



UNIVERSIDADE FEDERAL DE CAMPINA GRANDE  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS  
UNIDADE ACADÊMICA DE DIREITO  
CURSO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS

MARCOS VINÍCIUS BARBOSA LIMA

A PROGRESSÃO DE REGIME NOS CRIMES HEDIONDOS E O  
TANGENCIAMENTO DAS CLÁUSULAS PÉTREAS

SOUSA - PB  
2009

MARCOS VINÍCIUS BARBOSA LIMA

A PROGRESSÃO DE REGIME NOS CRIMES HEDIONDOS E O  
TANGENCIAMENTO DAS CLÁUSULAS PÉTREAS

Monografia apresentada ao Curso de Ciências Jurídicas e Sociais do CCJS da Universidade Federal de Campina Grande, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientadora: Professora Ma. Jacyara Farias Sousa.

SOUSA - PB  
2009

Marcos Vinícius Barbosa Lima

A PROGRESSÃO DE REGIME NOS CRIMES HEDIONDOS E O  
TANGENCIAMENTO DAS CLÁUSULAS PÉTREAS

Trabalho de Conclusão apresentado ao Curso de  
Ciências Jurídicas e Sociais, da Universidade  
Federal de Campina Grande, em cumprimento dos  
requisitos necessários para a obtenção do título de  
Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais

COMISSÃO EXAMINADORA

---

Professora: Msc Jacyara Farias Souza

Professora Orientadora

---

Professor(a)

---

Professor(a)

## Dedicatória

Dedico este trabalho aos meus pais, minha esposa, meus irmãos e a todos que de uma maneira ou de outra ajudaram e contribuíram para a conclusão deste curso.

## Agradecimentos

Agradeço especialmente a Deus, grande fortaleza de nossas vidas, a minha família que sempre incentivou para a conclusão deste objetivo, e a minha orientadora que tanto contribuiu para a realização deste trabalho.

## RESUMO

O tema central do presente trabalho, é a progressão de regime para os crimes hediondos que se faz num estudo de extrema importância no ordenamento jurídico, sobretudo nos dias atuais em que é crescente a violência em todos os setores da sociedade. Como também pretende ressaltar a inter-relação entre a progressão de regime nos crimes hediondos e as cláusulas pétreas indicadas na Constituição Federal de 1988. O artigo 5º da Constituição de 1988 elenca uma série de direitos e garantias fundamentais inerentes a todos os cidadãos brasileiros, sobretudo o direito, à liberdade, e a vida na sua plena dignidade. O crescente aumento da criminalidade na década de 90 resultou na criação da Lei 8.072/90, que proibiu a progressão de regime para os crimes elencados no artigo 1º, da mesma lei, ferindo claramente os princípios constitucionais, entre eles o princípio da dignidade da pessoa humana, e o princípio da individualização da penas. Após o início vigência da referida Lei surgiram vários questionamentos acerca da inconstitucionalidade do §1º do artigo 2º da Lei dos Crimes Hediondos. Vários julgados questionaram a constitucionalidade do dispositivo. Entre eles o Habeas Corpus 82.929/SP o qual ganhou importância por ter sido julgado e declarado pelo Supremo Tribunal Federal, "*incindenter tantum*", a inconstitucionalidade do §1º do artigo 2º da Lei 8.072/90, motivando posteriormente a criação da Lei 11.464/2007, que alterou a redação do referido dispositivo legal. Pelos motivos controversos expostos procedeu-se a escolha para a discussão do tema. A pesquisa tem como objetivos estudar a constitucionalidade da progressão de pena para os crimes hediondos, relacionado com as cláusulas pétreas e os direitos e garantias fundamentais, através dos métodos bibliográficos e dedutivos, delimitados entre os três capítulos do trabalho. O Estado Democrático de Direito deve construir um sistema penal fundado na dignidade da pessoa humana, e valores éticos, para garantir ao preso a possibilidade de ser reinserido na sociedade, através da aplicação incondicional do regime progressivo de execução penal.

Palavras-Chave: Progressão. Inconstitucionalidade. humanização.

## ABSTRACT

The central subject of the present work is the progression of regimen for the hideous crimes is of extreme importance in the legal system, over all in the current days where the violence in all is increasing the sectors of the society. As well as it intends to stand out the interrelation enters the regimen progression in the hideous crimes and the indicated stony clauses in the Federal Constitution of 1988. The article 5<sup>o</sup> of the Constitution of 1988 express a basic series of rights and inherent guarantees to all the Brazilian citizens, over all the right, to the freedom, and the life in its full dignity. The increasing increase of crime to the time resulted in the creation of Law 8,072/90, in which it forbade to the progression of regimen for the crimes elencados in the article 1<sup>o</sup>, of the same law, wounding clearly the principles constitutional, between them the beginning of the dignity of the person human being, and the beginning of the individualização of the penalty. After the beginning validity of the related Law 2<sup>o</sup> of the Law of the Hideous Crimes had appeared some questionings concerning unconstitutionality of §1<sup>o</sup> of the article. Some judgeships had questioned the constitutionality of the device. Between them the Habeas Corpus 82.929/SP which gained importance for having been considered and declared for the Supreme Federal Court, "to incidenter tantum", the unconstitutionality of §1<sup>o</sup> of the article 2<sup>o</sup> of Law 8,072/90, motivating later the creation of Law 11,464/2007, in which it modified the writing of the cited legal device. For the explained controversial reasons above, it had the choice for the quarrel of the subject. The research has as objective to study the constitutionality of the progression of penalty for the hideous crimes, related with the stony clauses and the basic rights and guarantees, through the bibliographical and inductive methods, delimited between the three chapters of the work. The Democratic State of Right must construct a criminal system established in the dignity of the person ethical human being, and values, to guarantee to the prisoner the possibility of being reinserido in the society, through the unconditional application of the gradual regimen of criminal execution.

Key Words: Progression. Unconstitutionality. humanize.

## SUMÁRIO

Resumo.....	6
Introdução.....	9
1. Direitos e Garantias Fundamentais.....	11
1.1 Os Direitos e Garantias Individuais como Cláusulas Pétreas.....	13
1.2 As possibilidades de deliberação das cláusulas pétreas.....	17
1.3 Habeas Corpus Como Remédio Constitucional para Garantir a Proteção dos Direitos Fundamentais.....	19
1.3.1 Dos Procedimentos e Espécies de Habeas Corpus.....	22
2. Dos Crimes Hediondos.....	24
2.1 Conceito.....	24
2.2 Progressão de Regime na Lei dos Crimes Hediondos.....	26
2.3 A Inconstitucionalidade do §1º do artigo 2º, da Lei 8.072/90.....	28
2.4 Análise dos posicionamentos jurisprudenciais do tema no ordenamento jurídico brasileiro.....	32
3. O emblemático Habeas Corpus 82.929/SP.....	37
3.1 Histórico.....	37
3.2 Análise dos votos proferidos pelos Ministros do STF.....	39
3.3 Alteração dada pela Lei 11.464/2007.....	43
Considerações Finais.....	46
Referências.....	48
Anexo.....	50

## INTRODUÇÃO

Os direitos e garantias fundamentais são as bases fundamentais mais importantes no ordenamento jurídico brasileiro, por isso devem ser defendidas e resguardadas na sua plenitude. Entre as principais estão o direito a liberdade e o direito à vida com dignidade. Essas garantias estão delineadas em toda a Constituição de 1988, merecendo destaque os dispositivos elencados no artigo 5º do referido texto.

O aumento da criminalidade, nos dias atuais, gerou na sociedade um sentimento de pânico, fazendo com que sejam editadas determinadas leis que visam combater essa criminalidade, foi nesse sentimento que foi editada a Lei 8.072/90, na qual determinou punições severas a determinados crimes em que a lei expressou como sendo crimes hediondos, como também proibiu a progressão de pena para esses mesmos crimes.

A grande divergência entre as normas constitucionais e a aplicabilidade da referida lei, desde sua edição, levantou questões complexas sobre a aplicação de regimes punitivos para os que cometam crimes de grande repugnância social.

Diante disso têm-se relevância o estudo sobre o tema levando-se em conta o ordenamento jurídico vigente, o aumento constante da criminalidade, os fatores sociais que influenciam o tema, as ideologias e a evolução sociais.

A metodologia de pesquisa utilizada foi a teórico-conceitual, abrangendo apreciação, análise e conclusão crítica de todos os aspectos inseridos no tema. Por isso tornou-se obrigatória a reunião de informações por meio de pesquisas de documentos sobre os tópicos explorados neste texto, com base na doutrina e jurisprudência, utilizou-se também o método histórico evolutivo para a realização de uma análise histórica sobre o Hábeas Corpus como remédio constitucional, sobretudo no caso do Senhor Oséas.

O primeiro capítulo abordará os direitos e garantias constitucionais, sua importância histórica e social, e sua relevância para o ordenamento jurídico brasileiro. Serão destacadas também algumas considerações sobre a especificação dos direitos e garantias individuais como cláusulas pétreas, as quais não podem ser

alteradas ou abolidas da Constituição, via emenda constitucional, desde que sejam para sua ampliação. Tratou-se também a evolução histórica, a importância, espécies, procedimentos e aplicabilidade do Hábeas Corpus como remédio constitucional para garantir a manutenção e proteção dos direitos e garantias fundamentais.

No segundo capítulo será feita uma abordagem sobre os crimes hediondos, enfatizando sua previsão constitucional, a denominação da expressão hediondo, destacando que o legislador não estabeleceu um conceito do que seria hediondo, mas apenas elencou os crimes tidos com tal. Se abordará ainda a respeito a progressão regime de pena para os crimes hediondos, destacando a vedação feita pela Lei 8.072/90, em que vetou a progressão para esses delitos. Será abordada ainda a inconstitucionalidade do §1º, do artigo 2º, da Lei 8.072/90, especificando-se os princípios constitucionais entre os quais: princípio da proporcionalidade, princípio da individualização da penas, além do enfoque dado ao controle de constitucionalidade difuso. Por fim, serão analisadas várias decisões dos tribunais superiores, em que o tema da progressão de regime é o foco das decisões jurisprudenciais.

Por ultimo, o terceiro capítulo deste trabalho tratará sobre o emblemático Hábeas Corpus 82.929/SP, que versa sobre o caso do Senhor Oséas de Campos, impetrante que solicitou, através do mesmo, a progressão de regime prisional ao Supremo Tribunal Federal. Em seguida será feita uma abordagem dos votos proferidos pelos Ministros do STF, que decidiram pela inconstitucionalidade do §1º, do artigo 2º, da Lei 8.072/90. Sendo ainda destaque, o capítulo analisará o novo direcionamento dado pela Lei 11.464/2007 ao § 1º do artigo 2º, da Lei dos Crimes Hediondos.

Este trabalho tem como objetivo enfatizar a importância da humanização e individualização na aplicação da penas, constantes na Constituição Federal de 1988, bem como a importância do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana para que possa garantir ao preso a possibilidade de ser reinserido gradualmente na sociedade.

## Capítulo 1 Direitos e Garantias Fundamentais

Os Direitos e Garantias fundamentais constituem categorias jurídicas voltadas à proteção e a garantia da Dignidade da Pessoa Humana em todas as suas dimensões. Nesse aspecto visa proteger o ser humano na sua liberdade, e necessidades, bem como, na preservação delas, nos seus sentidos mais amplos possíveis. Esses ideais, contudo foram evoluindo ao longo do tempo, tendo como princípio a evolução das sociedades e a necessidade de resguardar bens jurídicos de extrema importância para o ser humano, entre os quais, a vida, e a liberdade.

A atual Carta Magna contempla entre seus principais alicerces a defesa dos direitos e garantias fundamentais. Sendo o alicerce do ordenamento jurídico e por se enveredarem em todos os ramos dos direitos, bem como, pulverizam todo o texto constitucional. Entre os mais importantes estão elencados no artigo 5º da Constituição federal de 1988, que instituiu e delimitou uma série de direitos advindos de constituições passadas e influenciados pela Declaração dos Direitos Humanos das Nações Unidas, tendo como cerne a Democracia e a igualdade de direitos para todos.

No texto constitucional vigente, não há distinção entre as pessoas em razão do sexo, da cor, da raça, da religião, da opinião política, da profissão entre outros aspectos. Todos devem ter as mesmas oportunidades na sociedade. Portanto, homens e mulheres são tratados igualmente, é contemplação do princípio da isonomia. Não deverá haver qualquer distinção entre homem e mulher, todos são iguais perante a lei, pois o princípio da igualdade é um princípio universal de justiça.

Segundo Moraes (2003, p.63):

A Constituição Federal garante que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à segurança, e à propriedade.

E complementa que "O direito à vida é o mais fundamental de todos dos direitos, já que se constitui em pré-requisito à existência e exercício de todos os demais direitos".

De acordo com esse preceito a nossa atual Constituição normatizou vários direitos subjetivos inerentes a pessoa humana entre os quais: à vida, e à liberdade de locomoção, e ainda também elencou vários direitos decorrentes das relações jurídicas, ou não, que possam ser geradas em um Estado Democrático de Direitos. O Estado Democrático de Direito está fundado em um processo de convivência social, em uma sociedade livre, justa e solidária, ou seja, é um meio de realização de valores essenciais de convivência humana e repousa na vontade do povo.

Vários doutrinadores classificam esses direitos e garantias fundamentais expressos no artigo 5º da CF/88 em direitos de primeira, segunda, terceira geração e outros acrescentam defendem também direitos de quarta geração. Através dessa classificação vários doutrinadores subdividiram essas garantias de acordo com suas visões sobre o tema.

Nesse sentido destaca Moraes (2003, p.59):

Assim os direitos fundamentais de primeira geração são os direitos e garantias individuais e políticos clássicos (liberdades políticas), surgidos institucionalmente a partir da Magna Carta.

Referindo-se hoje aos chamados direitos fundamentais de segunda geração, que são os direitos sociais, econômicos e culturais, surgidos no início do século [...] e

[...]por fim, modernamente, protege-se, constitucionalmente, como direitos de terceira geração os chamados direitos de solidariedade ou fraternidade, que englobam o direito a um meio ambiente equilibrado, uma saudável qualidade de vida, ao progresso, a paz, a autodeterminação dos povos e a outros direitos difusos [...]

Expressa também o Ministro do STF, Celso de Mello:

[...] enquanto os direitos de primeira geração (direitos civis e políticos) – que compreendem as liberdades clássicas, negativas ou formais – realçam o princípio da liberdade e os direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais) - que se identificam com as liberdades positivas, reais ou concretas – acentuam o princípio da igualdade, os direitos de terceira

geração, que materializam poderes de titularidade coletiva atribuídos genericamente a todas as formações sociais, consagram o princípio da solidariedade e constituem um momento importante no processo de desenvolvimento, expansão e reconhecimento dos direitos humanos, caracterizados enquanto valores fundamentais indisponíveis, pela nota de uma essencial inexauribilidade [...]

Nota-se assim que a doutrina classifica como sendo direitos de primeira geração as garantias e direitos individuais e políticos, os quais dão destaque ao direito a vida e a sua continuidade com plena dignidade e bem estar, na qual o Estado deverá garanti-los de forma igualitária entre todos.

Atenta Celso Ribeiro Bastos (2000, p.161) que:

[...]os princípios fundamentais são aqueles que guardam os valores fundamentais da ordem jurídica sem os quais ela pareceria mais com um aglomerado de normas que só teriam em comum o fato de estarem juntas no mesmo diploma jurídico, do que como um todo sistemático e congruente.

Assim, pode-se dizer que os direitos e garantias fundamentais foram resultantes de um processo de evolução e adequação social histórica, em que determinados fatos contribuíram para que sejam amplamente protegidas no ordenamento jurídico atual brasileiro. Vale ressaltar que nem todos os ordenamentos jurídicos tratam os direitos fundamentais com tanta importância.

### 1.1 Os Direitos e Garantias Individuais como Cláusulas Pétreas

As Constituições não nasceram para serem eternas, elas necessitam serem adequadas as realidades e as necessidades sociais existentes à época, ou seja, elas devem acompanhar as constantes transformações sociais.

Em primeiro lugar, faz-se necessário distinguir as Constituições quanto a sua mutabilidade. A doutrina classificou os textos Constitucionais em Flexíveis que são

aquelas em que não se exigem, para sua alteração, qualquer processo mais solene; Rígidas aquelas que exigem para sua alteração um critério mais solene e difícil que o processo de elaboração de leis ordinárias; e Semi rígida na qual o processo de modificação é em parte flexível e outra parte exige um processo mais solene para sua alteração.

A Constituição Federal de 1988 é classificada como rígida, só podendo ser modificada pelo processo regular de emenda, sendo que só poderá ser alterada se forem atendidos certos requisitos expressos no artigo 60 da CF/88.

Assim expressa o artigo 60 da CF/88:

Art. 60. A constituição poderá ser emendada mediante proposta:

- I – de um terço, no mínimo, dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal;
- II – do Presidente da República;
- III – de mais da metade das Assembléias Legislativas das Unidades da Federação, manifestando-se, cada uma delas, pela maioria relativa de seus membros.

§1º A Constituição não poderá ser emendada na vigência de intervenção federal, de estado de defesa ou de estado de sítio.

§ 2º A proposta será discutida e votada em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, considerando-se aprovada se obtiver, em ambos, três quintos dos votos dos respectivos membros.

§ 3º A emenda à Constituição será promulgada pelas mesas da Câmara dos deputados e do Senado Federal, com o respectivo número de ordem.

§ 4ª Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

- I – a forma federativa de estado;
- II – o voto direto, secreto, universal e periódico;
- III – a separação dos poderes;
- IV – os direitos e garantias individuais.

§ 5º A matéria constante de proposta de emenda rejeitada ou havida por prejudicada não pode ser objeto de nova proposta na mesma sessão legislativa.

As alterações Constitucionais são necessárias porque o direito material está em constante evolução devendo o direito positivado acompanhar estas mudanças,

porém estas devem respeitar a ordem jurídica existente, do contrário se colocaria em risco a segurança do ordenamento jurídico.

Vale lembrar que a atual Constituição brasileira possui um núcleo material imutável que não pode ser alterado nem por emenda constitucional, que são chamadas de cláusulas pétreas.

O adjetivo pétrea vem de pedra, significando "duro como pedra", "insensível", "petroso". Trasladando a etimologia da palavra para o campo constitucional, cláusula pétrea é aquela imodificável, irreformável, intangível, insuscetível de mudança formal. Tais cláusulas consignam o núcleo irreformável da Constituição vigente e servem de mecanismos estabilizadores do regime democrático.

Contudo é preferível denominá-las, de cláusulas inabolíveis, porquanto, perante a observância das mesmas, o legislador reformador não poderá remover ou abolir elenco específico de matérias, devido a uma determinação taxativa do constituinte. Assim, a forma federativa de Estado, o voto direto, secreto, universal e periódico, a separação dos poderes, os direitos e garantias individuais integram o conteúdo de tais cláusulas, elencadas no artigo 60, § 4, I a IV, da CF/88.

Esse aspecto traduz, na verdade, um esforço do constituinte para assegurar a integridade da Constituição, obstando que eventuais reformas provoquem a destruição, o enfraquecimento ou, ainda, impliquem em profundas mudanças. São, portanto, limites fixados ao conteúdo de uma reforma constitucional e que operam como verdadeiras limitações ao exercício do Poder Constituinte reformador.

Portanto, cláusulas pétreas são normas que o Poder Constituinte Originário ofertou um tratamento especial, devido sua importância para a manutenção do Estado, definindo que estas cláusulas não podem ser sequer passivas de proposta de alteração tendentes a aboli-las pelo Poder Constituinte Derivado, trata-se de uma limitação material ao novo Constituinte.

O Poder Constituinte derivado, também chamado de poder reformador ou instituído, se expressa da necessidade de se conciliar o sistema representativo com as manifestações de uma vontade soberana. É exercido quando se introduzem alterações ou emendas na Constituição, de acordo com o processo legislativo. Sua

função é promover adaptações às novas necessidades da ordem estabelecida, sem a precisão de se recorrer ao poder originário. O Poder Constituinte derivado se expressa por um processo técnico de mudança constitucional. Trata-se da incumbência para alterar a Constituição, adaptá-la às exigências da evolução dos tempos. É uma necessidade de toda Constituição. A reforma da Constituição decorre do poder constituinte derivado e ocupa posição diferente do poder originário e do Poder Legislativo ordinário.

Ou seja, o Poder Constituinte Derivado pode alterar quase totalmente a Constituição, exceto as cláusulas pétreas. Sem elas haveria uma insegurança maior quanto às leis que desejam abolir estes direitos básicos.

Como expressa Mendes ( 1996, p. 67):

[...]Tais cláusulas devem impedir, todavia, não só a supressão da ordem constitucional , mas também qualquer reforma que altere os elementos fundamentais de sua identidade histórica [...]

[...] O efetivo significado dessas cláusulas de imutabilidade na práxis constitucional não está imune a controvérsias. Se se entender que elas contêm uma proibição de ruptura de determinados princípios constitucionais

Todavia não se admite cláusulas pétreas fora da Constituição, por ser a Constituição a Lei maior do ordenamento jurídico brasileiro.

O rol do artigo 60, §4º, da Constituição Federal, enumera as principais cláusulas pétreas, todavia o chamado "catálogo aberto" localizado no próprio artigo 5º. §2º elenca hipóteses de cláusulas intangíveis ao poder de Emenda, além das discriminadas no artigo 5º, tais como as decorrentes de regime por ela adotados, tratados internacionais em que a república Federativa do Brasil seja parte.

Como é sabido há, embora não literalmente expresso no artigo 60, § 4º, outros artigos que são considerados cláusulas pétreas disseminados por toda ordem constitucional vigente, como por exemplo, os artigos 1º, 2º, 127, que falam dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, a divisão dos poderes e suas

independências, e a função do Ministério Público no ordenamento jurídico brasileiro, e muitos outros que se encontram em nossa Lei Maior.

## 1.2 As possibilidades de deliberação das cláusulas pétreas

Os Direitos e Garantias Individuais poderão ser modificados, desde que tal mudança implique na ampliação do seu âmbito de atuação, jamais para suprimir ou estabelecer condições não impostas pelo Constituinte Originário. Há que se distinguir o poder de criação de uma Constituição daquele de reforma. O de reforma, por ser constituído, é limitado, inclusive materialmente ao que pode prescrever o texto constitucional vigente.

É pacífico na doutrina a possibilidade de deliberação das cláusulas pétreas através de emenda Constitucional. Porém, somente não podem ser promulgadas Emendas tendentes a abolir aquelas matérias elencadas entre as cláusulas pétreas previstas no do artigo 60, § 4º da Constituição Federal. Nesse sentido uma emenda por exemplo vir a melhorar, ou ampliar as garantias constitucionais elencadas no artigo 60 § 4º da Constituição Federal de 1988.

Isto não quer dizer, por exemplo, que não se possa rediscutir o pacto federativo, só não se pode aboli-lo, ex: retirar do Município o status de Membro Federado, nem que não se possa reestruturar as funções estatais, desde que continuem existindo 3 (três) poderes, independentes e harmônicos.

Deste modo, é possível uma Emenda para adaptar o Texto Constitucional vigente referente às cláusulas pétreas, mas nunca tendente a abolir tais garantias.

Nesse aspecto, sabe-se que existem emendas aditivas, restritivas e extintivas. Na visão da melhor doutrina, as cláusulas pétreas podem ser objeto de Emenda Constitucional, isto é pacífico, a discordância que paira é quanto ao tipo de emenda.

Já se tem entendido que devam se tratar de aditivas. Sabe-se que não podem ser extintivas. Portanto, cláusulas pétreas são as que possuem um grau de rigidez máximo, essenciais ao ordenamento criado, por isto não podem ser abolidas e tem eficácia absoluta. Estão explícitas no artigo 60, §4 da CF/88. mas também implícitas. como por exemplo, não é possível uma emenda que exclua o § 4º do artigo 60 da Constituição Federal de 1988.

É o que se passa com o inciso LXXVIII do artigo 5º, inserido pela Emenda Constitucional nº 45, que veio a ampliar o rol dos Direitos Fundamentais. Se a questão de sua constitucionalidade chegasse ao Supremo Tribunal Federal, certamente seria declarada sua legitimidade jurídica. Assim, por exemplo, não se pode aprovar uma Emenda Constitucional tornando o Estado Brasileiro um Estado Unitário, pois afrontaria o artigo 60, § 4º, I, da CF/88. Nem sequer pode fazer uma Emenda Constitucional suprimindo este inciso ou outro parágrafo do artigo 60. Mas, Emendas Constitucionais podem prever novas regras para a criação dos Estados, suas rendas, dentre outros aspectos, sendo portanto ampliativas.

Também não se poderia aprovar uma Emenda Constitucional abolindo uma função estatal, ou submetendo um Poder ao outro. Mas, pode haver Emendas Constitucionais prevendo novas regras de funcionamento destes poderes da União.

Pode-se ainda alterar a forma que deve ocorrer à Medida Provisória que é de competência do Presidente da República, da mesma forma que e possível acrescentar Garantias Constitucionais, mas é vedada sua extinção.

Todas as Emendas Constitucionais são passíveis de controle, desta forma, se uma delas deliberasse sobre cláusulas pétreas, seriam passíveis de Controle de Constitucionalidade, certamente. A mera proposta de emenda que, de alguma forma, represente ameaça a preservação dos Direitos e Garantias Fundamentais pode ser combatida, seja pela via do Controle Preventivo de Constitucionalidade, ainda durante o processo legislativo, seja pela via difusa do Controle Repressivo.

Haverá Controle de Constitucionalidade de Emendas Constitucionais em face da Carta Maior, sempre que a mesma se defrontar com o chamado Núcleo Irreformável da Constituição, sob o aspecto de inconstitucionalidade material. Ou

sob o aspecto formal, quando eivada de inconstitucionalidade formal, casos de vícios de iniciativa, ou de quorum para aprovação.

Como expressa Silva ( 1997, p.70):

Toda modificação constitucional, feita com desrespeito do procedimento especial estabelecido (iniciativa, votação, quorum, etc.) ou de preceito que não possa ser objeto de emenda, padecerá de vício de inconstitucionalidade formal ou material, conforme o caso, e assim ficará sujeita ao controle de constitucionalidade pelo Judiciário, tal como se dá com as leis ordinárias.

Quem está legitimado para declarar a inconstitucionalidade de uma norma é o Supremo Tribunal Federal, através do controle repressivo. Deste modo, conclui-se que cláusula pétrea é uma disposição constitucional revestida de tão grande importância que jamais poderá ser abolida, suprimida, inutilizada nem mesmo por uma Emenda Constitucional. Todavia, ela pode ser ampliada através do poder Constituinte Derivado, no qual tem competência para reformar e ampliar a abrangência das garantias das referidas cláusulas. Logo, A abolição de cláusulas pétreas não pode ocorrer, contudo, defende-se que a sua ampliação é possível..

### 1. 3 O Habeas Corpus Como Remédio Constitucional Para Garantir a Proteção dos Direitos Fundamentais

Previsto no artigo 5º, LXVIII, da CF/88, o Habeas Corpus é o remédio Constitucional fundamental e mais básico, pois garante a liberdade de expressão nos moldes processuais mais simples que possam estar ao alcance de qualquer cidadão. Tem sua origem defendida por três correntes; a primeira apregoa que teve origem remota no Império Romano como indica de Moraes (2003, p.137):

[...] O instituto do Habeas Corpus tem sua origem remota no Direito romano, pelo qual todo cidadão podia reclamar a exibição do homem livre detido

ilegalmente por meio de uma ação privilegiada que se chamava *interdictum de libero homine exhibendo*. "[...] (grifos do autor)

A segunda corrente se remete à Constituição da Inglaterra de 1215 (*Magna Charla Libertatum*), e a terceira (que possui menos adeptos) indica que o Habeas Corpus, teve sua origem na *Petition of Rights* editada no reinado de Carlos II. Vale lembrar que naquela época a idéia de liberdade em nada se assemelhava com os ideais atuais.

No Brasil, o habeas corpus surgiu expressamente no direito pátrio no Código de Processo Criminal de 29/11/1832, e passou a ser um remédio constitucional a partir da Constituição de 1891. Adquiriu importância maior com o enunciado do artigo 8º da Declaração Universal dos Direitos do Homem, promulgada em 1948, onde expressa:

Art. 8º - Toda pessoa tem direito a um recurso efetivo ante os tribunais competentes que a ampare contra atos violatórios de seus direitos fundamentais, reconhecidos pela constituição e pelas leis.

A expressão Habeas corpus, significa em latim "*Que tenhas o teu corpo*". A expressão completa é *habeas corpus ad subjiciendum*, as quais eram as palavra iniciais da fórmula do mandato que o tribunal concedia e era endereçado a quantos tivessem em seu poder ou guarda o corpo do detido, é o que revela sobre o tema a maioria da doutrina especializada.

Sobre a definição de Habeas Corpus elucida Moraes (2003, p.138),:

Habeas Corpus é uma garantias individual ao direito da locomoção, consubstanciada em uma ordem dada pelo Juiz ou Tribunal coator, fazendo cessar a ameaça ou coação à liberdade de locomoção em sentido amplo - o direito do indivíduo de ir, vir e ficar.

Nesse Sentido Cretella (2001, p.125), conceitua:

O habeas corpus é uma ação constitucional de caráter penal e de procedimento especial, isenta de custas e que visa evitar ou cessar violência ou ameaça na liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder. Não se trata, portanto, de uma espécie de recurso, apesar de regulamentado no capítulo a eles destinados no Código de processo Penal.

Ainda destaca Greco Filho (1991, p.77) acerca de Habeas Corpus:

Originário da Magna Carta, mas definitivamente consagrado nas declarações universais de direitos, constitui-se o habeas corpus no mais eficiente remédio para a correção do abuso de poder que compromete a liberdade de locomoção.

É importante lembrar que o Habeas Corpus trata-se de uma cláusula pétreia, assim sendo não poderá ser suprimido do ordenamento jurídico. Porém, pode esse remédio Constitucional sofrer uma diminuição em sua abrangência, nos casos da em que for instituído o Estado de Sítio ou o Estado de Defesa, pelo fato do ordenamento jurídico brasileiro encontra-se em um momento de excepcionalidade democrática.

O Habeas corpus pode ser impetrado por qualquer pessoa, independentemente de habilitação legal ou representação de advogado. Logo qualquer pessoa, independentemente de ter capacidade civil, política, profissional, profissão, estado mental, instrução escolar, pode fazer o uso do Habeas Corpus, em benefício próprio ou de outrem. O princípio da simplicidade permeia a impetração do Habeas Corpus, já que ele garante direito fundamental básico.

Porém a impetração de Habeas Corpus por pessoa jurídica divide a doutrina e jurisprudência, Morais (2003, p.142) expressa:

[...] ao analisar o caput do art. 5º da Constituição Federal, a pessoa jurídica deverá usufruir de todos os direitos e garantias individuais compatíveis com sua condição. Dessa forma, nada impede que ela ajuíze habeas corpus em favor de terceira pessoa ameaçada ou coagida em sua liberdade de locomoção. Assim concluímos com a possibilidade de o habeas corpus ser impetrado por pessoa jurídica, em favor de pessoa física[...]

Desta forma, o Habeas corpus é o remédio Constitucional que tem maior importância na manutenção da liberdade da pessoa humana, pois poderá ser impetrados por todos os cidadãos independentemente de cor, raça, ou qualquer outro fator que possa dificultar o acesso e a garantia dos direitos fundamentais.

### 1.3. 1 Dos Procedimentos e Espécies de Habeas Corpus

O procedimento do Hábeas Corpus é simplificado. Todos são legitimados a impetrar o Hábeas Corpus. O promotor de justiça pode impetrar Habeas Corpus, nos termos do artigo 32, I, da Lei Orgânica Nacional do Ministério Público ( Lei nº 8.625, 12/02/1993), como também o delegado de polícia, mas como cidadão, não como autoridade, porém o juiz de direito não pode impetrar, em face da inércia da jurisdição. É importante lembrar que apesar dos Membros do Ministério Público de terem legitimidade ativa para o ajuizamento do Habeas Corpus em favor de terceiros, deverá ser analisada, no caso concreto, a finalidade buscada na ação.

A doutrina elenca duas espécies de Habeas Corpus:

a) Habeas Corpus Preventivo ou Salvo Conduto – que poderá ser impetrando quando alguém se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção por ilegalidade ou abuso de poder. Pretende evitar o desrespeito a liberdade de locomoção. Basta apenas a ameaça de coação a liberdade de locomoção, para a concessão do salvo conduto ao impetrante;

b) Habeas Corpus Liberatório ou Repressivo (também conhecido como Alvará de Soltura) - que poderá ser impetrado quando alguém já estiver sofrendo violência ou coação em sua liberdade de locomoção por ilegalidade ou abuso de poder.

O Código de Processo Penal elenca, em seus artigos 647 e 648, várias hipóteses de cabimento de Habeas Corpus, e os motivos que poderão ser considerados para impetração do mesmo, na área de processual criminal.

Assim dispõe os artigos 647 e 648, do CPP:

Art. 647. Dar-se-á habeas corpus sempre que alguém sofrer ou se achar na iminência de sofrer violência ou coação ilegal na sua liberdade de ir e vir, salvo nos casos de punição disciplinar.

Art. 648. A coação considerar-se-á ilegal:

- I – quando não houver justa causa;
- II – quando alguém estiver preso por mais tempo do que determina a lei;
- III – quando quem não ordenar a coação não tiver competência para fazê-lo;
- IV – quando houver cessado o motivo que autorizou a coação;
- V – quando não for alguém admitido de prestar fiança, nos casos em que a lei a autoriza;
- VI – quando o processo for manifestamente nulo;
- VII – quando extinta a punibilidade.

O Habeas Corpus, assim como o Habeas Data, são gratuitos, pois são remédios constitucionais. O habeas corpus é um procedimento eficiente e rápido; sendo que, este têm preferência sobre todos os demais, em primeira e segunda instância, a fim de que sejam julgados o mais depressa possível, tendo em vista sua importância e sua natureza jurídica.

Vê-se pois que, o Habeas Corpus é um dos mais importantes institutos jurídicos, para defesa e manutenção dos direitos fundamentais instituídos no ordenamento jurídico constitucional, vê-se que, literalmente, estende a qualquer pessoa a capacidade de buscar seus direitos sem a obrigatoriedade de capacidade postulatória, bem como esse instituto favorece a implementação dos princípios democráticos tão defendidos na CF/88.

## Capítulo 2. Crimes Hediondos

A Constituição Federal de 1988, previu no seu artigo 5º, inciso XLIII, os crimes hediondos. A necessidade de uma definição de crime hediondo, fez com que o legislador infraconstitucional criasse uma nova Lei para regular esses tipos de crimes. Surgiu com isso a Lei 8.072/90 ( Lei dos Crimes Hediondos), lei esta vinha como resposta a uma onda de violência vivida pela sociedade àquela época.

### 2.1 Definição de Crime Hediondo

Num primeiro momento, faz-se fundamental o entendimento relativo à utilização da expressão crime hediondo. Essa denominação é a expressão em que aponta uma rigorosa restrição de direitos e garantias previstas pelo artigo 5º da Carta Magna Brasileira. O legislador infraconstitucional não se preocupou em estabelecer um conceito do que seria hediondo, limitando-se a "rotular" quais seriam os delitos tidos como tal.

Diz-se Hediondos àquelas condutas criminosas que causam repugnância a sociedade. Segundo o Dicionário Michaelis Hediondo significa: Que provoca repulsão. Repugnante. Horrível. Que cheira mal.

A Lei nº 8.072, de 25 de junho de 1990, a chamada Lei dos Crimes Hediondos, enumera e tipifica os tipos penais intitulados como crimes hediondos, sendo que, sete deles constam do Código Penal Brasileiro, sendo eles: homicídio, latrocínio, extorsão qualificada pela morte, extorsão mediante seqüestro e na forma qualificada, estupro, atentado violento ao pudor, epidemia com resultado morte, e o genocídio. Logo, a partir do início da vigência da Lei dos Crimes Hediondos os crimes elencados pela mesma lei, passaram a ser punidos, pelo Estado, de forma mais severa e agressiva, em relação aos demais delitos tipificados no Código Penal.

Importante destacar que o legislador excluiu, da enumeração taxativa dos crimes hediondos, os delitos de seqüestro e roubo qualificado pelo emprego de

arma, atribuindo pouca importância ao alto grau lesivo destas condutas no caso concreto.

O legislador trouxe também crimes hediondos assemelhados, ou seja, a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo, incidindo sobre estes os mesmos efeitos atribuídos aos definidos como hediondos. Entretanto, o terrorismo não foi inserido no Código Penal nem em legislação penal especial. Por esta razão, diz-se que o tipo representa uma cláusula geral dotada de grande elasticidade, acarretando lesões ao princípio constitucional da legalidade e tornando inócua sua inclusão no art. 2º da Lei 8072/90.

Sobre o tema Moraes (2003,p.319), expressa:

O legislador brasileiro optou pelo critério legal na definição dos crimes hediondos, prevendo-os, taxativamente, no art. 1º da Lei 8.072/90. Assim crime hediondo, no Brasil, não é o que se mostra repugnante, asqueroso, sórdido, depravado, abjeto, horroroso, horrível, por sua gravidade objetiva, ou por seu modo ou meio de execuções, ou pela finalidade que presidiu ou iluminou a ação criminosa, ou pela adoção de qualquer critério válido, mas o crime que, por um verdadeiro processo de colagem, foi rotulado como tal pelo legislador ordinário, uma vez que não há em nível constitucional nenhuma linha mestra dessa figura criminosa.

Vale lembrar que a Lei 8072/90 foi constituída sob a premissa que o crime hediondo diz respeito ao delito cuja lesividade é acentuadamente expressiva, ou seja, crime de extremo potencial ofensivo, ao qual denominamos crime “de gravidade acentuada”. Ele causa profunda e consensual repugnância por ofender, de forma acentuadamente grave, valores morais de indiscutível legitimidade, como o sentimento comum de piedade, de fraternidade, de solidariedade e de respeito à dignidade da pessoa humana.

Destaca Capez (2007, p.170):

O sistema legal, por sua própria rigidez, deixou pouco campo para a avaliação discricionária da especial repugnância da conduta no caso concreto: se esta se enquadrar em um dos tipos selecionados como hediondos, quase nenhuma margem interpretativa sobrar para o julgador.

Assim, tanto o beijo lascivo quanto o coito anal cometidos consensualmente contra vítima não maior de 14 anos configuram atentado violento ao pudor e são considerados crimes hediondos, embora haja enorme diferença na lesividade de um e de outro.

Importante ressaltar que somente a lei pode definir um crime como sendo hediondo, logo, o legislador adotou o critério legal para a classificação dos crimes hediondos, impedindo que juiz possa avaliar, caso a caso, o grau de gravidade do crime e o enquadrar ou classificar como crime hediondo.

Diante do exposto é importante destacar a inadequada taxatividade da referida lei, pois o legislador ao enumerar certos crimes como sendo hediondos pelo seu grau de lesividade e repugnância ao ser humano, limitou o entendimento e a aplicação das penas para os crimes de gravidade equivalente aos descritos do artigo 1º da referida Lei.

## 2.2 Progressão de Regime na Lei dos Crimes Hediondos

A Lei dos Crimes Hediondos, desde sua edição, tem gerado diversas polêmicas, entre as quais destaca-se a questão de ser aplicável ou não o instituto da progressão de regime aos condenados a essa espécie de crimes.

É bem sabido que o sistema penal brasileiro é progressivo. O condenado, através do seu comportamento carcerário, vai evoluindo gradativamente e com isso conquistando novo regime. Avança passo a passo. Se o seu comportamento por acaso piorar, retorna ao ponto de partida ou a uma fase anterior.

A Lei nº 8.072/90 instituiu que para os acusados por delitos hediondos ou equiparados, além do impedimento da concessão de liberdade provisória mediante fiança, qualquer modalidade de liberdade de tal natureza, ainda que inexistentes os requisitos legais que autorizem a prisão preventiva, bem como ampliou para até sessenta dias o prazo de duração da prisão temporária, ao passo que para os demais delitos, tal modalidade de prisão não pode exceder a dez dias. Para os

condenados por delitos de natureza hedionda, a lei foi ainda mais rígida, vedando, além dos benefícios da anistia e da graça, também a progressão do regime de cumprimento de pena, a qual deverá ser cumprida, integralmente, no regime fechado.

A progressão de regime no cumprimento de pena significa a transição do condenado de regime penal mais gravoso a um regime de pena mais brando, desde que se tenha preenchido certos pressupostos elencados no artigo 112 da Lei de Execuções Penais, ou seja a LEP assegura aos condenados tratamento humanitário e o respeito ao princípio da Dignidade da Pessoa Humana.

O princípio da humanidade da pena acolhe e ampara o sistema progressivo que possibilita ao preso, por meio de etapas, alcançar a liberdade. Porém a Lei dos Crimes Hediondos exclui o sistema progressivo para esses crimes, contrariando entre os quais o princípio da individualização da pena na fase de execução, uma vez que a legislação deverá tratar todos os condenados de forma idêntica, sem distinção alguma.

Mirabete (1993.p.66), expressa:

Trata-se de regra em perfeita harmonia com os estudos de penologia que indicam a necessidade dessa progressão para os condenados que apresentem sinais de recuperação e que a transferência para regime semi-aberto e, posteriormente, aberto, facilita ou pelo menos possibilita a reintegração progressiva do condenado ao meio social.

O sistema penal brasileiro adota como fundamento o regime de progressão da pena, baseado em algumas características a serem apresentadas pelo sentenciado durante o cumprimento de sua pena, de tal modo a concedê-lo a possibilidade de reinserção gradativa na sociedade. De acordo com o seu comportamento e a sua capacidade de recuperação, vai o preso adquirindo o direito a passar de um regime mais rígido para um mais livre, até alcançar o livramento condicional.

Enfim o cumprimento da pena está em constante evolução, porquanto o condenado está sofrendo um processo. Assim, o juízo de execução deve observar

todos os critérios legais para uma possível progressão. Nesse sentido, a progressão deve ser acompanhada pelo Estado, possibilitando ao condenado, por meio de diálogo com a sociedade, formas de reintegrá-lo. Não há dúvidas de que, além do caráter retributivo o indivíduo deve ser ressocializado. Esta é a função mais difícil da pena, e que deve permear a sua fixação e execução.

### 2.3 A Inconstitucionalidade do §1º do artigo 2º, da Lei 8.072/90

A inconstitucionalidade pode ser material ou formal. A primeira refere-se a ato cujo conteúdo, vale dizer, essência, seja incompatível com a Lei Fundamental, verificando-se ainda que atendidos os requisitos formais à edição do ato. A segunda, por sua vez, compreende aquelas situações em que há inobservância de regra formal, estabelecida pela Constituição.

Segundo Silva (1998, p.49), a inconstitucionalidade:

[...] se manifesta sob dois aspectos: (a) formalmente, quando tais normas são formadas por autoridades incompetentes ou em desacordo com formalidades ou procedimentos estabelecidos pela constituição; (b) materialmente, quando o conteúdo de tais leis ou atos contraria preceito ou princípio da constituição [...]

E complementa Silva (1998, p. 48):

[...] O princípio da supremacia requer que todas as situações jurídicas se conformem (sic) com os princípios e preceitos da Constituição. Essa conformidade com os ditames constitucionais, agora, não se satisfaz apenas com a atuação positiva de acordo com a constituição. Exige mais, pois omitir a aplicação de normas constitucionais, quando a Constituição assim a determina, também constitui conduta inconstitucional [...]

A Constituição de 1988 enumera vários direitos e garantias fundamentais da pessoa humana e essenciais ao convívio social. Dentre eles, o princípio da Dignidade da Pessoa Humana que constitui a essência informadora de todos os direitos e garantias individuais assegurados à pessoa no nosso ordenamento jurídico, pois o ser humano deve ser a prioridade na tutela estatal, inclusive no direito penal, em que a pena privativa da liberdade não pode também privar o custodiado de sua dignidade.

A cerca do Princípio de Isonomia e do tratamento paritário dos réus no cumprimento da pena dispõe o artigo 5º inc. XLIX da CF/88:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade nos seguintes termos.

XLIX – é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral.

A proibição da progressão do regime estabelecida no artigo 2º, §1º, da Lei 8.072/90 afrontou diretamente o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, pois estabeleceu pena cruel ao sentenciado, tratando-o como sujeito que merece o pior dos castigos, qual seja, ser mantido recluso nas dependências físicas do presídio durante todo o período do cumprimento de sua pena. As condições precárias e desumanas, como também a superlotação das celas, tornam questionável a vedação da progressão de regime prisional.

Ao estabelecer o regime prisional cruel para todos os condenados pela prática de crimes hediondos e equiparados, independentemente de qualquer circunstância particular, considerando todos indistintamente perigosos e sem possibilidade de por méritos próprios exercer o direito à progressão de regime prisional, a lei dos crimes hediondos também violou os princípios da proporcionalidade e da individualização das penas.

O Princípio da Proporcionalidade, além de orientar o legislador, norteia também o julgador, no qual fundado nos direitos e garantias fundamentais, deverá decidir com justiça o caso concreto. Ou seja, essa diretriz permite ao Poder

Judiciário, via controle difuso invalidar atos legislativos ou administrativos e deixar de aplicar a norma que regula a matéria porque confronta com princípios e regras constitucionais, normas estas especialmente presentes no campo do direito penal.

Capez (2007, p. 168), assim expressa:

Para o princípio da proporcionalidade, quanto o custo for maior do que a vantagem, o tipo será inconstitucional, porque está contrário ao Estado Democrático de Direito. Em outras palavras: a criação de tipos incriminadores deve ser uma atividade compensadora para os membros da coletividade.

Já o princípio da individualização das penas permite que o condenado, observando suas particularidades, características próprias, fato praticado, e contexto o qual foi praticado o fato, tenha sua pena individualizada no momento da aplicação e execução da mesma. Ou seja individualizar a pena na sua execução determina o ajustamento da pena ao indivíduo, preservando sua dignidade e buscando a futura ressocialização.

O artigo 5º, XLVI e XLVIII da CF/88 expressa:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade nos seguintes termos.[...]

XLVI – a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes: a) privação ou restrição da liberdade; b) perda de bens; c) multa; d) prestação social alternativa; e) suspensão ou interdição de direitos.

XLVIII – a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado.

A maioria dos doutrinadores defende em consonância com o princípio da individualização das penas que a pena deve ser individualizada nos planos legislativo, judiciário e executório, evitando-se a padronização a sanção penal. Para cada crime tem-se uma pena que varia de acordo com a culpabilidade, os

antecedentes, à conduta social, à personalidade, o motivo, às circunstâncias e conseqüências do crime.

O artigo 5º da Lei 7210/84 (Lei de Execuções Penais) ressalta que os condenados serão classificados segundo seus antecedentes e personalidade, com intuito de orientar a individualização da execução penal.

É importante ressaltar que a individualização da pena deverá ser analisada caso a caso, pois ela terá que ser adequada à realidade do condenado, que poderá mudar de tempos em tempos, logo, o tratamento ao condenado que fugiu e não voltou a cometer crimes deverá ser diferenciado daquele que fugiu e cometeu novos delitos.

Os legisladores brasileiros muitas vezes editam leis penais em desacordo com a Constituição Federal. Logo, a postura do juiz quando decide um caso concreto, é aplicar as normas penais em harmonia com os ditames constitucionais, mesmo porque violar um princípio constitucional é uma afronta grave ao ordenamento jurídico brasileiro.

O meio de controle de constitucionalidade difuso é aquele na qual a alegação de inconstitucionalidade surge por incidente em um processo judicial, podendo ser invocado no curso da ação e cuja apreciação é condição para a decisão da lide, produzindo efeitos somente para as partes litigantes do processo.

O juiz de Direito não pode declarar a inconstitucionalidade de uma lei. Embora tenha o dever de examinar tal compatibilidade. Já nos tribunais superiores pelo controle difuso, via incidente de inconstitucionalidade, declararam a inconstitucionalidade, na forma do artigo 97 da CF/88, por maioria absoluta dos membros ou do órgão especial.

Vale lembrar que mesmo que um tribunal declare a inconstitucionalidade de uma lei, os efeitos continuam restritos ao caso concreto (*inter partes*), não vinculando os demais órgãos da justiça nem produzindo efeito *erga omnes*.

O julgador, portanto, é antes de tudo verdadeiro intérprete da vontade do legislador expressa na norma, mas, não ficará vinculado a tal vontade quando essa afrontar a consciência social ou os direitos fundamentais da pessoa humana assegurados no Texto Constitucional. Ademais, o julgador só deve atuar como legislador negativo.

No sistema jurídico brasileiro o controle de constitucionalidade se dá pelo reconhecimento da superioridade da norma constitucional em frente à lei ordinária. Para resguardar a ordem jurídica, cabe ao poder judiciário, de forma concreta e difusa, quando provocado, realizar o controle de constitucionalidade das leis e dos atos normativos.

Assim, é certo que a individualização, a proporcionalidade e a humanização das penas são garantias criminais repressivas impostas pela constituição de 1988, assegurando ao homem que cometa algum delito o tratamento mais justo possível. São, portanto, princípios fundamentais da pena, assegurados em normas constitucionais e imprescindíveis para que o direito penal alcance os objetivos a que se propõe.

#### 2.4 Análise dos posicionamentos jurisprudenciais da progressão de regime nos crimes hediondos no ordenamento jurídico brasileiro

Nos Tribunais Superiores várias são as decisões que abordam o tema, inclusive nunca foram pacíficos os julgados em relação ao deferimento de progressão de regime para os crimes hediondos.

O Superior Tribunal de Justiça já tinha decidido pela progressão de regime para os crimes hediondos, conforme decisão abaixo:

RESP. - CONSTITUCIONAL - PENAL - EXECUÇÃO DA PENA - CRIMES HEDIONDOS (LEI Nº 8.077/90) - TORTURA (LEI Nº 9.455/97) - EXECUÇÃO - REGIME FECHADO - A Constituição da República (art. 5º, XLIII) fixou regime comum, considerando-os inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia, a prática da

tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos. A Lei nº 8.072/90 conferiu-lhes a disciplina jurídica, dispondo: "a pena por crime previsto neste artigo será cumprida integralmente em regime fechado" (art. 2º, § 1º). A Lei nº 9.455/97 quanto ao crime de tortura registra no art. 1º - 7º: "O condenado por crime previsto nesta Lei, salvo a hipótese do § 2º, iniciará o cumprimento da pena em regime fechado. A Lei nº 9.455/97, quanto à execução da pena, é mais favorável do que a Lei nº 8.072/90. Afetou, portanto, no particular, a disciplina unitária determinada pela Carta Política. Aplica-se incondicionalmente. Assim, modificada, no particular a Lei dos Crimes Hediondos. Permitida, portanto, quanto a esses delitos, a progressão de regimes." (STJ - 6ª T - REsp. nº 140.617-GO (97/0049790-9) - Rel.: Min. Luiz Vicente Cernichiaro - j. 12.9.97)

Em outro sentido decidiu o tribunal de Justiça de Goiás, expressa:

HABEAS CORPUS. CONDENADO POR CRIME HEDIONDO. REGIME DE CUMPRIMENTO DE PENA. INTEGRALMENTE FECHADO. PROGRESSÃO. INDEFERIMENTO. A decisão do STF declarando a inconstitucionalidade do parágrafo 1º do art. 2º da Lei nº 8.072/90, no julgamento do HC 82.959, por seis a cinco, por ser incidental, não retirou o preceptivo legal do mundo jurídico, não tem efeito erga omnes e não subordina as demais decisões, pelo menos até que suspensa a eficácia pelo Senado Federal, se lhe for comunicada a decisão. Por isso que indefiro a ordem de habeas corpus, não permitindo a quebra de regime integralmente fechado". HC nº 26.015-8/217 (200600450931), de Luziânia. Acórdão de 16.3.06. (Myrelle Motta)

Em atenção ao princípio da *reformatio in pejus*, os Tribunais Estaduais e Superiores são obrigados a confirmar decisão monocrática que deferiu a progressão de regime aos condenados por crimes hediondos e equiparados, porque não é permitida a reforma para piorar a situação do acusado. Nesse sentido, veja-se de recente do Superior Tribunal de Justiça:

HABEAS CORPUS. PROCESSUAL E EXECUÇÃO PENAL. CRIME DE ESTUPRO. PROGRESSIVIDADE DO REGIME

PRISIONAL CONSAGRADA EXPRESSAMENTE NA SENTENÇA CONDENATÓRIA. PEDIDO DE PROGRESSÃO INFERIDO PELO JUÍZO SINGULAR. FALTA DE PREENCHIMENTO DO REQUISITO SUBJETIVO PREVISTO NO ART. 112 DA LEP. RECURSO DE AGRAVO EM EXECUÇÃO. FORMA PROGRESSIVA DA PENA ALTERADA INDEVIDAMENTE PELO TRIBUNAL A QUO. COISA JULGADA. IMPOSSIBILIDADE. EXAME CRIMINOLÓGICO DESFAVORÁVEL AO CONDENADO. DECISÃO FUNDAMENTADA. 1. Embora o crime de estupro seja hediondo, a sentença condenatória, não combatida pelo Ministério Público, estabeleceu o regime de cumprimento de pena privativa de liberdade como sendo inicialmente fechado. Vedado estava ao Tribunal a quo modificar o regime prisional no julgamento do recurso de agravo de execução interposto pela Defesa, como fez, em flagrante desrespeito ao princípio da *ne reformatio in pejus*. Precedentes do STJ. 2. A execução progressiva da pena, com a transferência para regime menos gravoso, somente será concedida ao condenado que preenche cumulativamente, os requisitos estabelecidos no art. 112 da LEP. 3. Na hipótese, o direito do paciente restou devidamente negado pelo juiz monocrático, ante a ausência do atendimento ao requisito subjetivo, com fundamento no exame criminológico realizado pela médica perita. 4. Ordem parcialmente concedida tão-somente para restabelecer o direito do paciente à progressão do regime prisional, assegurado na sentença penal condenatória. (STJ – HC 31.085/MS – 5 T. – Rel. Min. Laurita Vaz - j. em 16.12.2003- DJ 16.02.2004, p. 282).

Em outra decisão do Superior Tribunal de Justiça, em caso de *habeas corpus*, foi confirmado o entendimento anterior, prolata:

HABEAS CORPUS. ESTUPRO. REGIME PRISIONAL SEMI-ABERTO. APELO EXCLUSIVO DA DEFESA. REGIME INTEGRAL FECHADO. REFORMATIO IN PEJUS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CARACTERIZADO. ORDEM CONCEDIDA. 1. Conquanto equivocada a fixação do regime semi-aberto para cumprimento de pena de crime hediondo (Lei 8.072/90, art. 2º, 1º), descabida é a sua correção, pela Corte Estadual, em apelo exclusivo da defesa, pena de *reformatio in pejus*. 2. Ordem concedida para restabelecer a sentença de

primeiro grau. (STJ – HC 27.935/PI – 6 T. – Rel. Min. Hamilton Carvalho – j. em 06.11.2003 – DJ 15.12.2003, p. 406).

Esse rol de entendimento também ficou consignado em outra decisão do Superior Tribunal de Justiça:

HABEAS CORPUS. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS INTEMPESTIVO. CONHECIMENTO COMO HABEAS CORPUS. INADEQUAÇÃO DO RENDIO PARA O REEXAME DE PROVAS. CRIME HEDIONDO E REGIME PENAL INTEGRALMENTE FECHADO. HIPÓTESE DE FIXAÇÃO APENAS DE REGIME INICIAL FECHADO. OCORRÊNCIA DE REFORMATIO IN PEJUS. ORDEM PARCIALMENTE CONHECIDA E, QUANTO À TESE JULGADA, CONCEDIDA. 1. O recurso ordinário em habeas corpus, quando intempestivo, poderá ser conhecido como *writ* substitutivo desse recurso. 2. O Supremo Tribunal Federal tem decidido que o remédio de habeas corpus não se presta ao reexame da matéria fático-probatória, na medida em que não tem natureza jurídica de recurso. 3. 8.072/90 impõe aos “crimes hediondos” o regime integral fechado para o cumprimento da pena privativa de liberdade. 4. A hipótese em exame, a sentença condenatória cingiu-se a determinar o regime inicialmente fechado. Com seu trânsito em julgado de alegação de inobservância da lei torna-se impossível, sob pena de violação do princípio ne reformatio in pejus. 5. Ordem parentemente conhecida e, no mérito, concedida. (STJ – RHC 83.491 – 1 T. – Rel. Min. Joaquim Barbosa – j em 18.11.2003 – DJ 06.02.2004, p. 38).

E também em consonância com a decisão acima, outras decisões também se formam na constitucionalidade o artigo 2º, § 1º da Lei 8.072/90:

“HABEAS CORPUS. LEI DOS CRIMES HEDIONDOS. PENA CUMPRIDA NECESSARIAMENTE EM REGIME FECHADO. CONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 2º, § 1º DA LEI 8.072.

Tráfico ilícito de entorpecentes. Condenação, onde o artigo 2º - § 1º da Lei 8.072, dos crimes hediondos, impõe cumprimento da pena necessariamente em regime fechado. Não

há inconstitucionalidade em semelhante rigor legal, visto que o princípio da individualização da pena não se ofende na impossibilidade de ser progressivo o regime de cumprimento da pena: retirada a perspectiva da progressão frente à caracterização legal da hediondez, de todo modo tem o juiz como dar trato individual à fixação da pena, sobretudo no que se refere à intensidade da mesma. Habeas corpus indeferido por maioria.”

(RTJ 147/598, Rel. Min. FRANCISCO REZEK)

Portanto, é inegável que a matéria não é pacífica, pois as decisões monocráticas e acórdãos concedendo a progressão de regime prisional para os condenados pela prática de crimes hediondos e equiparados, após 14 (quatorze) anos da edição da chamada Lei dos Crimes Hediondos, demonstram o quanto a matéria é controversa. Tanto que nem mesmo o decurso do tempo encerrou essa celeuma nos Tribunais e também na doutrina.

### Capítulo 3 O emblemático Habeas Corpus 82.929/SP

Vários foram os Habeas Corpus tratados sobre o tema, que foram impetrados nas diversas instâncias do ordenamento jurídico brasileiro. Sendo que o Habeas Corpus 82.929/SP ganhou grande relevância, uma vez que por meio desse julgado que foi declarada, pelo Supremo Tribunal Federal, a inconstitucionalidade do §1º do artigo 2º da Lei 8.072/90, decisão esta que foi de encontro às decisões anteriores as da Corte Suprema.

#### 3.1 Histórico

No dia 23 de fevereiro de 2006, após ser adiado inúmeras vezes mediante pedidos de vista, o Supremo Tribunal Federal concluiu o julgamento do Habeas Corpus 82.959/SP, do Senhor Oséas de Campos, cujo objeto era o pedido de progressão de regime de condenado por crime hediondo.

O impetrante foi acusado da prática do delito previsto no artigo 214, c/c. artigos. 224, § 1º, I, 226, III, e 71, todos do Código Penal. Condenado, interpôs apelação, julgada pela 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que lhe deu parcial provimento para reduzir a pena a 12 anos e 3 meses de reclusão, mantido o regime integral fechado para o seu cumprimento.

O crime julgado no Habeas Corpus impetrado pelo Senhor Oséas, refere-se ao atentado violento ao pudor, tipificado no artigo 214 do Código Penal, o qual significa constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a participar ou permitir que ele se pratique ato libidinoso diverso da conjunção carnal, isto é, uma violência contra a mulher ou homem diverso da conjunção carnal.

O Tribunal, por maioria, deferiu pedido de Habeas Corpus e declarou, via controle difuso, *incidenter tantum* a inconstitucionalidade do § 1º do artigo 2º da Lei 8.072/90, que veda a possibilidade de progressão do regime de cumprimento da

pena nos crimes hediondos definidos no artigo 1º do mesmo diploma legal. A decisão teve como fundamento a afronta ao princípio da individualização da pena na fase de execução e a necessidade de igual tratamento entre os crimes de tortura e os demais delitos elencados como sendo hediondos. O julgado é um marco no ordenamento jurídico brasileiro, pois altera o pensamento dominante na corte em outros tempos.

Cabe lembrar que no sistema jurídico brasileiro a declaração incidental de inconstitucionalidade não possui efeito *erga omnes*, por exemplo a decisão indicada não deverá incidir sobre decisões já tomadas anteriormente, a qual continuaram produzindo efeitos concretos em relação a seu julgamento.

O Habeas Corpus teve 6 (seis) votos a favor e 5 (cinco) contra a inconstitucionalidade do § 1º do artigo 2º da Lei 8.072/90, tendo como votos vencidos os Ministros Carlos Velloso, Joaquim Barbosa, Ellen Gracie, Celso de Mello e o Presidente Ministro Nelson Jobim. Votaram a favor da inconstitucionalidade os Ministros Sepúlveda Pertence, Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Cesar Peluzo e Eros Grau.

Logo por unanimidade o STF explicitou que a declaração incidental de inconstitucionalidade do preceito legal em questão não gerará conseqüências jurídicas com relação às penas já extintas na data da decisão, pois a decisão plenária envolve, apenas o caso específico do habeas corpus, não impedindo que o magistrado analise caso a caso, as possibilidades de progressão para os crimes dessa natureza.

A defesa do impetrante pleiteia que o ato praticado deveria merecer enquadramento como obsceno e não como atentado violento ao pudor; que a violência presumida em relação à vítima menor de quatorze anos não qualifica o crime de atentado violento ao pudor como hediondo; a ausência de fundamentação do acórdão proferido pelo Superior Tribunal de Justiça; a impossibilidade de aumento da pena em um sexto, por não revelar a espécie crime continuado; a incoerência de ter-se progressão no regime de cumprimento da pena em se tratando

de crime de tortura e não ser crime da mesma espécie. Complementa pedindo a absolvição ou a redução da pena e a progressão no regime de cumprimento.

Deste modo, o STF analisou o pedido do impetrante e durante varias seções e pedidos de vista os Ministros proferiram seus votos como relato a seguir.

### 3.2 Análise dos votos proferidos pelos Ministros do STF

O Relator do julgamento do Habeas Corpus foi o Ministro Marco Aurélio que pugnou pela inconstitucionalidade do § 1º do artigo 2º da Lei 8.072/90, conforme relatou no seu voto, citando voto anterior no julgamento do Habeas Corpus 69.657/SP:

[...]O inciso XLIII do rol das garantias constitucionais – artigo 5º - afasta, tão-somente, a fiança, a graça e a anistia para, em inciso posterior (XLVI), assegurar de forma abrangente, sem excepcionar esta ou aquela prática delituosa, a individualização da pena. Como, então, entender que o legislador ordinário o possa fazer? Seria a mesma coisa que estender aos chamados crimes hediondos e assim enquadrados pela citada Lei, a imprescritibilidade que o legislador constitucional somente colou às ações relativas a atos de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático (inciso XLVI)...

[...]Destarte, tenho como inconstitucional o preceito do § 1º do artigo 2º da Lei 8.072/90, no que dispõe que a pena imposta pela prática de qualquer dos crimes nela mencionados será cumprida, integralmente, no regime fechado.

Concluindo seu voto destacou ainda:

[...]Concedo a ordem para, cassando o acórdão proferido pelo Superior Tribunal de Justiça, assentar o direito do paciente à progressão no regime de cumprimento da pena, declarada a inconstitucionalidade do § 1º do artigo 2º da Lei nº 8.072/90.

O Ministro Carlos Veloso antecipou seu voto indeferindo o pedido do Habeas Corpus, citando seu voto no julgamento do Habeas corpus 69.657/SP, conforme relato abaixo:

[...] 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, às circunstâncias e conseqüências do crime, bem como ao comportamento da vítima, não se pode negar que individualizou a pena. O fato de não ter podido, livremente, fixar o regime inicial, por força de lei, não caracteriza inconstitucionalidade. A Lei 8.072/90 estabeleceu, apenas, exceção à regra do § 2º do art. 33 do Cód. Penal.

Em seguida o Ministro Carlos Ayres Britto vota acompanhando o relator, o ministro Marco Aurélio:

[...]Senhor Presidente, acompanho a divergência manifestada pelo eminente Ministro Carlos Velloso, no que tange à caracterização, como hediondez, dos crimes de atentado violento ao pudor e de estupro.

[...]No tocante, porém, à inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei nº 8.072, acompanho o eminente Ministro Marco Aurélio. A Constituição, quando tratou da individualização da pena, o fez depois de falar sobre os crimes hediondos, e se o regime de execução da pena é integralmente fechado, parece-me que teremos a hediondez desse regime. Ou seja, o Estado estará praticando a Lei de Talião: olho por olho, dente por dente.

[...]Por isso, Ministro Marco Aurélio, eu o acompanho inclusive por outro tipo de consideração. O Direito é cada vez mais permeado daquela técnica de convencimento dos seus destinatários, que Norberto Bobbio chama de "sanção premial", quer dizer, um direito que acena cada vez mais com promessas de recompensa do que com ameaças de castigo. Isso se aplica também ao regime das execuções das penas. É possível estimular a conduta socialmente desejável, com mais eficácia, pelo prêmio ou pela recompensa, do que desestimular a conduta socialmente indesejável pelo castigo.

[...]Então, filosoficamente e com base no princípio constitucional da individualização da pena, defiro a ordem.

Também acompanhando o relator, o Ministro Cesar Peluso votou pela inconstitucionalidade § 1º do artigo 2º da lei 8.072/90, indagando que o crime de atentado violento ao pudor, na forma simples, não é crime hediondo, e com isso não podendo ser aplicado o regime jurídico indicado, nem tampouco a causa de aumento de pena prevista no artigo 9º da Lei 8.072/90.

Já o Ministro Joaquim Barbosa votou indeferindo o pleito requerido pelo Habeas Corpus 82.959/SP, por ter o mesmo entendimento do Ministro Carlos Velloso.

No seu voto o Ministro Gilmar Mendes destaca a o direito de individualização da pena explicito na Constituição Federal de 1988, bem como a afronta do direito fundamental com a proibição de progressão de pena para os crimes hediondos, e destaca:

[...]Tal proposta demonstra que o modelo previsto na Lei nº 8.072/90, se já não se revela inadequado, é, pelo menos desnecessário, uma vez que existem alternativas, igualmente eficazes e menos gravosas para a posição jurídica afetada.

[...]Em verdade, tal como apontado por Marco Aurélio e Peluso, a Lei dos Crimes Hediondos contém uma incongruência grave, pois, ao mesmo tempo em que repele a progressividade, admite o livramento condicional desde que cumpridos dois terços da pena (CP, art. 83, V). Tem-se, pois, o retorno à vida social sem que tenha havido progressão do regime, com a reintrodução gradual do condenado na vida em sociedade.

Conclui seu voto deferindo o pedido do Habeas Corpus, acompanhando os Ministros Carlos Ayres e Marco Aurélio.

A Ministra Ellen Gracie votou indeferindo o pedido, alegando que o entendimento anterior do STF é o da constitucionalidade do §1º do artigo 2º da Lei nº 8.072/90, defendendo também que inconstitucionalidade da norma para que pudesse ser reconhecida com efeitos limitados, seria necessário a análise da Corte em Ação Direta de Inconstitucionalidade.

O Ministro Eros Grau vota deferindo o pleito a declarando a inconstitucionalidade do § 1º do artigo 2º da Lei 8.072/90, destacando que a decisão final sobre a questão da progressão da pena deverá ser sempre do juiz, conforme relata em seu voto

[...]No que tange à proibição da progressão de regime nos crimes hediondos, afronta o princípio da individualização da pena [art. 5º, XLVI], direcionado ao legislador, que não pode impor regra fixa que impeça o julgador de individualizar, segundo sua avaliação, caso a caso, a pena do condenado que tenha praticado qualquer dos crimes relacionados como hediondos.

[...]A declaração de inconstitucionalidade, por este Tribunal, da proibição da progressão de regime na referida lei, em acatamento a princípios basilares da boa execução penal, não configurará, de modo algum, a abertura de portas dos presídios...

O voto do Ministro Celso de Mello acompanha o entendimento dos Ministros Carlos Velloso, Joaquim Barbosa e Ellen Gracie, reconhecendo a plena constitucionalidade do § 1º do artigo 2º, da Lei nº 8.072/90, indeferindo o pedido de Habeas Corpus.

O despacho final da votação se deu através de um intenso debate entre os Ministros Sepulveda Pertence e Nelson Jobim, no qual o Ministro Sepulveda Pertence defendendo a inconstitucionalidade da norma legal indicada e o Ministro Nelson Jobim indeferindo o pleito e considerando a norma como sendo constitucional.

Alguns doutrinadores defendem que embora o Supremo Tribunal Federal fique vinculado a suas decisões anteriores, não está impedido de rever a matéria em outro processo subjetivo, e que sempre haverá a possibilidade de nova compreensão e alargamento dos princípios constitucionais de acordo com o novo contexto social.

Logo vários julgados anteriores do STF entendiam pela constitucionalidade do §1º do artigo 2º da Lei 8.072/90. Como por exemplo:

HABEAS CORPUS - CONDENAÇÃO PELA PRÁTICA DE CRIME HEDIONDO - SENTENÇA QUE SE LIMITA, NA DEFINIÇÃO DO REGIME PENAL, A FAZER REMISSÃO AO ART. 2º, § 1º, DA LEI Nº 8.072/90 - CUMPRIMENTO DA PENA EM REGIME INTEGRALMENTE FECHADO - PEDIDO INDEFERIDO. - Impõe-se a observância do magistério jurisprudencial que o Plenário do Supremo Tribunal Federal firmou a propósito da constitucionalidade da norma inscrita no § 1º do art. 2º da Lei nº 8.072/90, até que sobrevenha eventual revisão da diretriz anteriormente estabelecida pela Corte Suprema. Em consequência, não se justifica o sobrestamento, pela Turma, que é órgão fracionário, do exame de "habeas corpus" impetrado com fundamento em tese, que, pendente de revisão, ainda constitui expressão da jurisprudência plenária do Supremo Tribunal Federal. - O réu - que foi condenado pela prática de crimes hediondos ou de infrações penais a estes equiparadas - não tem o direito de cumprir a pena em regime de execução progressiva, pois a sanção penal imposta a tais delitos deverá ser cumprida em regime integralmente fechado, por efeito de norma legal (Lei nº 8.072/90, art. 2º, § 1º), cuja

constitucionalidade foi confirmada pelo Supremo Tribunal Federal. Precedentes. - A ausência, no ato sentencial, de menção explícita ao cumprimento da pena em regime integralmente fechado não significa que se tenha garantido, ao condenado, o direito à progressão no regime de execução penal. É que a mera remissão que o magistrado sentenciante haja feito ao art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90 basta para legitimar o cumprimento da pena em regime integralmente fechado, desde que se trate de crimes hediondos ou de delitos a estes equiparados. Precedentes. (STF – RHC 85692 – 1T – Rel. Min. Celso de Mello – j em 12.04.2005 – DJ 02.09.2005 – p.47)

Como se vê, varias são as decisões jurisprudenciais sobre o tema, contudo não são pacíficas e, com isso gerando uma série de divergências nos tribunais e na doutrina.

### 3.3 Alteração dada pela Lei 11.464/2007

A novíssima Lei 11.464 de 28 de março de 2007 com publicação no Diário Oficial da União em 29/03/2007 em edição extra, entrando em vigor na mesma data de sua publicação conforme seu art. 2º, instituiu por intermédio de uma modificação redacional no artigo 2º, Lei 8.072/90 (Crimes Hediondos) um novo sistema de execução penal para condenados por tais delitos. Essa alteração contou com a completa mudança na redação do § 2º, artigo 2º, deslocando-se os primitivos §§ 2º e 3º (dever da sentença condenatória fundamentar o direito de recorrer em liberdade e prorrogação da prisão temporária) para serem considerados respectivamente como §§ 3º e 4º.

A partir da decisão do Caso Oséas pelo STF restou insustentável a posição de que o § 1º, artigo 2º, Lei 8.072/90 ao permitir que a pena por crime hediondo fosse integralmente cumprida em regime fechado fosse constitucional. Varias decisões, seguindo a linha interpretativa do Supremo veio sucedendo, com mudança de entendimentos, colaborando para uma necessária e urgente administração linear do sistema penitenciário.

O novo direcionamento de redação dada pela Lei 11.464/2007 ao § 1º do artigo 2º, Lei dos Crimes Hediondos diz expressamente que a pena por crime ali tratado será cumprida inicialmente em regime fechado. Buscando manter a harmonia com os crimes comuns, a execução da pena mesmo com a perspectiva da progressão de regimes, conforme regra universal em nosso direito, a execução penal foi exasperada. Criou-se o estágio peremptório de cumprimento da pena, para então se falar em progressão de regime. Assim se o reeducando for primário, o canal da progressão é aberto após o cumprimento de 2/5 (dois quintos) da pena e se for reincidente, depois de 3/5 (três quintos).

Nota-se que o primeiro requisito para a progressão do regime nos crimes hediondos não envolve o critério subjetivo, pois partiu-se da idéia de um período de tempo mínimo para consolidação da função recuperadora da pena ou mesmo contenção do comportamento do sentenciado, para depois disso se cogitar da incidência do avanço. Com isso, decorrida a faixa temporal de 2/5 ou 3/5 dependendo da situação do apenado, abre-se a porta para que cumprido mais 1/6 da pena e preenchidos os demais requisitos do artigo 112, Lei 7.210/84 (Lei de Execução Penal) funcione o sistema progressivo: fechado para o semi-aberto e deste para o regime aberto, sucessivamente.

O estágio peremptório para o condenado primário foi concebido em 1/2 da pena resultante da condenação, enquanto que para o reincidente a fração estipulada foi de 2/3. Sem o alcance desses percursos temporais para o condenado por crime hediondo restará inviável a obtenção da progressão de regime.

Contudo, a criação do estágio peremptório como requisito mínimo para a progressão nos crimes hediondos, é condição que resulta desfavorável para todos aqueles que estão no sistema penal ou nele ingressarão por fatos cometidos antes da vigência da lei. Com isso, para esse grupo, aplica-se o princípio da irretroatividade da lei penal, concentrando-se na aplicação da premissa *tempus regit actum* a solução para integração da lei, já que neste aspecto encerra autêntica severidade em comparativo com a conjuntura anterior. Quanto a esses bastará o cumprimento de 1/6 da pena e ficará atendido o requisito temporal.

Com essa nova realidade trazida pela Lei 11.464/2007 não se pode permitir uma interpretação distanciada da Base Constitucional, no sentido de que as regras maléficas alcancem indistintamente aqueles que assim não deveriam ser tratados ou considerados e que a regra benéfica só possa ser adotada se trouxer benefício ao réu. Para os crimes hediondos verificados antes da vigência da lei nova, o regime dever ser o inicialmente fechado, possibilitando a progressão pelo advento de 1/6 e demais requisitos previstos na LEP, enquanto que a exigência do estágio peremptório metade da pena para os primários e dois terços para os reincidentes, só será tolerável se o fato criminoso tiver ocorrido a partir da entrada em vigor do novo texto legal. Com isso, evita-se o desacerto das interpretações que vão de encontro com as garantias individuais descritas na CF/88.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do que foi exposto ao longo desta pesquisa, ficou evidente e demonstrada a importância do tema para o ordenamento jurídico atual, principalmente pelo aumento da criminalidade que assola toda a sociedade.

O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana tem sido bastante difundido no Brasil nos últimos anos. O Estado Democrático de Direito deve construir um sistema penal fundado na dignidade da pessoa humana como valor máximo buscando sempre observá-lo como vetor no exercício do *jus puniendi*, além da atenção aos direitos humanos como mecanismo de limitação do poder punitivo estatal. Trata-se de equívoco a afirmação de que o respeito à dignidade humana e aos direitos humanos constitui contrapontos a um sistema penal eficiente, uma vez que é a certeza de punição isonômica que freia a criminalidade e não, o desrespeito à pessoa humana e a seus direitos.

No Estado Democrático de Direito, os valores éticos, políticos e jurídicos são mediados pela normatividade dos princípios constitucionais. A efetividade das normas constitucionais é garantida com o respeito e acatamento aos princípios constitucionais.

Garantir ao preso a possibilidade de ser reinserido no corpo social, adquirindo novos valores é um direito constitucionalmente garantido, senão explicitamente consignado no texto, abstraído do sistema de proteção individual que a Carta encerra. E isso só pode ser alcançado através da aplicação incondicional do regime progressivo de execução penal.

As penas privativas de liberdade excessivamente aplicadas não exercem, por si só, seu papel de sanção re-adaptadora, logo a re-socialização mínima deve ser buscada com escolas e trabalho para os detentos. Cada caso requer diferentes formas de individualização da pena adequando-a à realidade dos condenados que muda dia a dia, logo a execução da pena requer tratamento individualizado porque a lei não prevê todas as situações possíveis nem oferece soluções satisfatórias para todas elas.

A Lei 8.072/90, como se vê, fere os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da isonomia, da proporcionalidade, da humanização das penas e de sua individualização, visa impedir que o juiz profira decisões fundamentadas quanto à fixação de regime inicial de cumprimento de pena, como exposto neste trabalho.

Embora a decisão do Supremo Tribunal Federal configure hipóteses de controle difuso de constitucionalidade, sem efeito vinculante *erga omnes*, o certo é que ainda mais fartos e suficientes são os motivos para que o magistrado, no caso concreto, admita a progressão de regime para os condenados por crimes denominados como hediondos quando preenchidos os requisitos legais.

A finalidade da pena não é atormentar um ser humano, nem desfazer o delito já cometido, seu fim é somente impedir que o réu cause novos danos ao povo que está ao seu redor, e dissuadir os outros de fazer o mesmo, ressocializando o condenado e preparando-o para a reincorporação à sociedade. Assim é preciso que o magistrado admita a progressão de regime prisional, mesmo nos casos previstos em lei, por contrariar os diversos princípios previstos na Constituição Federal de 1988.

## Referências

ARAÚJO, Luiz Alberto David. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007.

CAPEZ, Fernando, **Curso de Processo Penal**, 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

\_\_\_\_\_, **Curso de Direito Penal**, vol. 3, parte especial, São Paulo: Saraiva, 2006.

\_\_\_\_\_, **Curso de Direito Penal**, vol. 4, legislação penal especial, São Paulo: Saraiva, 2007.

CÓDIGO DE PROCESSO PENAL, **Vade Mecum**, 5ª ed. São Paulo: Rideel, 2007.

CONSTITUIÇÃO DA REPUBLICA FEDERATIVA DO BRASIL, **Vade Mecum**, 5ª ed. São Paulo: Rideel, 2007.

FARIAS, José Eduardo de Lucena. **Progressão de regime nos crimes hediondos**. Jus Navegandi. João Pessoa. mar. 2006. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8160>. Acesso em 25 de mar de 2009.

FILHO, Vincente Grego. **Manual de Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, 1991.

HABEAS CORPUS 82.959/SP. Brasília. Set. 2006. Disponível em: [http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=\(82959.NUMER.200OU%2082959.ACMS.\)&base=baseAcordaos](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=(82959.NUMER.200OU%2082959.ACMS.)&base=baseAcordaos). Acesso em 25 de mar de 2009.

LEIRIA, Cláudio da Silva. **A decisão do STF no HC 82.959-7/SP e a vedação à progressão de regime prisional para condenados por crime hediondo**. Jus Navegandi, Guaporé, out. 2006. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id:9508>. Acesso em: 14 de mar de 2009.

MENDES, Gilmar F. **Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha**. São Paulo: Saraiva, 1996.

MOURAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2003.

NORONHA, Magalhães. **Curso de Direito Processual Penal**. São Paulo: Saraiva, 1995.

SILVA, José Afonso da. **Curso De Direito Constitucional Positivo**. 9. ed. rev., ampl. de acordo com a nova Constituição. São Paulo: Malheiros, 1997.

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 15ª Ed. revisada. e atual. São Paulo : Malheiros, 1998.

SGARBOSSA, Luís Fernando. **O que é inconstitucionalidade ideológica?**. Paraná. mar. 2006. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8227>. Acesso em 01 de abr de 2009.

TEMER, Michel. **Elementos do Direito Constitucional**. 13ª ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 1997.

## ANEXO

Hábeas Corpus 82.959/SP

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-00018

EMENT 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.