



VEDAÇÃO À PROGRESSÃO DE REGIME E PRINCÍPIO DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA

Danilo Augusto Barboza de Aguiar

Introdução

O acórdão que será objeto de análise decidiu sobre a validade do § 1º do art. 2º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990 (Lei de Crimes Hediondos), que, em sua redação original, determinava que os condenados pela prática de alguns dos crimes definidos como hediondos ou a eles equiparados deveriam cumprir sua pena em regime integralmente fechado, sendo-lhes vedado, portanto, a progressão para os regimes semi-aberto e aberto.

Trata-se do Habeas Corpus (HC) nº 82.959/SP¹, julgado no ano de 2006. Para melhor compreender o alcance da decisão, contudo, é necessário examinar, primeiramente, o teor da decisão do Supremo Tribunal Federal (STF) no HC nº 69.657-1/SP² proferida treze anos antes. Da comparação das duas decisões, será possível constatar mudanças importantes no perfil do STF, que se torna mais rigoroso no exame de validade dos atos legislativos, além de antecipar atual tendência em

¹ Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO Julgamento: 23/02/2006 Órgão Julgador: Tribunal Pleno.

<http://www.stf.gov.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?numero=82959&classe=HC>

² Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO; Relator(a) p/ Acórdão: Min. FRANCISCO REZEK Julgamento: 18/12/1992 Órgão Julgador: Tribunal Pleno. <http://www.stf.gov.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?numero=69657&classe=HC>. Acesso em: 24.9.2008.

aproximar os efeitos das decisões em controle difuso de constitucionalidade às do modelo concentrado.

Também merecem atenção, no referido acórdão, as longas considerações sobre o problema da mutação constitucional e seus efeitos no âmbito do controle de constitucionalidade.

HC nº 69.657-1/SP

O paciente fora condenado pela prática de tráfico ilícito de entorpecentes. Em sua petição inicial, alegava, entre outras questões, que teria direito à progressão de regime, pois seria inconstitucional a já mencionada regra do § 1º do art. 2º da Lei de Crimes Hediondos.

Prevaleceu o entendimento de que o dispositivo era, sim, constitucional, em razão dos seguintes fundamentos:

- 1) A alegação de violação ao princípio da isonomia não se aplica ao caso, pois a distinção de tratamento (progressão permitida para uns e negada para outros) se dá entre agentes de delitos distintos.
- 2) A individualização não foi negada, mas somente um de seus aspectos, relativamente à fase execução da pena. O art. 59

do Código Penal é aplicável aos crimes hediondos, apenas o regime de cumprimento é que escapará à discricionariedade judicial.

3) Se a lei nega a progressão, por outro lado, permite a liberdade provisória, o que supre a necessidade de oferecer um alento ou esperança ao condenado.

4) A Lei dos Crimes Hediondos, e esse dispositivo em particular, segundo a doutrina, seria “um dos mais desastrados trabalhos do legislador ordinário no Brasil dos últimos anos”. Mas isso não é razão o bastante para invalidá-la, pois “não somos um casa legislativa”. O Tribunal não julga a lei em seu merecimento. A inconstitucionalidade não seria evidente, manifesta, acima de toda dúvida razoável.

5) O art. 5º, XLVI, da CF, que se refere à individualização da pena, tem como destinatário exclusivo o legislador. O princípio, portanto, tem aplicação restrita. O legislador estaria limitado, apenas, pelo art. 5º, XLVII.

6) A regra do § 1º do art. 2º se fundamentaria no art. 5º, XLIII, que “prevê tratamento objetivamente mais gravoso para o crime hediondo”.

7) O Ministro Celso de Mello chega a afirmar que a lei adotou “critérios cuja razoabilidade e legitimidade são inquestionáveis”.

HC nº 82.959/SP

O paciente foi condenado pela prática de atentado violento ao pudor contra duas crianças, de seis e nove anos. Várias questões foram tratadas durante o julgamento, tais como a condição de hediondez do atentado violento ao pudor em sua forma simples, bem como a causa de aumento de pena decorrente do fato de o agente ser casado. Mas a questão principal em discussão, mais uma vez, foi a constitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei de Crimes Hediondos.

Nessa oportunidade, prevaleceu o entendimento de que o dispositivo era, sim, constitucional, em razão dos seguintes fundamentos:

- 1) O § 1º do art. 2º da Lei de Crimes Hediondos ofenderia os princípios da isonomia, da individualização, além do princípio implícito segundo o qual o legislador ordinário deve atuar tendo como escopo maior o bem comum, corolário da dignidade da pessoa humana (Min. Marco Aurélio).
- 2) Vedar a progressão prejudicaria o condenado e a sociedade, pois inviabiliza o processo de ressocialização.
- 3) Haveria uma contradição inaceitável ao vedar a progressão e permitir a liberdade condicional.

4) O art. 59 do Código Penal demonstra em que consiste a individualização, que compreende o tipo de pena, seu *quantum*, o regime inicial e possibilidade de eventual substituição da pena.

5) Somente as restrições já constantes da CF seriam válidas para os crimes hediondos. As demais condições deveriam ser as mesmas que as aplicáveis aos demais crimes.

6) **A Lei 9.455/97, que tipificou a tortura, teria revogado o dispositivo, pois, em razão do princípio da unidade da constituição, não poderia a tortura ter tratamento mais favorável que os demais crimes hediondos e equiparados.**

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

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

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

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

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

12) Não seria caso de mudança de interpretação, mas de mutação constitucional, por isso, seus efeitos se voltariam para o futuro. “Modificação na estrutura da ordem jurídica global, uma nítida tendência da legislação mais recente, um novo

entendimento da ‘ratio legis’” seriam os fatores a influenciar a mutação.

13) Mesmo no controle incidental, seria possível modular os efeitos da declaração de inconstitucionalidade, a fim de alcançar apenas os casos ainda pendentes de progressão, mas não a todos os que se submeteram à lei no passado. Esse argumento não foi acatado em sua plenitude, mas influenciou na decisão de que a declaração de inconstitucionalidade se limitasse aos efeitos penais, mas não amparasse eventuais ações de responsabilidade civil de quem cumpriu integralmente a pena em regime fechado.

Conclusões

A mera leitura dos argumentos expendidos em ambos os julgamentos demonstra mudança essencial no comportamento da Corte após os treze anos que medeiam uma e outra decisão. No primeiro julgamento, há evidente reverência ao princípio majoritário que legitima as decisões do Congresso Nacional. Os Ministros teceram severas críticas sobre o mérito da Lei de Crimes Hediondos, mas consideraram que a inconstitucionalidade somente pode ser declarada quando evidente e indubitável. Não caberia ao Poder Judiciário analisar o acerto do legislador.

Essa postura conservadora contrasta com a posição ativa adotada no segundo julgamento, em que preponderou uma atitude *constitucionalista*, na acepção de Vieira (1994, 76).

Adotando-se classificação de Canon (1983), pode-se afirmar que o STF, no segundo julgamento, adotou postura ativista. Esse autor, que enumera seis índices que denotam ativismo judicial, aponta como um desses índices o **majoritarianismo**, que define o grau em que as políticas adotadas por meio de processos democráticos são anuladas judicialmente. É certo que uma decisão isolada não nos permite definir o comportamento do STF, mas o resultado do HC 82.959/SP pode ser incluído nesse quesito, o que ocorre sempre que se conclui pela inconstitucionalidade material de uma lei. Vale repetir que, no julgamento de 1993, não eram menores as críticas à norma impugnada, mas havia receio de declarar sua inconstitucionalidade, sem que o vício fosse manifesto e indubitável.

A nova decisão, no entanto, preferiu enfatizar outros aspectos constitucionais envolvidos. Uma das preocupações foi a de dar um caráter mais substantivo aos princípios constitucionais em discussão, retirando do Poder Legislativo a prerrogativa de definir, de maneira exclusiva, a extensão dos direitos fundamentais que dependem de lei para serem exigidos. O voto do Ministro Gilmar Mendes é enfático em defender um núcleo essencial do princípio constitucional, que subsiste mesmo nos casos de reserva legal simples, tal como a do art. 5º, XLVI, da CF.

Nesse ponto, nota-se forte influência da teoria dos direitos fundamentais de Alexy (1993), utilizada para confrontar a medida legal em exame com os diversos princípios constitucionais sobre a questão: avaliar a validade da vedação à progressão de regime em face do princípio da individualização. Há expressa menção ao princípio da proporcionalidade (1993: 111-115), utilizado para verificar a compatibilidade da regra com a ordem constitucional.

Essa análise mais substantiva dos princípios fundamentais vai justificar o enquadramento da decisão do STF em outro índice de ativismo judicial identificado por Canon (1983). Em vez de meramente garantir o processo político democrático, a decisão termina por formular política substantiva. São muitas as referências ao desacerto do legislador na elaboração da lei, que redundaria em medidas desarrazoadas, a merecer reparo judicial. O resultado do julgamento, assim, não só excluiu o dispositivo do ordenamento jurídico, mas também definiu os limites que o legislador deveria atender ao legislar sobre o assunto (o que foi feito com a edição da Lei nº 11.464, de 28 de março de 2007).

Por fim, cumpre fazer menção a mais dois aspectos da decisão que a torna especialmente marcante na jurisprudência do STF, e que vem permitindo àquele Tribunal ampliar seus poderes no controle de constitucionalidade das leis. O primeiro é o reconhecimento expresso do fenômeno da mutação constitucional, cujos fundamentos são longamente defendidos no voto do Ministro Gilmar Mendes e reafirmados pelo Ministro Eros Grau. No estreito âmbito deste trabalho, cabe-nos apenas ressaltar um dos efeitos práticos da mutação constitucional, que é o de permitir

a revisão de entendimentos já pacíficos no âmbito daquele tribunal, sem que se arque com o ônus de fazê-lo com eficácia retroativa, restringindo os efeitos para o futuro.

Da mesma forma, o voto do Ministro Gilmar Mendes pela viabilidade de modulação de efeitos da declaração da inconstitucionalidade tem esse mesmo propósito: ampliar a discricionariedade daquele tribunal para, em nome do princípio da segurança jurídica, restringir o alcance da decisão aos termos determinados no próprio julgamento. As consequências fáticas e jurídicas decorrentes da nulidade de uma lei eficaz desestimulam atuação mais rigorosa do Poder Judiciário. Aceitar essa modulação implica ampliar os poderes do STF como guardião da Constituição. O HC nº 82.959/SP foi um passo importante nesse sentido.

Referências bibliográficas

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

CANON, Bradley C. *Defining the dimensions of judicial activism*. In: *Judicature*. v. 66, n. 6, dec-jan, 1983, pp. 236-247.

VIEIRA, Oscar Vilhena. *Império da lei ou da corte?*. In: *Revista da USP*, São Paulo, v. 21, 1994, p. 70-77.