do então Presidente da República Fernando Collor.

Alberto Silva Franco, em 1994, sobre toda essa trajetória, desde a Constituição de 1988, até a lei de crimes hediondos em 1990, se posiciona:

O que teria conduzido o legislador constituinte a formular o n° XLIII do art. 5° da CF? O que estaria por detrás do posicionamento adotado? Nos últimos anos, a criminalidade violenta aumentou do ponto de vista estatístico: o dano econômico cresceu sobremaneira, atingindo seguimentos sociais que até então estavam livres de ataques criminosos; atos de terrorismo político e mesmo de terrorismo gratuito abalaram diversos países do mundo; o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins assumiu gigantismo incomum; a tortura passou a ser encarada como uma postura correta dos órgãos formais de controle social. A partir desse quadro, os meios de comunicação de massa começaram a atuar por interesses políticos subalternos, de forma a exagerar a situação real, formando uma idéia de que seria mister, para desenvolvê-la, uma luta sem quartel contra determinada forma de criminalidade ou determinados tipos de delinqüentes, mesmo que tal luta viesse a significar a perda das tradicionais garantias do próprio Direito Penal e do Direito Processual Penal. (FRANCO, 1994, p.75).

Neste contexto, Thais Vani Benfica, também relata a situação da época:

Estavam ainda causando impacto no povo os seqüestros de pessoas bem situadas na vida econômica, social e política, e a mídia passou a sacudir a opinião pública, que encontrou ressonância no Poder Legislativo, que aprovou o projeto de lei do senado, através de votos de lideranças, sem qualquer discussão, logo sem legitimidade e representabilidade (BEMFICA, 1998, p.6/7)

Estas posições se confirmam através da análise das razões do anteprojeto 3.754/89. Estas razões, de autoria de Damásio E. de Jesus, continham o seguinte parágrafo:

A criminalidade, principalmente, a violenta, tinha o seu momento histórico de intenso crescimento, aproveitando-se de uma legislação penal excessivamente liberal. Surgiram duas novas damas do direito criminal brasileiro: justiça morosa e legislação liberal, criando a certeza da impunidade

Desta forma, a lei de crimes hediondos foi uma resposta do direito penal brasileiro à onda de seqüestros de pessoas influentes que vinham assolando a sociedade já naquela época. O objetivo, logicamente, seria diminuir a onda de crimes desta natureza o que infelizmente não se concretizou e, ao que se percebe, tomou tamanho muito maior e mais ofensivo à sociedade.

## 2. Tipificações dos Crimes Hediondos e Assemelhados

A lei em estudo, que passou a vigor a partir de 25 de julho de 1990, em sua redação original, classificava quais eram os crimes considerados hediondos no artigo primeiro, que possuía apenas o *caput*, onde eram elencados todos os referidos delitos:

Art. 1º São considerados hediondos os crimes de **latrocínio** (art. 157, § 3º, in fine), **extorsão qualificada pela morte**, (art. 158, § 2º), **extorsão mediante seqüestro e na forma qualificada** (art. 159, caput e seus §§ 1º, 2º e 3º), **estupro** (art. 213, caput e sua combinação com o art. 223, caput e parágrafo único), **atentado violento ao pudor** (art. 214 e sua combinação com o art. 223, caput e parágrafo único), **epidemia com resultado morte** (art. 267, § 1º), **envenenamento de água potável ou de substância alimentícia ou medicinal, qualificado pela morte** (art. 270, combinado com o art. 285), todos do Código Penal (Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940), e de **genocídio** (arts. 1º, 2º e 3º da Lei nº 2.889, de 1º de outubro de 1956), tentados ou consumados." (grifamos)

Além disto, em consonância com a carta magna, a redação original da referida lei, em seu artigo segundo, "*caput*", determinou que, além dos crimes hediondos, os crimes de prática de tortura (Regulado pela Lei nº 9.455/97), tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins (Regulado pelas Leis nºs 6.368/76 e 10.409/02) e o terrorismo (Regido pela Lei de Segurança Nacional, de nº 7.170/73), se equiparam aos crimes hediondos nas hipóteses citadas dentre os incisos e parágrafos do mesmo artigo.

Após a ocorrência de um polêmico homicídio qualificado (homicídio da atriz Daniela Perez, filha de Glória Perez) em 1992, a lei 8.930, que entrou em vigor em 07 de outubro de 1994, veio a revogar o artigo primeiro, supramencionado, substituindo-o. Esta nova redação incluiu o homicídio praticado em atividade típica de grupo de extermínio, ainda que cometido por um só agente e homicídio qualificado e, por outro lado, excluiu o envenenamento de água potável ou de substância alimentícia ou medicinal, qualificado pela morte.

Assim, o elenco dos crimes hediondos, passou a ser formado por sete incisos, representados por crimes previstos no Código Penal, que incluíam dentre os hediondos, os delitos tipificados como homicídio, latrocínio, extorsão qualificada pela morte, extorsão mediante seqüestro e na forma qualificada, estupro, atentado violento ao pudor, epidemia com resultado morte. Além disto, a mesma lei incluiu o parágrafo único, que se referiu ao genocídio, crime tipificado em lei esparsa (Lei nº 2.899/56, artigos 1º, 2º e 3º).

Já a lei 9.695, que entrou em vigor em 21 de agosto de 1998, alterou o artigo 273 do Código Penal, tratando de adulteração de produtos destinados a fins terapêuticos e medicinais. Esta lei, em seu artigo primeiro, inseriu os itens VII –A e VII – B, ao artigo 1º da Lei de Crimes Hediondos. O primeiro inciso mencionado (VII – A), foi revogado, sendo que o segundo, (VII – B) inseriu a falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais dentre o rol dos crimes hediondos.

Desta forma, na atualidade, os crimes classificados como hediondos são os seguintes :

"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-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 a redação dada pela Lei nº 9.677, de 2 de julho de 1998).

Parágrafo único. Considera-se também hediondo o crime de genocídio previsto nos arts. 1º, 2º e 3º da Lei nº 2.889, de 1º de outubro de 1956, tentado ou consumado.

## **CAPÍTULO VI - DO REGIME PROGRESSIVO NOS CRIMES HEDIONDOS OU ASSEMELHADOS**

### **1. Impossibilidade de progressão de regime e sua inconstitucionalidade**

Pensado e promulgado em clima de grande emocionalismo, onde os meios de comunicação de massa, como relata o inexcédível Alberto Silva Franco no seu excepcional “Crimes Hediondos”, atuaram decisivamente de forma a exagerar a situação real da criminalidade, o novo diploma (Lei 8.072/90) trouxe consigo não só questões ligadas à inconstitucionalidade das regras que o integram, mas a uma verdadeira balbúrdia em termos de razoabilidade punitiva. Como registrou o ex-Ministro da Justiça Saulo Ramos em artigo jocosamente intitulado “Mata mas não beija” (Artigo publicado no jornal “A Folha de São Paulo” de 4 de novembro de 1990 na seção “Tendências e Debates”, p. A-3), tornou-se possível atribuir-se pena menor no caso de um homicídio simples do que no caso do agente que pratica um atentado violento ao pudor.

Mais incisivo Miguel Reale Júnior sustenta a lei em foco, aprovada de afogadilho, foi uma resposta penal de ocasião, para dar satisfação diante do seqüestro de Roberto Medina. (Avanços e retrocessos na coletânea “Estudos Jurídicos em homenagem a Manoel Pedro Pimentel”, ed. Revista dos Tribunais, SP, 1992, p.276.)

De fato, não foram meros ajustes para que em determinados crimes houvesse a atuação com maior rigor. Mais do que penas elevadas, o regime carcerário draconiano, integralmente fechado, e a reintrodução do conceito de reincidência específica, tivemos uma diretriz constitucional com indicações para se ampliar e recrudescer os mecanismos penais. Não é à toa que a lei em estudo vedou a concessão da fiança, anistia, graça e indulto (este até com exorbitância do mandamento constitucional). A Lei de Crimes Hediondos deu os contornos do que se pode chamar, repetindo Miguel Reale Júnior., “os novos rumos do sistema criminal”.

Como se vê, houve uma severidade maior no tratamento penal, de tal modo que, para se dar um exemplo, a pena do estupro tem, no mínimo, o mesmo patamar da sanção mínima cominada para um homicídio simples. Previu-se a manutenção de estabelecimentos de segurança máxima pela União e reduziram-se os poderes do juiz seja em matéria de cautelaridade, quando se impossibilita a concessão da liberdade provisória e,

assim, por via óbliqua, obrigatoriamente se impõe a prisão provisória, seja, ainda, em matéria de execução penal, quando se suprimiu a progressividade no regime de cumprimento de penas, extirpando-se sua discricionariedade na fixação do regime prisional.

Realizada uma prévia identificação com relação a quais são os crimes hediondos e assemelhados, cumpre-nos explicar a impossibilidade da progressão do regime na execução da pena privativa de liberdade, imposta aos mesmos.

O artigo 2º da lei em comento, após, em seu *caput*, determinar quais os crimes equiparados aos hediondos, em seu parágrafo primeiro determina que: "*A pena por crime previsto neste artigo será cumprida integralmente em regime fechado*". (destaquei)

Na língua portuguesa, o vocábulo "*integral*", significa total, inteiro, global. Diante disto, a frase acima em destaque, já em seu sentido jurídico tem o significado de que a pena, em toda a sua execução, será cumprida em um só regime, o regime fechado.

Regime progressivo é aquele que passa de um regime mais duro para o mais leve, de acordo com certo tempo e condições.

No sistema progressivo, portanto, havendo cumprido certo tempo e mérito do sentenciado ele passa progressivamente de um regime mais grave para um mais leve (semi-aberto para o aberto). Mas também é regressivo, se o sentenciado comete uma falta de certa gravidade, sofre ele regressão para um regime mais grave.

O objetivo fixado pelo legislador na adoção em nosso sistema do regime progressivo, é ir preparando o preso, através do regime e condições, à sua volta para o mundo da liberdade: o mundo livre.

Convém observar, por outro lado, que as regras preditas não são absolutas, uma vez, que por disposição normativa, cumpre ao juiz estabelecer o regime fechado de cumprimento de pena, desde seu início, quando se cuidar de crime hediondo, conforme o exige o art. 2º, inciso II, § 1º, da Lei n.º 8.072/90.

*In casu*, somente são levados à guisa de consideração para o estabelecimento do regime prisional o elemento objetivo, que é o crime hediondo, não deixando a lei ao magistrado nenhuma discricionariedade quanto à forma de cumprimento da "sanctio poenalis".

A progressão de regime prisional, cujo exame fica sempre a critério do juízo da execução penal, é a transferência do condenado de regime mais rigoroso para outro menos rigoroso quando demonstra condições de adaptação ao mais suave (art.112 da LEP).

É requisito objetivo para a transferência do regime de cumprimento da pena na ordem progressiva ter o condenado cumprido ao menos 1/6 da pena no regime anterior.

Além do cumprimento deste quantum da “sanctio legis”, exige a pre dita norma que o condenado tenha mérito que indique a progressão.

Convém advertir que para galgar a progressão, o mérito não se reduz apenas ao bom comportamento carcerário, sendo necessários outros requisitos capazes de demonstrar a provável adaptação do preso ao novo regime.

Cumprida à Comissão Técnica de Classificação, mediante parecer, aferir o mérito do condenado, para fins da progressão telada, o que é feito através do acompanhamento da execução da pena.

E como se isso não bastasse, para a progressão do regime, quando necessário, deverá ser elaborado o exame criminológico, o qual consiste na constatação médico-psicológica e social do delinqüente.

Observe-se que ele é indispensável para a transferência do regime fechado para o semi-aberto (art. 334, CP e 8º, da LEP).

O regime fechado vem sendo criticado abertamente chegando muitos a falar nas “crises das prisões”, ou, ainda, “na falência do regime prisional”.

Considerando 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. Esta representa a uniformidade de julgamentos do STJ e do STF.

O STJ, em sua jurisprudência dominante considera que:

A lei dos crimes hediondos - lei 8.072/1990 -, ao estabelecer no seu art. 2., par. 1., que os delitos nela arrolados devem ser punidos sob o rigor do regime fechado integral, embora dissonante do sistema preconizado no CP - 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. 5., XLVI), situando-se aquele diploma legal na linha filosófica do estatuto maior, que estabeleceu princípios rigorosos no trato dos crimes hediondos (art. 5., XLIII).(STJ-RE 90171/SP, Plub. DJU 12.08.1997, p.36287 e RT VOL, 00745 p. 00528).

Por outro lado, estou entre os que não admitem que alguma pena, no sistema constitucional vigente, e também em razão dos compromissos internacionais do Brasil no tema dos direitos humanos, tenha que ser cumprida integralmente no regime fechado. Isso é uma aberração jurídica, adoecendo o processo civilizatório. O sentido de toda a pena é a recuperação do condenado, de modo a que possa, depois, voltar normalmente à sociedade e a ela se reintegrar como pessoa capaz de cumprir deveres e usufruir direitos, de exercer uma profissão, liderar uma família, criar e educar os filhos, ser cidadão. O cumprimento da pena deve, enfim Ter caráter dinâmico, tendo em vista os objetivos da execução penal.

O regime fechado integral, sem direito à progressão, configura mero castigo, típico das cubatas ou repúblicas de bananas, inadmissível em qualquer Estado de Direito Democrático, Fere o princípio da individualização da pena, que por sua natureza constitucional, não pode ser afrontado por uma simples lei. (voto do Ministro do STJ, o Sr. EDSON VIDIGAL - relator no julgamento do Habeas Corpus nº 12.229-MS - voto vencido).

O Supremo Tribunal Federal, de acordo com a base jurisprudencial uniforme, entende que à lei ordinária compete fixar os parâmetros dentro dos quais o julgador poderá efetivar ou a concreção ou a individualização da pena. Se o legislador ordinário, segundo este tribunal, dispôs, no uso da prerrogativa que lhe foi deferida pela norma constitucional, que nos crimes hediondos o cumprimento da pena será no regime fechado, significa que não quis ele deixar, em relação aos crimes dessa natureza, qualquer discricionariedade ao juiz na fixação do regime prisional, entendendo ser constitucional o referido ordenamento.

Julio Fabrini Mirabete defende a constitucionalidade do dispositivo, através do seguinte argumento:

Conforme pacífica a jurisprudência, não há qualquer inconstitucionalidade derivada de infringência ao princípio de individualização da pena previsto no art. 5º, XLVI, da Carta Magna, uma vez que cabe à lei determinar as regras para a citada individualização. (MIRABETE, 2000, p. 297).

Vitor Eduardo Rios Gonçalves, comenta a mesma posição:

"Veja-se, entretanto, que esse dispositivo da Carta Magna limita-se a dizer que a individualização da pena será regulada por lei, não mencionando que a progressão de regime é direito dos condenados. Analisando-se a legislação ordinária, percebe-se que o sistema de individualização da pena está contido no art. 68 do CP, que dispõe acerca das fases que o juiz deve seguir para fixar a reprimenda. Assim, nada há de inconstitucional na fixação de regime integral fechado, conforme vêm decidindo reiteradamente o STF e o STJ. (GONÇALVES, 2001, p.12)

Por outro lado, há uma segunda corrente, a qual nos filiamos, que defende que a impossibilidade de progressão de regime é inconstitucional.

Eugênio Raúl Zaffaroni e José Henrique Piarangeli (ZAFFARONI e PIERANGELI, 1999, p. 801), ao examinarem o artigo segundo, parágrafo primeiro, da lei, observam ser sua constitucionalidade, no mínimo, duvidosa.

Marco Aurélio Mendes de Faria Mello, ex-Ministro Presidente do Supremo Tribunal Federal, é um dos partidários da inconstitucionalidade do dispositivo que veda a progressão de regime na lei de crimes hediondos:

Destarte, tenho como inconstitucional o preceito do § 1º do art. 2º da lei 8.072/90, no que dispõe que a pena imposta pela prática de qualquer dos crimes nela mencionados será cumprida, integralmente, no regime fechado. Com isto, concedo parcialmente a ordem, não para ensejar ao paciente qualquer dos regimes mais favoráveis, mas para reconhecer-lhe, porque cidadão e acima de tudo pessoa humana, os benefícios do instituto geral que é o da progressão do regime de cumprimento da pena, providenciando o Estado os exames cabíveis. (HC 74.689-6/SP, DJU 27.06.97, P. 30.228).

Da mesma forma, o ex-ministro do Superior Tribunal de Justiça, atualmente aposentado, Luiz Vicente Cernicchiaro, também, enquanto em atividade, demonstrou-se favorável à referida inconstitucionalidade, porém, também com inúmeros votos vencidos:

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" (STJ-Resp 19.420-0 – DJU de 07.06.1993, p. 11.276), e ainda: Individualização de pena significa ensejar ao juiz definir a qualidade e 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 integralmente em regime fechado'.

(RE 48719/SP, Sexta Turma do STJ, Rel. Luiz Vicente Cernicchiaro, DJU 17.10.1994, p.27921)

Carmem Silvia de Moraes Barros, também demonstra a inconstitucionalidade do referido dispositivo:

Em que pesem as vozes em contrário, é obvio 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", e ainda comenta: "Ao vedar a progressão de regime de cumprimento de pena, a lei de crimes hediondos volta aos primórdios do direito penal para relevar o crime e ignorar por completo o homem. (BARROS, 2000, p. 148).

Paulo José de Costa Júnior, também demonstra boa doutrina apontado, com acerto, a inconstitucionalidade desse dispositivo legal, por ferir o princípio constitucional de individualização da pena, agasalhado expressamente no artigo 5º, da Constituição Federal". (COSTA JÚNIOR, 2000, p.148)

Thaís Vani Bemfica, em obra sobre o assunto afirma:

Cumprimento de pena severa em regime totalmente fechado é o mesmo que pena perpétua, vedada pela Constituição Federal. Uma disposição penal que inadmita o livramento não é apenas retrógrada: é degenerada, mormente porque pode ser aplicada contra santos e bandidos, jogando perigosos e não perigosos no mesmo caldo de cultura da microbiogenia dos presídios em que eventuais predisposições para o crime explodem, com nítidos prejuízos ao condenado, à sua família e a sociedade. (BEMFICA, 1998, p. 34)

Diante de respeitáveis posições doutrinárias percebemos ser variada a gama de argumentos, de uma e outra corrente, porém, cumpre-nos analisar neste momento a questão com base nos princípios constitucionais pertinentes ao Direito Penal, que já foram devidamente abordados no presente estudo.

Dessa forma, consideremos como fundamentais cinco princípios quais sejam: legalidade, individualização, personalidade, humanidade e culpabilidade.

A impossibilidade de progressão de regimes imposta pela lei de Crimes Hediondos em seu artigo segundo, parágrafo primeiro, para os condenados por crimes por regidos, se mostra aderente aos princípios da legalidade, da personalidade e da culpabilidade, não carecendo maiores aprofundamentos.

Por outro lado, ao nosso entendimento, esta impossibilidade de progressão de regimes fere os dois dos princípios constitucionais basilares da pena privativa de liberdade, os princípios da humanidade e da individualização, além de ferir o princípio da proporcionalidade adotado pelo nosso ordenamento jurídico. Para o momento, porém, nos ateremos em analisar os princípios constitucionais violados, destacando, desde já, que ambos estão correlacionados.

O princípio da humanidade é um dos mais importantes princípios pertinentes a pena, em nosso direito penal nacional, uma vez que este harmoniza os direitos fundamentais garantidos a todos com os que são vedados ao condenado com a segregação.

Assim, o princípio da humanidade garante aos condenados, independente do tipo e quantidade de pena, certos direitos que lhe alcançam o direito natural de vivência como ser humano.

O regime integralmente fechado, ao segregar uma pessoa por um longo período de tempo (durante toda a pena), sem que a mesma tenha qualquer perspectiva ou esperança, seja de abrandar sua pena, seja de voltar a ter os direitos que lhe foram suprimidos, está sendo levando a condições desumanas. Com isto, o condenado é comparado a certos animais que passam a toda vida a mantidos em cativeiro.

Tamanha a desumanidade se demonstra pelo fato de que, se um condenado passar toda a sua pena recluso e sem contato com o mundo exterior e com a sociedade, certamente não se readaptará a esta. Quando do fim de sua pena, o recluso estará, como um ser alheio aos acontecimentos sociais, bitolado à vida interna de uma penitenciária, na qual viveu fechado por, no mínimo, seis anos. Isto o faz deixar de compreender regras básicas de vivência em sociedade, o que lhe confere uma consciência desumana.

Já com relação ao princípio da individualização, esta, dentre outras formas, se dá através da progressão de regime na fase de execução. Sobre este princípio devemos considerar que "a lei regulará a individualização". Com isto se torna explícito que esta individualização deve ser regulada e não privada por uma lei.

A Lei de Crimes Hediondos, quanto a impossibilidade de progressão de regime, fere estes dois princípios constitucionais básicos relativos à pena. Por este motivo, a referida lei se demonstra inconstitucional, embora a situação política, criminal e carcerária atual em nosso país leve, infelizmente, nossos tribunais superiores a desconsiderarem estes princípios de imensurável importância.

O legislador ao vedar a progressão de regime para os delinqüentes que cometem os delitos hediondos e equiparados, esta abandonando toda a orientação principiológica (princípios da individualização, da proporcionalidade e da humanidade) resguardadas pela Carta Magna a todos os brasileiros e estrangeiros residentes no País, evidenciando imposições, aos baseados nela condenados, uma única função retributiva, a qual representa uma regressão à idéia penal constituída anteriormente ao século XVIII, caracterizada como desumana e cruel.

A Lei n.8.072/90 operou em três planos distintos: no processual impediu a concessão da liberdade provisória (art.2º, inciso II). Com isso, aplacou-se aquela voz que é forte dentro dos meios policiais e numa imprensa de duvidosa qualidade, a qual expressa o seguinte: “a Polícia prende e o Juiz solta”. Como para a opinião pública, a prisão não importa a natureza, é sinônimo de punição, de castigo, passa-se a impressão de rigor e eficiência.

No plano das penas, ampliaram-se as cominações abstratamente previstas (cf. art. 6º, § 3º). Aqui se mostraram os dentes do Direito Penal. Apostou-se no desenvolvimento da prevenção geral pela intimidação. Todavia o aumento da carga retributiva, representando uma maior reprovação do corpo social, ganhou maior expressão com a atuação no plano da execução penal. Para tanto, o sistema progressivo foi simplesmente abolido (art. 2º, § 1º). O cumprimento da sanção deve se dar integralmente em regime fechado. Com estes mecanismos pretendeu-se calar uma outra voz, a que dizia: “a polícia prende, o juiz condena, mas a lei é frouxa e o bandido fica só um pouquinho e logo sai de novo”.

Dessa maneira, impondo-se uma reprimenda em todos os sentidos severa, veicula-se no âmbito da sociedade uma visão de rigor que, ao mesmo tempo, deveria atuar como contra-estímulo a novas ações delitivas.

Este endurecimento dos mecanismos repressivos veio, como já afirmado, para tranquilizar a população, com o intuito de resgatar a esperança na Justiça e para preservar valores como a lei e a ordem. A sociedade como destaca Antonio Lopes Monteiro, “exigia uma providência drástica para pôr fim ao ambiente de segurança vivido no país” (MONTEIRO, 1995, p. 4).

Nessa linha, atua-se não apenas com uma vontade de se aumentar a eficiência punitiva e, com isto, fortalecer a segurança, como, também, na defesa da cidadania

entendida aqui como, por exemplo, direito à vida, propriedade etc., e o Estado tem a obrigação de assegurar.

## **2. Legislação correlata ao assunto**

Sendo que a lei de crimes hediondos não tem uma tipificação descrita entre seus artigos, para os crimes por ela regidos, a mesma utiliza tipificações existentes no Código Penal, em artigos que cita, além das tipificações existentes em leis esparsas.

Desta forma, a lei de crimes hediondos, se relaciona com as seguintes leis, diretamente: Lei 9.677/98, que regula os crimes contra a saúde pública (artigo primeiro, inciso VII – B), lei 2.889/56, regula o crime de genocídio (artigo primeiro, parágrafo único), lei 9.455/97, regula o crime de tortura (equiparado aos crimes hediondos – artigo segundo *caput*), leis 9.368/76, combinada com a lei 10.409/02, que regulam os crimes de tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins (equiparado aos crimes hediondos – artigo segundo *caput*) e lei 7.170/83, que diz respeito a lei de segurança nacional, a qual regula a prática de terrorismo (equiparado aos crimes hediondos – artigo segundo *caput*).

Além destas, o artigo 8º, da mesma lei, regulamenta uma forma qualificada para o crime de "*quadrilha ou bando*", regulada pelo artigo 288 do Código Penal, de forma que quando esta formação tiver o fim praticar crimes hediondos ou assemelhados a pena é aumentada.

## **CAPÍTULO VII - A DERROGAÇÃO E A NULIDADE DA LEI DE CRIMES HEDIONDOS EM FACE DA IMPOSSIBILIDADE DE PROGRESSÃO DE REGIME**

### **1. Derrogação da Lei de Crimes Hediondos**

Diante deste complexo de relações entre a lei objeto, código penal e as demais leis citadas, naturalmente as alterações que ocorrerem nos artigos deste código e nestas leis, repercutirão naquela. Corolário disso podemos citar duas leis que alteraram as tipificações utilizadas e refletem na lei 8072/90.

A lei 9.034, de 03 de maio de 1995, define e regula meios de prova e procedimentos investigatórios que versem sobre ilícitos tipificados no artigo 288, do Código Penal. Esta lei, em seu artigo 10, define que "*os condenados por crimes decorrentes de organização criminosa iniciarão o cumprimento da pena em regime fechado.*"

Já a lei 9.455, de 07 de abril de 1997, que regula os crimes de tortura, no parágrafo 7º, do artigo primeiro, determina que "o condenado por crime previsto nesta Lei, salvo a hipótese do § 2º, iniciará o cumprimento da pena em regime fechado".

Diante destas duas leis que possibilitam a progressão de regimes para os crimes por elas regulados, que constam dentre os hediondos e equiparados, surge-nos uma discussão relacionada ao conflito legislativo existente, pois haveria a derrogação (revogação parcial) da lei em comento, ou seja, a lei 9.455/97 e a lei 9.034/95, revogaram tacitamente o parágrafo primeiro do artigo segundo da mesma.

Com relação a assunto, é entendimento do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, que

A lei 9.455, de 1997 não revoga, por extensão, o art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/90. Esta não autoriza a progressão nos denominados crimes hediondos relativos ao terrorismo, tráfico ilícito de entorpecentes, etc. Já aquela, consagra o benefício apenas (unicamente) para o delito de tortura. (RE 186572/RS, DJU 15.05.2000, p. 209)

Assim, os crimes de formação de quadrilha ou bando com o intuito da prática de crime hediondo e nos crimes de tortura, a execução somente iniciará em regime fechado,

sendo permitida a progressão, porém, não sendo extensiva esta regra aos demais crimes hediondos, posição este que não concordamos e passaremos a explicar a seguir tal discordância.

## **1.1 Do artigo 10 da Lei nº 9.034/95**

Com as agudas, repetidas, generalizadas e severas críticas que se lançaram em face da Lei de Crimes Hediondos, particularmente no que atina com a supressão do regime progressivo para o cumprimento de pena, a assim chamada Lei do Crime Organizado, de 3 de maio de 1995, em que pese seus inúmeros defeitos, até mesmo por não ter definido o que é Crime Organizado, no seu artigo 10, dispôs que “os condenados por crimes decorrentes de organização criminosa, iniciarão o cumprimento da pena em regime fechado”.

Esta lei não mexeu com as penas, a não ser quando disciplina a delação premiada estipulando a sua redução para o delator, tem o alto mérito de reconduzir o sistema punitivo para uma abordagem mais inteligente aos infratores da lei penal. Pode-se até dizer que a nova opção do legislador, dentro de uma interpretação contextualizada das normas penais, aponta para uma derrogação da Lei de Crimes Hediondos que impõe o regime de pena integralmente fechado. É que não faz sentido punir-se o criminoso “solitário” de uma maneira mais rigorosa do que aquele, por exemplo, que pratica uma extorsão mediante seqüestro com a estrutura de uma organização criminosa. Tal representaria um contra-senso que uma interpretação pautada pela razoabilidade há de repelir.

A derrogação da Lei de Crimes Hediondos, em face da Lei n.º 9.034/95, chamada lei do Crime Organizado, mas que não definiu o que seria este crime, se mostra não somente pelo argumentos supra mencionados, mas também em razão do recente aprovado Projeto de Lei em 25/06/2003 (PL – 3731/1997), pela Comissão de Constituição e Justiça da Câmara em Brasília, que define o que é crime organizado.

O Projeto de Lei lista 17 (dezessete) infrações que podem ser enquadradas como organização criminosa, como tráfico ilícito de entorpecentes, extorsão mediante seqüestro, tráfico de mulheres, entre outros. Insta salientar que o tráfico ilícito de entorpecentes é equiparado a crime hediondo e a extorsão mediante seqüestro é um crime hediondo, e uma vez sendo equiparado ou hediondo, em face do artigo 2º, §1º da Lei de Crimes Hediondos

sua pena é cumprida em regime integralmente fechado, veda-se a progressão do regime de penas.

Entretanto com o exurgimento da Lei do Crime Organizado, estabeleceu-se em seu artigo décimo que os condenados por crimes de correntes de organização criminosa iniciarão o cumprimento da pena em regime fechado, possibilitando-se a progressão.

Dispondo sobre a repressão ao crime organizado, a Lei 9.034/95 disciplina o regime carcerário inicial, impondo o início do cumprimento da pena em regime fechado (art. 10).

Ora, o texto legal trata de crimes resultantes de ‘ações de quadrilha ou bando’. Desimporta a natureza ou o quantum da pena. A característica destacada pelo legislador é a conexão com o delito do art. 288 do Código Penal.

Imaginando-se, pois a prática de crime hediondo, através de quadrilha ou bando, incidirá o art. 10 da Lei 9.034/95, e não o art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/90. Seria totalmente ilógico que o quadrilheiro - praticando, p. exemplo, extorsão mediante seqüestro - fosse beneficiado pela progressão, ficando o autor solitário submetido a regime fechado todo o tempo.

A aplicação da lei não pode levar à incongruência. Muito menos, à injustiça. A única conclusão possível é a da derrogação do § 1º, art. 2º, da Lei dos Crimes Hediondos.

Hodiernamente denota-se que com o recente aprovado Projeto de Lei que define o que é crime organizado e posteriormente sua legalização, incluindo vários crimes tidos como hediondos em seu rol, chega-se a conclusão que é possível a progressão no que tange aos delitos hediondos incluídos neste projeto, pois seria paradoxal dar tratamento desigual para o criminoso “solitário” de uma maneira mais rigorosa do que aquele, por exemplo, que pratica uma extorsão mediante seqüestro com a estrutura de uma organização criminosa. Tal representaria um contra-senso que uma interpretação pautada pela razoabilidade há de repelir.

De fato, a possibilidade, ainda que remota em não poucos casos, de o “reeducando” melhorar sua situação prisional tem um importante caráter instrumental-funcional para se conseguir impor a disciplina nas já abarrotadas instituições prisionais. Como sabiamente escreve Assis Toledo “se retirarmos do condenado a esperança de antecipar a liberdade pelo seu próprio mérito, pela conduta disciplinada, pelo trabalho produtivo durante a execução da pena, estaremos seguramente acenando-lhe, como única saída, a revolta, as rebeliões, a fuga, a corrupção” (PENTEADO, *apud* TOLEDO, 1995, p.200).

Todavia, a boa política criminal não pode estar apoiada exclusivamente no medo ou na crueza da execução. Deve estar entrelaçada com medidas de caráter econômico e social que, atuantes a médio ou longo prazo, têm o condão de incidir sobre as causas da criminalidade. É preciso propagar a idéia de que a delinqüência é, queiramos ou não, um produto social e esta mesma sociedade deve estar envolvida na sua solução.

## **1.2 Do artigo 1º, § 7º, da Lei 9.455/97**

Quase uma década após a promulgação da Constituição de 1988 entra em vigor a Lei nº 9.455, de 07 de abril de 1997, definindo os crimes de tortura e criando casos de aumento de pena, inclusive por resultado mais grave (art.1º, §§ 1º e 4º), tratando, ainda, de efeitos da condenação (art. 1º, § 5º), de restrições constitucionais de natureza penal e processual aos condenados por tais crimes, e do regime de cumprimento de pena (art. 1º, §§ 6º e 7º), e criando mais um caso de extraterritorialidade da lei penal brasileira (art. 2º).

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, XLIII, estabeleceu que a prática de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os elencados como crimes hediondos têm tratamento equiparado. Tanto é verdade que a Lei nº 8.072/90 deu corpo jurídico à previsão Medular, estabelecendo que a pena por crime definido pelo artigo 1º da norma ventilada, será cumprida em regime integralmente fechado.

Se a Constituição Federal previu tratamento igualitário para aludidos crimes, não é o legislador inframedular, nem tampouco, o interprete da norma menor que irá fazer diferenciação.

Com o advento da lei nº 9.455/97, a qual definiu os crimes de tortura, e instituiu novas regras procedimentais. Merece destaque a lapidar regra executiva contida no parágrafo 7º, do artigo 1º, da já mencionada norma mista. Verbis:

Art.1º...

Parágrafo 7º- O condenado por crime previsto nesta Lei, salvo a hipótese do parágrafo 2º, iniciará o cumprimento da pena em regime fechado.

Se a Constituição Federal de 1988 previu tratamento igualitário para aludidos crimes, não é o legislador inframedular, nem tampouco o interprete da norma menor que irá fazer diferenciação.

A lei nº 9.455/97, comparada com a Lei dos Crimes Hediondos, mostra-se mais favorável. A lei mais benéfica, por imperativo constitucional e do Código Penal, aplica-se incondicionalmente.

Para o professor Fábio Henrique Prado de Toledo:

O § 7º, do artigo 1º, da Lei nº 9.455/97 revogou em parte o § 1º, do artigo 2º, da Lei nº 8.072/90, de tal sorte, que os condenados por crime de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes, bem como, os considerados hediondos, iniciarão o cumprimento em regime fechado, porém, com direito à progressão funcional. (in Boletim IBCCrim, nº 60, novembro/1997, p.7)

E mais, o insigne Damásio E. de Jesus, em entrevista concedida à Revista Impacto, edição nº 28, ano 5, setembro/outubro de 2002, p. 08, indagado acerca da derrogação da Lei de Tortura para com a Lei dos Crimes Hediondos proferiu: “O legislador não pode tratar desigualmente delitos que apresentam a mesma potencialidade ofensiva. Por isso creio que os delitos hediondos devem receber a mesma disciplina aplicada ao crime de tortura”.

Dentro da melhor jurisprudência, o Supremo Tribunal Federal proclamou:

Há de se convir que a progressão é um direito que o condenado tem e penso que a pena elevada, o tipo repugnante do crime praticado e as suas circunstâncias, se preenchido o direito a um regime mais brando, não impedem o exame do merecimento do pedido, notadamente quando se sabe que esse benefício, de ordem pública que o Estado reconhece, tem o mérito de permitir a reinserção do condenado ao meio social. A pena tem o escopo fundamental reeducar o detento. Essa possibilidade recuperação não pode ser afastada, pura e simplesmente, pouco importando a natureza do crime praticado, se cumprido o “iter” para o deferimento da progressão (Habeas Corpus – Rel. Min. Maurício Correa – ac. 11.03.97- Rev. Bras. de Ciências Criminas nº 22 – abril/junho, 1998, p. 265).

Insta salientar, que o entendimento jurisprudencial supra mencionado, é do Excelso Ministro Maurício Correa, que atualmente ocupa a presidência da Suprema Corte Brasileira, e mais, em pronunciamento divulgado pelo jornal “O Estado de São Paulo de 12/08/2003, Caderno Cidades, p.C4, qualificou o sistema prisional brasileiro como

“arcaico”, defendendo a reforma no processo penal brasileiro para acelerar trabalho da Justiça e revelou ser parcialmente favorável à privatização dos presídios.

Os crimes relacionados na Constituição Federal de 1988 e na Lei nº 8.072/90 receberam o mesmo tratamento. Estatuíram os mencionados textos disciplina unitária. Em sede de Direito Penal não se cogita de analogia, in malam partem, contudo a previsão cristalina do parágrafo 7º, do artigo 1º, da Lei nº 9.455/97 não só pode como deve ser estendida aos demais crimes selecionados pela Constituição Federal de 1988 e a Lei Federal nº 8.072/90.

Neste sentido temos por igual, no V. Superior Tribunal de Justiça:

Execução de pena. Crimes Hediondos (Lei nº 8.072/90). Tortura (Lei nº 9.455/97). Execução. Regime Fechado. A Lei nº 9.455/97, quanto à execução da pena, é mais favorável do que a Lei nº 8.072/90. Afetou, portanto, no particular, a disciplina unitária determinada pela Carta Política. Aplica-se incondicionalmente. Assim modificada, no particular, a Lei dos Crimes Hediondos. Permitida, portanto, quanto a esses delitos a progressão de regimes. (RE Nº 140.617-GO- Rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro –julg. 12/09/1997)

Execução da pena - Crimes Hediondos- Regime Fechado- A Lei nº 9.455/97, quanto à execução da pena, é mais favorável do que a Lei nº 8.072/90. Afetou, portanto, no particular, a disciplina unitária determinada pela Carta Política. Aplica-se incondicionalmente. Assim, modificada, no regime particular, a Lei de Crimes Hediondos. Permitida, portanto, quanto a esses delitos, a progressão de regime. (RE nº 168.423 –RS - Rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro- DJU 17.02.99, p. 88)

Se o novo diploma legal não tivesse derogado o artigo 2º, da Lei nº 8.072/90, teríamos, doravante, tratamentos diferenciados para crimes assemelhados. Crime hediondo: inafiançável, insuscetível de indulto, graça ou anistia, com a impossibilidade de liberdade provisória, o cumprimento de pena em regime fechado integral, e prisão temporária por 30 (trinta) dias. Crime de tortura: inafiançável, insuscetível de graça ou anistia, com a possibilidade de concessão de indulto, de liberdade provisória, o cumprimento de pena progressivo e prisão temporária por 5 (cinco) dias.

É evidente que, se assim fosse, estas duas leis não formariam aquele feixe, com todas as suas partes solidárias. Estaríamos diante da desarmonia, da incongruência, da incoerência, da desigualdade, do verdadeiro caos. Crimes de potencial ofensivo equivalentemente graves, tratados de forma diferenciada. Transportando ambas as normas para a vida prática, teríamos alguns absurdos tais como:

- a) Condenado por crime de atentado violento ao pudor, a 8 (oito) anos de reclusão, cumprirá a pena integralmente no regime fechado. Condenado por crime de tortura, seguida de morte, a uma pena de 8 (oito) anos de reclusão, cumprirá apenas 1/6 no regime fechado, podendo progredir. Qual dos crimes é o mais grave?
- b) Condenado por estupro, a pena, mínima, de 6 (seis) anos, deverá cumpri-la integralmente em regime fechado. Condenado por crime de tortura seguida de lesão corporal gravíssima, por exemplo, a extirpação do órgão sexual masculino, a pena mínima de 6 (seis) anos, terá direito à progressão. Qual crime é o mais grave?
- c) Nos dois exemplos anteriores, os acusados do atentado violento ao pudor e do estupro, não poderão obter liberdade provisória, ao passo que os agentes das duas espécies de tortura poderão, ainda quando tiverem cometido o crime contra criança, deficiente ou adolescente.
- d) O homicídio qualificado pelo emprego de tortura é crime hediondo. Trata-se de crime em que o agente deseja simplesmente matar outrem, utilizando-se todavia, de tortura, isto é, do emprego de meios que signifiquem “a inflição de mal desnecessário para causar à vítima dor, angústia, amargura, sofrimento. O crime de tortura, seguido de morte, não é hediondo. Neste crime, o agente constrange a vítima, mediante violência ou grave ameaça, causando-lhe sofrimento físico ou mental, para por exemplo, obter uma informação, ou em razão de discriminação racial ou religiosa, e, por negligência, por falta de cuidado, acaba produzindo a morte. O tratamento dado ao acusado e ao condenado pelo homicídio qualificado pela tortura é muito mais severo (não tem direito à liberdade provisória, cumprirá a pena integralmente no regime fechado), do que aquele conferido ao acusado da tortura seguida de morte (pode responder o processo em liberdade e progredir no cumprimento da pena etc.). Evidentemente, são crimes de gravidade tal que exigem tratamento equânime e isonômico, como, aliás determinou a Carta Magna. A tortura seguida de morte é crime mais grave que o homicídio qualificado pela tortura, apesar de este ser doloso e aquele preterintencional, em face da aplicação de sofrimento tão grave, da imposição de violência capaz de, mesmo sem o desejar o agente, causar a

morte da vítima, em razão do elemento subjetivo indispensável à sua configuração.

De toda obviedade que não podem as duas ordens conviver em harmonia. E o Direito, sabemos, é um conjunto de normas que se harmonizam, que se complementam e que convivem sem atritos, sem conflitos.

Não permitir ao preso a passagem para um regime mais benéfico, quando ele reúne todos os pressupostos favoráveis à concessão, é suprimir-lhe a possibilidade e a esperança da reeducação, ressocialização, o que, à toda evidência, não se coaduna com as bases preconizadas pelo moderno Direito Penal.

### **1.3 Crimes Hediondos e os Pactos Internacionais assinados pelo Brasil**

No campo do Direito Penal, o respeito aos direitos humanos, compromisso de política, vem estatuído tanto Carta Política da Nação (CF/88), que eradica as penas de morte, salvo a hipótese de guerra, de caráter perpétuo, de trabalhos forçados, de banimento e, por fim, as cruéis de todo o gênero (art. 5º, inciso XLVII), como na Parte Geral do Código Penal, que consagra o respeito à integridade moral e física do preso (art. 38). Outrossim, aparece na Lei de Execução Penal, que proclama como objetivo da execução das penas, o propiciamento de “condições para a harmônica integração social do condenado e do internado” (art. 8º).

O princípio de humanismo que norteia o direito penal não pode servir, sob pena de sua desmoralização, para destituição do caráter punitivo deste. Antes deve ser entendido como a exigência de uma relação recíproca entre sociedade e indivíduo condenado, de tal modo que aquela não se omita na responsabilidade sobre o delinqüente, promovendo ajuda e assistência social, e este, decididamente, resolva se recuperar.

Nesta área, o Pacto Internacional dos Direitos Cíveis e Políticos e o Pacto de São José da Costa Rica representam os principais tratados ratificados pelo Brasil.

O Pacto Internacional dos Direitos Cíveis e Políticos foi adotado pela Resolução número 2.200-A da Assembléia Geral das Nações Unidas, em 16 de dezembro de 1966. No Brasil foi aprovado pelo Decreto Legislativo número 226, publicado em 13 de dezembro de 1991. Após, foi ratificado em 24 de janeiro de 1992 e promulgado pelo Decreto número

592, publicado em 7 de julho de 1992, quando entrou em vigor. Este decreto em seu artigo primeiro versa o seguinte: "O Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, apenso por cópia ao presente Decreto, será executado e cumprido tão inteiramente como nele se contém.")

Não obstante, o artigo sétimo do referido pacto determina que:

Ninguém poderá ser submetido a tortura, nem a penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes. Será proibido, sobretudo, submeter uma pessoa, sem seu livre consentimento, a experiências médicas ou científicas.

Além deste, em 22 de novembro de 1969, em San José de Costa Rica, foi adotada pela Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, a Convenção Americana de Direitos Humanos, chamada de "Pacto de San José da Costa Rica". Este pacto foi assinado pelo Brasil em 25 de setembro de 1992 e promulgado pelo decreto numero 678, publicado em 09 de novembro de 1992, quando entrou em vigor.

Ao promulgar este tratado, o referido decreto, em seu artigo primeiro, determinou o seguinte:

A Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), celebrada em São José da Costa Rica, em 22 de novembro de 1969, apensa por cópia ao presente Decreto, deverá ser cumprida tão inteiramente como nela se contém.

Assim, também em vigor em nosso país, o referido pacto garante o seguinte:

Artigo 5º - direito à integridade pessoal; 2 -Ninguém deve ser submetido a torturas, nem a penas ou tratos cruéis, desumanos ou degradantes. Toda pessoa privada de liberdade deve ser tratada com o respeito devido à dignidade inerente ao ser humano; 6 - as penas privativas de liberdade devem ter por finalidade essencial a reforma e a readaptação social dos condenados.

Diante destes compromissos assumidos pelo Brasil em preservar os direitos humanos, o regime integralmente fechado e o livramento condicional extraordinário encontram-se em total desacordo com os mesmos, uma vez que ambos ferem a dignidade humana por trancafiarem os apenados por um longo período sem concederem a estes benefícios proporcionais a sua ressocialização.

Abonam esta desinteligência as posições tomadas pela justiça federal, em relação à progressão de regimes para os condenados pelo crime hediondo de tráfico internacional de entorpecentes, que são de sua competência. Nestes casos, são várias as jurisprudências que confirmam como revogado tacitamente o parágrafo primeiro, do artigo segundo da Lei de Crimes Hediondos. Vejamos, como exemplo, posição tomada pelo Tribunal Regional Federal da Terceira Região:

Concede-se de ofício ordem de habeas corpus aos réus para autorizar a progressão do regime prisional, nos termos do artigo 33, § 2º, do código penal e do artigo 112 da lei nº 7.210/84. O juízo das execuções penais examinará quando e se os condenados preenchem os requisitos concretos. O artigo 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90 foi revogado pelo pacto internacional de direitos civis e políticos, artigo 7º, que foi ratificado pelo Brasil, em 24.01.92. Constitui tratamento cruel a um condenado submetê-lo, integralmente, durante o cumprimento da sanção, a regime mais gravoso, excluindo a possibilidade de, pelo mérito, demonstrar que faz jus à progressão prisional."<sup>1</sup>

No mesmo sentido, posicionou-se o Tribunal Regional Federal da 1ª Região:

Regime fechado integralmente Lei 8.072/90- Crimes Hediondos e correlatos. Revogação pelo Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos - artigo 7º, ratificado pelo Brasil. Tratamento cruel (HC Boletim nº 73- Jurisp. Dez/98, p.311).

Quando o Brasil subscreveu o Pacto de San José da Costa Rica, com vigência entre nós por força do Decreto Presidencial n. 678, de 6 de novembro de 1992 (ambos publicados na Revista Brasileira de Ciências Criminais n. 1, p. 253 e s.), a observância de regras e princípios do diploma referido é de rigor.

Acerca da aplicação dos Tratados em prol dos direitos humanos, o insigne Mestre Valério de Oliveira Mazzuoli, tratou o tema de maneira clara e brilhante, proferindo:

Se pactuamos com normas que objetivam garantir um dos princípios fundamentais do homem, qual seja, a liberdade, inaceitável se apresenta a sua inobservância face à violação de um compromisso assumido, por nós, e em prol de nós mesmos. Não se quer dizer com tal assertiva, que os preceitos normativos oriundos do direito das gentes sempre venham a suplantar, de maneira irrestrita,

---

<sup>1</sup> No mesmo sentido: ApCrim 98.03.085753-3/SP, TRF3, DJ 08.06.1999 p. 490; ApCrim 98.03.038323-0/SP, TRF 3, DJ 14.09.1999 p. 543; ApCrim 98.03.066412-3/SP TRF3, DJ 22.02.2000 p. 680; HC 0115407-9, TRF1, DJ 27.04.92, p. 10.261; ApCrim 0408948-9, TRF4, DJ 23.08.90; RCCR 446568-2, TRF4, DJ 08.03.95, p. 11.881.

o nosso ordenamento interno em detrimento da Constituição da República. Absolutamente, não. Com exceção dos tratados de direitos humanos, como foi visto, nenhum outro tem o condão de se sobrepor aos mandamentos constitucionais. O que se pretende é dar luz a tais direitos para que eles – como nos ensina Flávia Piovesan – "venham a projetar-se no direito constitucional, enriquecendo-o, e demonstrando que a busca de proteção cada vez mais eficaz da pessoa humana encontra guarida nas raízes do pensamento tanto internacionalista quanto constitucionalista. (*A influência dos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos no direito interno brasileiro*, in [www.jus.com.br](http://www.jus.com.br).)

Diante disso, nos posicionamos no sentido de que a impossibilidade de progressão de regime, e, por analogia, o livramento condicional extraordinário, foram revogados tacitamente quando da promulgação da ratificação do "Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos" e do "Pacto de São José da Costa Rica". Esta afirmação se dá porque ambos operam contra a o direito, garantido pelo primeiro e pelo segundo pactos, de que "ninguém deve ser submetido a torturas, nem a penas ou tratos cruéis, desumanos ou degradantes". Além disso, a mesma impossibilidade de progressão de regime também obra contra outro compromisso assumido no segundo Pacto de que "as penas privativas de liberdade devem ter por finalidade essencial a reforma e a readaptação social dos condenados".

E, seja como for, hoje, quando o Brasil subscreveu o Pacto de São José da Costa Rica, expressamente assumiu o compromisso de que "as penas privativas da liberdade devem ter por finalidade essencial a reforma e a readaptação social dos condenados. Guardadas as reservas quanto à "reforma do condenado", lembremo-nos que o Pacto é de 22 de novembro de 1969 e esta expressão reflete o retrato das crenças de sua época, este diploma tem força de lei entre nós tanto pela expressa regra do artigo 2º do Decreto Presidencial, que determina a observância do que nele se contém, quanto por ensejar recurso especial a teor do que dispõe o artigo 105, inciso III, letra a, da Constituição Federal.

## **2. A Nulidade da Lei de Crimes Hediondos**

Segundo a melhor doutrina, interpretar uma lei é perscrutar-lhe o seu sentido, o seu fim, aquilo que a norma, na sua finalidade, quis ou pretendeu dizer.

Sobre o tema, JÚLIO FABRINI MIRABETE, preleciona, *verbis*:

A interpretação é o processo lógico que procura estabelecer a vontade da lei, que não é, necessariamente, a vontade do legislador. A lei deve ser considerada como entidade objetiva e independente e a intenção do legislador só deve ser aproveitada como auxílio ao intérprete para desvendar o verdadeiro sentido da norma jurídica (MIRABETE, 1992, p. 700).

E ainda, do mesmo autor:

Na interpretação da lei, deve-se atender aos fins sociais a que ela se dirige a às exigências do bem comum' (art. 5º da LICC). Deve-se, porém, ter em vista na interpretação da lei processual penal que a tutela da liberdade individual está compreendida nos imperativos do bem comum e que o fim da pena é promover a integração social do condenado (art. 1º da LEP).

Nesta conformidade e tendo em mira esses princípios, o juiz, quando se deparar com uma norma que lhe pareça inconstitucional ou que atente contra os princípios por ela mesma traçados, deverá como tal considerá-la na primeira hipótese ou, na segunda, deverá deixar de aplicá-la e, desse modo, aplicará a disposição que lhe pareça mais justa ante o caso concreto que lhe é submetido.

O julgador, portanto, é antes de tudo verdadeiro intérprete da vontade do legislador expressa na norma, mas, evidentemente, não ficará adstrito a tal vontade quando essa afrontar a consciência social ou os direitos fundamentais da pessoa humana assegurados na Constituição Federal de 1988.

A desobediência a uma norma pré-fixada (considerada injusta ou inconstitucional), não implica, necessariamente, no rompimento ou esfacelamento do ordenamento jurídico porque, na essência, o próprio fim preconizado pela norma agendi é a realização do Direito, esse o fim último da ciência jurídica.

O legislador ordinário, entendo, ao fixar o cumprimento integral da pena em regime fechado, atentou, sem sombra de dúvidas, contra o princípio maior, porque previsto na Constituição Federal, da individualização da pena, além de ferir os princípios que regem a própria aplicação e execução da norma legal devendo por isso, a disposição proibitiva, ser declarada de forma incidental, inconstitucional, com a sua não aplicação ao caso vertente, decorrendo, em consequência, o deferimento da progressão almejada caso o recorrente atenda os demais requisitos legais para a obtenção daquela.

Por outro lado, é oportuno ainda registrar a incoerência e açoitamento do legislador ordinário na elaboração apressada da disposição restritiva (Lei dos Crimes Hediondos), pois, dispondo logo depois sobre a possibilidade do agente criminoso em tais circunstâncias, obter livramento constitucional desde que cumpridos dois terços (2/3) da pena, não sendo reincidente, permitiu o mais quando proibiu o menos. Nesse sentido, constata-se que, o legislador nacional, apercebendo-se do seu lamentável equívoco na edição da aludida norma draconiana, quis abrandar o seu rigorismo fazendo inserir no texto legal a nova disposição atenuadora e permissiva.

## **2.1 Restrição de Direitos Fundamentais pelo Poder Legislativo**

O legislador ordinário não pode ir além do que lhe foi autorizado pelo Poder Constituinte. Pode-se dizer, com a devida proporcionalidade, que a norma constitucional está para a lei regulamentadora tal qual o decreto está para a lei que lhe exige especificação: contém-se no seu interior, mas não lhe pode contrariar, vai apenas até o limite que a norma de hierarquia superior lhe permite, se coordena sem quebrar a coerência do sistema. Não pode, portanto, a norma regulamentadora ir além da que lhe dá significado, esta contém o princípio, a *ratio*, o *telos* pelo qual aquela está vigendo – indo além do que lhe é autorizado, impossível é admitir-se sua validade.

Pontes de Miranda, aliás, salienta que:

Se a lei, em relação à Constituição, ou o decreto ou regulamento, em relação à lei, reproduz a regra jurídica hierarquicamente superior, com podamento, acréscimo, substituição, ou pontuação deformante, o Poder Legislativo, que editou tal lei, ou o Poder Executivo, que lançou tal decreto ou regulamento, exorbitou das suas funções, e é *nulo* o que se afasta do texto inserto, deturpando-o. (PONTES DE MIRANDA, 1967, p. 312)

Não há de se falar, portanto, que, a partir da interpretação teleológica da norma principal, a norma inferior regulamentadora tem poderes plenos para especificar, quando apenas lhe é dado colocar em prática, detalhar, conformar o preceito constitucional com a realidade. A conformação de direitos fundamentais não significa que o legislador possa dispor deles; significa apenas a necessidade da lei para "garantir" o exercício de direitos fundamentais.

Essencial, posto isso, é observar que a individualização da pena não está, e não deve ser, definida pela Lei Ordinária. Diz-se, apenas, que esta deve regulá-la; fornecer condições para que seja colocada em prática, dar voz à norma constitucional que lhe outorga a razão de ser. É bem diferente ler-se, no art. 5º, XLVI: "A lei regulará a individualização da pena", do que "A lei individualizará a pena", ou mesmo "a lei definirá a individualização da pena". Quando se usou o verbo regulará estabeleceu-se que a individualização já tem conceito, a ser apenas regulado (garantido) pela lei ordinária.

A individualização não é um poder outorgado do legislador constituinte ao Poder Legislativo, mas sim um direito fundamental previsto no tábua do art. 5º, devendo apenas ser posto em prática, adaptado, pelo Congresso Nacional. A LEP é uma regulamentação da individualização executiva da pena. A lei dos crimes hediondos ultrapassa o limite que lhe é dado, vedando a individualização. Esta lei ordinária, verdadeira aberração no ordenamento, é da mesma envergadura da norma constitucional, define uma outra individualização, que não a constitucional (aliás, o que ela define sequer é uma individualização, senão o seu contrário). Vai além dos limites, extrapola os direitos fundamentais da pessoa humana.

Nesse sentido, não é outra a lição de Alberto Silva Franco: "embora a Carta Magna afirme que a 'lei regulará a individualização da pena', força é convir que a lei pode dar parâmetros para a atuação judicial, mas não poderá, de modo algum, obstar que se realize a individualização punitiva". (FRANCO, 1994, p. 141).

O telos da norma constitucional não é o de declinar competência para o órgão legislativo ordinário, dando margem à arbitrariedade legiferante – é, isso sim, conformar direitos fundamentais, adaptando às exigências específicas da realidade. Salienta, com razão, Jorge Miranda, que:

os órgãos de fiscalização da constitucionalidade devem raciocinar não tanto com base em juízos lógico-formais quanto em juízos valorativos, procurando soluções constitucionais adequadas; e há-de ser através destes juízos, descendo ao fundo das coisas e não se contentando com quaisquer aparências, que os órgãos de fiscalização devem apreciar a constitucionalidade das leis concretizadoras de normas constitucionais programáticas ou, por exemplo, das que se contendam com os princípios da igualdade e da proporcionalidade e com os limites e restrições a direitos fundamentais. (MIRANDA, 1996, p. 344-345)

## 2.2 Da execução da pena enquanto fase de sua individualização

Com efeito, poderia o Estado, em nome da coletividade, punir draconicamente, isto é, com uma pena carcerária de longa duração, para além da culpa do agente, com o fito de oferecer um “exemplo” aos demais súditos?

A se oferecer uma resposta afirmativa à indagação precedente, teremos a edificação do terrorismo penal no qual o ser humano, mais especificamente o condenado, é utilizado como um meio para se conseguir um fim. Ora, tal hipótese representa gritante ofensa à dignidade humana, entendida, nesse passo, como respeito ao indivíduo que não pode ser coisificado e manipulado ao saber das inclinações ideológicas de cada época.

A Constituição garante a todos os condenados o direito à individualização da pena (art. 5º, inc. XLVI). Como disserta Luiz Luisi, “esta se opera em três planos, ou seja, no momento da cominação (individualização legislativa), de sua aplicação (individualização judiciária) e no de sua execução (individualização executória)”. Por isso, continua o acatado mestre gaúcho, de acordo como disposto no inciso XLVIII do mesmo art. 5º, a pena deverá ser cumprida em estabelecimentos distintos tendo presente não só o delito, mas também a idade e o sexo do apenado”.<sup>2</sup>

Sobre o tema o eminente jurista Alberto Silva Franco, anota:

A questão da individualização da pena tem sido objeto de exame em três níveis diversos: constitucional, legal e judicial. Não há dúvida de que a individualização da pena assumiu, na Constituição Federal, a condição de direito fundamental do cidadão posicionado frente ao poder repressivo do Estado.<sup>3</sup>

Isso quer significar, na trilha de Alberto Silva Franco, que não é possível, em face da ordem constitucional vigente, a cominação legal de pena determinada na sua quantidade, nem a aplicação de pena sem a intervenção judicial para efeito de adaptá-la ao fato concreto e ao delinqüente. Em nenhuma dessas situações haveria um processo individualizador da pena: tudo já estaria preordenado, predisposto, o que entraria em atrito com o conceito de individualização, que quer dizer, do ponto de vista vernacular,

---

<sup>2</sup> Pena e Constituição, nos “Fascículos de Ciências Penais”, 1990, v.3, n.1, p.26.

<sup>3</sup> Lei de Crimes Hediondos. Na perspectiva do legislador penal e do juiz criminal, nos “Fascículos de Ciências Penais, 1992, vol.5, n.2, p.52).

“considerar individualmente”, um a um, em separado” (MORAIS, 1953, p. 931). Este é o sentido e o objetivo da norma constitucional”

A Constituição, como visto, exige que a pena seja individualizada, a lei penal determina a espécie de pena, os marcos penais (mínimo e máximos punitivos) e os critérios que devem nortear o juiz no processo individualizador; o juiz, na sentença, no exercício de um poder discricionário vinculado, escolhe a espécie de pena e individualiza, dentro das pautas penais, a quantidade de pena adequada à hipótese fática e a pessoa do delinqüente. Mas determinada, no decisório, a pena que se ajusta ao caso particular, cessou de imediato, o processo individualizador? Evidente, não. Mais importante do que a sentença em si é o seu cumprimento na prática, porque é na execução que a pena cominada pelo legislador, em abstrato, ajustada pelo juiz ao caso em exame, encontra o seu momento de maior concreção. É aí que o processo individualizador chega a sua derradeira fase: adere de modo definitivo, à pessoa do condenado.

A matéria relativa à progressão, vem disciplinada pelo Código Penal no artigo 33, § 2º, o qual prescreve que as penas “deverão ser executadas em forma progressiva, segundo o mérito do condenado...”. Já o artigo 112 da Lei de Execução Penal (n 7.210 de 11/07/84), de forma menos rigorosa que a Lei n. 6.416/77, preceitua que a transferência para o regime menos rigoroso será determinada pelo Juiz, “quando o preso tiver cumprido ao menos um sexto da pena no regime anterior e seu mérito indicar a progressão a progressão”. Observa-se tal qual se tem registrado na doutrina, que a jurisdicionalização da execução penal, a esse respeito, ainda que corretamente condicionada à verificação do mérito do preso, é plena. Como argumenta Miguel Reale Júnior, em ensaio sobre o ainda Anteprojeto da Lei de Execução Penal, “a tentativa de humanização da execução da pena privativa de liberdade assenta-se em variadas medidas, devendo-se lembra (...) a maior jurisdicionalização da execução, ou seja, a outorga ao juiz da competência para decidir sobre a passagem do condenado de um regime mais rigoroso para outro menos rigoroso, bem como o inverso”.<sup>4</sup>

De fato a verificação do mérito do sentenciado ao lado da realização do exame criminológico representa, rigorosamente falando, a verdadeira individualização que, de acordo com a precisa expressão da Exposição de Motivos do Código Penal, se completa o curso do procedimento executório. É o meio pelo qual, ao menos em tese, pode-se dizer

---

<sup>4</sup> “Anteprojeto de Lei de Execução”, in: “Novos rumos ao sistema criminal”, RJ, ed. Forense, 1983, p.78.

que, experimentando uma situação de menor constrição o sentenciado vai se tornando apto para o convívio social. Não que esta hipótese deixe de ser uma expectativa, ou uma presunção teórica, mas, se a pena é transitória, torna-se evidente que o rompimento do círculo totalmente fechado de um estabelecimento de segurança máxima joga um papel positivo.

À primeira vista, na medida em que se vai mitigando o sofrimento do sentenciado com a sua colocação em regime menos construtivo ou, se preferir, mais benigno, pode-se ter a impressão que a instituição do sistema progressivo representa apenas um compromisso com o princípio da humanidade que deve se reger a execução penal<sup>5</sup>. Embora essa identificação seja correta, não pode passar despercebido que a progressão tem um profundo sentido de prevenção especial quando adere ao condenado, permitindo-lhe o quanto antes usufruir da liberdade. Com as altas taxas de reincidência, o funcionamento do regime fechado tem-se revelado uma falácia desse ponto de vista.

Sem embargo a possibilidade, ainda que remota em não poucos casos, de o reeducando, como se costuma dizer nas penitenciárias paulistas, melhorar a sua situação prisional tem um importante caráter instrumental-funcional para se conseguir impor a disciplina nos já cadeiões, distritos policiais, nos quais não poucos cumprem penas e, claro, na Casa de Detenção etc. Como sabiamente escreve o Ministro Assis de Toledo, “se retirarmos do condenado a esperança de antecipar a liberdade pelo seu próprio mérito, pela conduta disciplinada, pelo trabalho produtivo durante a execução da pena, estaremos seguramente acenando-lhe, como única saída, a revolta, as rebeliões, a fuga, a corrupção”.<sup>6</sup>

A LEP contém a regulamentação adequada para a individualização da pena, em nível de execução. Agravar a execução é uma coisa; destituir o juiz do poder de particularizar o regime é outra. Se o legislador considerava branda demais a Lei n. 7210/84, que estabelecesse novas regras para a individualização, não que a impedisse. Se queria dar tratamento rigoroso a essa "etiqueta" de delinquentes, que o fizesse, mas usufruindo de seus meios, e não invadindo a competência do Judiciário.

De fato. Poderia o legislador, agravando ao máximo a situação desses delinquentes, estabelecer, em tese, que o juiz poderia, inclusive, estabelecer regime integralmente

---

<sup>5</sup> José Eduardo de Goulart em: “Princípios informadores do direito de execução penal”, SP, ed Revista dos Tribunais, 1994, p. 107 e 109.

<sup>6</sup> A modernização das leis penais, em: “Justiça penal 3. Críticas e sugestões”, coord. Jaques de Camargo Pentead, SP, ed. Revista dos Tribunais, 1995, página 200.

fechado. Dizendo que ele assim deve fazer, infringiu norma que estabelece a separação dos poderes, já que invadiu competência jurisdicional.

O inciso XLVI, art. 5º, da CF, não concede o direito à progressão de regime, e sim direito à individualização da pena, o que, na legislação infraconstitucional, se faz a partir da progressão (solução que se tem mostrado mais eficaz para a ressocialização do delinqüente). O legislador não pode individualizar a pena, vedando a progressão – somente o juiz poderia. Isso, é evidente, em tese, porque tal decisão também entraria em conflito com o princípio da humanidade das penas.

Desta feita, conclui-se, inclusive, que existem evidentes antinomias no ordenamento – não podendo uma norma prescrever que a execução penal tem por objetivo (...) proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado (art. 1º da Lei n. 7.210/84), e outra estabelecer regime integralmente fechado (art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/90), segregando indivíduos que, inevitavelmente, voltarão ao fluxo social (por via legal ou ilegal).

Ressalte-se que, de tal maneira norteia a aplicação da lei penal o princípio da ressocialização da pena, ratificado pelos avanços criminológicos que demonstram, efetivamente, que a pena privativa de liberdade não melhora – e sim piora, estigmatizando (*labeling approach*) – observando que, quanto menor o tempo possível de mantimento de delinqüentes enclausurados, menor probabilidade haverá de uma resposta insatisfatória no retorno à sociedade, que se formou corrente jurisprudencial no sentido da prevalência da ressocialização do delinqüente sobre o dispositivo inconstitucional.

Luís Flávio Gomes, com clareza e objetividade costumeiras, assim descreve esse fenômeno:

concluiu-se que a pena de prisão não é capaz de ressocializar o delinqüente, como, pior, é altamente dessocializadora: esta é... a conclusão das ciências sociais, particularmente da Penologia e da Criminologia. A idéia de tratamento, *sobretudo em regime fechado*, entrou, em conseqüência, em crise".(GOMES, 1999, p. 71)

O legislador abusou de seu poder, atuou como constituinte, estabeleceu uma individualização à parte, porque sequer é individualização. A medida baseada na ideologia do "Direito Penal Simbólico" está ancorada em generalização da pena, em caráter evidentemente oposto à individualização que Constituição Federal de 1988 prevê.

A pena está na sua execução, diz Bettiol.

De nada serve estabelecer, em teoria, critérios de individualização da pena, ver consagrados nas sentenças dos juizes penais esses critérios se, depois, tudo que fora normativamente estabelecido e jurisdicionalmente determinado, não é, através da execução da pena, observado (BETTIOL, 1976, p.175-176).

Disso tudo se deduz o fato de que a individualização da pena, com o benefício do regime prisional progressivo, insere-se no tronco comum do processo individualizador que se inicia com a atuação do legislador, passa pela ação do juiz e se finda, ao atingir o nível máximo de concreção, na execução penal.

Embora relativamente óbvia, a questão é de suma relevância, uma vez que um dos argumentos principais do STF, ao declarar constitucional o dispositivo legal, é de que a fixação do quantum da pena já é suficiente para sua individualização.<sup>7</sup>

Ora, na medida em que o critério de individualização não pode ser restringido, uma vez que é direito fundamental do condenado, é impossível ao legislador suprimir tal fase, fazendo uma exacerbação do seu poder. O fulcro da questão está na presença da individualização na CF/88, devendo apenas ser garantida pelo Congresso Nacional. O ministro Paulo Brossard, em decisão acerca do assunto<sup>8</sup>, coloca como legítimo o Parlamento nacional para tal fixação in abstracto, já que a CF/88 lhe outorga tais poderes. Já vimos, contudo (item 1), que esse poder não existe, é lhe dada apenas a conformação. O direito à individualização está fixado na Constituição. Individualizar é tarefa jurisdicional, competência exclusiva do Poder Judiciário.

Quando o ministro diz que a individualização seria regulada pelo legislador ordinário, dentro da discricionariedade que lhe foi outorgada, argumentou contra si próprio, porque a discricionariedade é um *poder controlado*, e, sem sombra de dúvida, o Congresso Nacional ultrapassou os limites que lhe foram impostos quando invadiu competência jurisdicional. A jurisdição é atividade exclusiva do Poder Judiciário.

---

<sup>7</sup> STF – HC 69657-1 – Rel. Min. Francisco Rezek – in FRANCO, Alberto Silva, ob. cit, p. 620

<sup>8</sup> STF – HC 69603-1 – Rel. Min. Francisco Rezek – in FRANCO, Alberto Silva, ob. cit, p. 620

## 2.3 Violação do Princípio da Humanidade e do Princípio da Proporcionalidade

Canotilho afirma que "o princípio da proibição do excesso (ou da proporcionalidade em sentido amplo)... constitui um *limite constitucional à liberdade de conformação do legislador...* no exercício do seu poder ou *liberdade de conformação dos pressupostos das restrições* de direitos, liberdades e garantias, o legislador está vinculado ao princípio material da proibição do excesso" (CANOTILHO, 1998, p. 417).

Desvirtuando a individualização da pena, generalizando o que deve ser individualizado, excedeu o legislador ordinário o seu poder, infringindo o princípio da proporcionalidade. Os meios do legislador, ao estabelecer regime integralmente fechado para os apenados por crimes hediondos, ao invés de irem ao encontro dos fins da norma constitucional, desviaram-se, adquiriram um rumo imprevisto, guiado por uma política criminal retributiva e simbólica. Não há, propriamente, um excesso de meios, causando desproporção; há, isso sim, meios inadequados, até opostos ao fim da norma, impedindo, conseqüentemente, sua concretização. O legislador ordinário não resguardou proporção – simplesmente ignorou-a, tomou a regulamentação como restrição, e, ao invés de conformar, adaptar, regulamentar a norma, restringiu-a, abusando de seus meios, senão até fugindo deles.

O princípio da humanidade das penas, na lição de Jescheck, citado por Luís Flávio Gomes, impõe que:

Todas as relações humanas que o Direito Penal faz surgir no mais amplo sentido se regulem sobre a base de uma vinculação recíproca, de uma responsabilidade social frente ao delinqüente, de uma livre disposição à ajuda e assistência sociais e de uma decidida vontade de recuperação do condenado... dentro dessas fronteiras, impostas pela natureza de sua missão, todas as relações humanas reguladas pelo Direito Penal devem estar presididas pelo princípio da humanidade. (GOMES, 1999, p. 67)

Posto isso, pergunta-se: há, por acaso, alguma humanidade ou tentativa de ressocialização em estabelecer-se regime integralmente fechado a um apenado? Evidentemente não. A ideologia que norteou a feitura deste absurdo jurídico-penal é a baseada no sistema punitivo-expiatório (mesmo no sistema retributivo penal se coloca como mandamento a individualização executiva da pena (BETTIOL, 1976, p.175/176), onde sequer preocupou-se em colocar a pena como defesa, e sim como "mal pelo mal",

retribuição, quando não até vingança. Certamente, aliada ao terrorismo penal da prevenção geral, negativa ou positiva (a pena como coação psicológica, cf. Feuerbach, ou como meio simbólico de integração social, cf. Durkheim e Jakobs, respectivamente), vigorou a ideologia da retribuição na sua feição mais antiga, talional, na forma que viram Kant e Hegel .

Ignorou o legislador, inclusive, que mais efetiva que a pena *elevada* é a pena *certa*, mais intimidante que a sanção *rigorosa* é a sanção *eficaz*. A pena somente quando é justa e quando é aplicada de modo infalível e rapidamente é que pode gerar algum efeito preventivo.

Requer-se da Justiça uma firmeza inexorável em suas decisões. Inexorabilidade não quererá dizer um excessivo rigor na punição, nem a aplicação de penas cruéis, longas, deverá significar, outrossim, que, ao crime, se siga a expectativa de uma pena e que esta seja efetivamente imposta sempre que merecida. A certeza, que se firma no consenso geral, de que só se fugirá à punição quando realmente excusável o delito, é que exercerá a melhor prevenção delinqüencial. É nesse sentido que a Justiça deve ser inexorável: porque deve ser justa e porque deve ser inflexível.

Pena executada, com um único e uniforme regime prisional, significa pena desumana, porque inviabiliza um tratamento penitenciário racional e progressivo; deixa o recluso sem esperança alguma de obter a liberdade antes do termo final do tempo de sua condenação e, portanto, não exerce nenhuma influência psicológica positiva no sentido de seu reinserimento social; e, por fim, desampara a própria sociedade na medida em que devolve o preso à vida societária após submetê-lo a um processo de reinserção às avessas, ou seja, a uma dessocialização.

O regime integralmente fechado, previsto na Lei dos Crimes Hediondos, merece severas críticas, pois não leva em conta toda uma política penitenciária, esquece a psicologia forense e as peculiaridades de cada sentenciado, sobretudo a adaptação a uma nova realidade social através do trabalho e da convivência, proporcionados na progressão dos regimes. Olvida-se o legislador de que o condenado nesta situação nada tem a perder, e o passo seguinte é o fomento das rebeliões, a fuga com reféns e a criação de verdadeiras quadrilhas, planejando e comandando empreitadas criminosas de dentro dos muros das casas de detenção e penitenciárias. Enfim, o que deveria ser uma etapa de regeneração transforma-se numa escola de aprimoramento da delinqüência organizada.

## 2.4 Dos reflexos e da efetividade da Lei nº 8.072/90

Não se trata, embora já fosse o bastante, de um argumento ético-humanitário, mas também de uma ponderação utilitária à sociedade. O criminoso preso em regime integralmente fechado, vivendo sob a égide de um sistema prisional falido, certamente não cumprirá integralmente a pena: a rebelião e a fuga são duas das mais prováveis conseqüências danosas. Mas o próprio ordenamento penal possui outras soluções: o livramento condicional e o sursis.

Ora, mesmo do ponto de vista utilitarista, sem dúvida norteador da elaboração desta lei, é preferível reinserir gradualmente o condenado a vê-lo recolocado no meio social sem qualquer processo de readaptação, bruscamente, gerando um perigo muito maior do que haveria se fosse adotado o sistema progressivo. Agamenon Bento de Amaral salienta com precisão:

É oportuno ainda registrar a incoerência e açodamento do legislador ordinário na elaboração apressada da disposição restritiva, pois, dispondo logo depois sobre a possibilidade do agente criminoso em tais circunstâncias, obter livramento condicional desde que cumpridos dois terços (2/3) da pena, não sendo reincidente, permitiu o mais quando proibiu o menos. Nesse sentido, constata-se que, o legislador nacional, apercebendo-se do seu lamentável equívoco na edição da aludida norma draconiana, quis abrandar o seu rigorismo fazendo inserir no texto legal a nova disposição atenuadora e permissiva" (AMARAL, in [www. Jus.com.br](http://www.Jus.com.br)).

A lei n. 8.072/90 seria eficaz se evitasse a criminalidade: enquanto executada, é um desastre, tanto para o criminoso, quanto para a sociedade.

Alberto Silva Franco, sem dúvida o maior representante do sentimento de ojeriza que perpassa na doutrina penal moderna em relação à Lei n. 8072/90, enfrenta a sua efetividade, afirmando:

Cedo, comprovou-se a inutilidade da lei dos Crimes Hediondos e seu efeito meramente simbólico tornou-se transparente. Amiudaram-se os fatos criminosos etiquetados como hediondos e a aplicação da lei revelou-se frustrante. Os "déficits de funcionamento" incentivaram o aumento da repressão ('more of the same'), com igual insucesso (ZAFFARONI e PIERANGELLI, 1999, p. 11).

## **2.5 Das lesões à Constituição Federal de 1988 da Lei nº 8.072/90**

Padece, sem qualquer sombra de dúvida – em que pese a douta jurisprudência dominante, ratificada, inclusive, pela Suprema Corte, do vício de inconstitucionalidade o art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/90, quando estabelece que "A pena por crime previsto neste artigo será cumprida integralmente em regime fechado". Infringe, com efeito, o art. 2º (já que invadiu competência jurisdicional) e o art. 5º, XLVI, instituídos como cláusulas pétreas pelo art. 60, § 4º, III e IV, da CRFB. Fere, além disso, o princípio da humanidade das penas, constitucionalmente representado – mas não exaurido – no art. 5º, XLVII; e o princípio da proporcionalidade.

Como já foi dito, houve restrição de direito fundamental, quando a única autorização era de conformar-se o direito, fato aquele absolutamente vedado pela Constituição Federal de 1988, Canotilho, aliás, ressalta:

O legislador não tem, no ordenamento jurídico-constitucional português (e igualmente no brasileiro), uma autorização geral de restrição de direitos, liberdades e garantias. A lei fundamental individualizou expressamente os direitos subjetivos a reserva de lei restritiva. Esta individualização expressa tem como objectivo obrigar o legislador a procurar sempre nas normas constitucionais o fundamento concreto para o exercício de sua competência de restrição de direitos, liberdades e garantias, e criar segurança jurídica nos cidadãos, que poderão contar com a inexistência de medidas restritivas de direitos fora dos casos expressamente considerados pelas normas constitucionais como sujeitos a reserva de lei restritiva" (CANOTILHO, 1998, p. 412).

Sem essa autorização, não podia o Congresso Nacional restringir a individualização da pena, quando sua tarefa era apenas regulá-la.

A incongruência tem sido, sem qualquer dúvida, uma praxe na edição de normas penais (v.g., em relação a aplicabilidade das penas alternativas aos crimes hediondos) pelo legislador pátrio, que – basta para isso observar as últimas leis penais (v.g. Lei n. 9.099/95, n. 9.714/98) – de certa forma, tem tomado outros rumos na política criminal, na busca sadia de uma opção mais humana.

## **CAPÍTULO VIII - POR UMA NOVA POLÍTICA CRIMINAL**

### **1. Rigorismo inútil**

Os filósofos gregos muito se preocuparam com o poder que a tópica retórica possibilitava.

Platão, por exemplo, pela fala de Górgias, observou que, apresentando-se perante uma assembléia popular um médico e um orador, para argumentar sobre qual dos dois deveria ser escolhido médico, muito provavelmente, o último, querendo, teria êxito.

Hoje e especialmente em nosso pobre Brasil, menos pela palavra que pela força das imagens e símbolos, a mídia consegue tal domínio sobre as massas populares. E o Direito Penal acaba sendo terreno propício à proliferação dos demagogos da mídia: os sofistas contemporâneos, que passam a idéia de que penas mais altas, menos benefícios no cumprimento da condenação e, enfim, tudo que signifique mais atemorização (ou aterrorização), acabaria por minorar o número de crimes.

Por conta de tal pressão, que se firma em argumentos preponderantemente emocionais, e não racionais, muitos desatinos têm sido cometidos por nosso legislador ordinário, freqüentemente extrapolando os limites que a Constituição lhe impõe.

Nesta mesma linha de equivocada demanda por repressão como meio de controle social, mais recentemente, a abordagem que tem sido dada à questão do crime organizado, tem causado perplexidade nos meios jurídicos democráticos. Incorre-se, com freqüência, no mesmo erro de editar leis, como a Lei 8.072/90 (Lei dos Crimes Hediondos), que se chocam frontalmente com as recomendações dos estudiosos, que preconizam mecanismos de controle social fora do Direito Penal e evidenciam a ineficácia das penas de longa duração ou de regime fechado de cumprimento de pena por longo tempo.

Não é atoa que se observa uma crescente onda criminalizadora expressa tanto em termos da criação de novos tipos penais (Código de Defesa do Consumidor, Estatuto da Criança e do Adolescente, Leis 8.072/90, 8.137/90 etc) quanto no clamor pelo recrudescimento das sanções. Acredita-se, ou somos conduzidos a isto, que com mais repressão penal se solucionará o problema da criminalidade.

O drama atual do Direito Penal é como adverte Miguel Reale Jr., “conciliar a tutela da segurança social com o respeito à pessoa humana”.<sup>9</sup>

No ano de 1074, em Budapeste, realizou-se o XI Congresso Internacional de Direito Penal, cujas resoluções avultam em importância não só pela repercussão, mas, sobretudo, pela atualidade das propostas. Neste conclave, novamente, destacou-se que a política criminal deve procurar atingir seus objetivos com um mínimo de repressão e um máximo de eficiência e a ação reeducativa, além de valer-se de remédios diferenciados segundo os delitos e os delinquentes. (As resoluções deste congresso foram publicadas na RDP 15/16, p.81, ed. RT, SP, 1974)

Por essas razões, nunca foi tão oportuna a sábia lembrança de Assis de Toledo:

A lei penal mais repressiva, com penas cruéis, já foi utilizada, aqui e alhures, mas contraditoriamente deu como resultado novos tipos de crime, como ocorreu com o gangsterismo por ocasião da lei seca, com a criminalidade profissional na Idade Média, com o mercado negro durante os tabelamentos de preço, apesar das punições estabelecidas. É um círculo vicioso interminável.

O problema, assim pensamos não reside na questão de ser benevolente com o crime (ninguém razoavelmente poderia sê-lo), mas de saber como contê-lo dentro dos limites socialmente toleráveis, de modo sério e verdadeiramente eficiente. Sem retóricas que a nada têm conduzido. Sem leis que ficam no papel e não são executadas. Por último, sem penas eternas, postas em confronto com a duração média da vida humana, que tornem irrealizáveis a disciplina nos presídios e o trabalho do Estado em prol da emenda do delinquentes. (TOLEDO, 1992, p. 217/218).

De fato, quando as condições de acesso aos bens mais mezesinhos (alimentação, saúde, habitação e escola) se tornam impensáveis, as normas da sociedade oficial, aquela que produz e deve lidar com os “excluídos”, “marginalizados” ou os “não-cidadãos”, não os atinge.

Não só deixa de ter eficácia intimidativa, como, antes ainda, não tem qualquer efeito motivador. É o caso do garoto favelado que cresce sob a inspiração e exaltação de valores ligados à criminalidade, onde a ruptura com as normas da sociedade social é manifesta. Neste contexto, falar em defesa da lei e da ordem só pode ter como significado a defesa da manutenção dos mecanismos de exclusão.

---

<sup>9</sup> Regimes Penitenciários e sistema progressivo em: “*Novos rumos do sistema criminal*”; RJ, ed. Forense, 1983

A miséria, a falta de acesso da população aos bens e serviços produzidos socialmente (falta de acesso à riqueza, à cultura, à saúde, ao bem estar, ao lazer etc.) levam enormes contingentes populacionais a uma irresistível revolta, expressa individualmente desorganizada politicamente através do crime.

É evidente, por outro lado, que uma sociedade, ainda que ostentando enormes desigualdades, mas com um projeto de vir a ser democrática também de um ponto de vista material, não pode prescindir de mecanismos de controle e, inclusive, socorrer-se de um endurecimento do sistema penal (polícia, processo, direito penal e sistema prisional).

Do contrário, vamos ter, numa reedição da “guerra de todos contra todos”, a criação de milícias privadas para defesa destes interesses, o que, como é notório em bairros de periferia, tem gerado a nefasta e inadmissível ação dos temíveis justiceiros.

Contudo, é igualmente claro que apostar no direito penal como forma de se criar uma sensação de segurança representa uma maneira de se iludir essa mesma sociedade.

O que se pode concluir, aliás, seguindo as pegadas de Luiz Flávio Gomes, é que uma série de razões, geralmente vinculadas à política econômica, “sempre foi e continuará sendo muito mais fácil adotar, frente à criminalidade, o modelo repressivo ou preventivo penal. A forma mais econômica e, muitas vezes, mais demagógica (simbólica) de dar uma resposta estatal popular ao problema da delinquência consiste na promulgação de uma lei penal dura” (GOMES, 1995, p. 29). Contudo, a incapacidade de a Lei de Crimes Hediondos conter a criminalidade atesta seu fracasso.

Hoje dói nos ouvidos a palavra vingança como expressão de resposta estatal para os casos de violação da norma penal. Soa como algo incivilizado. Malgrado o sentimento que as idéias de Durkheim, passados mais de cem anos da época em que se escreveu o clássico “A divisão do trabalho social”, provocam, não há outra maneira de se compreender a natureza penal na Lei de Crimes Hediondos quando suprime a progressão no regime prisional, ou quando exacerba desmedidamente as sanções.

Preocupante é perceber que o movimento generalizado da população mostra-se francamente favorável a uma postura incriminadora dessa natureza. Como se as feridas sociais decorrentes de tantas e tão grande mazelas fossem ser cicatrizadas com a imposição do castigo estatal. E mais preocupante ainda é que esse pensamento, como captou Damásio de Jesus, tem chegado à jurisprudência que, relegando garantias de natureza processual, “tem admitido, nos crimes societários, o recebimento da denúncia, carente da descrição da

conduta dos acusados, bastando a narração genérica do fato...”, pois “a nova ordem constitucional, preocupada com a grande criminalidade, fornece ao juiz elementos exegéticos para uma melhor inteligência do artigo 41 do Código de Processo Penal. (JESUS, 1995, p. 110).

## **2. Movimento Antiterror e Leis Suficientes**

As leis, como um dos instrumentos de controle social, têm caráter abrangente (ou seja, destinam-se à sociedade como um todo) e são legítimas e juridicamente aceitáveis quando não resultantes de clima passional de determinada época e, só serão juridicamente válidas e aceitáveis, enquanto persistir a existência dos mesmos fatos sociais que lhe derem origem.

No dia vinte e três de maio do corrente ano, perante um auditório inteiramente lotado na Faculdade de Direito de São Paulo, o histórico Largo de São Francisco, foi apresentada a Carta de Princípios que sustentou que a lei mais severa não é a medida acertada para combater o surto da criminalidade violenta e devolver à população o sentimento de segurança.

O evento contou com a presença dos ex-ministros da Justiça José Carlos Dias e Miguel Reale Júnior, professores e alunos e de centenas de operadores do Direito, foram expostas as razões determinantes do chamado **Movimento Antiterror**. Ele é formado por advogados, defensores públicos, magistrados, membros do Ministério Público e mestres de Direito Penal, de Direito Processual Penal, de diversas unidades federativas do País, comprometidos com a defesa do Estado Democrático de Direito e os princípios fundamentais da República, consagrados constitucionalmente, como o da cidadania e o da dignidade da pessoa humana.

O objetivo desses profissionais e estudiosos do sistema criminal, que se reúnem sob um ideal acima de interesses pessoais ou partidários é sensibilizar as instituições públicas e privadas e a sociedade para o equívoco representado por determinados projetos que tramitam no Congresso Nacional e que pretendem combater o aumento da violência, o crime organizado e o sentimento de insegurança com o recurso a uma legislação de pânico.

Há projetos visando o endurecimento da lei penal e a mutilação de garantias processuais que tramitam num cenário de propaganda como a que sustenta o aumento da reclusão para 40 anos. Alguns parlamentares, reagindo emocionalmente a tragédias recentes, que lamentavelmente ceifaram a vida de juízes, estimulam e direcionam o cenário do medo com a pretensão de aumentar o rol dos crimes hediondos quando a vítima for juiz, membro do Ministério Público ou delegado de Polícia.

Vivemos o círculo vicioso da violência, da dramatização da violência e da reação estatal geradora de mais violência. O problema da segurança pública é grave e não tem solução milagrosa. Depende de investimentos e reformas profundas.

Leis mais severas, penas mais altas, cerceamento ao direito de defesa, mais confronto armado, tolerância em relação aos abusos repressivos, maior número de presos, mais isolamento, presos sem perspectiva, juízes sem rosto. Nada disso, nem tudo, isso será capaz de gerar segurança e paz social.

“Leis nós temos, e não é aumentando penas que vamos inibir a criminalidade”, disse o presidente do STJ, Ministro Nilson Naves, lembrando que se isso fosse verdade, melhor seria instituir a prisão perpétua e a pena de morte, que não resolveram o problema da violência nos países que adotam esse tipo de condenação.<sup>10</sup>

Chega de cortinas de fumaça! Um grande exército de jovens brasileiros está condenado ao mundo do crime, sem perspectiva de estudo ou de trabalho. Apesar disso as grandes cidades brasileiras não têm políticas públicas voltadas para reverter o quadro de exclusão que as atinge.

A origem e o impulso da violência brasileira estão na marginalidade, não na frouxidão das leis penais.

Em 1995, o censo penitenciário indicava 148.760 presos no país, 95,4 para cada 100 mil habitantes. Hoje, segundo o Ministério da Justiça, há 284.000 presos ou 147,0 presos para cada 100 mil habitantes. O Estado de São Paulo abriga o maior número de detentos do Brasil: são 118.389, tem 320 detentos por 100 mil habitantes e o déficit no Estado é de 43.659 vagas.<sup>11</sup> É uma tendência de crescimento assustadora, mas não menor que a de aumento da criminalidade que a prisão supostamente diminuiria.

---

<sup>10</sup> Leis suficientes, Revista Consultor Jurídico, maio. 2003. Disponível em: < <http://www.conjur.uol.com.br> > Acessado em: 05/06/2003.

<sup>11</sup> Jornal o Estado de São Paulo, Caderno Cidades, 03/09/2003, p.C3

Queremos as forças armadas nas ruas? Queremos tanques de guerra voltados para os morros e para as periferias das grandes cidades? Queremos guetos? Queremos uma política informal de extermínio de bandidos? Queremos mais presos? Queremos um milhão de presos? Queremos crianças sendo tratadas como animais? São estes os ideais brasileiros de segurança pública?

No combate à violência, é preciso, antes de tudo, acertar o alvo. Mais ameaçadora do que a ação cotidiana do crime organizado é a falência do poder público. O sistema penitenciário brasileiro é frágil, cruel e corrupto. Nossas polícias são violentas, desarticuladas, despreparadas e também corruptas.

A possibilidade de um preso possuir telefone celular e liderar sua gangue é muito mais perigoso do que a possibilidade de progressão de regime no sistema penitenciário. O Brasil precisa de uma gestão eficiente e controlada do sistema carcerário, não de pirotecnia legislativa, boa somente para enganar a sociedade, útil apenas para campanhas eleitorais.

Mais assustador do que o envolvimento crescente de jovens no tráfico de drogas, tratados pelo Poder Judiciário com o rigor estrábico da Lei dos Crimes Hediondos, ainda que “pés- de-chinelo”, é o livre trânsito de armas nos redutos do crime. Isso se resolve com inteligência policial, não com cassetete em punho ou com canhão do Exército.

Assistimos mais uma vez, ao espetáculo político do vendaval repressivo fadado ao fracasso, porém capaz de estimular mais violência e de eliminar do horizonte conquistas civis inestimáveis.

Há um debate estéril sobre a aplicação das penas de morte e de prisão perpétua quando a Constituição as proíbe. Há um grave erro na tentativa de enfrentar a violência do crime com a violência da lei e de resolver a segurança dos estabelecimentos penais com a destruição física e mental de presidiários. Prega-se, aqui e ali, a "novidade" dos juízes sem rosto, uma débil contrafação de práticas em lugares dominados por turbulências revolucionárias e o triunfo da anarquia.

Montesquieu, no século XVIII, já deplorava esse número infinito de coisas que um legislador ordena ou proíbe, tornando os povos mais infeliz e se nada mais razoáveis.

O crime organizado tem seus vasos comunicantes com a desorganização do Estado e com o processo desenfreado de corrupção dele resultante. Somente a lei não irá dismantelar esse estado paralelo que afronta a autoridade pública e intimida a população civil condenada a ficar no meio dos beligerantes (policiais e traficantes), desviando-se das

"balas perdidas", essa enganosa expressão, um eufemismo do cotidiano que mascara o anonimato e diluía responsabilidade criminal.

A verdade elementar é que a violência e o crime devem ser enfrentados pela conjugação de esforços das instâncias formais (lei, Polícia, Ministério Público, Poder Judiciário, instituições, órgãos e estabelecimentos penais) e das instâncias materiais (família, escola, associações, universidade, etc) e para as quais devem convergir sentimentos e valores como a ética, a educação e a religião.

É possível ser duro com a criminalidade e radical na preservação de direitos e garantias individuais.

A proliferação de leis criminais não trará maior segurança à população. A propósito, vem à lembrança o pensamento de Lao Tse, Tao te King, citado pela criminóloga francesa Mireille Delmas-Marty, em sua obra *"A criação das leis e sua recepção pela sociedade"*: "Quanto mais interdições e proibições houver, mais o povo empobrece, mais se possuirão armas cortantes, mais a desordem se alastra, mais e multiplicam os regulamentos, mais florescem os ladrões e os bandidos".

### **3. Os elevados índices de reincidência**

A reincidência nos presídios de São Paulo está entre os 40% e 45%. A reincidência criminal, entre 58% e 62%. O governo do Estado de São Paulo gasta R\$ 55 milhões por mês para manter os presos nos 107 presídios do Estado, sendo que cada um dos presos custa R\$ 680,00 por mês, numa sociedade que o atual salário mínimo é de R\$ 240,00.

O progresso obtido em todos os campos de conhecimento humano ocorre, exatamente do estudo criterioso dos fracassos e suas causas. No entanto, este tipo de estudo não é realizado no Direito Penitenciário. Não se verificam dados fidedignos que comprovem que a reincidência é oriunda das prisões ou a acontecimentos posteriores a libertação do condenado.

Tal comparação de dados, é feita tendo-se por base os índices de outros países, que apesar de também não apresentarem um nível de confiança adequado, nem estarem nos mesmos padrões sócio-econômicos que o Brasil, são o único material que informam algo a

este respeito, já que os países latino americanos não apresentam dados confiáveis. Fato este que, praticamente impossibilitam a implantação de uma política criminal eficaz.

A resposta mais óbvia para o alto nível de reincidência, seria a soma dos dois fatores, tanto o caráter nefasto das penitenciárias sobre os reclusos, quanto aos fatores endógenos destes. Não se esquecendo do meio do qual não podemos esquecer, é a estigmatização do egresso, que não conseguindo se adaptar ao meio social, volta a delinquir.

Não se pode concluir que o sistema prisional é o principal fator de reincidência, mas uma coisa é certa o sistema penitenciário não consegue reabilitar o delinqüente, sendo que a prisão é um forte mecanismo para reforçar os valores negativos de seus internos.

O contraste de tratamento dado aos crimes praticados pelas classes mais privilegiadas (popularmente denominado de crimes de colarinho branco) e àqueles praticados pelas classes inferiores é notório. As classes inferiores por se sentirem injustiçadas buscam através da prática criminosa a reposição. Vulgarmente buscam a proporcionalidade: “Como eles podem, eu também posso”.

O sistema prisional, que tem provocado altas taxas de reincidência, deve ser repensado para não representar uma distorção, significando uma escola para a criminalidade.

#### **4. Prisionalização**

Analisando-se o do sistema carcerário brasileiro, em especial o paulista, denota-se que este está falido, principalmente no que concerne a reinserção do preso a comunidade, após cumprir sua pena em regime integralmente fechado.

No que concerne ao sistema carcerário brasileiro é notório a sua falência e ineficácia, como exemplo temos que a Secretaria da Administração Penitenciária informou no ano de no ano passado que, no ano de 2000, 6.159 detentos fugiram das prisões paulistas enquanto 3.266 foram postos em liberdade depois de cumprir as suas penas. Os números parecem indicar que é mais fácil sair das cadeias fugindo do que após o cumprimento da pena. E o maior aumento no número de fugas ocorreu onde deveria haver

mais segurança: nas penitenciárias de regime fechado. Em 1999, fugiram de prisões de maior segurança 552 presos. Em 2000, o número dobrou: fugiram 1.133 detentos.

A gravidade está, sem dúvida, na superlotação das prisões. Quais as medidas que podem ser tomadas para tentar superar a crise penitenciária e para o estabelecimento efetivo de uma política criminal?

Grande parte daquilo que se pode propor já está na parte geral do CP, e na Lei de Execução Penal. Existem alguns aspectos que deveriam ser modificados, mas o que se nota efetivamente é uma grande falta de vontade política de inovar e dar eficácia às medidas que estão previstas na nova legislação. A idéia muito simplória de que a repressão por si só é elemento intimidativo suficiente para redução da criminalidade, está claramente comprovado que não é verdadeira.

Tudo isso mostra que o sistema prisional brasileiro, em especial o paulista, faliu enquanto processo de reeducação e reinserção do preso na sociedade.

A atual conjuntura prisional do Brasil é tão séria, que em recente pronunciamento do ex-Presidente Fernando Henrique Cardoso, este apontou que são as falhas do sistema prisional brasileiro que ocasionam o aumento da violência no País<sup>12</sup>.

As organizações criminosas que estão crescendo de maneira incontrolável dentro dos presídios paulistas, por exemplo, o PCC - Primeiro Comando da Capital, exercem imenso poder dentro e fora dos presídios, mostrando sua capacidade de ridicularizar as autoridades e de ameaçar a sociedade com a libertação de seus comparsas.

A lei dos crimes hediondos exasperou as penas de forma extremamente grave, através da quebra do sistema progressivo, impedindo paulatina abertura para a liberdade, com a proibição da passagem do condenado do regime fechado para o regime semi-aberto ou aberto, devendo cumprir integralmente a pena em regime fechado. Esta lei saiu sob o impacto do seqüestro de Roberto Medina, em junho de 1990. Foi exatamente após essa lei dos crimes hediondos que o número de seqüestros teve um vertiginoso aumento.

Francisco de Assis Toledo, ao combater o dispositivo que impõe o cumprimento de pena em regime integral, vislumbra com lucidez: “A determinação contida no § 1º do art. 2º é fruto, e só pode ser isso da mais completa ignorância a respeito do sistema progressivo de execução da pena adotado pela reforma penal brasileira de 1984, a respeito do qual

---

<sup>12</sup> Jornal o Estado de São Paulo, Caderno Cidades, 23/01/2002, p.C3

“salientei”, na conferência proferida no encerramento do I Congresso Brasileiro de Política Criminal e Penitenciária de 1981, o “seguinte”: “Em relação a pena de prisão, instituiu-se um subsistema verdadeiramente progressivo, sem possibilidade da perpetuação da segregação social, para cumprir-se o mandamento constitucional do art. 153, § 11 da Carta Magna. E deu-se a essa discutida pena o caráter de “pena progamática”, ou seja, de algo que se modifica dentro de certos limites e certas garantias, no curso da execução, por atuação da Administração da Justiça e do próprio condenado, no sentido de poder conquistar, por seu próprio esforço, a liberdade, bem inalienável de todo o ser humano.

Essa esperança na liberdade que, para o preso, deve significar uma conquista, e é o único ingrediente, de que se pode valer o aparelhamento penitenciário para impregnar a execução da pena de algum utilitarismo, de sorte a não transformá-lo em mero castigo, dentro de algum retributivismo kantiano, formal e desalmado. É lamentável que um legislador desatento e mal assessorado tenha retirado da Administração da Justiça esse precioso instrumento de manutenção da disciplina no interior dos estabelecimentos penais. Sim, porque, sem o benefício do sistema progressivo, o condenado só terá em caminho para antecipar a liberdade: a rebelião ou a fuga”.<sup>13</sup>

O criminoso não faz, evidentemente, um cálculo de custo-benefício; ele conta com a impunidade, não por causa da lei, mas por causa da sorte. Se disser a qualquer eventual agente, que pretenda praticar um delito, que passará um mês na prisão, com certeza ele deixará de praticá-lo. Um mês na prisão é já um processo de desfazimento da personalidade, é um impacto tão grande que ele não desejará de forma alguma o benefício do delito pelo custo, mesmo que pequeno, em termos do tempo, de um mês de prisão. O tempo prisional é diferente do tempo da liberdade. O tempo existencial tem graus completamente diversos.

O tempo de prisão é o tempo perdido, e não adianta querer transformá-lo na sensação de tempo ganho; o condenado perde os papéis que representa no mundo social, de pai, de irmão, de amigo, de trabalhador, e há uma "igualização". Ela está na roupa, na comida; eu diria que o homem jurídico por excelência é o preso, que acorda à hora que a lei quer, come o que a lei quer, dorme quando a lei quer.

A Lei de crimes Hediondos exasperou as penas de forma extremamente grave.

---

<sup>13</sup> Crimes Hediondos, em Fascículos de Ciências Penais, nº 2, Sérgio Antonio Fabris, Porto Alegre, 1992.

## **5. Efeitos sociais da prisão sobre a pessoa do condenado**

Antes de se adentrar ao estudo concreto deste tema, cabe esclarecer, que a instituição prisional trata-se de uma instituição completa, quer isto dizer, que esta, absorve completamente a vida de seus membros. Ou seja, o preso sem a prisão não é nada.

Isto porque, todas as fases de sua vida estão vinculadas a prisão, o preso não tem nome, é classificado por um número, o preso não se sustenta, o máximo que seu trabalho lhe proporcionará é uma redução em seu tempo de pena.

Sendo assim, a personalidade do preso será anulada, dando lugar a ela, a supremacia da prisão, que lhe tolhe a privacidade, que lhe retira o nome, que o considera um ser inferior, que deve ser vigiado e coagido vinte e quatro horas por dia. O preso não é mais uma pessoa independente, que toma iniciativa ou decisões, apenas cumpre a regra que lhe são impostas, e sobre as quais, não tem a menor autonomia.

Como dito, o preso perde a sua identidade, dando lugar a esta, fenômeno psíquico denominado consciência coletiva, que é contrário ao valor individual da sociedade livre.

Resumindo-se, o sistema social da prisão pode ser elencado desta forma:

Os reclusos estão, presos tanto física quanto psicologicamente a unidade prisional.

As regras em vigor na unidade prisional são de difícil movimentação, principalmente na verticalização destas.

Os reclusos, não tem a opção de desempenharem várias funções, ou a que lhe melhor lhes aprouver, caindo, na maioria das vezes, em ócio prejudicial.

O condenado, como está num mundo inatural, e tem a sensação do tempo perdido, idealiza a liberdade. Quando sai, encontra um mundo pior do que aquele que havia deixado. Terá, na sua vida pregressa, uma condenação que vai dificultar sua capacidade de obtenção de emprego, sua respeitabilidade. Tudo aquilo que eventualmente pode ter sido feito pelo condenado no mundo prisional se desfaz em poucos dia de liberdade, quando encontra a reação social negativa à sua pessoa, especialmente no meio familiar.

Fator este que, associado a um sentimento de impotência, torna o ímpeto do recluso, mais nefasto, principalmente no que concerne ao cumprimento de pena em regime

integralmente fechado previsto na Lei dos Crimes Hediondos, que foi objeto do presente estudo e na qual faz-se necessário as abordagens abaixo.

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, 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 de 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 de 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, 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. À ela não interessa o retorno de 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.

Por sinal, a Lei nº 8.072/90 ganha, no particular, contornos contraditórios. A um só tempo dispõe sobre o cumprimento da pena no regime fechado, afastando a progressividade, e viabiliza o livramento condicional, ou seja, o retorno do condenado à vida gregária antes mesmo do integral cumprimento da pena e sem que tenha progredido no regime. É que, pelo art. 5º, da Lei nº 8.072/90, foi introduzido no art. 83, do CP, preceito assegurando aos condenados por crimes hediondos pela prática de tortura ou terrorismo e pelo tráfico ilícito de entorpecentes, a possibilidade de alcançarem a liberdade condicional desde que não sejam reincidentes em crimes de tal natureza — inciso V. Pois bem, a Lei em comento impede a evolução no cumprimento da pena e prevê, em flagrante descompasso, benefício maior, que é o livramento condicional.

## **6. Inexorabilidade da Justiça**

A sociedade atual, pela sua má organização e pela decadência de certos princípios básicos de índole ética e do espírito de fraternidade entre homens, já foi designada como criminogénica. A sociedade tem os criminosos que merece.

Requer-se da Justiça uma firmeza inexorável em suas decisões. Inexorabilidade não querará dizer um excessivo rigor na punição, nem a aplicação de penas cruéis, longas, deverá significar, outrossim, que, ao crime, se siga a expectativa de uma pena e que esta seja efetivamente imposta sempre que merecida. A certeza, que se firma no consenso geral, de que só se fugirá à punição quando realmente excusável o delito, é que exercerá a melhor prevenção delinqüencial. É nesse sentido que a Justiça deve ser inexorável: porque deve ser justa e porque deve ser inflexível.

As leis são como teias de aranha; se cai nelas uma pedra, rompe-as e fica ileso; se cai nela uma mosca, fica presa e paga seu descuido, ou atrevimento. Assim os grandes zombam das leis, e o castigo de se quebrantarem fica só para os pequenos.

## CONCLUSÃO

Passados mais de treze anos da vigência da Lei dos Crimes Hediondos, basta para acompanhar os noticiários no dia-a-dia para se perceber que a realidade criminal não se alterou. Ao reverso, na escrita insuspeita do Promotor de Justiça de São Paulo, Antonio Lopes Monteiro, vê-se que os casos de seqüestros não só diminuíram, mas vêm aumentando.

Se, todavia, houver necessidade de se elevar as penas, como resultado de estudos dominados pela racionalidade e não pela emoção, ainda assim, a possibilidade de progressão no regime prisional deve ser mantida, variando-se apenas o lapso de tempo que se exige par o regime inicial fechado conforme trate de crime de maior ou menor gravidade.

De tudo o que se disse e ainda que de tudo se possa discorrer, um fato, porém, é certo: o Direito Penal é, entre outros instrumentos de controle social, o mais drástico. Mas, por mais draconiano que seja, sozinho não conseguirá resolver o problema da criminalidade. Esta como lapidarmente afirmou o saudoso Prof. Heleno Cláudio Fragoso<sup>14</sup> em trabalho sobre o qual ainda não se mencionou o bastante, aumenta, e provavelmente continuará aumentando, porque está ligada a uma estrutura social profundamente injusta e desigual, que marginaliza, cada vez mais, extensa faixa da população, apresentando quantidade alarmante de menores abandonados ou em estado de carência. Enquanto não se autuar nesse ponto, será inútil punir, como será inútil, para os juristas, a elaboração de seus belos sistemas. Aspirarmos um direito penal mais humano. Um direito penal que efetivamente exerças função de tutela de valores de forma justa e igualitária. Isso só será possível numa sociedade mais justa e mais humana, que assegure os valores fundamentais da dignidade humana e da liberdade.

A lei de Crimes Hediondos não teve a menor eficácia porque numa sociedade como a brasileira, por tantas e tão gritantes desigualdades, as normas não têm qualquer capacidade de exercer influência. Vivemos, numa verdadeira anomia. Esta está associada com a incapacidade das sociedades em criar lealdade a seus valores básicos.

---

<sup>14</sup> “Ciência e experiência do direito penal”, in: Revista de Direito Penal”. RJ, ed. Forense, 1979, pp. 16/17.

Penas altas e supressão do regime progressivo no cumprimento das penas privativas de liberdade, além de representar política criminal não-científica, reforçam uma idéia de que a natureza da pena na lei objeto de estudo tem um sentido de vingança como dizia Durkheim.

Com tal procedimento, pensou o legislador pátrio, erroneamente, estar contribuindo para a diminuição da crescente criminalidade ou, pelo menos, quem sabe, pensou estar criando um clima de medo junto à marginalidade criminoso o que, na verdade, nenhuma uma e nem outra coisa aconteceu.

Novos ventos sopram em termos de política criminal indicando uma tendência a se persistir com um sistema marcado por penas altas, mas temperado pelo retorno da progressão no regime de cumprimento das sanções corporais.

O problema da criminalidade não se resolverá. O máximo a que se pode aspirar numa sociedade democrática é um controle em níveis razoáveis.

O sistema progressivo, face nossa tradição histórica no que diz respeito à administração da sanção penal e, não obstante a falência do sistema penitenciário como um todo, ainda representa uma forma menos gravosa tendo em vista o objetivo final que é a recuperação do indivíduo para a sociedade ou seja, em outras palavras: a tão sonhada ressocialização do apenado para a sua reinserção no todo social.

No que diz respeito ao cumprimento de penas, teria o legislador *hediondo* trabalhado com a perspectiva de que um dia o preso sairá da prisão? Ou teria pretendido lançá-lo numa situação sem volta?

Não se pode ignorar que o sistema progressivo de execução, introduzido pela Lei 7.209/84, é recomendação lógica de todos quantos estudam a questão penitenciária. Afinal, se trabalha com a idéia de que um dia o preso sairá da cadeia, é preciso que se prepare esta saída. Para isto, nada melhor que a passagem gradativa de um sistema mais rigoroso para outro mais brando.

Parece absurdo trancar um criminoso no regime fechado por anos para, num dia matematicamente determinado, o do término da pena, devolvê-lo de repente ao convívio social. Mas é tal o disparate que determina a Lei 8.072/90, aprovada às pressas, sob clara pressão da mídia.

Tal postura legislativa, em suma, utiliza demagogicamente a idéia de se desencadear uma verdadeira guerra contra o crime ignorando as raízes sociológicas evidentes da maior parte dos delitos num país cuja maior violência está na perversa distribuição de renda que lançou o país num verdadeiro *apartheid social*, na política econômica causadora de desemprego e na falta de condições mínimas de vida digna à maioria da população, que causou um esgarçamento do tecido social de maneira a cindir em muitos diferentes países reais o que é institucionalmente uma só nação. Trabalha o apressado legislador com a idéia de que se vive numa comunidade; mas o Estado, como o temos, não passa de uma ilusória comunidade. Vincula-se ele, ao fazer leis, com freqüência, ao movimento ideológico *Law and Order*, de conteúdo francamente autoritário. Tenta resolver, ou fingir que resolve utilizando uma política criminal meramente simbólica, os graves problemas resultantes de tal sociedade partida.

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 o recomendou ao legislador de 1984.

O cumprimento da pena em regime fechado, sem possibilidade de progressão, sem dúvida, conduz à antiga concepção da sanção como finalidade unicamente repressiva, com um caráter exclusivamente expiatório e retributivo, contrária à moderna concepção de função socializadora da pena, que consiste em oferecer ao delinqüente o máximo de condições favoráveis ao prosseguimento de uma vida sem praticar crimes, ao seu ingresso numa vida fiel ou conformada com o dever-ser jurídico-penal, visando a prevenção da reincidência através da colaboração voluntária e ativa daquele. O sistema progressivo, além de compatível com o consagrado princípio da individualização da pena, tem caráter reeducativo e possibilita ao condenado, de acordo com o mérito demonstrado durante a execução, promoção a regime menos rigoroso, antes de atingir a liberdade. Por isso, a progressão constitui importante estímulo à ressocialização, o que não ocorre se a pena tiver de ser cumprida em regime integral fechado.

Os penalistas não podem estar alheios às questões sociais e econômicas que geram a criminalidade em proporções elevadas. Isto não quer dizer que se deva adotar uma postura de leniência com a criminalidade sob pena de se assistir a constituição de um poder privado, como ocorre com os temíveis justiceiros da periferia. Em curto prazo, com medidas despenalizadoras e discriminalizadoras, além do incremento de ações policiais

bem conduzidas, podem-se obter resultados mais auspiciosos do que com o emprego de penas altas e supressão do sistema progressivo. Se, no entanto, aquelas forem necessárias, nunca esse sistema pode ser abolido por inteiro.

Em decorrência disto, é duvidoso que o sistema consiga controlar por repressão esta criminalidade que brota no ponto de saturação da condição de miserabilidade das massas. Não adiantará procurar os *doentes sociais*. Nem tratar os que delinquem como se fossem eles. A responsabilidade é, especialmente, dos detentores do poder econômico e dos governos, a quem cabe criar mecanismos de igualitária distribuição de renda e aplicação de recursos tributários em obras sociais. O que se pode fazer por meio de políticas públicas é diminuir consideravelmente o número de miseráveis em curto prazo e eliminar a miséria - a miséria e não os miseráveis como tem ocorrido! - mais remotamente. Baixando o índice de saturação que conduz muitos ao crime, se estará tratando adequadamente a questão.

O sistema penal vigente adotou o sistema progressivo no que se refere à execução da pena privativa de liberdade, conforme se infere do ponto 35 da Exposição de Motivos do Código Penal: "*(...) A fim de humanizar a pena privativa de liberdade, adota o projeto o sistema progressivo de cumprimento de pena, de nova índole, mediante o qual poderá dar-se a substituição do regime a que estiver sujeito o condenado, segundo seu mérito.*" (o grifo é nosso)

Portanto, a progressividade da pena de restrição da liberdade não pode ser olvidada, sendo colorário do princípio da individualização da pena, consectário dos princípios da proporcionalidade e da humanidade da pena, constante no art. 5, XLVI, da CF, segundo o qual a pena deve ser individualizada ao condenado mediante o cumprimento em etapas com progressiva liberação da liberdade que lhe é suprimida, cuja aferição está subordinada a averiguação de seu mérito e de sua personalidade.

Não serão alcançados tais objetivos, por se manter o sentenciado, durante todo o período efetivo de cumprimento de pena, apartado da sociedade que apenas o receberá, de forma abrupta.

A inviabilização de se permitir que a execução das penas cominadas ao recluso, se dê de modo progressivo significaria "subordinar o condenado a uma pena desumana, cruel, porque inviabiliza um atendimento prisional racional; deixa o recluso sem esperanças de obter a liberdade antes do termo final do tempo de condenação; não exerce sobre ele nenhuma influência positiva no sentido da reinserção social e desampara a própria

sociedade na medida em que devolve o preso à vida societária, após um processo de reinserção às avessas, ou seja, uma dessocialização." (SILVA FRANCO, 1997, p. 504).

Permitir que uma pena de prisão se prolongue, irremissivelmente, em regime fechado e em condições institucionais sobejamente conhecidas, é exatamente o mesmo que permitir a pena perpétua, tendo em vista a deteriorização psíquica e física que sofre, inevitavelmente, a pessoa. Não se trata de execução penal com objetivos ressocializadores, nem de melhoria, mas de deteriorização irreversível e neutralizadora. Não há dúvida de que toda a pena que traga como resultado a deteriorização da pessoa como meio de neutralizá-la é similar a pena mutilante, só que executada com bastante paciência, deixando passar o tempo e o período de prisão. Parece de meridiana clareza não ser este o entendimento que se extraí do art. 5º, XLVII, b, da Constituição Federal.

O que está faltando é vontade política de implementar o que já está previsto na Lei de Execução Penal e na parte geral do Código Penal.

O sentido de toda a pena é a recuperação do condenado, de modo a que possa, depois, voltar normalmente à sociedade e a ela se reintegrar como pessoa capaz de cumprir deveres e usufruir direitos, de exercer uma profissão, liderar uma família, criar e educar os filhos, ser cidadão. O cumprimento da pena deve, enfim, ter caráter dinâmico, tendo em vista os objetivos da execução penal.

As penas devem ser executadas sob a inspiração dos princípios e a efetivação de garantias que atendem a defesa social e aos direitos fundamentais do preso.

O Direito Penal não pode estar fundado apenas no medo da pena ou na sua crueldade com o regime integralmente fechado.

A Lei de Crimes Hediondos, quanto a impossibilidade de progressão de regime, fere princípios constitucionais básicos relativos à pena. Em razão disso, a referida lei se demonstra inconstitucional, embora a situação política, criminal e carcerária atual em nosso país leve, infelizmente, nossos tribunais superiores a desconsiderarem estes princípios de imensurável importância.

## **BIBLIOGRAFIA**

ALBERGARIA, Jason. **Das Penas e da execução penal**. 3ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

AMARAL, Agamenom Bento de. **A progressão de regime e os Crimes Hediondos** - in [www.jus.com.br](http://www.jus.com.br).

BARROS, Carmen Silvia de Moraes. **A individualização da pena na execução penal** – São Paulo, 2000.

BETTIOL, Giuseppe. **Direito Penal. vol. III**. Trad. Alberto Silva Franco e Paulo José da Costa Júnior. São Paulo: RT, 1976.

BECCARIA, Cesare Bonesana. **Dos Delitos e da Penas**. Bauru-SP: Ed. EDIPRO, 1ª ed., 1993.

BEMFICA, Thaís Vani. **Crimes Hediondos e Assemelhados: Questões Polêmicas**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1998.

BENTHAN, Jeremy. **Teoria da Penas Legais e Tratado dos Sofismas Políticos**. Leme-SP: Ed. EDIJUR, 1ª ed., 2002.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da Pena de Prisão: causas e alternativas**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1º ed., 1993.

\_\_\_\_\_. **Regimes Prisionais e exame criminológico**. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 638, 1988.

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. São Paulo: Saraiva, 5ª ed., 2000.

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito Penal** – Parte Geral vol.1: Ed. Saraiva, 2000.

CANOTILHO, J.J Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Livraria Almedina, 1998.

CARVALHO, Hilário Veiga de; SEGRE, Marco. **Compêndio de Medicina Legal**. São Paulo: Ed. Saraiva, 1978.

CINTRA JÚNIOR, Dirceu Aguiar Dias. **Execução Penal, Jurisdicionalização e Dignidade Humana**. Boletim IBCCRIM, São Paulo, nº 70, ano 5, setembro de 1998.

COSTA JÚNIOR, Paulo José. **Comentários ao Código Penal**. 6º ed, - São Paulo: Saraiva, 2000.

CHOUKE, Fauzi Hassan. **Garantias constitucionais na investigação criminal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995.

Crimes Hediondos, em **Fascículos de Ciências Penais**, nº 2, Sérgio Antonio Fabris, Porto Alegre, 1992.

FERRI, Enrico. **Princípios de Direito Criminal**. Campinas: Bookseller, 1999.

FRANCO, Alberto Silva. **Crimes Hediondos: anotações sistemáticas à lei 8.072/90**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

GOMES, Luís Flávio. **Penas e Medidas Alternativas à Prisão**. São Paulo: RT, 1999.

\_\_\_\_\_. **Crime Organizado**, SP, ed. Revista dos Tribunais, 1995.

GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Crimes Hediondos, tóxicos, terrorismo, tortura**. São Paulo: Saraiva, 2001.

GOULART, José Eduardo. **Princípios informadores do direito de execução penal**, SP, ed Revista dos Tribunais, 1994.

JESUS, Damásio E. de. **Direito Penal: Parte Geral- VOL 1**. Ed. 19º, São Paulo: Ed. Saraiva, 1995.

\_\_\_\_\_. **Anotações à lei nº. 8.072/90 (crimes hediondos)**. Fascículos de Ciências Penais, Porto Alegre: safE, v.3, n.4, ano, 3, out./dez. 1990.

LOPES, Maurício Antonio Ribeiro; LIBERATI, Wilson Donizeti. **Direito Penal e Constituição**. São Paulo: Ed. Malheiros, composição PC Editorial Ltda.

LUIZI, Luiz. **Os princípios constitucionais**. Porto Alegre: Fabris Editor, 2003.

LUZ, Orandyr Teixeira. **Aplicação de Penas Alternativas**. Goiânia: AB, 2000.

MARQUES, José Frederico Marques, **Tratado de Direito Penal**. vol.III, 1ª ed. Campinas, Milenium, 1999.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **A influência dos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos no direito interno brasileiro**, in [www.jus.com.br](http://www.jus.com.br)

MIRABETE, Julio Fabrini Mirabete. **Manual de Direito Penal: Parte Geral**. São Paulo: Ed. v.1, 1997.

\_\_\_\_\_. **Execução Penal: comentários à Lei nº 7.210, de 11-07-84**. São Paulo: Ed. Atlas, 9º ed., 2000.

\_\_\_\_\_. **Processo Penal"**, 2a. ed., São Paulo : Atlas, 1992.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. T.H. Coimbra Editora: Coimbra, 1996.

MONTEIRO. Antônio Lopes. **Crimes Hediondos: textos, comentários e aspectos polêmicos**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

MORAIS, **Dicionário de Moraes**, v.5º, p.931, Lisboa, Confluência, 1953.

MOSSIM, Heráclito Antônio. **Recursos em matéria criminal: doutrina jurisprudência, modelos de petição**. São Paulo: Ed. Atlas, 2001.

PIMENTEL, Manoel Pedro. **Sistemas Penitenciários**. Revista dos Tribunais, v.639, janeiro 1989.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários à Constituição de 1967**. T.III. São Paulo: RT, 1967.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Crimes Hediondos. Fascículos de Ciências Penais**. Porto Alegre: safE, v.5, n.2, abril/maio/junho 1992.

TORON, Alberto Zacharias Toron. **Crimes Hediondos: o mito da repressão penal: um estudo sobre o recente percurso da legislação brasileira e as teorias da pena**. São Paulo: RT, 1ª ed, 1996.

SECCO, Orlando de Almeida. **Introdução ao Estudo do Direito**. 3º edição. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos S/A, 1995.

SZNICK, Valdir. **Comentários à Lei dos Crimes Hediondos**. São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito Ltda, 1991.

ZAFFARONI, Eugênio Raul e PIERANGELLI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**. São Paulo: RT, 1999.