



Proibição da progressão de regime é inconstitucional sim

02/03/2006

Por seis votos a cinco, o Plenário do Supremo Tribunal Federal reconheceu a inconstitucionalidade do parágrafo 1º do artigo 2º da Lei 8.072/90, que proibia a progressão de regime de cumprimento de pena nos crimes hediondos. O assunto foi analisado no Habeas Corpus 82.959, impetrado por um condenado pelo crime de atentado violento ao pudor.

Caberá ao juiz da execução penal, segundo o Plenário, analisar os pedidos de progressão, considerando o comportamento de cada apenado — o que caracteriza a individualização da pena. O Plenário ressaltou, ainda, que a declaração de inconstitucionalidade não gerará consequências jurídicas com relação a penas já extintas.

O ministro Eros Grau acompanhou o voto do relator, ministro Marco Aurélio, deferindo o Habeas corpus e ressaltando que a proibição da progressão de regime afronta o princípio da individualização da pena. Ele sustentou que o legislador não pode impor regra fixa que impeça o julgador de individualizar caso a caso a pena do condenado. “O cumprimento da pena em regime integral, por ser cruel e desumano, importa violação a esses preceitos constitucionais”, disse. Por fim, Eros Grau afirmou que a declaração de inconstitucionalidade da proibição da progressão de regime não configurará, de modo algum, a abertura de portas dos presídios já que a decisão final caberá ao juiz da execução penal.

O ministro Sepúlveda Pertence também votou pela inconstitucionalidade da norma. “De nada vale individualizar a pena no momento da aplicação, se a execução, em razão da natureza do crime, fará que penas idênticas, segundo os critérios da individualização, signifiquem coisas absolutamente diversas quanto a sua efetiva execução.” De acordo com Sepúlveda Pertence, “ninguém tem dúvidas de que a mesma pena de três anos de reclusão imposta a alguém que cometeu crime por peculato e ao “vapozeiro” (popular avião) do fornecedor de maconha na favela são coisas diferentes se uma pode ser cumprida com os mais liberais substitutivos e a outra terá de ser cumprida pelo encarceramento em regime fechado durante toda a sua duração. Esse movimento de exacerbação de penas como solução ou como arma bastante ao combate à criminalidade só tem servido a finalidades retóricas e simbólicas.”

Também já haviam reconhecido a inconstitucionalidade da proibição da progressão de regime, votando com o relator, os ministros Carlos Ayres Britto, Cezar Peluso e Gilmar Mendes.

O ministro Marco Aurélio entendeu que a garantia de individualização da pena inserida no rol dos direitos assegurados pelo artigo 5º da Constituição Federal inclui a fase de execução da pena aplicada e, por isso, não seria viável afastar a possibilidade de progressão do respectivo regime de cumprimento da pena.

Para o ministro-relator, a edição da lei de tortura (Lei 9.455/97), que permite a progressão, indica a necessidade de igual tratamento para os outros delitos rotulados hediondos e

corresponde a uma derrogação implícita da norma do parágrafo 1º do artigo 2º do mencionado texto legal. O ministro ainda sustentou, em entrevista coletiva à imprensa, que a pena deve ser fixada considerando a figura do preso em si, do seu comportamento na própria prisão e que a progressão só será dada àqueles que a merecerem. Ressalvou que as penas dos crimes hediondos continuam as mesmas e que a decisão do Supremo não incentiva a prática de novos delitos, uma vez que o reincidente deve ser punido com a regressão de regime. (Fonte: STF).

Desde o ano de 2004, já escrevíamos que esta disposição da Lei dos Crimes Hediondos era inconstitucional, quando publicamos um artigo intitulado *O Processo Penal como Instrumento de Democracia*.

Naquela oportunidade, observamos que a Lei 8.072/90 trazia em seu bojo duas disposições de caráter processual (uma delas relacionada com a própria execução da pena), que não traduziam o espírito democrático insito à Constituição Federal: a proibição da liberdade provisória e a obrigatoriedade do cumprimento da pena no regime integralmente fechado (art. 2º, II e seu § 1º).

Ora, o artigo 5º, XLIII, da Constituição Federal, ao tratar dos crimes hediondos, impede, apenas e tão-somente, a fiança, a graça e a anistia, não se referindo à liberdade provisória. Logo, lei infraconstitucional não poderia ir além, arvorando-se ao constituinte, proibindo também a possibilidade da liberdade provisória. De mais a mais, no processo penal, a regra é a liberdade, admitindo-se excepcionalmente a prisão provisória em casos de extrema e comprovada urgência e necessidade (daí também a mácula ao princípio da proporcionalidade, implícito na Constituição).

Por outro lado, nota-se que o mesmo dispositivo constitucional equipara, em termos de gravidade, os crimes hediondos, a tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e o terrorismo, concluindo-se que estes delitos, do ponto de vista constitucional, devem ser tratados com a mesma severidade, inclusive sob o aspecto processual. Ora, se assim o é, atentemos que a Lei 9.455/97, que tratou do crime de tortura e é posterior à Lei dos Crimes Hediondos, não proibiu a liberdade provisória, mas tão-somente a fiança, a graça e a anistia (art. 1º., § 6º.), obedecendo-se aos ditames constitucionais.

Mas, não é só. A lei também obriga que o condenado pelo crime hediondo cumpra a pena em regime integralmente fechado, o que, além de um absurdo jurídico-penal, também afronta a Constituição, especialmente o seu artigo 5º, XLVI, que trata a respeito da individualização da pena.

Entendemos com a boa doutrina que a individualização da pena engloba não somente a aplicação da pena propriamente dita, mas também a sua posterior execução, com os benefícios previstos na Lei de Execução Penal, entre eles a progressão de regime. Observa-se que o artigo 59 do Código Penal, que estabelece as balizas para a aplicação da pena, prevê expressamente que o juiz sentenciante deve prescrever “o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade”, o que indica indubitavelmente que o regime de cumprimento da pena é parte integrante do conceito “individualização da pena”. Assim, não podemos admitir que, *a priori*, alguém seja condenado a cumprir a sua pena em regime integralmente fechado, vedando-se

absolutamente qualquer possibilidade de progressão para o semi-aberto ou aberto, ferindo, inclusive, as apontadas finalidades da pena: a prevenção e a repressão.

Como ensina Luiz Luisi, “o processo de individualização da pena se desenvolve em três momentos complementares: o legislativo, o judicial, e o executório ou administrativo.” (grifo nosso).

Explicitando este conceito, o mestre gaúcho ensina: “Tendo presente as nuances da espécie concreta e uma variedade de fatores que são especificamente previstas pela lei penal, o juiz vai fixar qual das penas é aplicável, se previstas alternativamente, e acertar o seu quantitativo entre o máximo e o mínimo fixado para o tipo realizado, e inclusive determinar o modo de sua execução(...) Aplicada a sanção penal pela individualização judiciária, a mesma vai ser efetivamente concretizada com sua execução. (...) Esta fase da individualização da pena tem sido chamada individualização administrativa. Outros preferem chamá-la de individualização executória. Esta denominação parece mais adequada, pois se trata de matéria regida pelo princípio da legalidade e de competência da autoridade judiciária, e que implica inclusive o exercício de funções marcadamente jurisdicionais.(...) Relevante, todavia no tratamento penitenciário em que consiste a individualização da sanção penal são os objetivos que com ela se pretendem alcançar. Diferente será este tratamento se ao invés de se enfatizar os aspectos retributivos e aflitivos da pena e sua função intimidatória, se por como finalidade principal da sanção penal o seu aspecto de ressocialização. E, vice-versa.”

E conclui o autor: “De outro lado se revela atuante o subjetivismo criminológico, posto que na individualização judiciária, e na executória, o concreto da pessoa do delinquente tem importância fundamental na sanção efetivamente aplicada e no seu modo de execução”. (*Os Princípios Constitucionais Penais*, Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1991, pp. 37 e segs., com grifos nossos).

Assim, não restando dúvidas que a progressão de regime é parte integrante da individualização da pena, era inconstitucional este “dispositivo hediondo”. Aqui também se observa que a referida Lei de Tortura não determina o cumprimento da pena em regime integralmente fechado, mas apenas no seu início.

A respeito, veja-se a lição de Luiz Vicente Cernicchiaro: “A Constituição, no artigo 5º, XLIII, registrou tratamento especial a quatro delitos. Tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos. Atente-se para as restrições: inafiançabilidade e vedação de graça ou anistia. A lei ordinária, então, poderia, como fez, arrolar, definir os crimes hediondos. Norma, evidentemente, restritiva, de interpretação limitada. A Lei 8.072/90, entretanto, foi além, acrescentando, repita-se, no artigo 2º, parágrafo primeiro, que a pena será cumprida integralmente em regime fechado. Com isso, sem dúvida, afetou o sentido material da pena! Como atrás registrado, a sanção tem antecedente: conduta reprovável, previamente definida e finalidade: restituir o condenado ao convívio social. Prevalece o interesse público de obter-se a ressocialização do delinquente. (...) O cumprimento da pena em regime inteiramente fechad, afronta a finalidade da pena que visa a readaptação social. Só se aprende a viver em sociedade vivendo na sociedade!” (*Escritos em Homenagem a Alberto Silva Franco*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 290).



Agora, com esta decisão, deverá ser cancelada a Súmula 698 do Supremo Tribunal Federal, segundo a qual “Não se estende aos demais crimes hediondos a admissibilidade de progressão no regime de execução da pena aplicada ao crime de tortura”.

Fonte: https://conjur.jumps.com.br/2006-mar-02/proibicao_progressao_regime_inconstitucional_sim/