

MÁRIO ROGÉRIO DOS SANTOS

**CRIMES HEDIONDOS. PROGRESSÃO DO REGIME PRISIONAL. REFLEXOS DA
DECLARAÇÃO “INCIDENTER TANTUM”, PELO SUPREMO TRIBUNAL
FEDERAL, DA INCONSTITUCIONALIDADE DO §1º DO ARTIGO 2º DA LEI Nº
8.072/90. APLICAÇÃO DA LEI Nº 11.464/07.**



São Paulo

2009

MÁRIO ROGÉRIO DOS SANTOS

**CRIMES HEDIONDOS. PROGRESSÃO DO REGIME PRISIONAL. REFLEXOS DA
DECLARAÇÃO “INCIDENTER TANTUM”, PELO SUPREMO TRIBUNAL
FEDERAL, DA INCONSTITUCIONALIDADE DO §1º DO ARTIGO 2º DA LEI Nº
8.072/90. APLICAÇÃO DA LEI Nº 11.464/07.**

**Monografia apresentada ao Curso de
Especialização em Ciências Penais, na
modalidade Formação para o Mercado de
Trabalho, como requisito parcial à obtenção
do grau de especialista em Especialização
em Ciências Penais.**

**Universidade do Sul de Santa Catarina -
UNISUL
Rede de Ensino Luiz Flávio Gomes - REDE
LFG**

Orientador: Prof. Paulo Calgaro de Carvalho

São Paulo

2009

TERMO DE ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE

Declaro, para todos os fins de direito e que se fizerem necessários, que assumo total responsabilidade pelo aporte ideológico e referencial conferido ao presente trabalho, isentando a Universidade do Sul de Santa Catarina, a Rede de Ensino Luiz Flávio Gomes, as Coordenações do Curso de Especialização em Ciências Penais, a Banca Examinadora e o Orientador de todo e qualquer reflexo acerca da monografia.

Estou ciente de que poderei responder administrativa, civil e criminalmente em caso de plágio comprovado do trabalho monográfico.

São Paulo, 05 de junho de 2009

MÁRIO ROGÉRIO DOS SANTOS

MÁRIO ROGÉRIO DOS SANTOS

**CRIMES HEDIONDOS. PROGRESSÃO DO REGIME PRISIONAL. REFLEXOS DA
DECLARAÇÃO “INCIDENTER TANTUM”, PELO SUPREMO TRIBUNAL
FEDERAL, DA INCONSTITUCIONALIDADE DO §1º DO ARTIGO 2º DA LEI Nº
8.072/90. APLICAÇÃO DA LEI Nº 11.464/07**

Esta monografia foi julgada adequada para a obtenção do título de Especialista em Ciências Penais, na modalidade Formação para o Mercado de Trabalho, e aprovada em sua forma final pela Coordenação do Curso de Pós-Graduação em Ciências Penais da Universidade do Sul de Santa Catarina, em convênio com a Rede Ensino Luiz Flávio Gomes – REDE LFG.

São Paulo, 05 de junho de 2009

Dedicamos o presente trabalho aos mestres, amigos, e à
nossa família, pela ajuda, compreensão e luz.

AGRADECIMENTOS

A Deus, pelo sentido da vida.

Ao Professor Paulo Carvalho, por sua dedicação e orientação.

Aos docentes do curso de pós-graduação em Ciências Penais, pela dedicação e disponibilidade nos momentos de orientação e esclarecimentos de dúvidas.

Aos colegas de curso, pela agradável convivência e troca de experiências.

“Só é lutador quem sabe lutar consigo mesmo.”

Carlos Drummond de Andrade

RESUMO

Este trabalho tem por escopo a análise da mudança legislativa da Lei dos Crimes Hediondos, introduzida pela Lei nº 11.464/07, e a sua aplicabilidade aos crimes cometidos antes de sua vigência, bem como a sua contraposição ao julgamento do Habeas Corpus nº 82.959 pelo Supremo Tribunal Federal, a qual declarou a inconstitucionalidade da vedação da progressão de regime prisional e determinou a aplicação da Lei nº 7210/84 – Lei das Execuções Penais.

Palavras-chave: Crimes hediondos, Lei nº 11.464/07, Supremo Tribunal Federal, "Habeas Corpus" nº 82.959, Progressão de Regime Prisional, Vedação.

ABSTRACT

This Work has for objective analyzes of the legislative change of the law of the hideous crimes, introduced for the law 11464/07, and its validity, as well as its contraposition to the decision of the "Habeas Corpus" 82.959 the Supreme Federal Court wich declared the unconstitutionaty of the prohibition of the progression of prisional regimen and determined the application of the law 7210/84 (law of the criminal executions)

Key words: Hideous Crime, Law 11.464/07, Supreme Federal Court, "Habeas Corpus" nº 82.959, Progression on Criminal Regimen, Prohibition

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
1 LEI DOS CRIMES HEDIONDOS – SURGIMENTO E MODIFICAÇÕES	14
1.1 Princípios penais constitucionais. direitos e garantias humanas fundamentais.	22
2. DECISÃO DO STF NO HABEAS CORPUS Nº 82.959.	25
2.1 Surgimento da lei nº 11.464/2007	28
3. APLICAÇÃO DA PROGRESSÃO DO REGIME PRISIONAL NO INTERSTÍCIO TEMPORAL QUE PERMEIA A DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A PROMULGAÇÃO DA LEI Nº 11.464/07	34
3.1 Eficácia temporal da lei nº 11.464/07.	37
3.2 O estado constitucional de direito.	38
CONCLUSÃO	43
REFERÊNCIAS	46

INTRODUÇÃO

A questão da progressão do regime prisional dos crimes considerados hediondos pela Lei nº 8.072/90 sempre foi controversa. Resistiu a muitas investidas de juristas que clamavam pela sua declaração de inconstitucionalidade. A partir do julgamento, pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, do Habeas Corpus nº 82.959, que teve como Relator o Ministro Marco Aurélio, ocorrido em 23 de fevereiro de 2006, o Excelso Pretório reviu o seu posicionamento e declarou a inconstitucionalidade do dispositivo legal que determinava que as condenações oriundas dos crimes hediondos seriam cumpridas integralmente em regime fechado.

A Lei nº 11.464/07 alterou a redação do artigo 2º da Lei nº 8.072/90, possibilitando, assim, a progressão do regime prisional nos crimes hediondos e figuras equiparadas.

Essa alteração legislativa célere teve por escopo contrapor a mudança na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, uma vez que a partir desse julgamento passaram a ser aplicadas as regras de progressão de regime fixadas na Lei de Execuções Penais.

A Lei nº 11.464/07, ao dar nova redação à Lei nº 8.072/90, passou a permitir a progressão do regime prisional de modo diferenciado e mais severo do que aquele insculpido na Lei de Execução Penal, contudo mais brando que a orientação anterior, que vetava a progressão.

Destarte, tendo em vista que a Lei nº 11.464/07 deu nova redação ao parágrafo 2º do artigo 2º da Lei nº 8.072/90, surge a seguinte questão:

Com a publicação da Lei nº 11.464/07 que tornou possível a progressão de regime prisional com o cumprimento de 2/5 da pena nos casos de réu primário, e de 3/5 de cumprimento de pena no caso de reincidentes, é cediço que seus efeitos benéficos retroagirão, observando a regra aplicada no direito penal de a lei mais benéfica alcança e beneficia o réu, mesmo diante de sentença transitada em julgado (parágrafo único do artigo 2º do Código Penal).

A partir da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal no *Habeas Corpus* nº 82.959, os juízes tendo-a como paradigma e razões de decidir estavam

aplicando a progressão de regime prisional após o cumprimento de 1/6 da pena, nos termos do artigo 112 da Lei de Execução Penal.

Assim, cabe indagar se as pessoas que obtiveram a progressão do regime prisional nos termos da decisão do Supremo Tribunal Federal e já estão cumprindo sua pena no regime semi-aberto, passariam a ter que cumprir 2/5 ou 3/5 da pena (conforme as circunstâncias pessoais) ou, tendo em vista que progrediram para o regime semi-aberto com o cumprimento de 1/6 de cumprimento da pena, haveria de se sujeitar a esses percentuais, ou deverá ser observada a regra da Lei nº 11.464/07 que determina o cumprimento de 2/5 da pena para progressão de regime penal?

Dessa forma emerge a dúvida de que existiria o direito adquirido à aplicação do montante de 1/6, uma vez que a nova legislação é benéfica frente à redação originária da Lei nº 8.072/90, contudo traz prejuízo ao condenado se cotejada com o entendimento jurisprudencial que aplicava a regra geral do artigo 112 da Lei de Execução Penal.

Para os que reputavam a proibição de progressão do regime prisional como inconstitucional, a questão se resolveria afastando a norma impeditiva e, até 29 de março de 2007, calcular a progressão a partir do cumprimento de 1/6 da pena, que era a única regra até então a disciplinar este cálculo (art. 112 da Lei de Execução Penais).¹

Pois, para esses, as novidades introduzidas pela Lei nº 11.464/07, quanto ao tempo de cumprimento de pena para progressão, se constituem em *novatio legis in pejus*, sendo vedada a sua aplicação aos fatos ocorridos anteriormente, conforme dispõe o art. 5º, XL, da Constituição Federal de 1988.

Contudo, na ótica daqueles que reputavam estar em perfeita consonância com a Constituição a vedação à progressão de regime nos crimes hediondos e figuras assemelhadas, as regras introduzidas pela nova legislação constituem-se em *novatio legis in mellius*, eis que, num cenário de óbice legal à progressão de regime, passou-se a admiti-la, ainda que com um tempo maior do que aquele utilizado para o cálculo nas outras espécies de infração penal, não constituindo nenhum problema,

¹ GOMES, Luiz Flávio. STF admite progressão de regime nos crimes hediondos . Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 1003, 31 mar. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8181>>. Acesso em: 30 jun. 2009.

portanto, aplicar, para os crimes praticados antes da mudança legislativa, o cumprimento de 2/5 ou 3/5 da pena, conforme o caso, como requisito objetivo à progressão de regime, posto que tal exigência vem a substituir um quadro em que tal progressão era completamente vedada e, sendo assim, vem para melhorar a situação do réu.

O objetivo desta monografia é discutir a aplicação da progressão do regime prisional em primeiro lugar diante da mudança jurisprudencial introduzida pelo Supremo Tribunal Federal (*Habeas Corpus* nº 82.959, julgado em 23 de fevereiro de 2006) e inverter o seu posicionamento tradicional que era o do reconhecimento da constitucionalidade da vedação da progressão do regime prisional para os crimes considerados hediondos. Trata-se de uma questão que está sendo debatida no mundo jurídico, pois a mudança jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal trouxe um sentimento de insegurança na sociedade, pois, passaram a achar que houve um abrandamento na forma de repressão dos crimes considerados hediondos, o que de fato ocorreu.

Na seqüência, o Congresso Nacional, em face do clamor público editou a Lei nº 11.464/07, que buscou dar uma solução “salomônica” para o assunto, fixando a progressão do regime prisional dos crimes hediondos de forma diferenciada do que determina o artigo 112 da Lei de Execução Penal.

A necessidade de estudo desse tema se dá em face da controvérsia criada sobre a retroatividade da nova legislação aos crimes já praticados. A partir de sua edição temos duas posições antagônicas, a daqueles que acham que ela deve ser aplicada apenas para os crimes cometidos na sua vigência e aqueles que reputavam como constitucional a vedação da progressão de regime e consideram agora um benefício a progressão de regime como foi determinada pela nova lei.

1. LEI DOS CRIMES HEDIONDOS – SURGIMENTO E MODIFICAÇÕES

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, inciso XLIII, inseriu no mundo jurídico a figura dos crimes hediondos, relegando para lei posterior a definição de deles.²

Assim a promulgação da Carta Política de 1988 deu início à busca daquela definição bem como de sua apenação e das consequências prisionais da prática desses fatos.

Cabe salientar que esta escolha do legislador constitucional teve influência direta do movimento norte americano, da década de 1970, denominado “lei e ordem”, conforme nos mostra o ensinamento do mestre Alberto Silva Franco³, que destaca:

Não há dúvida de que as valorações políticas criminais próprias do Movimento da Lei e da Ordem (Law and Order) se fizeram presentes à retaguarda do posicionamento assumido pelo legislador constituinte. O que, em verdade, essa corrente político-criminal, surgida na década de setenta e com reflexos nas décadas de imediatas do Século XX, tomava em consideração? Antes de tudo a premissa de que o tratamento dado à criminalidade se mostrava extremamente brando e isso era devido a perspectivas dogmáticas sofisticadas e a considerações de ordem sociológica. Era necessário “voltar ao básico, aquilo que a gente comum entende, como bem e mal”, ou seja “à criminologia da vida cotidiana”. As grandes construções teóricas só serviam, em verdade, para aumentar a criminalidade. Tornava-se imprescindível repor a ordem – e não a justiça – como valor supremo. As taxas de criminalidade tinham sofrido grande incremento e forma minimizadas as possibilidades da prisão, da condenação e da imposição de penas graves. A lei deveria restabelecer a ordem agravando os níveis punitivos e penalizando, com o rigor até da pena de morte, os criminosos perigosos ou reincidentes. Nenhuma indulgência teria cabimento. “quem faz, paga” – é a proposta do núcleo concentradamente retributivo adotado pelo movimento da Lei e da Ordem. Essa corrente político criminal encontrou suporte e força expansiva em face de alguns fatos detectados nas décadas de setenta e de oitenta do século passado: a) incremento na criminalidade violenta direcionada a seguimentos sociais mais privilegiados e que até então estavam indenes a ataques mais agressivos (seqüestros de pessoas abonadas ou de alto estrato político ou social, roubos a estabelecimentos bancários etc.); b) terrorismo político e até mesmo terrorismo imotivado, de facções vinculadas tanto à esquerda, como à extrema direita, do espectro ideológico; c) no crescimento do tráfico ilícito de entorpecentes e drogas

² Constituição Federal de 1988, art. 5º inciso XLIII: “a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática de tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem.”.

³ Franco, Alberto Silva. Crimes hediondos / Alberto Silva Franco. – 6. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007 pág. 78/79.

afins; d) no avanço do crime organizado pondo à mostra a corrupção e a impunidade; e) no incremento da criminalidade de massa (roubos, furtos etc.) que atormenta e cidadão comum; f) na percepção do fenômeno da violência como dado integrante do cotidiano, omnipresente na sociedade; g) no conceito reducionista de violência, fazendo-o coincidir com o de criminalidade; h) na criação pelos meios de comunicação social de um seguimento coletivo e individual de insegurança e no emprego desses mesmos meios para efeito de dramatização da violência e para seu uso político. [...]

O que, em verdade, gerava esse contexto fático? O medo difundido – existencial ou meramente comunicacional, pouco importa – de que a comunidade, como refém dessas ações criminosas, não teria mais possibilidade de dominá-las, de refreá-las. [...]

Nessa perspectiva o Movimento da Lei e da Ordem compreende o crime como o lado patológico do convívio social, a criminalidade como uma doença infecciosa e o criminoso como um ser daninho. A sociedade era separada num traço simplificado entre pessoas sadias e incapazes da prática de atos desviados e pessoas doentes prontas para a execução de atos transgressivos. O segmento hígido da sociedade não poderia conviver com o seguimento infrator porque este estaria dotado de um poder contagiante idôneo a espalhar amplamente o vírus da criminalidade. Cada ato infrator tem uma qualidade negativa que o marca como um estigma: é o outro que merece escarmento e que não pode permanecer entre as pessoas honestas. Era necessária, portanto, uma declaração de guerra, uma cruzada, uma luta contra a parte nociva. Toda a sociedade sem manchas deve ser mobilizada para a eliminação do triplice mal: crime, criminalidade e criminoso. Com esse objetivo era mister, com urgência, restabelecer a lei e a ordem, únicas exigências capazes de fazer justiça aos homens de bem; em síntese, aos que não delinquem, aos que não realizam comportamentos desviados. Na esteira do discurso passional da *Law and Order*, estruturam-se tipos penais novos, exacerbam-se as cominações de tipos já existentes, apesar de que todos tenham ciência da ineficácia desse agravamento punitivo; produzem-se leis especiais atinentes a determinadas tipologias; alarga-se a esfera de atuação policial; aumentam-se as medidas de cautela; suprimem-se as garantias processuais conquistadas a duras penas; reforça-se, em resumo, a máquina repressiva a dano da liberdade do cidadão e a serviço de posturas políticas autoritárias. Pouco importa se as leis formuladas na linha do Movimento Lei e Ordem possam ser, de antemão destacadas como eficazes para a tutela de bens jurídicos. Suas finalidades latentes são diversas: é dar tranqüilidade, ainda que aparente ao cidadão, apaziguar a opinião pública exaltada, exercer uma função puramente simbólica.

Nesse passo, verifica-se que o movimento *Law and Order* utilizou a ideia do *maniqueísmo*, tentando dividir a sociedade em apenas dois estratos sociais: “o do bem e o do mal”, cada qual com características próprias e bem definidas no quadro social da época, reforçando as idéias de que a repressão exacerbada era o único caminho que poderia livrar os homens de bem daqueles que eram transgressores da lei e da ordem, sem levar em consideração qualquer aspecto relacionado aos direitos humanos, que passaram a ser taxados de fomentadores das desgraças sociais, pois esses movimentos humanitários pregravam, na verdade a apologia à impunidade, a exaltação à criminalidade.

Verifica-se, historicamente que o conceito de maniqueísmo é fácil de ser divulgado e assimilado pela sociedade, tendo ou não aspecto religioso, pois cada um de nós, mesmo sem que percebamos estamos vinculados a essa corrente filosófica de pensamento, desde os nossos primeiros contatos com o mundo exterior, seja por meio da literatura, da arte, da televisão, ou qualquer tipo de comunicação social, a eterna luta entre o bem e mal se apresenta de forma clara e mais, somos sempre levados a assumir a posição do bem torcer pelo herói que vai salvar a pobre donzela assediada pelo “maníaco” que quer fazer o mal.⁴

A nossa sociedade, ainda guarda no seu inconsciente coletivo as diretrizes que norteavam o regime militar, para o qual não se podia medir esforços para manter a lei e a ordem. Era aplicada à época uma espécie de “direito penal do inimigo”, onde as garantias individuais foram cassadas, o Estado, representado pelo militares e pelos executores de ordens (simpatizantes e agregados ao regime), decidia quem era passível de ter os poucos direitos e garantias individuais que remanesciam após os Atos Institucionais, “observados”, diz-se observados porque não se cogita mencionar a palavra “respeito” associada a direitos e garantias fundamentais naquela época.

Assim, tal doutrina encontrou terreno fértil na nossa sociedade, a qual se configura injusta e desigual, na qual é mais fácil execrar os indivíduos que cometeram erros do que tentar entender o mecanismo social que os remete a tal realidade, tendo em vista que ninguém quer ser tornar um pária na sociedade, discriminado eternamente por sua conduta pregressa.

Nesse cenário, em 1989, elaborado pelo Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, foi apresentado o Projeto de Lei nº 3.754, encaminhado pelo então Presidente da República Fernando Collor, por meio da mensagem 546/89, ao Congresso Nacional. Este projeto, destacava o combate ao crime propondo sentido unívoco à expressão constitucional "crimes hediondos" por meio da determinação de certas figuras criminosas que receberam este rótulo, além de, conceituar a referida expressão como sendo todo o delito que se pratique com violência à pessoa, provocando intensa repulsa social e cujo reconhecimento

⁴ LIMA, Raymundo de. O maniqueísmo: o bem, o mal e seus efeitos ontem e hoje. Revista Espaço Acadêmico, ano I, nº 7. Dezembro de 2001. disponível em <http://www.espacoacademico.com.br/007/07ray.htm>, acessado em 30/06/2009.

decorra de decisão motivada de juiz competente de acordo com a gravidade do fato ou pela maneira de execução.⁵

A Lei nº 8.072/90 foi originalmente promulgada em 25 de junho de 1990.

Outra mudança ocorrida na chamada “Lei dos Crimes Hediondos” se deu através de emenda popular, (a primeira da História do Brasil), foi a alteração introduzida pela Lei nº 8.930, de 6.9.1994.

A alteração introduzida em 1994 foi encabeçada pela escritora de novelas Glória Perez, após o assassinato brutal de sua filha Daniela Perez. Glória, utilizando-se da comoção popular que o fato causou e de sua influência nos meios de comunicação, em particular a Rede Globo, desencadeou campanha vitoriosa que culminou com a inclusão do homicídio qualificado na Lei dos Crimes Hediondos.⁶

Esta nova redação, obviamente sem criar um tipo penal “novo” incluiu o homicídio quando praticado em atividade típica de grupo de extermínio, ainda que cometido por um só agente e o homicídio qualificado e, por outro lado, excluiu o envenenamento de água potável ou de substância alimentícia ou medicinal, qualificado pela morte.

A Lei nº 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 vetado, sendo que o segundo, (VII – B) inseriu a falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais no rol dos crimes hediondos.

Desta forma, os crimes classificados como hediondos, conforme a legislação vigente, são os seguintes:

Art. 1º São considerados hediondos os seguintes crimes, todos tipificados no Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, consumados ou tentados: (Redação dada pela Lei nº 8.930, de 6.9.1994)

⁵ VEIGA, Marcio Gai. Lei de Crimes Hediondos: uma abordagem crítica. Jus Navigandi, Teresina, ano 7, n. 61, jan. 2003. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3637>>. Acesso em: 16 mai. 2009.

⁶ VAZ, Paulo Junior Pereira. Lei dos crimes hediondos e suas recentes alterações. Aspectos polêmicos. Jus Navigandi, Teresina, ano 12, n. 1585, 3 nov. 2007. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10574>>. Acesso em: 10 mai. 2009.

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); (Inciso incluído pela Lei nº 8.930, de 6.9.1994)

II - **latrocínio** (art. 157, § 3º, in fine); (Inciso incluído pela Lei nº 8.930, de 6.9.1994)

III - **extorsão qualificada pela morte** (art. 158, § 2º); (Inciso incluído pela Lei nº 8.930, de 6.9.1994)

IV - **extorsão mediante seqüestro e na forma qualificada** (art. 159, caput, e §§ 1º, 2º e 3º); (Inciso incluído pela Lei nº 8.930, de 6.9.1994) .

V - **estupro** (art. 213 e sua combinação com o art. 223, caput e parágrafo único); (Inciso incluído pela Lei nº 8.930, de 6.9.1994).

VI - **atentado violento ao pudor** (art. 214 e sua combinação com o art. 223, caput e parágrafo único); (Inciso incluído pela Lei nº 8.930, de 6.9.1994).

VII - **epidemia com resultado morte** (art. 267, § 1º). (Inciso incluído pela Lei nº 8.930, de 6.9.1994).

VII-A – (VETADO) (Inciso incluído pela Lei nº 9.695, de 20.8.1998).

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). (Inciso incluído pela Lei nº 9.695, de 20.8.1998).

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. (Parágrafo incluído pela Lei nº 8.930, de 6.9.1994) (negritei)

Resta, ainda, destacar a última alteração da Lei nº 8.072/90, pela Lei nº 11.464/07, que, dentre outras providências, permitiu a progressão de regime nos crimes e figuras equiparadas.

Segundo o eminente Promotor de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, Marcelo Bastos Lessa:⁷

A alteração legislativa teve por finalidade prestigiar a recente mudança na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, a qual, desde 1990, vinha asseverando a constitucionalidade do regime integralmente fechado estabelecido pelo então art. 2º, § 1º, da Lei de Crimes Hediondos. Mas, a partir do julgamento ocorrido em 23 de fevereiro de 2006, afetado ao Plenário, do Habeas Corpus nº 82.959, Relator Ministro Marco Aurélio, o conspícuo sodalício decidiu rever seu posicionamento tradicional, que já resistia há várias composições, ao longo desses 16 anos. Esta posição sobreviveu, inclusive, à tentativa de parte da Doutrina de ver derogada a proibição de progressão em face do art. 1º, § 7º, da Lei nº 9.455/97 (Lei de Tortura), o que foi igualmente rechaçado pela Suprema Corte, em respeito ao princípio da especialidade. Desde o julgamento em questão, o Supremo passou a entender que a proibição de progressão de regime violaria o princípio da individualização da pena, em que pese o art. 5º, LXVI, da Constituição Federal estabelecer que cabe à Lei infraconstitucional regular esta individualização. [...]

⁷ BASTOS, Marcelo Lessa. Crimes hediondos, regime prisional e questões de direito intertemporal . Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1380, 12 abr. 2007. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9734>>. Acesso em: 12 abr. 2009.

Como se vê, o placar da votação foi de 6 x 5 (seis votos contra cinco). Além do Relator, Ministro Marco Aurélio, que sempre sustentou este posicionamento, sendo voto vencido desde 1990, votaram pela inconstitucionalidade da norma os Ministros Carlos Britto, Cezar Peluso, Gilmar Mendes, Sepúlveda Pertence e Eros Grau.

Apesar de, desde o ano em que entrou em vigor a Lei de Crimes Hediondos, até 23 de fevereiro de 2006, nunca se ter levantado esta tese relativamente ao tema em exame, bastou o Supremo Tribunal Federal mudar seu posicionamento quanto a progressão de regime para que o próprio Tribunal, liderado pelo Ministro Gilmar Mendes, com eco em parte da Doutrina, liderada por Luiz Flávio Gomes, começasse a sustentar que decisões como esta, tomadas pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, em que se discutam Lei em tese, produzem eficácia vinculante e efeito erga omnes, independentemente de serem oriundas do controle difuso ou concentrado de constitucionalidade. Esta tese não encontra nenhum respaldo na Constituição Federal, cujo art. 102, § 2º, somente estabelece tais efeitos em se tratando de controle concentrado de constitucionalidade (nas ações direta de inconstitucionalidade e declaratória de constitucionalidade). Durante 16 (dezesesseis) longos anos, o Supremo Tribunal Federal validou a vedação à progressão de regime nos crimes hediondos, entendendo ser perfeitamente constitucional, sem que essas mesmas vozes invocassem a tese da suposta eficácia vinculante deste tipo de decisão. Ora, também até então não se estava a discutir Lei em tese? Pouco importa se, antes, a conclusão do Supremo era desfavorável ao réu e, agora, passou a ser favorável. Esta discussão – eficácia vinculante e efeitos erga omnes das decisões do plenário do Supremo Tribunal Federal em que se discutam Leis em tese – é uma discussão do Direito Constitucional, não do Direito Penal ou do Direito Processual Penal! Soa oportunismo levantar-se esta bandeira, com o estardalhaço que se tem levantado, somente agora, com a virada de posição da Suprema Corte.

Luiz Flávio Gomes chega a, no artigo antes mencionado, no afã de defender seu posicionamento contra legem, referir-se à "intérpretes e juízes adeptos do Estado constitucional e humanitário de Direito", como sendo supostos "constitucionalistas" e, neste passo, adotarem a corrente da inconstitucionalidade da vedação à progressão de regime e da eficácia erga omnes da decisão do Supremo, em oposição aos supostos "legalistas", que, em sua visão, seriam os intérpretes e juízes que adotariam "a interpretação seca da lei". Cuida-se de pretensa divisão dos operadores do Direito em "constitucionalistas" e "legalistas", divisão esta que não espelha a realidade, já que, em sã consciência, nenhum, rigorosamente nenhum operador do Direito, nos dias atuais, sustenta a "interpretação seca da lei" em desprezo à Constituição. O que acontece é que, felizmente, para o bem, inclusive, do "Estado constitucional e humanitário de Direito", existem intérpretes e juízes – a maioria, por sinal! – que, ao contrário dos outros, os supostos "constitucionalistas", não possuem o dom de, lendo a Constituição, enxergar nela coisas que gostariam que ali estivessem, mas que, por opção soberana do Poder Constituinte, definitivamente não estão. Exemplo disto é a cogitada eficácia erga omnes de decisão tomada em controle difuso de constitucionalidade. Felizmente (para o bem do Estado constitucional, democrático e humanitário de Direito, repita-se), existem intérpretes e operadores do Direito que não têm a soberba de quererem criar a sua própria Constituição mas, ao revés, têm a hombridade de se curvarem ao texto constitucional, ainda que, eventualmente, com ele não concordem, respeitando as Leis produzidas pelo Poder legitimado, que até podem não estar em sintonia com a sua ideologia, mas encontram guarida na interpretação isenta da Constituição.

Ora, é trivial que as decisões do Supremo Tribunal Federal tomadas em controle difuso de constitucionalidade não possuem eficácia vinculante e nem efeitos erga omnes, a não ser que seja adotada a providência do art.

52, X, da Constituição Federal, o que não foi feito em relação ao tema em debate. Ou que seja aquela decisão encampada por súmula vinculante, em conformidade com o disposto na Lei nº 11.417/06, que regulamenta o art. 103-A da Constituição Federal, introduzido pela Emenda Constitucional nº 45 [08]. Cabe aqui uma pergunta: para que serviria a súmula vinculante se qualquer decisão tomada pelo Plenário do Supremo em controle difuso de constitucionalidade produzisse efeitos erga omnes?

Tal tese, além de não ter respaldo constitucional – seus defensores, aliás, não se dignam, em nenhum momento, a apontar onde está o dispositivo legal ou constitucional que respalda expressamente esta afirmação, limitando-se a invocarem, levemente, princípios constitucionais – ainda reduz à inutilidade o recém criado instituto da súmula vinculante. Em suma: para que uma decisão do Supremo Tribunal Federal produza eficácia vinculante e efeito erga omnes não basta que o próprio Tribunal, por seus Ministros, ou mesmo parte da Doutrina, assim desejem; é preciso que a Constituição o tenha desejado. O Supremo Tribunal Federal é intérprete da Constituição; e não a própria Constituição. Seus Ministros são a voz da Constituição; não o próprio Constituinte. O Supremo Tribunal Federal, definitivamente, não está acima da Constituição. Será preciso uma nova Revolução Francesa para que se compreenda isto?!

Neste contexto de desencontros e perplexidades veio a Lei em exame – a Lei nº 11.464/07. Precipitado, o Legislador, antes mesmo de esperar para saber o que pensa a atual composição do Supremo Tribunal Federal [09], contrariando a vontade popular e num momento de explosão de criminalidade, resolveu desistir do regime integralmente fechado e criar, na Lei, a possibilidade de progressão de regime nos crimes hediondos e figuras equiparadas, prevendo, somente, um tempo de cumprimento de pena maior para a progressão, no caso em questão.

Tem que ser respeitada a vontade do Legislador, já que, por óbvio, a instituição legislativa da possibilidade de progressão de regime não tem nenhum vício de constitucionalidade, além de atender melhor, reconhece-se, o princípio da individualização da pena.

Tentando pacificar a discussão e seguir a orientação que passava a ser majoritária na Corte Constitucional, sem perder o norte da necessidade de uma punição mais severa para os crimes hediondos e figuras equiparadas [11], o que implicaria num tempo maior de encarceramento em relação aos demais, o Legislador estabeleceu que a progressão nos crimes hediondos e figuras equiparadas virá cumpridos 2/5 (dois quintos) da pena, ao invés dos 1/6 (um sexto), previstos como regra no art. 112 da Lei de Execução Penal, ou 3/5 (três quintos) se o condenado for reincidente.

A “Lei dos Crimes Hediondos” sempre foi muito combatida pelos criminalistas, o quais a qualificavam praticamente como uma “aberração jurídica”, uma verdadeira lei de exceção, típica de regimes autoritários, e em contraponto foi ela criada no florescer da retomada da democracia e promulgada pelo primeiro presidente eleito por voto direto, após muitos anos de regime de exceção imposto pelos militares.

Alberto Zacharias Toron, destaca que:

É curioso, por outro lado, perceber como no final do século, quando se acreditava no incremento do movimento despenalizador mediante a utilização de técnicas alternativas de controle social cresce o anseio por

penas mais elevadas e, de um modo geral, por uma atuação mais draconiana do sistema positivo como um todo, com prisões provisórias decretadas amiúde, supressão da progressão no regime prisional, etc. Afora isto, e por mais paradoxal que possa parecer, é exatamente sob a égide do sistema democrático que está aumentando o espectro de incidência do Direito Penal. [...]

Sobre a possibilidade de se ressocializar alguém dentro de uma prisão, Hassemer, com ironia ímpar, afirma que *“educación para la libertad a través de la privación de libertad”* não é só um afortunado título de um livro, senão a expressão plástica do paradoxo em que vivem as modernas teorias da pena. E, com efeito, como já apontado anteriormente, o fenômeno da máfia carcerária” ou da prisionização tornam a ressocialização, por melhores que sejam os propósitos do Poder Público e ressalvadas as honrosas exceções, um mito. É, em síntese, pouco provável que um mecanismo basicamente dessocializador consiga obter a ressocialização do condenado, educando-o para a liberdade, *“en condiciones de no libertad”*. Por isso, Paulo José da Costa Junior, vai dizer: “devemos nos prevenir de utopias, de melhorias demasiadamente cor-de-rosa”.

A tudo, deve agregar-se a problemática indagação de se saber para qual sociedade o homem está sendo ressocializado? Certamente que não para uma sem conflitos, em que os valores humanistas de justiça e igualdade imperem. A idéia de recuperação traz embutida a de reeducação que, como leciona Ricardo Andreucci, “levada ao seu extremo lógico, termina por sujeitar o condenado ao Estado por tempo indeterminado e, portando ao arbítrio (...). Além de inculcar-lhe os valores que preferir.”

Se assim é, torna-se evidente que os limites de ressocialização devem respeitar não apenas as diferenças de valores, até porque a sociedade em que vivemos é altamente seletiva, conflitiva, excludente e, por conseguinte injusta, como também a idéia de que o fundamental é fazer com que o condenado, apenas e tão-somente não volte a delinquir. De outro lado, de uma concepção extrema de prevenção especial, a pena para a tingir seu escopo poderia ignorar o delito praticado e o grau de culpabilidade do autor, chegando, paradoxalmente, a ser curta e branda num caso de gravidade se o delinqüente for ocasional, e severa na hipótese de um multirreincidente que pratique um crime leve. A pretexto de ser bastante proveitoso, Roxin, nessa linha, como exemplo, sugere a possibilidade de se impor vários anos de “trabalho reeducativo” a um mendigo notório.

Como pe fácil perceber e realça Cattaneo, a teria da prevenção social levada às suas últimas conseqüências, representa *“un pericolo per la certezza del diritto, in quanto conduce necessariamente a dare una ampiezza eccessiva alla discrezionalità del giudice”*.

A partir do momento em que no campo das teorias penais entendeu-se que a *“pena es un mal con el que se amenaza y un bien com propiedades terapéuticas para al delincente”*, a idéia de tratamento do delinqüente entrou em declínio e o critério da prevenção geral foi retomado, embora, segundo alguns, com a meta de que *“es preciso restringirla (a pena) al máximo”*. Nesse sentido aliás, como observa Santiago Mir Puig, *“se aprecia um giro em la Política criminal de los E. UU. Uy de los países escandinavos, que vuelven a ressaltar la importancia de una determinación judicial de la pena proporcionada al delito”*. Paulo José da Costa identifica nesta tendência um “retorno ao neoclassicismo, concentrado na idéia da punição certa, clara e determinada”.⁸

Contudo há aqueles que estão adstritos ao pensamento da maioria da população, que acredita que a repressão penal pode baixar índices de criminalidade,

⁸ Alberto Zacharias Toron, Crimes hediondos, o mito da repressão penal, p. 16 e 119/121.

que a segregação desse tipo de criminoso é a resposta da sociedade para coibir a prática desses crimes.

Assim podemos vislumbrar que a “Lei dos Crimes Hediondos” causa acalorados debates, acirrados com o novo posicionamento do Supremo Tribunal Federal e da mudança legislativa introduzida pela Lei nº 11.464/07.

1.1 Princípios Penais Constitucionais. Direitos e garantias humanas fundamentais

É cediço que todo sistema é baseado em princípios que são os pontos basilares, ou seja:

São normas elementares ou requisitos primordiais instituídos como base, como alicerce, de alguma coisa. E assim, os princípios revelam o conjunto de regras ou preceitos, que se fixaram para servir de norma a toda ação jurídica, traçando, assim, a conduta a ser tida em qualquer operação jurídica. Desse modo, exprimem sentido. Mostram-se a própria razão fundamental de ser das coisas jurídicas, convertendo-se em axiomas⁹

A Constituição de 1988, também conhecida por “constituição cidadã” se preocupou em esclarecer de forma pormenorizada, as garantias e direitos individuais dos cidadãos, buscando uma ruptura geral com o sistema anterior que primava pelo desprezo a esses postulados de direitos humanos, afastando, dessa maneira a ação arbitrária e sem limites do Estado no exercício do *jus puniendi*, sepultando, de uma vez por todas as mazelas introduzidas pelos famigerados “atos institucionais”, que tinham por escopo a erradicação dos direitos e garantias individuais, ignorando qualquer precedente relativo ao devido processo legal, utilizando técnicas medievais tortura, sob o pálio de manutenção da ordem e do bem estar social.

Ora, não se pode manter a ordem social sem o devido respeito às garantias fundamentais do cidadão, sob pena de se disseminar na sociedade, como

⁹ SCHIMITT, Ricardo Augusto. Princípios Penais Constitucionais – Direito e Processo Penal à luz da Constituição Federal. São Paulo: Edições Jus Podivm, 2007, p. 17.

de fato ocorreu a ideologia do “vale tudo”, que para se chegar ao fim pretendido não é necessário observar os postulados constitucionais e legais.

Ainda hoje verificamos que esse tipo de desrespeito está presente em várias partes do mundo. Um exemplo clássico de desrespeito aos direitos humanos vem sendo propagado por uma nação vista por todos como avançada economicamente, bem estruturada, que são os Estados Unidos da América. A prisão de Guantánamo, é uma espécie de “prisão de exceção”, onde todos os direitos e garantias fundamentais são sumariamente ignorados, e o mundo, as organizações internacionais, fazem “vista grossa” para as atrocidades que são cometidas naquele lugar.

Para que se tenha uma sociedade equilibrada é necessário que todos se sintam seguros, no sentido amplo da palavra. Assim, é necessário que o Estado cuide dos seus cidadãos de forma a dar oportunidades a todos, prover as necessidades de educação, alimentação lazer, moradia digna e salário que satisfaça as suas necessidades básicas, conforme determina a Constituição Federal.

No campo do direito destaca-se a importância da segurança jurídica, que confere a todos a certeza de uma atuação do Estado dentro dos limites legais, com a observância plena de todos os princípios norteadores da persecução penal.

Dentre os princípios constitucionais podemos destacar:

- a) Princípio da presunção de inocência;
- b) Princípio da ampla defesa;
- c) Princípio da plenitude de defesa;
- d) Princípio do contraditório;
- e) Princípio do juiz natural;
- f) Princípio da Publicidade;
- g) Princípio da vedação das provas ilícitas.

Nesse sentido destaca Guilherme de Souza Nucci em seu “Manual de Processo Penal e execução penal”¹⁰ que:

¹⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de processo penal e execução penal / Guilherme de Souza Nucci. – 5. ed. rev., atual. e ampl. 2. tir. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p. 66-67.

Inicialmente, os direitos fundamentais eram entendidos, como dizia Carl Schmitt, como “os direitos do homem livre e isolado, direitos que possui em face do Estado”, constituindo os direitos da liberdade da pessoa particular diante do Estado burguês. Essa concepção, no entanto, correspondia aos chamados direitos fundamentais de 1ª geração, com seus três princípios cardiais: liberdade, igualdade e fraternidade. Em seguida, nas lições de Paulo Bonavides surgiram os direitos sociais, culturais e econômicos, como os direitos coletivos; depois, os de 3ª geração, relativos aos direitos ao desenvolvimento, à paz, ao meio ambiente, ao patrimônio da humanidade e à comunicação. Como direitos fundamentais de 4ª geração aponta o mesmo autor os direitos à democracia, à informação e ao pluralismo (Curso de direito Constitucional, p. 517-525). Daí porque os direitos fundamentais abrangem os direitos individuais, os sociais os coletivos e àqueles que interessam à humanidade de um modo geral.

São fundamentais ao desenvolvimento pleno e à felicidade da pessoa humana, vista não somente do prisma individual, como alguém autônomo, deslocado da comunidade onde vive, mas, ao contrário, inserida num universo maior, onde estão também presentes e merecem ser protegidos os direitos da coletividade.

O Estado deve respeitar os direitos do indivíduo, mas precisa também limitá-los, em nome da democracia, pois, para manter o equilíbrio entre o direito isolado de um cidadão e o direito à segurança da sociedade, é preciso de um sistema de garantias e limitações. Aliás, esse já era o alerta feito por Carl Loewenstein ao mencionar que o Estado democrático constitucional, muitas vezes, entra num dilema, quando resolve usar fogo contra fogo, ou seja, para evitar que agitadores totalitários utilizem as liberdades democráticas pra destruir a própria democracia, acaba atentando contra princípios de liberdade e igualdade que tanto defende. Mas essa aparente contradição é passível de solução, desde que o Estado saiba dosar o quanto invade a esfera da liberdade individual em nome da segurança social e o quanto precisa limitar o direito individual para não ferir o coletivo (Teoría de la constitución, p. 404-405). Para assegurar o exercício de direitos tão importantes como os inerentes à natureza humana é preciso contrabalancear autoridade e liberdade, pois uma completa a outra. [...]

Fundamental é o básico, essencial. E por tal razão são fundamentais os direitos e garantias individuais. A sua origem foi justamente para combater os abusos do Estado, reconhecendo-se que o homem possui valores que estão acima e fora do alcance estatal. Os mandamentos cristãos em muito auxiliaram o cultivo cada vez maior desses direitos, mas nem por isso a Igreja, quando se tornou totalitária na Idade Média, deixou de sofrer o refluxo causado pelos protestantes que, em última análise, clamavam por direitos e valores que vinham sendo deixados de lado pela Inquisição. Desde então evoluíram os constitucionalismo e as liberdades individuais lado a lado, formando as bases do Estado democrático de direito.

É natural poder afirmar que a Antiguidade não conheceu os direitos individuais, visto que somente a partir do desenvolvimento do direito constitucional inglês, com a edição da *Magna Carta*, é que o mundo passou a gozar paulatinamente de maiores liberdades, especialmente diante do Estado que era absoluto e onipotente.

Assim, verifica-se que no processo evolutivo do constitucionalismo a defesa dos direitos e garantias individuais sempre estiveram presentes, assim observância dos princípios constitucionais penais garantem a manutenção e prestígio dos direitos e garantias individuais, conquistadas a alto preço pelas gerações passadas.

2. DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO HABEAS CORPUS Nº 82.959.

O Plenário do Supremo Tribunal Federal, em 23 de fevereiro de 2006, proferiu decisão histórica para o direito penal brasileiro, ao reconhecer (por votação apertada, 6 a 5) a inconstitucionalidade parágrafo 1º do artigo 2º da Lei nº 8.072/90 e permitir a progressão de regime prisional ao paciente, condenado por prática de crime hediondo, na espécie atentado violento ao pudor. Por meio desta decisão o Supremo desconstituiu acórdão emanado do Superior Tribunal de Justiça, que havia denegado a segurança com base em jurisprudência dominante do Próprio Supremo Tribunal Federal.

O Excelso Pretório, após dezesseis anos de relutância, acabou por reconhecer a inconstitucionalidade do dispositivo legal atacado. A constitucionalidade da não progressão de regime prisional perdurou por várias composições daquela corte e várias tentativas por parte de juristas e doutrinadores de desconstituir a impossibilidade de progressão. A mais conhecida delas é relativa ao surgimento da Lei nº 9.455/97, (lei de Tortura) que em seu artigo 1º, §7º, trazia a possibilidade de progressão de regime, pelo que muitos alegavam que havia derogado a impossibilidade de progressão de regime da lei dos Crimes Hediondos, tese essa não acatada pelo Poder Judiciário.

O julgamento histórico do Supremo Tribunal Federal no *Habeas Corpus* nº 82.959 encontra-se assim ementado:

HC 82959 / SP - SÃO PAULO
 HABEAS CORPUS Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO
 Julgamento: 23/02/2006 Órgão Julgador: Tribunal Pleno
 Publicação DJ 01-09-2006 PP-00018EMENT VOL-02245-03 PP-00510
 Parte(s)
 PACTE.(S) : OSEAS DE CAMPOS
 IMPTE.(S) : OSEAS DE CAMPOS
 ADV.(A/S) : ROBERTO DELMANTO JUNIOR E OUTRO(A/S)
 COATOR(A/S)(ES) : SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA
 Ementa
 PENA - REGIME DE CUMPRIMENTO - PROGRESSÃO - RAZÃO DE SER. A progressão no regime de cumprimento da pena, nas espécies fechado, semi-aberto e aberto, tem como razão maior a ressocialização do preso que, mais dia ou menos dia, voltará ao convívio social. PENA - CRIMES HEDIONDOS - REGIME DE CUMPRIMENTO - PROGRESSÃO - ÓBICE - ARTIGO 2º, § 1º, DA LEI Nº 8.072/90 - INCONSTITUCIONALIDADE - EVOLUÇÃO JURISPRUDENCIAL. Conflita

com a garantia da individualização da pena - artigo 5º, inciso XLVI, da Constituição Federal - a imposição, mediante norma, do cumprimento da pena em regime integralmente fechado. Nova inteligência do princípio da individualização da pena, em evolução jurisprudencial, assentada a inconstitucionalidade do artigo 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90.

Decisão

Apresentado o feito em mesa pelo Relator, o julgamento foi adiado.

Presidência do Senhor Ministro Maurício Corrêa. Plenário, 01.07.2003.

Decisão: Após os votos dos Senhores Ministros Marco Aurélio, Relator, e Carlos Britto, que deferiam a ordem para cassar o acórdão proferido pelo Superior Tribunal de Justiça e assentar o direito do paciente à progressão no regime de cumprimento da pena, e dos votos dos Senhores Ministros Carlos Velloso e Joaquim Barbosa, indeferindo-a, pediu vista o Senhor Ministro Cezar Peluso. Presidência do Senhor Ministro Maurício Corrêa. Plenário, 06.08.2003.

Decisão: Após os votos dos Senhores Ministros Marco Aurélio, Relator, e Carlos Britto, que deferiam a ordem para cassar o acórdão proferido pelo Superior Tribunal de Justiça e assentar o direito do paciente à progressão no regime de cumprimento da pena; dos votos dos Senhores Ministros Carlos Velloso e Joaquim Barbosa, que a indeferiam; e o do Senhor Ministro Cezar Peluso, que acompanhava o Relator e cancelava ex officio o aumento da pena do artigo 226, III, do Código Penal, pediu vista dos autos o Senhor Ministro Gilmar Mendes. Ausentes, justificadamente, o Senhor Ministro Celso de Mello e, neste julgamento, os Senhores Ministros Nelson Jobim e Joaquim Barbosa. Presidência do Senhor Ministro Maurício Corrêa. Plenário, 18.12.2003.

Decisão: Renovado o pedido de vista do Senhor Ministro Gilmar Mendes, justificadamente, nos termos do § 1º do artigo 1º da Resolução nº 278, de 15 de dezembro de 2003. Presidência do Senhor Ministro Maurício Corrêa. Plenário, 28.04.2004.

Decisão: Após os votos dos Senhores Ministros Marco Aurélio (Relator) e Carlos Britto, que deferiam a ordem para cassar o acórdão proferido pelo Superior Tribunal de Justiça e assentavam o direito do paciente à progressão do regime de cumprimento da pena; dos votos dos Senhores Ministros Carlos Velloso e Joaquim Barbosa, que indeferiam a ordem; do voto do Senhor Ministro Cezar Peluso, que acompanhava o Relator e cancelava ex officio o aumento da pena do artigo 226, III, do Código Penal; e do voto do Senhor Ministro Gilmar Mendes, que declarava a inconstitucionalidade do § 1º do artigo 2º, com eficácia ex nunc, pediu vista dos autos a Senhora Ministra Ellen Gracie. Presidência do Senhor Ministro Nelson Jobim. Plenário, 02.12.2004.

Decisão: Renovado o pedido de vista da Senhora Ministra Ellen Gracie, justificadamente, nos termos do § 1º do artigo 1º da Resolução nº 278, de 15 de dezembro de 2003. Presidência do Senhor Ministro Nelson Jobim. Plenário, 24.02.2005.

Decisão: **O Tribunal, por maioria, deferiu o pedido de habeas corpus e declarou, "incidenter tantum", a inconstitucionalidade do § 1º do artigo 2º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990**, nos termos do voto do relator, vencidos os Senhores Ministros Carlos Velloso, Joaquim Barbosa, Ellen Gracie, Celso de Mello e Presidente (Ministro Nelson Jobim). O Tribunal, por votação unânime, explicitou que a declaração incidental de inconstitucionalidade do preceito legal em questão não gerará conseqüências jurídicas com relação às penas já extintas nesta data, pois esta decisão plenária envolve, unicamente, o afastamento do óbice representado pela norma ora declarada inconstitucional, sem prejuízo da apreciação, caso a caso, pelo magistrado competente, dos demais requisitos pertinentes ao reconhecimento da possibilidade de progressão. Votou o Presidente. Plenário, 23.02.2006. (grifo nosso)

Como se vê da ementa do julgado, a decisão a que chegou o Plenário da Suprema Corte não foi fácil, também não se pode rotulá-la de açodada, uma vez que o julgamento se iniciou em 01.07.2003 e foi concluído apenas em 23.02.2006.

Contudo nesse interstício temporal houve a mudança de composição do órgão julgador, o que possibilitou a alteração do posicionamento sedimentado na Corte Constitucional.

O Ministro Marco Aurélio, relator do *Habeas Corpus*, em sua decisão invoca decisões anteriores na qual ficara vencido em face da antiga composição, entende sua Excelência que:

[...] o regime de cumprimento da pena como algo que, no campo da execução, racionaliza-a, evitando a famigerada idéia do 'mal pelo mal causado' e que sabidamente é contrária aos objetivos do 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 da irrelevância dos próprios atos e reações durante o período no qual ficará longe do meio social e familiar e da vida normal que temos ser humano; que ingressa em uma penitenciária com a tarja da despersonalização.¹¹

O Ministro Carlos Veloso, em seu voto divergente, de forma brilhante assevera que:

[...] A Lei 8.072/90, ao estabelecer a obrigatoriedade do regime fechado, em nada prejudica a individualização da pena, procedida de acordo com as regras do art. 59 do Código Penal. Se o Juiz fixou a pena atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos e às circunstâncias e conseqüências do crime, bem como ao comportamento da vítima, não se pode negar que a individualizou a pena. O fato de não ter podido livremente, fixar o regime inicial, por força de lei, não caracteriza inconstitucionalidade. A Lei nº 8.072/90 estabeleceu, apenas exceção à regra do §2º do art. 33 do Cód. Penal."¹²

Destarte, podemos ver que mesmo na mais alta Corte o pensamento sobre a progressão de pena quando se trata de crimes hediondos é divergente, ocasionando grande discussão sobre o tema, os argumentos são sólidos, tanto dos que defendem a constitucionalidade como dos que defendem a inconstitucionalidade da Lei dos Crimes Hediondos.

¹¹ HC nº 82.959/SP. Data do julgamento: 23/02/2006, Voto do Relator Min. Marco Aurélio, pág. 04, disponível em www.stf.gov.br

¹² Idem

Contudo, mesmo diante da decisão emanada do Supremo Tribunal Federal, persistia a polêmica na jurisprudência, com Tribunais Estaduais e Tribunais Regionais Federais considerando que a decisão do Supremo Tribunal Federal não produzia efeito *erga omnes*, continuavam decidindo pela aplicabilidade do sistema previsto na Lei dos Crimes Hediondos, ou seja, não concediam a progressão de regime prisional.

No entanto, no período em que o Supremo exarava decisão liminar na Reclamação 4.335¹³, afirmando o efeito *erga omnes* de sua decisão, o legislador antecipou-se e diluiu a controvérsia, editando a Lei nº 11.464, de 28.03.07 (com vigência a partir de 29 de março de 2007), na qual prevê a progressão de regime para os crimes hediondos e equiparados e ainda regula o requisito temporal para obtenção da progressão (art. 2º, §§ 1º. e 2º., da Lei 8.072/90, com a nova redação dada pela Lei nº 11.464/07).

2.1 Surgimento da lei nº 11.464/2007

Após a decisão do Supremo Tribunal Federal o Poder Legislativo se apressou para dar uma resposta à sociedade, uma vez que a decisão da Suprema Corte ecoou como abrandamento das penas, criando a sensação de que milhões de presidiários perigosos iriam sair das prisões, causando terror, como se estivéssemos em um filme, onde há uma fuga em massa e aqueles bandidos sujos e de feição rude cometem um saque sem precedentes.

¹³ Reclamação: Cabimento e Senado Federal no Controle da Constitucionalidade – 1 - O Tribunal iniciou julgamento de reclamação ajuizada contra decisões do Juiz de Direito da Vara de Execuções Penais da Comarca de Rio Branco-AC, pelas quais indeferira pedido de progressão de regime em favor de condenados a penas de reclusão em regime integralmente fechado em decorrência da prática de crimes hediondos. Alega-se, na espécie, ofensa à autoridade da decisão da Corte no HC 82959/SP (DJU de 1º.9.2006), em que declarada a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei 8.072/90, que vedava a progressão de regime a condenados pela prática de crimes hediondos. O Min. Gilmar Mendes, relator, julgou procedente a reclamação, para cassar as decisões impugnadas, assentando que caberá ao juízo reclamado proferir nova decisão para avaliar se, no caso concreto, os interessados atendem ou não os requisitos para gozar do referido benefício, podendo determinar, para esse fim, e desde que de modo fundamentado, a realização de exame criminológico. Rcl 4335/AC, rel. Min. Gilmar Mendes, 1º.2.2007. (Rcl-4335). STF – Informativo nº 454

Essa sensação se dá na sociedade em face da insegurança que todos vivemos, principalmente, nas grandes cidade, onde os índices de criminalidade não param de crescer.

Na verdade, o Poder Legislativo estava inclinado, antes da decisão histórica e polêmica do Supremo Tribunal Federal, a recrudescer ainda mais a legislação penal relacionada à prática de crimes hediondos, em face do clamor popular, conforme se vê do Projeto de Lei nº 6.793/06¹⁴, de autoria do Deputado Federal Luiz Antônio Fleury Filho; contudo, não houve tempo para que esta nova legislação sequer nascesse, apesar de ter achado terreno fértil para tanto.

Assim o legislador precisou pensar rapidamente em uma solução que levasse à população uma sensação de maior tranquilidade, onde não ficasse aquela impressão de que a impunidade, mesmo nos crimes mais graves e repugnantes imperava. Não havia condições de restabelecer regra semelhante àquela derrubada pelo Supremo no julgamento do HC nº 82.959, então, de forma célere criou-se uma nova legislação, na qual se achou uma solução “salomônica” entre a decisão da mais alta Corte do país e o anseio popular.

É necessário salientar que o legislador pátrio, frequentemente, tem legislado de forma contrária ao que determina a Constituição Federal, não observando, ainda, o que determina a internacionalização do direito, absorvido pelo nosso ordenamento por meio dos tratados, que recepcionados como normas infraconstitucionais, mas supralegais, e, portanto, não poderiam, ser modificadas por legislação hierarquicamente inferior.

Observa-se, entretanto, em matéria penal, que para o legislador, o que vale é o clamor popular, repleto de emoção, significando votos de possíveis eleitores e possível reeleição do político que tem os ouvidos atentos para a “voz do povo”.

¹⁴ Comissão aprova mais rigor contra crime hediondo 12/07/2006 A Comissão de Segurança Pública e Combate ao Crime Organizado aprovou, com substitutivo, o projeto de lei 6793/06, do Poder Executivo, que torna a Lei de Crimes Hediondos (8072/90) mais severa. O texto aprovado proíbe que condenados por extermínio, seqüestro, tráfico de drogas, tortura ou quaisquer outros crimes hediondos tenham direito a cumprir penas alternativas. De autoria do deputado Fleury (PTB-SP), o substitutivo também determina que esses criminosos só poderão progredir do regime fechado para o semi-aberto depois de cumprirem 2/3 da pena e serem aprovados em exame criminológico. Hoje, basta cumprir 1/6 da condenação e receber um atestado de bom comportamento. A proposta também estabelece que réus condenados por crime hediondo aguardarão o julgamento de recurso presos e não terão direito a saídas temporárias. E propõe ainda modificações no Código Penal (Decreto-Lei 2848/40), aumentando de 2/3 para 4/5 da pena o prazo mínimo exigido para a concessão de liberdade (disponível em <http://www2.camara.gov.br/comissoes/cspcco/pastanoticias/12072006a.html>)

É cediço que a lei endurecia ao extremo cria uma falsa expectativa para a vítima, para a sua família e para a sociedade em geral, pois na verdade enxergam na aplicação destas leis uma espécie de vingança.

Tal expectativa, na maioria das vezes, é frustrada, porque o Estado não tem condições de cumprir o prometido, que era uma retribuição “em dobro” do mal causado, quase um olho por olho, dente por dente.

Isso cria um ciclo vicioso, que muitas vezes desemboca na autotutela, seja por meios próprios ou através de “grupos de extermínio”, modalidade criminosa alimentada pela ineficiência do Poder Público.

O comportamento de legislar em virtude do clamor público, que pode ser comparado a um “efeito manada” – termo utilizado em economia para definir aqueles investidores que seguem as majorias, as tendências, sem fazer distinção de seus atos perante o mercado financeiro – pelo qual aquele que é encarregado da manutenção do Estado Democrático de Direito, ignora princípios constitucionais básicos e cria leis que vão de encontro aos ordenamentos jurídicos balizadores da estrutura legislativa. Nesse sentido, destacamos a lição de Luiz Flávio Gomes :¹⁵

As últimas iniciativas legislativas ocorridas do nosso país (Lei dos Crimes Hediondos, Lei do Crime Organizado etc.) têm sido muito criticadas (e com razão) porque o legislador derivado, nesta década sobretudo, vem ignorando regras básicas vinculantes do ordenamento jurídico. No que se relaciona ao princípio do devido processo legal e, mais particularmente, ao devido processo penal, por exemplo, seu desconhecimento versa fundamentalmente sobre o seguinte: o devido processo penal acha-se hoje amplamente constitucionalizado (seja pelo processo de constitucionalização mesmo, seja pelo de internacionalização), e essa constitui sua parte rígida, isto é, não pode ser afetada pelo legislador ordinário, cujo poder de alteração ou de inovação diz respeito somente à parte flexível do devido processo. Ao ignorar essa regra elementar, acaba o legislador indo muito além dos limites legiferantes inerentes ao Estado de Direito.

A propósito do tema, já tivemos ocasião de salientar o que segue: considerando que o crime e a criminalidade continuam sendo verdadeiros “enigmas”, todo tipo de teste e de experiência (respostas estatais para o problema) vêm sendo adotados. O crime organizado e agora a lavagem de capitais, por exemplo, vêm servindo de extraordinário laboratório para que distintos Estados coloquem em funcionamento tudo que a engenharia ou reengenharia humana é capaz de produzir para “combater” esses “inimigos”. A mente humana é muito fértil, ninguém duvida. Mas, quando se trata de apresentar soluções para graves problemas sociais, notamos o quanto ainda precisa ser desenvolvida. Na falta de recursos e mecanismos mais sofisticados, no âmbito criminal, a tendência tem sido a simplificação

¹⁵ GOMES, Luiz Flávio Gomes. *Delação Premiada e Aspectos Processuais Penais*. Material da 3ª aula da Disciplina Criminalidade Econômica e Organizada, ministrada no Curso de Especialização TeleVirtual em Ciências Penais – UNISUL/REDE LFG.

(do problema e da solução), o engano (que se dá pelo Direito Penal simbólico), a improvisação (mediante intervenções militares), a reação violenta (esquadrões da morte, chacinas, linchamentos) ou a sugestão de medidas flagrantemente inconstitucionais (como pena de morte, prisão perpétua, punição penal do menor de dezoito anos, inversão do ônus da prova, eliminação da publicidade, do devido processo legal, do devido processo penal, fim do sistema acusatório etc.). E quando se percebe que o problema, tendo em conta o contexto atual, é praticamente insolúvel, a tática mais comum consiste na transferência de responsabilidade: os órgãos governamentais e políticos encarregados do assunto transfere-a para outras instituições (outras agências, no dizer de Zaffaroni).

Verificar quais são os limites constitucionais que não podem ser ultrapassados de forma alguma nessa “luta” contra o crime torna-se, assim, sumamente importante. A barreira intransponível máxima de toda política criminal é evidentemente o Estado Constitucional de Direito. Por mais que se acredite na bondade de uma determinada medida de “combate” ao crime (inversão do ônus da prova, por exemplo), se viola a Constituição deve ser prontamente rechaçada. Ninguém pode ignorar que o Estado Constitucional de Direito criou um sistema de garantias que de modo algum pode ser quebrado. Esse sistema de garantias funda-se, como diz Ferrajoli, numa dupla artificialidade: (a) no caráter positivo das normas produzidas, isto é, já não é a Moral ou o Direito Natural a fonte dos direitos – disso resulta que o “ser” (existência) do ordenamento jurídico é produto do “homem” (artificial, portanto); (b) na sujeição do próprio ordenamento jurídico às regras “formais” e “substanciais” do Estado Constitucional de Direito.

O processo de produção das normas jurídicas, desse modo, está formal e substancialmente constitucionalizado. Tanto a “existência” (aspecto formal) como a validade (aspecto substancial) das normas estão condicionadas pelo Estado Constitucional de Direito, que possui um núcleo imperativo intangível de valores, princípios e direitos fundamentais (que configuram a chamada realidade “teleológica-axiológica” da Constituição). Esse núcleo constitui o que se denomina “Constituição material”, com a consequência de que “o próprio conteúdo de cada uma das normas que compõem o ordenamento jurídico se acha necessariamente afetado pela norma básica”. Desse Estado Constitucional de Direito emana, naturalmente, um “modelo ou sistema garantista”, que é muito distinto do “modelo positivista clássico” (paleopositivista). O Direito, agora concebido como “sistema de garantias”, ainda dentro da linha de pensamento de Ferrajoli, não só é condicionante (rege a sociedade) senão também “condicionado”, é dizer, seu conteúdo, sua substância, não pode extrapolar os limites da Constituição, especialmente os dados pelo seu núcleo material.

O Estado Constitucional de Direito não é apenas um “Estado de Direito”. Como enfatiza Luigi Ferrajoli, ambos são regidos por lege e sub lege, mas com diferenças marcantes: no Estado de Direito clássico, é a “lei” que condiciona a forma e o conteúdo do ordenamento jurídico; no Estado Constitucional, é a “Constituição” que estabelece a forma e que dá os limites substanciais do ordenamento jurídico; no primeiro, toda lei tem “validade” e é presumida de interesse geral; no segundo, a validade da lei depende de sua coerência com a Constituição; qualquer lei, inclusive as autoritárias e abusivas, deve ser observada (dentro do positivismo clássico); as leis que violam a Constituição, para o sistema garantista atual, são inválidas e não podem ser aplicadas. A primazia da Constituição, proclama Ramon Peralta, “produz o efeito de invalidar as normas infraconstitucionais que violem os preceitos que estão na norma fundamental”.

Poder sub lege no Estado Constitucional significa, portanto, não só submetimento formal (quem pode e como pode a norma ser editada), senão também “substancial” (o que pode e o que não pode ser decidido pelos poderes constituídos). Só o Estado de Direito no sentido

constitucional, como se percebe, pode ser reputado verdadeiramente “garantista”, porque nele tem pertinência a distinção entre “legitimidade formal” e “legitimidade substancial” da norma produzida. Cabe ainda destacar que só dentro do Estado Constitucional notabiliza-se a distinção entre “mera legalidade” (todos os atos submetidos à lei) e “estricta legalidade” (todo o ordenamento jurídico submetido ao conteúdo dos direitos fundamentais). Uma norma jurídica somente adquire esse status quando conta com um referencial normativo superior “que possibilite sua existência como algo válido, positivo, jurídico”.

A disjuntiva que acaba de ser enfocada por Zaffaroni, “vontade irrestrita da maioria” ou “supremacia da Constituição”, encontra uma pronta resposta dentro do Estado Constitucional de Direito: nenhuma maioria, por mais contundente que seja, pode decidir algumas matérias (as salvaguardadas pelas cláusulas pétreas, por exemplo) ou deixar de decidir outras. Da democracia “formal” passa-se à “substancial”: a maioria decide, mas existem condições “substanciais” que não podem deixar de ser observadas. E são essas que dão o norte sobre o que não é lícito decidir ou sobre o que não é lícito não decidir. Desse sistema “garantista” de direito deriva uma série de conseqüências que estão ainda por ser devidamente estudadas: a remodelação dos conceitos de vigência e validade da norma jurídica, o respeito ao conteúdo essencial dos direitos fundamentais, a impossibilidade de o legislador ordinário restringir direitos e garantias fundamentais quando não há expressa previsão constitucional etc.

Não poderíamos encerrar esse rápido enfoque do modelo garantista de direito sem fazer menção especial aos juizes, que possuem a missão de garantir a eficácia dos direitos fundamentais.¹⁶ O melhor modelo de atuação judicial, por isso, é o positivista-constitucionalista, que leva o juiz a questionar sempre a validade da lei, antes de aplicá-la.¹⁷ Dessa postura garantista emanará, automaticamente, a chamada jurisprudência constitucionalizada, que parte de que a “Constituição constitui o contexto necessário de todas e cada uma das normas do ordenamento jurídico, inclusive para o efeito de sua interpretação e aplicação”.¹⁸

Em obra muito recente, um dos maiores juristas da atualidade, Mauro Cappelletti,¹⁹ descreveu com extrema felicidade a legitimação democrática dessa justiça constitucional. Podemos sintetizar sua doutrina dessa forma: “O controle constitucional das leis é necessário, se se quer pôr um limite ao poder do moderno ‘big government’; é também necessário se queremos conceber a Constituição não como mera proclamação político-filosófica, senão como verdadeira norma jurídica suprema, ‘Grundnorm’; o controle judicial opera como instrumento essencial para concretizar aquela repartição vertical da competência – ‘vertical sharing of powers’ –; é, de outro lado, essencial que os direitos fundamentais – os ‘Bill of Rights’ de todas as Constituições modernas – sejam aplicados inclusive contra a vontade da maioria; esse ‘processo jurisdicional’ é democrático e ‘participatório’ porque não se desenvolve ex officio; a imunidade do juiz não significa irresponsabilidade; a motivação das suas decisões são expostas ao controle social; o ‘judicial process’ é mais acessível ao cidadão comum que os processos legislativos e administrativos; também na atividade judicial se nota a criatividade – ‘law-making’ –, mas o judicial ‘law-making’ é lento, gradual, ‘experimental’, um ‘trial-and-error process of law-making’.

A justiça constitucional, acrescenta o mestre italiano, “não é necessariamente a última palavra (porque a Constituição pode ser

¹⁶ Luiz Flávio Gomes, A questão do controle externo do Poder Judiciário, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1993, p. 93 e ss.

¹⁷ Sobre os vários modelos de atuação judicial, v. Luiz Flávio Gomes, Direito de apelar em liberdade, 2. ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, p. 108 e ss.

¹⁸ Ramon Peralta, La interpretación del ordenamiento, cit., p. 51.

¹⁹ Dimensiononi della giustizia nelle società contemporanee, Bolonha, Il Mulino, 1994, p. 65 e ss.

modificada); historicamente, nenhum regime ditatorial ou opressivo jamais aceitou um sistema eficaz de justiça constitucional; essa justiça é não só legítima, senão necessária, em um regime de liberdade e democracia; o constitucionalismo moderno requer juízes capazes de elevar às alturas a grandeza da sua tarefa... a época do direito 'puro' acabou. A nossa é uma época do direito responsabilizado, do direito não separado da sociedade, pelo contrário, intimamente ligado a ela, às suas necessidades, às suas reclamações, às suas vozes de esperança...”.

O legislador, em suma, tem que compreender a evolução do Estado de Direito tout court para o Estado Constitucional de Direito. E todas as vezes que ele vai legislar, especialmente no âmbito criminal, tem que observar estritamente o que se acha constitucionalizado (diretamente ou indiretamente, isto é, observar os preceitos expressos da Constituição, assim como os que vieram em seu complemento nos tratados internacionais). Urge perceber que já existe um devido processo penal preestabelecido, consolidado. E, no que se relaciona com sua parte rígida, nada pode fazer o legislador ordinário a não ser ampliá-la para facilitar a melhor fruição dos direitos fundamentais.

Na elaboração da Lei 9.613/98, lamentavelmente, uma vez mais e em vários dispositivos revelou o legislador ordinário, tal como veremos em seguida, sua pouca afeição com o proclamado Estado Constitucional de Direito.

Fica claro, portanto que no atual momento em que o país atravessa, em que se vislumbra uma retomada da lucidez por parte da Suprema Corte, que não há espaço para leis que afrontam os princípios constitucionais de direito e as garantias individuais embutidas nestes.

Vivemos um momento de mudanças no Poder Judiciário, em que se busca a aplicação efetiva do Poder Jurisdicional, com seriedade e celeridade, fazendo com que a prestação jurisdicional seja eficiente e produza segurança na sociedade, em todas as suas camadas.

Assim, a mudança de pensamento e postura em um dos poderes da República, certamente refletirá nos demais, mostrando que é possível com ações, muitas vezes singelas, mudar a postura até então adotada, renovando o pensamento e modernizando as ações em prol da sociedade, para que tenhamos uma distribuição de justiça equânime.

3. APLICAÇÃO DA PROGRESSÃO DO REGIME PRISIONAL NO INTERSTÍCIO TEMPORAL QUE PERMEIA A DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A PROMULGAÇÃO DA LEI Nº 11.464/07

Contudo, com a criação da nova legislação houve espaço para questionamento sobre qual legislação seria aplicada em casos ocorridos antes da promulgação da Lei nº 11.464/2007.

Alguns doutrinadores, capitaneados por Luiz Flávio Gomes²⁰ começaram a questionar a aplicação da nova legislação nos crimes cometidos antes da vigência da lei, afirmando que deveria ser aplicado o artigo 112 da Lei nº 7.210/84, a Lei das Execuções Penais, em face do efeito vinculante da decisão do Supremo, tese essa que não foi sufragada pelos Tribunais de Justiça e Tribunais Regionais Federais, conforme se vê do acórdão exarado pela Primeira Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, no Habeas Corpus nº 2006.03.00.037555-0/SP, que teve como Relator o Desembargador Federal Johnsonom di Salvo, rejeitou o efeito vinculante da decisão do Supremo Tribunal Federal ²¹.

²⁰ GOMES, Luiz Flavio. Lei nº 11.464/07: Liberdade provisória e progressão de regime nos crimes hediondos. disponível em <http://www.lfg.blog.br/article.php?story=20070403090323415> - Crimes ocorridos a partir do dia 29.03.07: a Lei 11.464/2007 foi publicada dia 29.03.07. Entrou em vigor nessa mesma data. Cuidando-se de norma processual penal com reflexos penais, em sua parte prejudicial (novatio legis in pejus) só vale para delitos ocorridos de 29.03.07 em diante. Em outras palavras: o tempo diferenciado de cumprimento da pena para o efeito da progressão (2/5 ou 3/5) só tem incidência nos crimes praticados a partir do primeiro segundo do dia 29.03.07. Crimes ocorridos antes de 29.03.07: quanto aos crimes ocorridos até o dia 28.03.07 reina a regra geral do art. 112 da LEI DE EXECUÇÃO PENAL (exigência de apenas um sexto da pena, para o efeito da progressão de regime). Aliás é dessa maneira que uma grande parcela da Justiça brasileira (juízes constitucionalistas) já estava atuando, por força da declaração de inconstitucionalidade do antigo § 1º do art. 2º da Lei 8.072/1990, levada a cabo pelo Pleno do STF, no HC 82.959. Na prática isso significava o seguinte: o § 1º citado continuava vigente, mas já não era válido. Os juízes e tribunais constitucionalistas já admitiam a progressão de regime nos crimes hediondos, mesmo antes do advento da Lei 11.464/2007.

²¹ 9. Por outro lado, num país em que imensas parcelas da população vivem em estarrecedor nível de pobreza, num país onde a corrupção é endêmica e onde as instituições democráticas são frágeis, compreende-se – o que não significa que se deva aceitar passivamente – o descaso dos governantes para com aqueles que enveredam pelas trilhas dos crimes graves. 10. Mas daí a dizer-se que há inconstitucionalidade em se negar ao traficante, ou a outros agentes de crimes hediondos e assemelhados, a progressão de regime, é forçar demasiado o raciocínio. 11. A posterior opção do mesmo legislador ordinário pela progressão de regime no caso dos delitos de tortura (Lei nº 9.455/97) é também autorizada pela Constituição Federal já que o inciso XLVI do artigo 5º sempre se referiu à “lei”. Mas obviamente restringiu-se somente a esses delitos (Súmula nº 698 do Supremo Tribunal Federal). 12. Penso, com o devido respeito à atual postura do Supremo Tribunal Federal, que a decisão dessa Corte chancelando progressão de regime em sede de crime hediondo – além do de

Cabe, a partir de agora verificar qual a legislação aplicável para que se permita a progressão do regime prisional, a Lei nº 7.210/84 (consagrada pela decisão do Supremo Tribunal Federal) ou a nova legislação consubstanciada na Lei nº 11.464/07.

Inicialmente, verificamos a existência de juristas e magistrados que rejeitam conferir efeito *erga omnes* à decisão exarada pelo Supremo Tribunal Federal no multicitado *habeas corpus*, sob o argumento de que se trata de controle difuso de constitucionalidade e que para ter tal efeito deveria seguir regra constitucional e ser a decisão remetida para o Senado Federal, para que, por meio de Resolução, a lei tida por inconstitucional fosse extirpada do ordenamento jurídico, não se pode fazer interpretação extensiva do texto constitucional, sob pena de alargar a idéia central do legislador constitucional originário.

Aduzem, ainda, que a decisão exarada pelo Supremo Tribunal Federal no HC nº 82.959 tem efeito restrito às partes que litigam, não podendo alargar o espectro de sua incidência; não se pode negar que os juízes e órgãos fracionários dos tribunais poderiam, se quisessem, usar tal decisão como paradigma e conceder o benefício da progressão de pena, usando os critérios do art. 112 da Lei de Execução Penal, que seria o mais justo a ser aplicados nos casos anteriores à nova legislação, tendo em vista que a mais alta Corte do país finalmente rejeitou a supressão de progressão do regime prisional.

Afirmam, ainda, os defensores da tese de impossibilidade de extensão da decisão do STF, exarada em sede de controle difuso de constitucionalidade, que a Emenda Constitucional nº 45 introduziu a figura da Súmula vinculante no artigo 103-A da Constituição Federal²², que poderia dessa forma ungir a referida decisão com

tortura, para o qual existe opção legislativa expressa permitindo – é equivocada já que a Lei nº 8.072/90 não ostenta contrariedade com a Magna Carta nesse aspecto.

13. Demais, ao que sei, não houve remessa dessa decisão ao Senado Federal para que se completasse o procedimento complexo de retirada do ordenamento penal da regra em questão; sendo assim, tenho que a mesma permanece vigendo em tese e a aplico.

14. Então, neste momento não verifico qualquer ilegalidade na sentença condenatória no que tange à imposição de regime de cumprimento de pena integralmente fechado ao paciente. É certo, contudo, que no caso de eventual recurso da defesa a questão poderá ser amplamente analisada por este Tribunal, ou então objeto de apreciação pelo Juízo da Execução Penal quando do trânsito em julgado. 15. O que não se pode, nesta via processual e na análise que esta permite, é se concluir que a decisão ora atacada esteja eivada de ilegalidade, causadora de constrangimento à liberdade de locomoção do paciente. 16. Ordem denegada. (disponível em www.trf3.gov.br)

²² Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, depois de reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar

o pretendido efeito *erga omnes*. Se assim não fosse não teria sentido a criação de tal mecanismo, bastava consignar que todas as decisões oriundas do Supremo Tribunal Federal teriam efeitos *erga omnes*, sem que fosse necessária a observação do rito procedimental da criação da súmula vinculante.

Na vida cotidiana de quem milita no direito, é sabido que os Tribunais de Segunda Instância, normalmente se vinculam ao pensamento dos Tribunais Superiores, evitando, assim, um desgaste desnecessário, em prol da celeridade e da economia processual, pois sabem que as decisões contrárias serão reformadas e em muitos casos retornarão aos Tribunais Regionais e de Justiça para que se adequem ao posicionamento emanado dos Tribunais Superiores (STF e STJ). Dessa forma, não é fácil alcançar a motivação das Cortes de Segunda Instância em não aplicar a progressão de regime da forma entendida pelo STF.

Dessa forma, no interstício temporal da decisão do Supremo Tribunal Federal e da promulgação da Lei nº 11.464/07 o Poder Judiciário oscilou em aplicar o disposto no artigo 112 da Lei das Execuções Penais ou o disposto na 8.072/90, em face da alegada ausência de efeito vinculante da decisão, em que pese o posicionamento do Ministro Gilmar Mendes no julgamento da reclamação nº 4355-AC na qual sustentou a existência de efeitos *erga omnes* também no controle difuso de constitucionalidade; contudo, alegam os que pensam de forma contrária que esta tese encontra, como barreira, o que dispõe o artigo 52, X, da Constituição Federal, que remete ao Senado a incumbência de conceder essa eficácia geral, suspendendo a aplicação, no todo ou em parte, de decisão definitiva de mérito, do Supremo Tribunal Federal, no sentido da inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, pelo que ficou ao arbítrio do juízo da causa a concessão ou não do benefício de progressão do regime prisional.

Verifica-se, assim que as duas posições adotadas pelo Poder Judiciário eram legítimas, uma por aplicar a Lei nº 8.072/90 ainda em vigor, e outra

súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004) (Vide Lei nº 11.417, de 2006).

§ 1º A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica.

concedendo o benefício lastreada no paradigma criado pelo Supremo Tribunal Federal, conferindo efeito vinculante à decisão proferida no HC 82.959, no mesmo sentido do pensamento explicitado pelo Ministro Gilmar Mendes na Reclamação nº 4355-AC.

3.1 Eficácia temporal da lei nº 11. 464/07.

O Pretório Excelso, ao delegar, mesmo em sede de controle de difuso de constitucionalidade, o tratamento da progressão de regime à Lei nº 7.210/84, permitiu a concessão do benefício diante do cumprimento de apenas 1/6 (16, 66%) da pena.

A Lei nº 11.464/07, ao exigir 2/5 (40%) ou 3/5 (60%) seria, portanto, mais severa.²³

Contudo se o parâmetro for aquele utilizado no artigo 2º, § 1º da Lei 8.072/90, que proibia a progressão, observando o disposto no artigo 5º, XL da Constituição Federal, que determina que “*a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu*”, sua aplicação se dará também aos crimes cometidos anteriormente à sua vigência.

Destarte, se firmamos convicção no sentido de que a nova lei é retroativa; pois a sua maior benignidade deve ser cotejada não em face da decisão do STF no HC 82.959-AC, mas diante da redação do artigo 2º, § 1º da Lei 8.072/90, estaríamos procedendo à retroatividade de lei em prejuízo do réu, pois a citada vedação de progressão de regime prisional, apesar de vigente, não tem mais validade no mundo jurídico a partir da decisão do Supremo Tribunal Federal. Não se pode, dessa forma confundir vigência da lei com a sua validade.

Nesse sentido a lição da eminente professora Maria Thereza Rocha de Assis²⁴:

²³ Dados com as respectivas porcentagens disponíveis em <http://g1.globo.com/Noticias/Brasil/0,,AA1457609-5598,00.html>

²⁴ MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. *A Lei 11.464/2007 e a progressão de regime nos crimes hediondos e a ele equiparados*. Boletim IBCCRIM nº179 - Outubro/2007. Disponível em:

Naquela ocasião o tribunal, por unanimidade de votos, explicitou que “a declaração incidental de inconstitucionalidade do preceito legal em questão não gerará conseqüências jurídicas com relação às penas já extintas nesta data, pois esta decisão plenária envolve, unicamente, o afastamento do óbice representado pela norma ora declarada inconstitucional, sem prejuízo da apreciação, caso a caso, pelo magistrado competente, dos demais requisitos pertinentes ao reconhecimento da possibilidade de progressão”.

Como bem asseverado por Fernanda Teixeira Zanoide de Moraes, “uma grande novidade trazida pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, neste importante e histórico julgamento, está em conferir, em sede de controle de constitucionalidade difuso, efeitos ex nunc (a partir da decisão de inconstitucionalidade) e extensão erga omnes, tornando uma eventual resolução do Senado Federal ato inócuo” .

Com efeito, embora o reconhecimento da inconstitucionalidade tenha se dado incidenter tantum, o Supremo Tribunal Federal foi expresso em alargar sua extensão, para o fim de reconhecer a todos os condenados, cujas penas ainda não estivessem extintas, o direito à progressão de regime.

Tanto é certo que, a partir da referida decisão, o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça passaram a conceder, até mesmo de forma unipessoal, ordens de habeas corpus para o fim de afastar o inconstitucional óbice à progressão, determinando aos juízos das execuções criminais que procedessem à análise dos requisitos objetivos e subjetivos necessários para a concessão da progressão de regime, nos moldes do art. 112 da Lei de Execuções Penais.

Logo após o julgamento do leading case pelo Supremo Tribunal Federal, o Poder Executivo enviou ao Congresso Nacional projeto de lei alterando a Lei 8.072/90, para tornar suas disposições compatíveis com a Constituição da República. Tal projeto, com as alterações feitas pelas Casas Legislativas, resultou na Lei 11.464, de 28 de março de 2007.

Assim, fica claro que para os crimes cometidos até a entrada em vigência da lei nº 11.464 de 29 de março de 2007 deve ser aplicada a regra geral contida no artigo 112 da Lei de Execuções Penais, ou seja, o condenado deve cumprir 1/6 da pena para que possa pleitear a progressão de regime.

3.2 O estado constitucional de direito

O termo “Estado Constitucional de Direito” introduzido no mundo jurídico pelo ilustre professor Luiz Flávio Gomes em sua recente obra intitulada “Estado constitucional de direito e a nova pirâmide jurídica”, demonstra a evolução das garantias e direitos individuais do cidadão, dando uma mostra da mudança de

mentalidade dos doutrinadores, dos magistrados, do legislador e da sociedade como um todo.

A nova postura adotada no meio jurídico procura demonstrar que é possível fazer justiça sem que se promova a degradação da pessoa humana, respeitando a sua dignidade, aplicando a lei de forma severa, mas proporcional, dando chance ao indivíduo de reparar o seu erro, de tentar a sua reintegração na sociedade.

É cediço que o nosso sistema prisional não contribui para que tal meta seja alcançada, é preciso repensar a repressão estatal como um todo, pois não basta encarcerar o indivíduo, trancá-lo e “jogar a chave fora”, deve ser analisado, para tanto, toda a estrutura social do país, deve ser levado em conta a qualidade do ensino que é oferecida a cada um, pois vivemos numa sociedade elitizada, na qual o acesso a boas escolas, a tratamentos de saúde de qualidade são privilégios de poucos. Ressalte-se, ainda, que a nossa sociedade é extremamente competitiva, o que reduz a chance de ascensão social dos integrantes das camadas sociais menos privilegiadas, os quais ficam relegados a subempregos ou empregos de segunda categoria.

Ao olhar para a dignidade humana, tanto a do ofendido, como a do ofensor, que a partir do momento que é colocado na posição de réu, se torna parte frágil que deve ter os seus direitos e garantias individuais - os quais estão elencados na Constituição Federal - respeitados; ainda, não só as normas internas devem ser observadas, mas também aquelas que internacionais, que emanam de órgãos supranacionais, que resultam em tratados internacionais de direitos humanos, aos quais o país signatário adere, os quais passam a fazer parte do ordenamento jurídico pátrio, com *status* normativo supralegal, conforme destacado na lição de Luiz Flávio Gomes²⁵

Sendo o Brasil signatário de praticamente todos os protocolos internacionais que visam acautelar os direitos humanos, a missão dos juristas que prezam pelo “garantismo constitucional” é disseminar esses avanços junto a sociedade, pois o que realmente precisamos é de um “choque” de idéias, nas quais

²⁵ GOMES, Luiz Flávio. Estado Constitucional de Direito e a nova pirâmide jurídica / Luiz Flávio Gomes. – São Paulo : Premier Máxima, 2008. – (coleção direito e ciências afins ; v. I / direção Luiz Flávio Gomes e Alice Bianchini), págs. 25/26.

o “positivismo legalista”, que prima pela aplicação da letra fria da lei, passe a ser sepultado com as suas idéias de medidas extremas para conter a violência, baseados nos ultrapassados paradigmas do movimento lei e ordem.

A população precisa ter um conhecimento mais amplo do que significa “garantismo penal”, isso tem que ser exposto junto aos populares de maneira mais didática, sem que pareça que é uma forma de proteger os infratores da lei, que se está pregando a impunidade.

O que precisa ser mostrado à grande população é que o direito penal de uma forma ou de outra pode alcançar qualquer cidadão, fazendo-o entender que não só os delitos praticados com dolo são puníveis pela legislação, mas também aqueles praticados com culpa, que como exemplo clássico podemos citar os acidentes de automóveis. Assim, todos estão sujeitos à esfera de ação da Lei Penal.

Precisa ser mostrado para a sociedade, para o corpo jurídico nacional que a guarda das garantias constitucionais individuais é importante para todos; isso significa que os princípios constitucionais penais, como a proporcionalidade, individualização da pena, dignidade da pessoa humana, da duração razoável do processo, dentre outros ao serem observados trazem garantia de paz social. As penas têm que ser aplicadas com firmeza, mas dentro da legalidade e com a observância de todas as garantias constitucionais, não se pode ser inquisidor, na nossa sociedade não existe mais espaço para tais comportamentos.

A lei dos crimes hediondos, na sua redação originária despreza *prima facie* os princípios penais constitucionais da proporcionalidade e da individualização da pena, tendo em vista que a impossibilidade de progressão de regime viola os mais básicos valores de finalidade da pena, a qual passa ser uma espécie de “vingança social” conta o agressor.

O Estado brasileiro, não pode ser conhecido como aquele que viola os direitos humanos dos seus cidadãos, pois essa conduta iguala o poder estatal àqueles que o violam a legalidade, aos criminosos, fazendo que com se perca a credibilidade e a confiança que se deposita do poder estatal, como apaziguador dos conflitos sociais, usando para esse desiderato a sua força policial e as medidas judiciais cabíveis.

Caso emblemático de violação de direitos humanos cometidos no Brasil foi a condenação do país no “Caso Damião Ximenes Lopes”, conforme se extrai de notícia do *site* Justiça Global Brasil²⁶:

[...] no dia 17 de agosto de 2006, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, o tribunal máximo da Organização dos Estados Americanos (OEA), condenou o Brasil pela morte violenta de Damião Ximenes Lopes, ocorrida no dia 4 de outubro de 1999, na Clínica de Repouso Guararapes, localizada no município de Sobral, interior do Ceará.

A Corte Interamericana declara em sua sentença que o Brasil violou sua obrigação geral de respeitar e garantir os direitos humanos; violou o direito à integridade pessoal de Damião e de sua família; e violou os direitos às garantias judiciais e à proteção judicial a que têm direito seus familiares. Como medida de reparação à família de Damião Ximenes, a Corte condenou o Brasil a indenizá-los.

Nesta sentença condenatória, a Corte deixa claro que o Brasil "tem responsabilidade internacional por descumprir, neste caso, seu dever de cuidar e de prevenir a vulneração da vida e da integridade pessoal, bem como seu dever de regulamentar e fiscalizar o atendimento médico de saúde". A Corte também conclui "que o Estado não proporcionou aos familiares de Ximenes Lopes um recurso efetivo para garantir acesso à justiça, a determinação da verdade dos fatos, a investigação, identificação, o processo e, [...], a punição dos responsáveis pela violação dos direitos às garantias judiciais e à proteção judicial".

Esta é uma excelente oportunidade de rever conceitos, de melhorar a imagem do país interna e externamente, não apenas “fingindo” que se cumpre as determinações e se acata as punições dos órgãos internacionais, mas real e efetivamente mudando de postura.

Verifica-se, ainda, que não é por falta de legislação que as violações ocorrem, a nossa legislação é uma das mais completas do mundo, se não o é em qualidade, o é em quantidade, até pecando por excesso. Infelizmente o legislador pátrio tem a idéia retrógrada de que criando leis específicas para cada situação irá se combater a violência, relegando, assim as ações sociais para planos inferiores. Como ações sociais não se deve ter por parâmetro os programas de assistência paternalista que são instituídos à caça de votos nas eleições, aqueles que beneficiam as pessoas, mas não se proporcionam estrutura que possa tirá-las daquela situação de penúria, transformando-se em um mecanismo de controle social através de políticas sociais que não investem na formação do cidadão, que lhe torne capacitado para o mercado de trabalho, que possa garantir-lhe a sonhada ascensão social; pois vivemos em uma sociedade capitalista de consumo, onde as pessoas

²⁶ Disponível em: < <http://www.global.org.br/portuguese/damiaoximenes.html>>. Acesso em: 11 maio. 2009.

são bombardeadas a cada segundo com novas “necessidades”, as quais devem ser satisfeitas imediatamente, esquecendo-se de plantar a essência da vida em sociedade que é o respeito mútuo entre os seus integrantes, proporcionando a cada um a dignidade que o ser humano merece, o respeito das autoridades.

Há que se ter em mente que a vítima das violações dos direitos fundamentais pode ser qualquer um de nós, cidadãos que compõe a sociedade brasileira.

Destarte, verifica-se que o Supremo Tribunal Federal ao declarar *incidenter tantum* a inconstitucionalidade do §1º do art. 2º da Lei nº 8.072/90, foi ao encontro do que ensina Ferrajoli em relação a positivação do direito, levando-se em consideração tanto os aspectos formais quanto os aspectos materiais, mesmo que tardiamente – com dezesseis anos de atraso -, pois no Estado Constitucional de Direito, há que observar não só a vontade majoritária do legislado, na qualidade de representante do povo, mas também se a norma positivada se coaduna em primeiro lugar com a Constituição Federal e, posteriormente, com as normas internacionais de direitos humanos, uma vez que essas vêm ganhando *status* supralegal.

Nesse passo, a Suprema Corte ao acolher o pedido formulado no *Habeas Corpus* 82.959, dá guarida aos novos preceitos do Estado Constitucional de Direito, pois, leva em conta não só os aspectos formais da criação legislativa, mas principalmente os aspectos materiais da norma, verificando a sua compatibilidade com o ordenamento constitucional e com o internacional dos direitos humanos.

CONCLUSÃO

Assim, partindo do pressuposto da inconstitucionalidade do dispositivo da Lei nº 8.072/90 que vedava a progressão de regime prisional nos crimes hediondos e assemelhados, disposição legislativa essa violadora do princípio constitucional da individualização da pena; ainda, tendo por certo que a decisão histórica do Supremo Tribunal Federal no *Habeas Corpus* nº 82.959, ocorrido em 23 de fevereiro de 2006, goza de efeito *erga omnes*, só cabe a conclusão de que aos crimes tidos como hediondos praticados anteriormente à edição da Lei nº 11.464/07, devem ser regidos pela Lei 7.210/84, pois na ausência de norma especial que direcione a progressão do regime prisional aplica-se a regra geral, no caso em análise a LEP, sob pena de não se observar mais uma vez o princípio constitucional da proporcionalidade, uma vez que não se pode utilizar texto legal ao qual foi negada vigência por força de julgamento emblemático emanado do Plenário da Suprema Corte.

É uma demonstração que o Poder Judiciário brasileiro está evoluindo no sentido de respeitar as garantias individuais de seus cidadãos, pois mesmo aqueles que infringiram a lei de modo vil, são merecedores de uma reprimenda condizente com um Estado Constitucional de Direito, com aplicação de penas justas, observância dos princípios constitucionais que norteiam a aplicação do direito penal, sem partir para o lado da vingança privada.

As questões que circundam esse assunto são motivo de acaloradas discussões, uma vez que se trata de um ponto sensível que é a liberdade do ser humano, leva-se em consideração não só a função da pena, mas acima de tudo a dignidade do ser humano, a possibilidade de sua ressocialização, ou pelo menos a tentativa de que tal regeneração ocorra. Essa discussão passa também pela manutenção e estruturação dos estabelecimentos penais do nosso país, os quais são em nossa sociedade verdadeiras “universidades do crime”, onde as organizações criminosas imperam e a corrupção dos funcionários é por todos sabida.

O debate tem que ocorrer em plano mais amplo e não apenas no âmbito dos gabinetes bonitos e com ar-condicionado ocupados pelos Ministros e juristas de ponta, é uma discussão que tem que envolver toda a sociedade, pois o cerne da

questão, está calcado na exclusão social, na falta de oportunidades e de educação formal dos indivíduos, até mesmo na falta de esperança que os cerca; não que a pobreza sirva de desculpas para a prática de crimes tão abomináveis, mas a sociedade tem que ser rediscutida, principalmente no que pertine aos critérios educacionais, que constituem a base de uma sociedade sólida e sadia.

É evidente que uma sociedade justa começa com o acesso de todos à educação, com uma distribuição de renda mais igualitária. O problema da criminalidade não é simplesmente um problema de política criminal, mas também social e econômico, claro que sem aderir a correntes que defendem que o infrator ao roubar, furtar, praticar crimes está reequilibrando a balança social, retomando aquilo que a sociedade lhe nega há gerações. É preciso ser atento e ponderado quando se trata de questões sociais, pois vivemos em um país onde os pobres pela sua condição social já são discriminados. A resolução da criminalidade está intimamente ligada a política educacional, a políticas que proporcionem lazer para as áreas onde moram as populações mais carentes.

Outro fator apaziguador da sociedade é o acesso amplo à justiça, a qual deve ser efetiva e célere para dirimir os conflitos que surgem no seio da sociedade, sejam eles de natureza civil ou criminal. A aura de divindade do Poder Judiciário deve ser rejeitada por toda a sociedade, pois isso afasta da barra dos tribunais as camadas mais humildes da sociedade.

Esse amplo acesso só será possível com o fortalecimento das defensorias públicas, com convênios para que advogados possam trabalhar como “dativos”, fazendo com que a sociedade como um todo tenha a palavra do judiciário, seja ela contrária ou favorável, pois muitas vezes a simples pronunciamento do poder constituído pelo Estado de Direito teria a prerrogativa de apaziguar os ânimos, evitando o enfrentamento pessoal e possíveis ações de violência e de vingança privada, muito comuns nas periferias, que por vezes vivem um sob o comando de um direito alternativo, por ineficiência do Estado, que permite ao crime organizado aja em lacunas deixadas pelo Poder Público.

Destarte, conclui-se que para os crimes cometidos até a entrada em vigência da lei nº 11.464 de 29 de março de 2007 deve ser aplicada a regra geral contida no artigo 112 da Lei de Execuções Penais, ou seja, o condenado deve cumprir 1/6 da pena para que possa pleitear a progressão de regime, o que vai ao encontro dos mais básicos princípios constitucionais.

REFERÊNCIAS

CAPEZ, Fernando. **Curso De Direito Penal**, parte geral e especial. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. Volume 1

DELMANTO, Celso. **Código Penal Comentado**. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

FRANCO, Alberto Silva. **Crimes hediondos** / Alberto Silva Franco. – 6. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

GOMES, Luiz Flávio. **Estado Constitucional de Direito e a nova pirâmide jurídica** / Luiz Flávio Gomes. – São Paulo: Premier Máxima, 2008. – (coleção direito e ciências afins ; v. I / direção Luiz Flávio Gomes e Alice Bianchini)

GOMES, Luiz Flávio Gomes. **Delação Premiada e Aspectos Processuais Penais**. Material da 3ª aula da Disciplina Criminalidade Econômica e Organizada, ministrada no Curso de Especialização TeleVirtual em Ciências Penais – UNISUL/REDE LFG.

GRAZIANO Sobrinho, Sérgio Francisco Carlos. **A Progressão de Regime no Sistema Prisional do Brasil: A interpretação restritiva e a vedação legal nos crimes hediondos como elementos de estigmatização do condenado**. 1. ed. Rio de Janeiro : Editora Lúmen Juris, 2007.

MIRABETE, Julio Fabrini. **Código de Processo Penal Interpretado**: referências doutrinárias, indicações legais, resenha jurisprudencial : atualizado até setembro de 1999. 7. ed. São Paulo : Atlas 2000.

MIRABETE, Julio Fabrini. **Execução Penal** : comentários à Lei nº 7.210, de 11-7-1984. 11. ed. São Paulo : Atlas, 2004.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. 4. ed. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2005.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. 2. ed. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2003.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Individualização da pena**. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2005.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal** / Guilherme de Souza Nucci. – 5. ed. rev., atual. e ampl. 2. tir. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

SCHIMITT, Ricardo Augusto. **Princípios Penais Constitucionais – Direito e Processo Penal à luz da Constituição Federal**. São Paulo: Edições Jus Podivm, 2007.