

FVC

FACULDADE VITÓRIA EM CRISTO

FORMANDO LÍDERES PARA IMPACTAR O MUNDO

A SEVERIDADE PENAL E O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO:
HC 82.959-7/SP.

SAMUEL CHANCRE SANTOS

Graduado, CENTRO UNIVERSITÁRIO UNICARIOCA, Rio de Janeiro - RJ

Credenciada pela Portaria 971 de 01/12/2021

Rua André Rocha, 890 - Taquara - Jacarepaguá - Rio de Janeiro/RJ
faculdadevitoriaemcristo.org / Tel.: 21 99186-6170
CNPJ: 32.492.049/0001-03

FACULDADEVITORIAEMCRISTO.EDU.BR

21 99186-6170 21 98214-0881



RESUMO

No Brasil, a pena de morte é vedada e a prisão privativa de liberdade não pode ser perpétua. Não obstante a isso, é uma garantia dos presos a progressão de regime prisional. Assim, o infrator, por mais repugnável que tenha sido o delito que ele praticou, terá a oportunidade de voltar para as ruas antes do cumprimento integral da pena imposta. Isto porque, com o Habeas Corpus de nº 82.959-7, o Supremo Tribunal Federal considerou inconstitucional o § 1º do art. 2º, da lei de nº 8.072/90 – Lei dos Crimes Hediondos. Tal dispositivo normativo previa o cumprimento integral da pena em regime fechado para os condenados em crimes hediondos, mas a Suprema Corte mitigou a severidade penal estabelecida pelo Poder Legislativo. O presente trabalho almeja expor fatos sociais, filosóficos e jurídicos que não se coadunam com o entendimento jurisprudencial firmado pelo Excelso Pretório na referida decisão, através de um método descritivo explicativo.

Palavras Chaves: Habeas Corpus nº 82.959-7; crimes hediondos; progressão de regime; severidade penal.



ABSTRACT

In Brazil, the death penalty is prohibited and imprisonment deprived from liberty cannot be perpetual. Despite this, it is a prisoners guarantee the progression of prison regime. Thus, the offender, no matter how repugnant his crime was, will have the opportunity to return to the streets before the fulfillment of the imposed sentence. This is because, by the Habeas Corpus nº 82.959-7, the Federal Supreme Court considered unconstitutional

§1 of art. 2, of Law No. 8.072/90 - Heinous Crimes Law. This normative apparatus provided for the fulfillment of the sentence in a closed regime for those convicted of heinous crimes, but the Supreme Court mitigated the penal severity established by the Legislative Power. The present work aims to expose social, philosophical and legal facts that are not consistent with the jurisprudential understanding signed by Excelso Pretorio in the aforementioned decision, through an explanatory descriptive method.

Keywords: Habeas Corpus nº 82.959-7; heinous crimes; regime progression; penal severity.



INTRODUÇÃO

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/1988) proíbe expressamente penas de morte – salvo em contexto de guerra - e perpétua. Inclusive, são cláusulas pétreas, de modo que não há possibilidade de alteração legislativa no sentido de abolir tais vedações. A modificação somente seria possível com a elaboração de uma nova constituinte - o que traria uma enorme insegurança jurídica, levando em conta que a carta magna vigente é extremamente recente e garantidora. Por isso, preliminarmente, convém esclarecer que o presente trabalho respeitará os liames constitucionais e não sugerirá propostas que violem os parâmetros estabelecidos por este diploma normativo que rege todas as demais normas infraconstitucionais.

Percebe-se, porém, no dia a dia, que não é incomum cidadãos clamarem por penalidades mais severas. Não à toa acompanhamos em 2018 a ascensão política de um candidato à presidência cujo discurso era justamente enrijecer as leis penais. Em 2022, apesar do presidente eleito ser uma figura política que não dá tanta ênfase na crescente da criminalidade, o parlamento foi tomado por representantes que seguem a mesma linha ideológica que o ex-presidente. Evadindo-se de tecer comentários a respeito da seara política, fato é que há uma tendência social de eleger indivíduos que defendem punições mais duras. Tal momento social se justifica na sensação de impunidade que se instalou no coração do povo brasileiro. A respeito desse período de tensão social, Zygmunt Bauman o classifica de “Sociedade do Medo”², que acarreta exatamente na expectativa de que o direito penal será a saída para a solução dos problemas que a criminalidade traz, estimulando o enrijecimento das penas e cedendo espaço para ideias extremistas.

Todavia, a história revela que o Direito Penal não pode ser a única alternativa de resolução criminal, sob risco de retroceder aos tempos sombrios de punições desproporcionais e sangrentas. Nesse sentido, será demonstrado a



seguir pontos relevantes que podem servir para mitigar o sentimento de medo, por parte da sociedade, bem como combater o desejo de castigo penal sem moderação.

Assim, o primeiro e o segundo capítulo tem a finalidade de evidenciar fatos e posicionamentos no sentido de que penas rigorosas não atentam contra os fundamentos basilares de uma sociedade evoluída e democrática. Ao passo que o último capítulo servirá para apresentar o referido julgamento – que reacendeu essa discussão sobre a severidade da pena ser, ou não, compatível com os valores constitucionais - e apresentar uma argumentação contrária ao voto que prevaleceu.

CAPÍTULO I – A SEVERIDADE DA PENA NÃO É UM RETROCESSO.

1. Potências mundiais que são adeptas a sanções penais severas.

Ao observar potências sociais do mundo contemporâneo, há um elo entre algumas delas: as mais eminentes são adeptas a penas de morte ou perpétua. Por exemplo, Estados Unidos da América (EUA), China, Japão e Coreia do Sul.

Vale destacar que as nações citadas são grandes referências nos âmbitos educacional, comercial, industrial e militar. Inclusive, por isso são reconhecidas como potências do mundo moderno, como se atestará a seguir.

Os EUA (Estados Unidos da América), compostos por 50 estados federativos, tem uma taxa de alfabetização de aproximadamente 99,4% da população. Além disso, segundo o Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (Pnud), o Índice de Desenvolvimento Humano (IDH) é de 0,926%, considerado muito alto. O Pnud também indicou que a expectativa de vida americana ao nascer é de 81,7 anos. Para fins de comparação, no Brasil, a expectativa de vida é de 77 anos, conforme o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatísticas (IBGE). E a nível global,



a perspectiva de vida ao nascer é de 72,8 anos, conforme dados levantados pela Organização das Nações Unidas (ONU). Dito isso, fica claro que socialmente falando a nação estadunidense segue números bem superiores à média mundial. Por isso, é apontada como a maior potência do mundo atual. Contudo, embora esteja no topo da pirâmide social do mundo moderno, é de se contemplar que 27 estados desse país ainda aderem à pena de morte. No mais, nota-se também que todos os estados norte-americanos admitem a hipótese de prisão perpétua.

Em relação a China, já é amplamente admitida pelos economistas como a nação em maior expansão econômica, com um Produto Interno Bruto (PIB) que ultrapassa US\$ 12 trilhões, e uma renda per capita de 5.185 dólares. Além disso, está também no topo do ranking mundial em nível tecnológico, investindo muito em pesquisa e desenvolvimento. Com o IDH de 0,752, não está muito à frente do Brasil e longe dos EUA.⁸ Contudo seu sistema educacional baseado na disciplina, rigor e competitividade é um padrão mundial, sendo responsável pela alfabetização de aproximadamente 96,4% de sua população. O Programa Internacional de Avaliação de Estudantes (PISA) realizado em 2019 pela Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) concluiu que 4 metrópoles da República da China lideram o ranking dentre todas as demais cidades do mundo. A referida avaliação apura a eficiência, igualdade e qualidade da educação básica por meio de uma avaliação internacional que testa conhecimentos de ciência, matemática e compreensão textual. Os chineses dominaram o pódio do relatório publicado. Tal país, bem estruturado e em desenvolvimento, também é adepto a penas de morte e perpétua.

A respeito do Japão, não é à toa que se junta às maiores potências do século XXI. O país oriental está acima da média de praticamente todos os índices de bem estar que são traçados pelos institutos de pesquisa. No tocante à educação vale dizer que é um país que preza pela higiene, pontualidade, cooperação e o trabalho em grupo. Por exemplo, são os alunos que ficam responsáveis pela limpeza das salas, corredores, lanchonetes e banheiros, de modo que as escolas japonesas praticamente não precisam contratar pessoas para esse tipo de



trabalho. Por isso é tão comum ver em jogos de futebol da seleção japonesa, após o apito final do árbitro, os torcedores recolherem todos os lixos das arquibancadas. A taxa de analfabetismo de toda sociedade japonesa é inferior a 5%¹³, e o percentual de presença escolar dos alunos matriculados é de 99,9%. Além do sistema educacional ser esse sucesso, o país também se destaca economicamente pelo grande aparato tecnológico que possui. É uma economia altamente industrializada que desponta nos segmentos de eletroeletrônico, informática, robótica e automobilístico. Detém um PIB de quase US\$ 5 trilhões, ficando atrás apenas dos EUA e China. Ainda, cabe assinalar que a taxa de mortalidade infantil é uma das menores de todo o mundo, sendo de 3 para cada mil nascidos vivos. Outrossim, a expectativa de vida supera a média global (de 71 anos), sendo de 83 anos no país asiático. Ademais, o IDH é consideravelmente alto, haja vista ser de 0,884.15 Destarte, é inegável dizer que o Japão faz jus ao status de grande potência do mundo moderno, servindo de padrão para inúmeros países. E, assim como a China e os Estados Unidos, também adere a prisão perpétua e a pena de morte. Inclusive, conforme o governo japonês, 80% dos entrevistados japoneses são a favor da pena capital.

E, por último, dos quatro países mencionados, a Coreia do Sul. Esse país também faz por merecer ao ser considerado como modelo de Estado Nacional nos tempos atuais. Um primeiro dado digno de destaque é a taxa de homicídios: menos de 1 por 100.000 habitantes, segundo a ONU. A título de comparação, no Brasil a taxa é de 30 por 100.000 habitantes. Segundo o “The Economist”, em uma apuração feita em 2019, a capital da Coreia do Sul (Seul) está entre as 10 cidades mais seguras do mundo. Além disso, a taxa de mortalidade infantil é uma das menores do mundo, sendo de 4 mortes a cada mil nascidos vivos. A competitividade escolar, e a pressão familiar, são pontos que contribuem para o desenvolvimento estudantil da Coreia do Sul, de modo que se constatou, em 2011, que cerca de 64% dos sul-coreanos com idades entre 25 e 34 anos concluíram algum curso de ensino superior. Ainda, o percentual de pessoas que se formaram ao menos em nível médio, entre as idades de 25 a 64 anos, é de 81%. Tal número



está bem acima da média da OCDE de 75%. Convém pontuar que tais percentuais são também resultados de um alto investimento no âmbito educacional. Em 2010 foi registrado que o país asiático gastou 7,6% de seu PIB em todos os níveis da educação. A média da OCDE foi de 6,3%²³. Por isso, a Coreia do Sul tem sido um dos países mais fortes em termos de aproveitamento estudantil básico. No PISA o aluno sul-coreano médio ficou com a pontuação de 537, enquanto que a média global é de 497 pontos.²⁴ Já no tocante à economia, a partir da década de 70 o país tornou-se um dos “tigres asiáticos”. Entre 1980 e 1993 a economia nacional cresceu, em média, 9,1% ao ano. Um crescimento avassalador. O país adotou a Industrialização Orientada para Exportação (IOE), com ênfase para os produtos eletrônicos e automóveis.²⁵ Dentre as grandes empresas coreanas, não tem como deixar de citar a SAMSUNG e a HYUNDAI. Por tudo isso, hoje em dia a Coreia do Sul é o 10º país mais forte economicamente, e 4º da Ásia. Ademais, é importante enfatizar que o IDH bate a incrível marca de 0,92526. E, no mesmo sentido que EUA, China e Japão, a Coreia do Sul prevê em seu ordenamento jurídico a pena de morte e perpétua.

Destarte, diante de países avançados, que têm sido fortes referências mundiais, tanto no quesito econômico quanto na questão educacional, a pergunta que se faz neste primeiro capítulo é: será mesmo que o clamor público em favor de penas mais severas (como a de morte e perpétua) representa um retrocesso social?

2. Beccaria era a favor da pena perpétua.

Primeiramente, a evolução do direito penal, no que tange à abolição dos suplícios, inegavelmente é um avanço jurídico e humanístico, tendo em vista a dignidade da pessoa humana. Muitas atrocidades foram praticadas no passado por meio de leis penais. A pena recaía sobre o corpo do apenado, e muitas das vezes era extremamente desproporcional, e sem direito à ampla defesa no curso



do processo de acusação. Conforme narra João Farias Júnior, em seu livro “Manual de Criminologia”:

Sobreveio o ciclo do terror, o período do absolutismo, do tiranismo, do autocratismo e de muito arbitrarismo, em que o rei era a lei, era o Estado. Nesse período, muitos inocentes foram condenados e muitos culpados ficaram impunes. As execuções tinham que seguir um ritual de teatralismo e de ostentação do condenado à execração e à irrisão pública, as carnes eram cortadas e queimadas com líquidos ferventes, os membros eram quebrados ou arrebatados na roda, ou separados do corpo, através de tração de cavalos, o ventre era aberto para que as vísceras ficassem à mostra. Todos deveriam assistir às cenas horripilantes. O gritar, o gemer, as carnes cortadas e queimadas, a expressão de dor, enfim, todas as cenas horríveis deveriam ficar vivas na memória de todos (FARIAS JUNIOR, 1993, pg. 25).

Sem dúvida, um período bárbaro que romantizava a execução pública e a tortura. Imerso nesse contexto sombrio, Cesare Beccaria, no clássico livro “Dos Delitos e Das Penas”, diz que “A finalidade da pena não é atormentar e afligir um ser sensível (...) O seu fim (...) é apenas impedir que o réu cause novos danos aos seus concidadãos e dissuadir os outros a fazerem o mesmo” (BECCARIA, 1764, pg. 28).

Esse posicionamento de Beccaria consagra a ideia de que o direito penal é um instrumento de controle social. Ainda, assemelha-se ao conceito da pena como prevenção geral que, em seu sentido negativo, amedronta quem planeja se inclinar às práticas delituosas, e no sentido positivo, transmite à sociedade que de fato haverá punição para quem não respeitar os bens jurídicos protegidos pelo ordenamento legal. Outrossim, apesar desse longo período obscuro do direito penal, tal ramo jurídico não perdeu a sua utilidade, afinal o direito de punir tem um halo de transcendência, haja vista que a sua concretização reafirma os valores



fundamentais em torno dos quais se organiza a sociedade (DIP RICARDO e CORRÊA VOLNEY, 2002).²⁷

Cesare Bonesana, conforme ensina o Promotor de Justiça Tadeu Luciano (2021), é inegavelmente um dos maiores influenciadores do direito punitivo. Segundo Tadeu, a obra de Bonesana – já mencionada anteriormente – foi vital para a revogação de penas cruéis. Apesar de seu livro ter sido publicado em 1764, ele influencia até hoje no pensamento acerca dos direitos humanos, bem como a visão de respeito à pessoa do criminoso. Foi literalmente um revolucionário, que trouxe luz à escuridão penal. Em razão de seu radical posicionamento contra à tortura física do condenado, muitos países reformularam o código penal abraçando as ideias de Beccaria, abolindo tais medidas condenatórias. Pode-se dizer que ele foi um dos precursores dos direitos fundamentais dos presos, sendo uma das referências para a consolidação da dignidade da pessoa humana.²⁸ Aliás, o iluminista italiano fez também uma forte oposição à pena de morte que era praticada indiscriminadamente pelo poder público da época. Uma de suas mais famosas declarações nesse tópico é a seguinte:

Parece-me absurdo que as leis, que são a expressão da vontade pública, que abominam e punem o homicídio, o cometam elas mesmas e que, para dissuadir o cidadão do assassinio, ordena um assassinio público (CESARE BECCARIA, 1764, pág. 35).

Não obstante a isso, chegou a dizer que a pena de morte era inútil:

Se é mister que os homens tenham sempre sob os olhos os efeitos do poder das leis, é preciso que os suplícios sejam frequentes, e desde então é preciso também que os crimes se multipliquem; o que provará que a pena de morte não causa toda a impressão que deveria produzir, e que é inútil quando julgada necessária (CESARE BECCARIA, 1764, pág. 34).

Todavia, o mesmo autor, aclamado pelo direito, pontua que há criminosos altamente perigosos ou nitidamente irrecuperáveis, dando razão para que a pena capital seja aplicada nesses casos específicos. Vejamos:



A morte de um cidadão só pode ser encarada como necessária por dois motivos: nos momentos de confusão em que uma nação fica na alternativa de recuperar ou de perder sua liberdade, nas épocas de confusão, em que as leis são substituídas pela desordem, e quando um cidadão, embora privado de sua liberdade, pode ainda, por suas relações e seu crédito, atentar contra a segurança pública, podendo sua existência produzir uma revolução perigosa no governo estabelecido (CESARE BECCARIA, 1764, pág. 32)

Mas, sob o reino tranquilo das leis, sob uma forma de governo aprovada pela nação inteira, num Estado bem defendido no exterior e sustentado no interior pela força e pela opinião talvez mais poderosa do que a própria força, num país em que a autoridade é exercida pelo próprio soberano, em que as riquezas só podem, proporcionar prazeres e não poder, não pode haver nenhuma necessidade de tirar a vida a um cidadão, a menos que a morte seja o único freio capaz de impedir novos crimes (CESARE BECCARIA, 1764, pág. 32).

Assim, é de se perceber que o ilustre representante dos direitos humanos ainda observa um pouco de razão na execução punitiva, desde que esteja amparada em situações excepcionais. Na primeira declaração supramencionada, pode-se entender que “épocas de confusão” se refira a períodos de guerra e, no caso de um cidadão representar perigo, mesmo estando preso, compara-se à liderança de organizações criminosas ou terroristas, que atentam habitualmente contra a segurança pública, podendo comprometer a estabilidade do poder vigente.

Por outro lado, na segunda citação acima, Cesare assume que a necessidade da pena de morte se mostra quando ela é “o único freio capaz de impedir novos crimes”. Deste modo, o autor concorda com a tese de que há criminosos que são irrecuperáveis e, sua soltura, representaria uma ameaça à segurança social. Um perfeito exemplo, que se encaixa nesta hipótese, é um serial killer.



Outro dado importante é que embora Beccaria tenha sido, em regra, contra a aplicação da pena de morte, ele propôs substituí-la pela prisão perpétua. Nesse sentido, aduz:

Assim, pois, a escravidão perpétua, substituindo a pena de morte, tem todo o rigor necessário para afastar do crime o espírito mais determinado. Digo mais: encara-se muitas vezes a morte de modo tranquilo e firme, uns por fanatismo, outros por essa vaidade que nos acompanha mesmo além do túmulo. Alguns, desesperados, fatigados da vida, veem na morte um meio de se livrar da miséria. Mas, o fanatismo e a vaidade desaparecem nas cadeias, sob os golpes, em meio às barras de ferro. O desespero não lhes põe fim aos males, mas os começa (CESARE BECCARIA, 1764, pág. 34).

Ou seja, ele enxerga a prisão privativa de liberdade perpétua mais severa e exemplar que a pena capital.

3. Escolas Penais e um ponto em comum: adoção de penalidades severas.

Como já dito anteriormente, nos séculos passados o criminoso era submetido a penas cruéis. A Idade Média foi um desses períodos de “trevas” no direito punitivo. “Delinquentes” eram condenados a uma pena de morte cuja execução era carregada de uma violência extrema, com mutilações, estrangulamento, fogueira, caldeirão quente, guilhotina, esfolamento e etc.

Contudo, sob influência de pensamentos iluministas, Cesare Bonesana criticou o sistema penal, propondo uma reforma com a humanização do condenado, colocando em discussão a utilidade da pena de morte. Com a sua obra “Dos Delitos e Das Penas” ele é considerado um dos fundadores da Escola Penal Clássica - maior representante filosófico dessa corrente.



Portanto, pode-se dizer que Cesare Beccaria era desprovido de humanidade? Ou um emocionado semeador da cultura do ódio? Tal conclusão não pareceria coerente, haja vista sua enorme contribuição para a consolidação dos direitos humanos, bem como a sua gigantesca influência no reconhecimento da dignidade da pessoa humana.

3.1 A Escola Clássica

A Escola Clássica vai se fundamentar no Direito Natural, adotando em seus estudos o método dedutivo, tendo uma orientação político social, prezando pelos direitos do homem (MURAD, 2022)³¹. Ela almejou impor restrições ao “ius puniendi” e, inclusive, garantir ao acusado direitos tanto no processo penal quanto na aplicação da pena. A principal figura desse pensamento filólogo-jurídico foi Francesco Carrara. Ele desenvolveu a ideia de que o crime é um ente jurídico, como uma infração e não uma ação. Ele aduz, no seu livro “Programa Del Curso Derecho Criminal”, que o delito é um ente jurídico, porque sua razão de ser consiste na violação de um direito (CARRARA FRANCESCO, 1805).

Além de Carrara, há outros doutrinadores dignos de citação como Giovanni Carmignani, Luiz Eduardo Rossi e Domenico Romagnosi. Todos esses acreditavam que o delito é a consequência da vontade livre e da liberdade. Deste modo, os classicistas ensinavam que o crime é uma violação consciente e voluntária da norma penal incriminadora. A responsabilidade penal dependeria da responsabilidade moral, que é exercida por meio do livre-arbítrio, sendo necessário - para a caracterização da culpa - que a vontade fosse livre de coação.

Tal escola possuiu princípios básicos, de origem filosófica, de cunho humanitário e liberal (afinal defendia os direitos individuais e se levantava contra o arbítrio absolutista). Em suma, pode-se dizer que a finalidade da pena, para essa linha doutrinária, é castigar, sob o pretexto de restabelecer a ordem externa na sociedade (LEONARDO AGUIAR, 2016).³²



3.2 A Escola Positiva

A Escola Positiva teve como seus precursores Cesare Lombroso (antropólogo), Raffaele Garafalo (jurista) e Henrique Ferri (sociólogo). Tais pensamentos difundiram-se no século XIX, época da Revolução Industrial.

Diferentemente da Escola Clássica, que apenas focou seus estudos no fato criminoso, a doutrina positivista centralizou seu pensamento na pessoa criminosa. Para essa corrente o crime deixa de ser apenas uma conduta tipificada, passando a ser um fato natural e social. Pode-se dizer que a contribuição dessa linha penal foi a constatação de que nem todos os indivíduos desfrutam de plena sanidade mental e, por isso, devem ser submetidos à medida de segurança até que ele deixe de representar uma ameaça para a comunidade social. Todavia, nota-se também que as ideias propostas por esta escola estavam carregadas de preconceitos, disseminando a desigualdade social e marginalizando pobres, negros e estrangeiros. Isso porque, para essa corrente penal, o indivíduo criminoso nascia com uma tendência delitiva, sendo dele mesmo a essência criminosa, incapaz de controlar seus impulsos perversos (ANA CLÉLIA, 2005).³³ Assim, a escola positiva se antepõe à principal ideia classicista, afirmando que o homem não goza de livre-arbítrio.

Portanto, os positivistas viam o crime como uma manifestação patológica individual do agente, o qual, por sua vez, deveria ser submetido a um tratamento compatível com suas condições físicas, biológicas e sociais. A medida sancionatória teria o intuito de promover a defesa social, afastando do convívio da sociedade sujeitos de alta “temibilidade” (termo que hoje em dia é periculosidade). A medida de segurança era de tempo indeterminado, durando até que o indivíduo demonstrasse sinais de recuperação. Enquanto fosse verificado traços de delinquência, o criminoso deveria permanecer interdito de sua liberdade. Ou seja, a pena não tinha mais como fim a mera retribuição



(conforme era no pensamento classicista), mas sim o propósito de defender a paz social e tratar do homem criminoso (RICARDO CESAR, 2022).³⁴

Ocorre que nem mesmo entre os positivistas havia consenso no tocante à finalidade da pena. Garofalo, por exemplo, insistiu que o crime estava no indivíduo, sendo um ser terrível e degenerado. Em razão disso, era cético no tocante à ressocialização e, por isso, a favor da pena capital.³⁵ Já Enrico Ferri, principal expoente da escola, por mais que fosse também a favor da neutralização do delinquente, era mais aberto à possibilidade de readaptá-lo ao convívio social.³⁶ E, por fim, Cesare Lombroso, o pai da corrente positivista, via na pena como uma forma de combater a doença patológica do crime, sendo favorável a penas de morte e perpétua.

Desta maneira, atesta-se mais dois fatos primordiais para a justificação deste capítulo inicial: Por mais que a escola positiva tenha surgido após a escola clássica, ela estava repleta de equívocos (afinal, uma nova vertente não necessariamente será a via correta e adequada)³⁸. E, embora os doutrinadores dessa escola fossem dotados de notório conhecimento, eles compartilhavam da ideia de que o criminoso deveria ser duramente detido. Inclusive, os 3 grandes pensadores eram a favor da neutralização (morte) do agente infrator, em casos não tão excepcionais.

4. O verdadeiro retrocesso.

O verdadeiro indício de retrocesso social é quando o clamor público flerta com regimes autoritários que, no curso da história, não respeitaram o pilar de uma sociedade justa e solidária: a dignidade da pessoa humana. Geralmente os discursos se popularizam na crença de que um Estado Ditador estancará a escalada da criminalidade. Contudo, é inconcebível a propagação dessa filosofia extremista em um Estado Democrático de Direito. Aliás, frisa-se que até na época dos Estados Absolutistas, onde as penas eram terrivelmente cruéis, o crime



continuou presente e frequente na sociedade. Essa narrativa - pró autoritarismo – é carregada de ódio, que se escancara na pregação de um castigo penal sem moderação, apelando para um direito penal que é conivente com a tortura e o excesso punitivista.

4.1 Devido processo legal e sua indispensabilidade.

No Dicionário Jurídico segue-se a seguinte conceituação do devido processo legal ®; É o princípio que assegura a todos o direito a um processo com todas as etapas previstas em lei e todas as garantias constitucionais. Se no processo não forem observadas as regras básicas, ele se tornará nulo. É considerado o mais importante dos princípios constitucionais, pois dele derivam todos os demais. Ele reflete em uma dupla proteção ao sujeito, no âmbito material e formal, de forma que o indivíduo receba instrumentos para atuar com paridade de condições com o Estado-persecutor (Dicionário Jurídico, 2022, online).³⁹

Por isso, é pacífico na doutrina que o devido processo legal é um “SuperPrincípio” que rege todos os outros. Ele resguarda direitos sagrados como a ampla defesa, o contraditório, a presunção de inocência, a boa-fé processual, a imparcialidade do juiz, a paridade entre as partes, o direito ao silêncio, a não autoincriminação e etc.

Mas vale mencionar, de forma sucinta, como se protagonizou esse aclamado princípio. Ele teve origem na Magna Carta das Liberdades de 1215, na Inglaterra, que em seu art. 39 fixou:

Nenhum homem livre será capturado, ou levado prisioneiro, ou privado dos bens, ou exilado, ou de qualquer modo destruído, e nunca usaremos da força contra ele, e nunca mandaremos que outros o façam, salvo em processo legal por seus pares ou de acordo com as leis da terra.⁴⁰



O referido dispositivo influenciou o direito norte-americano, que promoveu as emendas constitucionais V e XIV⁴¹. Assim elas dispõem:

V - Ninguém será detido para responder por crime capital, ou outro crime infamante, salvo por denúncia ou acusação perante um Grande Júri, exceto em se tratando de casos que, em tempo de guerra ou de perigo público, ocorram nas forças de terra ou mar, ou na milícia, durante serviço ativo; ninguém poderá pelo mesmo crime ser duas vezes ameaçado em sua vida ou saúde; nem ser obrigado em qualquer processo criminal a servir de testemunha contra si mesmo; nem ser privado da vida, liberdade, ou bens, sem processo legal; nem a propriedade privada poderá ser expropriada para uso público, sem justa indenização.

XIV - Todas as pessoas nascidas ou naturalizadas nos Estados Unidos e sujeitas a sua jurisdição são cidadãos dos Estados Unidos e do Estado onde tiver residência, Nenhum Estado poderá fazer ou executar leis restringindo os privilégios ou as imunidades dos cidadãos dos Estados Unidos; nem poderá privar qualquer pessoa de sua vida, liberdade, ou bens sem processo legal, ou negar a qualquer pessoa sob sua jurisdição a igual proteção das leis.

Nota-se, portanto, que o devido processo legal assume um viés de garantir proteção aos indivíduos, vedando possíveis arbitrariedades do Estado. Essa garantia foi “importada” para o ordenamento jurídico brasileiro, expresso no art. 5º, inciso LIV, da CFRB/1988, que diz que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal” (BRASIL, 1988, Art. 5º, LIV).

Além da Constituição inglesa, norte-americana e brasileira, a Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH) e a Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH) também receberam o famigerado princípio do devido processo legal:



Artigo X. Todo ser humano tem direito, em plena igualdade, a uma justa e pública audiência por parte de um tribunal independente e imparcial, para decidir sobre seus direitos e deveres ou do fundamento de qualquer acusação criminal contra ele (DUDH).⁴²

Art. 7, inciso 2. Ninguém pode ser privado de sua liberdade física, salvo pelas causas e nas condições previamente fixadas pelas constituições políticas dos Estados Partes ou pelas leis de acordo com elas promulgadas (CADH).⁴³

Porquanto, nota-se a indispensabilidade do devido processo legal. Uma coletividade social minimamente civilizada é adepta a esse princípio que transcende as fronteiras internacionais.

Dito isso, importa dizer que em um Estado Ditatorial, processos penais podem ser conduzidos de forma inquisitorial, sem respeito à ampla defesa e contraditório, com altíssima liberdade para a implantação de provas forjadas. Além disso, o réu não tem o benefício da dúvida (*in dubio pro réu*) e, ainda por cima, pode ser submetido a tortura. Todos esses procedimentos deterioram o devido processo legal, gerando uma assombrosa insegurança jurídica aos cidadãos e inibindo por completo qualquer ideal de justiça em uma comunidade social.

4.2 O horror do Direito Penal do Espetáculo.

No decorrer da história da humanidade, como já dito anteriormente, empregava-se o Direito Penal do Espetáculo. A barbaridade do homem era exteriorizada por meio das execuções públicas. Na tentativa de impor respeito a normas vigentes de um reino, desrespeitava-se a honra, o corpo e a alma dos indivíduos condenados. A aplicação da punição promovia a carnificina. A seguir serão apresentadas algumas penas de morte:



Ling Chi, foi o nome de um método de execução adotado pela China. Tal expressão significa “Morte Lenta”. Como o próprio nome sugere, em um período da história - aplicada pela última vez em 1905 -, criminosos eram condenados no país oriental a ser amarrado em um poste, totalmente nu, e ter a sua carne mutilada enquanto a pessoa estivesse viva. Não à toa, também era chamada de “Morte por mil cortes”, haja vista que a ideia era arrancar pedaços do corpo do homem sem que ele morresse imediatamente, para que sentisse a dor de sua punição. Os olhos eram vazados para massificar o sofrimento. Dessa forma se punia alguém que ofendesse a ordem pública do regime Chinês.⁴⁵

Enforcamento Composto, outra pena capital, amplamente utilizada na Inglaterra no passado. O condenado era arrastado publicamente pelas ruas, enquanto as pessoas lançavam lixos e animais mortos na direção do sentenciado. Ao chegar no local da execução, ele era enforcado com o auxílio de mais de uma pessoa. Desacordado, porém vivo, ele era posto de cabeça para baixo e o carrasco cortava seu abdômen com uma faca. Seu órgãos eram vistos e ele agonizava até a morte.⁴⁶

Roda de Despedaçamento, era também uma outra forma de punir transgressores, na Idade Média. Os condenados eram deitados e amarrados em uma roda. O carrasco, por sua vez, tinha como objetivo quebrar os ossos dos sentenciados. O intuito era moer os ossos, para então conseguir enrolar os membros – já moles - por dentro da roda. A ausência de sangue nos sentenciados despedaçados gerava elogios aos executores. Muitos dos espancados nas rodas morriam dias depois das pancadas, sob intenso sofrimento.

A Fogueira, uma forma de execução usada desde os tempos remotos da humanidade. Contudo, ganhou um maior destaque na Idade Média, quando a Igreja Católica maximizou a perseguição política e religiosa. Naquela época era crime não seguir os parâmetros estabelecidos pelo catolicismo. E, como criminosos, transgressores das leis vigentes, pessoas condenadas eram amarradas em um tronco, banhadas de enxofre e queimadas vivas em praças públicas.⁴⁸



Essas execuções são apenas algumas das diversas que existiram no decorrer dos tempos. E, apesar de parecer que penas assim só aconteceram há séculos atrás, na verdade registra-se que elas também se fizeram presentes no século XX. A Alemanha Nazista, por exemplo, conduziu o holocausto, sentenciando quase 6 milhões de judeus a morte na câmara de gás.

No mais, ainda existem países, em pleno século XXI, como a Arábia Saudita, que prevê legalmente penas de amputação de membros,⁴⁹ sendo um resquício dessas penas desumanas da época sombria do Direito Punitivista.

Tais penas, que procuram intimidar a sociedade por meio do horror homicida, são inadmissíveis, totalmente incompatíveis com o avanço humanístico conquistado (vedação a penas degradantes, cruéis e desumanas). Por isso, propor medidas sangrentas, que irão expor um condenado a uma vergonha pública, e também a uma dor dilacerante, com a finalidade de repreender e prevenir o crime, remontam aos períodos passados de barbaridade penal. Esse direito penal do espetáculo, que adota uma política criminal que pune corporalmente com excesso e tortura, é o verdadeiro retrocesso social que deve ser veementemente reprovado⁵⁰.

CAPÍTULO II – CONSTITUCIONALIDADE DE UM RIGOR PUNITIVO E PRINCÍPIOS NORTEADORES.

1. Estado Democrático de Direito: Companheiro de armas do cidadão.

A partir do século XVI - até meados do século XIX - o modelo de Estado adotado em grande parte do mundo era o Absolutista. Foi um período marcado pelos abusos de monarcas que assumiam um posto social acima do bem e do mal, governando com tirania. Sob o apoio da igreja católica, fundamentava-se doutrinas bíblicas (nitidamente deturpadas) em que o rei era uma figura quase que santa e de autoridade incontestável, de modo que se levantar contra os



anseios do monarca era o mesmo que afrontar Deus. Assim, o poder era centralizado em um indivíduo e, por muitos anos da história, direitos intrínsecos da pessoa humana eram violados sem que houvesse qualquer meio de proteção. Não existiam instituições que freassem os intentos autoritários e abusivos do rei.

Mediante a essa realidade, a qual o rei era o Estado (vide Rei Luís XIV “O Estado sou eu”), surgem pensadores iluministas que teciam fortes críticas ao modelo absolutista, pregando que o Estado deveria ser mais limitado, bem como o homem ter a sua liberdade individual respeitada. Além disso, também levantava a bandeira de que o povo deveria instituir seu governante, sugerindo a substituição da monarquia pela república. E é com base nessa corrente iluminista que o absolutismo perde forças e se constrói um novo modelo de Estado: o Liberal.

Com esse novo regime de governo, direitos civis e políticos são assegurados às pessoas. Por partirem da premissa de que o Estado era mau e tirânico, desenvolveu-se uma forte segurança jurídica para limitá-lo, de maneira que ele não deveria interferir na vida privada dos cidadãos. Além disso, a participação popular nas eleições políticas foi viabilizada.

Ocorre que, com o passar dos anos, percebeu-se que a máxima da liberdade individual, que tinha como regra sagrada a não intervenção estatal, contribuiu para a manutenção do status quo burguês, elevando em altíssimo grau a desigualdade social, resultando em um aumento considerável da fome, criminalidade e doenças. Nesse sentido, aduz José de Oliveira Baracho Júnior (2000, pg. 67):

o paradigma liberal foi superado em razão de sua incapacidade de ver o caráter público da própria dimensão privada, pela redução que empreende do privado à esfera do egoísmo, da propriedade privada absoluta, e, conseqüentemente, por fazer do âmbito formal um fim em si mesmo, uma proteção velada do status quo burguês, uma mera defesa da propriedade privada e dos interesses dos grandes capitalistas, por desconsiderar, assim, as formas de



vida concretas, e, em suma, por seu apego incondicional ao indivíduo isolado e egoísta.

Em razão disso, cedeu-se espaço para o surgimento de um novo regime de governo: o Social.

A lógica governamental de não intervenção na autonomia privada foi desconsiderada pelo Estado Social, sob fundamentação de que era necessário, em prol de uma igualdade social material, tornar público o que era privado, maximizando o poder estatal e atrofiando setores privados. Apesar de inicialmente ter promovido ações sociais importantes, a infinidade de demandas e o autoritarismo estatal adotado fez ruir esse modelo. Nessa mesma vertente que Oriana Piske de A. Barbosa e Antônio Benites Saracho (2018, online)⁵¹:

O paradigma social passa a entrar em crise por não conseguir atender a toda sorte de demandas sociais, caminhando para o endividamento público, gerando grave crise de déficit de cidadania e de democracia. O paradigma social propôs a cidadania. Contudo, gerou tudo menos cidadania.

Destarte, resta claro que tanto o Estado Liberal quanto o Social falharam ao não observarem a necessidade de se respeitar direitos essenciais que deveriam se complementar para o desenvolvimento de uma sociedade livre e justa. Outrossim, ao passo que o primeiro deu ênfase somente às ações negativas, o segundo se concentrou em apenas promover ações afirmativas. Deste modo, isolaram direitos fundamentais, culminando na queda de ambos os sistemas e abrindo espaço para a consolidação do Estado Democrático de Direito.

No tocante a esse modelo de Estado, cabe ponderar o que Paulo Antônio dos Santos (2020, online)⁵² diz:

Assim Lênio Luiz Streck e Ingo Wolfgang Sarlet afirmam que, se o Estado atual é Democrático de Direito, ele é necessariamente “amigo” dos direitos fundamentais, não havendo porque prevalecer a concepção liberalista clássica segundo o Estado é necessariamente mau e opressor. Advertem que os grandes



atores econômicos vêm se agigantando, tentando desvencilhar-se das amarras do poder estatal, deixando o cidadão vulnerável. No mesmo sentido, Winfried Hassemer (apud SARLET) afirma que o Estado agora é “companheiro de armas” do cidadão, tendo a missão de protegê-los dos perigos e dos grandes problemas da época.

Nesse diapasão, constata-se que é um modelo de Estado que não só busca efetivar direitos, como também protegê-los, se posicionando ao lado dos cidadãos, trabalhando na harmonização de direitos fundamentais conflituosos – como por exemplo, liberdade individual versus livre iniciativa privada.

Adentrando na seara penal, observa-se que, ao mesmo tempo em que o Estado se coloca à disposição da vítima, mobilizando suas instituições para a busca da justiça pelo direito ofendido, no regime democrático também há espaço para que o ofensor receba a devida assistência judiciária e tenha a sua dignidade humana respeitada no curso do processo e aplicação da pena. Esse é o garantismo binocular, que contempla o interesse de ambos os lados.

Porém, é de se frisar que Luigi Ferrajoli, um dos maiores expoentes do garantismo, pontua que o garantismo penal monocular hiperbólico, chamado também de garantismo negativo, apenas se preocupa em proteger os direitos dos indivíduos que são processados ou condenados, sem se atentar que a Constituição também anela pela defesa dos cidadãos vitimados (FERRAJOLI, 2014).⁵³ Tal entendimento “pró agressor”, adotado por operadores do direito, gera nas vítimas a sensação de que seu bem ofendido não foi devidamente considerado no curso da persecução penal, bem como na execução da pena. É seguindo esse raciocínio que o Procurador Regional da República Douglas Fischer aduz:

tem havido uma disseminação de uma ideia apenas parcial dos ideais garantista (daí nos referirmos a um garantismo hiperbólico monocular) é porque muitas vezes não se tem notado que não estão em voga (reclamando a devida e necessária proteção) exclusivamente os direitos fundamentais, sobretudo os



individuais. Se compreendidos sistemicamente e contextualizados à realidade vigente, há se ver que os pilares do garantismo não demandam a aplicação de suas premissas unicamente como forma de afastar os excessos injustificados do Estado à luz da Constituição (proteção do mais fraco). Quer-se dizer que não se deve invocar a aplicação exclusiva do que se tem chamado de garantismo negativo. (...) O dever de garantir a segurança não está em apenas evitar condutas criminosas que atinjam direitos fundamentais de terceiros, mas também (segundo pensamos) na devida apuração (com respeito aos direitos dos investigados ou processados) do ato ilícito e, em sendo o caso, na punição do responsável (FISCHER, 2009, online).⁵⁴

Nessa senda, cabe ponderar que na CFRB/88 há muitos mandados de criminalização. Tais criminalizações expressam que o constituinte originário impôs ao Estado Democrático Brasileiro o dever de proteger e valorizar determinados bens da pessoa humana. De modo que fica claro que o Poder Público do país deve se mobilizar para blindar direitos tidos por fundamentais. Aliás, não apenas proteger esses direitos, como penalizar os indivíduos que transgredirem contra eles, não suportando a ideia de que apenas o acusado será revestido pelo cuidado constitucional.

Dito isso, será abordado a seguir alguns princípios e mandamentos constitucionais que servem de fundamentação para quem defende punições rigorosas.

2. O princípio da proporcionalidade invertido: Valorização do bem jurídico ofendido.

O princípio da proporcionalidade foi sistematicamente aplicado na Alemanha, após a segunda guerra mundial. O Supremo Tribunal Federal Alemão, para afastar as intervenções de um Estado arbitrário, e garantir os direitos fundamentais, tornou-se protagonista na aplicação do referido princípio, utilizando-o para julgar



queixas constitucionais. Vale mencionar que a proporcionalidade não está explicitamente contida na Lei Maior da Alemanha, contudo - segundo a Suprema Corte Alemã - pode-se presumir a existência de tal princípio com base na própria essência de um Estado de Direito.

Devido a esse protagonismo no assunto, a doutrina alemã desenvolveu os três requisitos intimamente atrelados ao princípio da proporcionalidade. Os quais são: Adequação; Necessidade; e Proporcionalidade em Sentido Estrito. Conforme ensina Diego da Silva Ramos (2011, Online)⁵⁵, a Adequação “traz uma regra de compatibilidade entre o fim pretendido pela Administração Pública e os meios utilizados por ela para atingir seus objetivos”. Já o segundo requisito “versa sobre a escolha de medida restritiva de direitos indispensável à preservação do próprio direito por ela restringido ou a outro em igual ou superior patamar de importância”. Enquanto que o último, segundo o autor, “traz um real sistema de valoração, na medida em que, ao se garantir um direito, muitas vezes é preciso restringir-se outro”.

No Brasil, o princípio da proporcionalidade também consiste em princípio implícito na Constituição de 1988. No entanto, no plano infraconstitucional, ele está expressamente homenageado, conforme se verifica no art. 2º da lei de nº 9.784/1999. O referido dispositivo normativo determina o seguinte:

A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência. (BRASIL, 1999, Online)⁵⁶.

A respeito do tema, Luís Roberto Barroso (2010, pg. 255), atual Ministro do STF, aduz:

O princípio da razoabilidade ou da proporcionalidade, no Brasil, tal como desenvolvido por parte da doutrina e, também, pela jurisprudência, inclusive do Supremo Tribunal Federal, é o produto da conjugação de ideias vindas de dois sistemas diversos: (i) da doutrina do devido processo legal substantivo do direito



norte-americano, onde a matéria foi primeiramente tratada; e (ii) do princípio da proporcionalidade do direito alemão.

Além disso, no acórdão proferido na ADI-MC n 1.407/DF, cujo relator fora o Ministro Celso de Mello, firmou-se o entendimento de que:

O princípio da proporcionalidade – que extrai a sua justificação dogmática de diversas cláusulas constitucionais, notadamente aquela que veicula a garantia do substantive due process of law – acha-se vocacionado a inibir e a neutralizar os abusos do poder público no exercício de suas funções, qualificando-se como parâmetro de aferição da própria constitucionalidade material dos atos estatais. A norma estatal, que não veicula qualquer conteúdo de irrazoabilidade, presta obséquio ao postulado da proporcionalidade, ajustando-se à cláusula que consagra, em sua dimensão material, o princípio do substantive due process of law (art. 5º, LIV). Essa cláusula tutelar, ao inibir os efeitos prejudiciais decorrentes do abuso de poder legislativo, enfatiza a noção de que a prerrogativa de legislar outorgada ao Estado constitui atribuição jurídica essencialmente limitada, ainda que o momento de abstrata instauração normativa possa repousar em juízo meramente político ou discricionário do legislador. (BRASIL,2000, p. 86).

Assim, pode-se dizer que essa ideia principiológica de proporcionalidade é, de fato, implicitamente consagrada na Constituição Federal Brasileira, sendo um princípio consolidado pela lógica do sistema de direitos fundamentais e do Estado Democrático. No mais, conforme a decisão acima da Suprema Corte, tal elemento norteador do direito pátrio encontra amparo no devido processo legal substantivo.

2.1 Proibição de Excesso.

O princípio da proporcionalidade foi essencial para a vedação de penas cruéis e degradantes. Em razão disso, o Estado Brasileiro é regulado por ele, tanto na



elaboração das leis, quanto na aplicação de sentenças. Por isso, o Poder Público pode ser alvo de ações penais que visam condenar o excesso cometido pelos seus órgãos estatais, resultando em punições para os seus agentes e indenização às vítimas do fato ilícito. Isso porque há a proibição de excesso, fundamentada nessa ideia principiológica de proporcionalidade. Assim, pode-se dizer que é um princípio que limita a atuação punitiva das instituições públicas no intuito de resguardar direitos atrelados à dignidade da pessoa humana. A razão de ser desse princípio, inclusive, já fora mencionada e justificada no capítulo anterior. Portanto, não há no que muito se desdobrar a respeito da proibição de excesso, tão enfatizada no âmbito acadêmico e jurídico.

2.2 Proibição de Proteção Insuficiente.

Todavia, o referido princípio não possui apenas essa faceta exposta acima. Já é um consenso doutrinário o pressuposto de que dele decorre também a proibição da proteção penal insuficiente. Isso é, o direito penal precisa proteger efetivamente o direito tutelado, transmitindo na pena o quanto o bem jurídico vale para a sociedade em geral.

José Canotilho (2003, p. 273), ao tecer comentários sobre a proibição de excesso, apresenta justamente este outro lado da proporcionalidade, chamado também de “proibição por defeito”. Nesse diapasão, há um defeito de proteção quando o Poder Público não adere medidas suficientes para promover uma proteção adequada dos direitos fundamentais.

Seguindo esta mesma linha, Rogério Sanches Cunha (2014, pg. 98) frisa que “para que a sanção penal cumpra a sua função, deve-se ajustar à relevância do bem jurídico tutelado”.

A relevância do princípio da proporcionalidade impulsionou Gilmar Mendes (2012, Online)⁵⁷, Ministro do Supremo Tribunal Federal, a dizer, no julgamento do Habeas Corpus nº 140.410, que “os direitos fundamentais não podem ser



considerados apenas como proibições de intervenção (Eingriffsverbote), expressando também um postulado de proteção (Schutzgebote).

"Assim, fica claro que os direitos fundamentais (o direito à vida, à liberdade, ao patrimônio e etc) precisam ser revestidos de proteção penal suficiente, se baseando no princípio da proporcionalidade invertida – proibição de proteção insuficiente -, sob pena de afrontar o princípio da dignidade da pessoa humana, um dos fundamentos constitucionais que rege todo o ordenamento jurídico nacional. Deste modo, o Estado Democrático de Direito, por meio de suas instituições, precisa efetivamente punir qualquer um que atentar contra tais direitos que estão diretamente intrínsecos aos Direitos Humanos.

Tal preocupação constitucional em proteger direitos mais sensíveis materializa-se nos diversos mandados de criminalização contidos na carta magna. Inclusive, a CF/88 dispõe que "A lei punirá severamente o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente." (BRASIL, 2010, art. 227, § 4º). Esse dispositivo constitucional serviu de base para a implementação da Lei nº14.344/22 - popularmente conhecida por Lei Henry Borel -, que foi um enrijecimento legislativo-penal que se deu após o menino Henry, de apenas 4 anos, morrer de hemorragia interna, provocada em decorrência de constantes agressões feitas pelo seu padrasto. O enredo do crime chocou o país pois além da crueldade cometida, sob conveniência da mãe, o assassino era médico e vereador da cidade do Rio de Janeiro.⁵⁸ De modo que, após o crime, houve uma maior reflexão social a respeito do tema de violência contra crianças e adolescentes, provocando um reexame legislativo do texto constitucional, gerando um rigor penal maior contra esse tipo de delito.⁵⁹

Infere-se, através desse fato, que tanto o constituinte originário quanto o legislador ordinário tiveram por certo que direitos da criança e do adolescente são axiologicamente mais preciosos para uma sociedade justa e solidária, que se pauta em valores democráticos, tornando necessário transmitir na pena o valor desse direito resguardado pela Carta Política brasileira.



3. Princípio da Isonomia/Igualdade

O princípio da Isonomia, entendido por alguns doutrinadores como uma ramificação do princípio da Igualdade, é composto pela igualdade formal e material.

A igualdade formal impede que haja leis desiguais que privilegiem ou prejudiquem setores sociais, vedando a promoção da desigualdade social por meios normativos e institucionais (CAROLINA DIAS, 2017)⁶⁰. Um exemplo prático seria o Legislativo positivar um sistema penal mais brando para quem é rico e, ao mesmo tempo, prever penas mais severas para quem é pobre. Ou o Judiciário condenar um homem acima do mínimo legal, fundamentando a sua decisão em uma dosimetria específica para quem é negro.. Ou, ainda, o Executivo emitir um decreto impedindo que o brasileiro naturalizado vote nas eleições.

Em contrapartida, a igualdade material busca permitir a adoção de procedimentos diferenciados para quem se encontra em uma condição peculiar, possibilitando a aplicação de dispositivos legais diferentes, que visam uma adequação mais apropriada na perseguição do bem estar comum (CAROLINA DIAS, 2017). Por exemplo, a Lei 12.711/2012 regula o sistema de cotas para a entrada em universidades federais. Sua aplicação busca favorecer os mais desfavorecidos socialmente, permitindo a adoção de critérios diferenciados para o ingresso nas instituições federais. Outro exemplo, é o caso de pessoas que não dispõem de recursos financeiros para pagar os custos processuais de uma demanda judicial. Nesses casos, existe um mandamento constitucional que assegura o direito de acesso à justiça, determinando que “o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos” (BRASIL, 1988, Art. 5º, LXXIV).

Percebe-se, portanto, que o Poder Constituinte Originário abordou essa sistemática, introduzindo o Princípio da Isonomia tanto no sentido formal quanto no espectro material. A seguir dois textos que introduz o referido princípio:



“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...” (BRASIL, 1988, Art. 5º, CAPUT)

(...)

“XLIII - a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem;” (BRASIL, 1988, Art. 5º, XLIII).

Os dois textos supramencionados ilustram o princípio da isonomia. Tanto no tratamento formal (“todos são iguais perante a lei”) quanto no sentido material (“crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia”).

O caput do art. 5º da CF/88 resguarda a segurança jurídica ao fixar que a lei não terá preferências e nem inimigos. Ao passo que no inciso XLIII adota-se uma postura mais rigorosa, com base no princípio da igualdade material, ao declarar que determinados crimes não desfrutarão de benefícios que outros tipos penais são alcançados.⁶¹

Nessa senda, o legislativo recebeu discricionariedade para cominar leis mais severas quando tratar-se dos referidos delitos mencionados. De modo que há possibilidade de enrijecer a punição dos crimes que envolverem terrorismo, tráfico ilícito de drogas, tortura e crimes hediondos. Não à toa, cada um desses tipos penais receberam uma legislação especial, formulando consequências penais mais rigorosas.

4. Princípio da Individualização da Pena



Sobre o Princípio da Individualização da Pena, convém destacar as palavras de Marina Perini Antunes e Josué Justino do Rio que escreveram:

Com a finalidade de contrapor a tirania medieval, no plano do Direito Constitucional, o princípio da individualização da pena foi objeto de regramento próprio, sendo erigido inclusive a princípio constitucional.

(...)

Formulado a partir de 1946, este prôemio estabeleceu que cada sanção aplicada deveria sempre levar em conta o sujeito ativo do crime, em todos os seus aspectos, seja antes, durante ou depois da prática criminosa. (MARINA PERRI e JOSUÉ JUSTINO, s.d, online)⁶²

Na Constituição brasileira de 1988, no artigo 5º, inciso XLVI, o princípio da individualização da pena é consagrado como direito fundamental, especificando que a lei regulará a individualização da pena. “A finalidade e importância do princípio da individualização da pena, em um primeiro momento, é a fuga da padronização da pena mecânica ou carimbada na aplicação da sanção penal” (MARINA PERRI e JOSUÉ JUSTINO, s.d, online). Assim, o referido princípio deve ser valorizado juridicamente para obstar a aplicação de uma reprimenda pré-estabelecida, e por consequência, injusta.

Como anteriormente mencionada, cabe transcrever a norma constitucional que consagra expressamente o princípio da individualização da pena. Assim diz o texto constitucional:

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; (BRASIL, 1988, Art.5º, XLVI)

A individualização da pena, conforme preceitua Rogério Taffarelo (2021, online): ocorre em três fases – legislativa, judicial e executória – todas muito importantes do ponto de vista da proteção aos Direitos Humanos, pois visam a garantir segurança jurídica e proporcionalidade das punições, fazendo justiça e evitando excessos arbitrários.

Na primeira, o legislador fixa quanto tempo e como cada delito será penalizado, conforme o ato infracional e o direito que prejudicou. Na segunda, o magistrado, respaldado na legislação em vigor, observará em cada caso concreto as circunstâncias da conduta delituosa, bem como os motivos, antecedentes e grau de culpa do agente, além do comportamento da vítima. Ainda, verificará a presença de circunstâncias agravantes ou atenuantes, ou causas de aumento ou diminuição de pena, todas previstas no Código Penal, para, assim, sentenciar a pena dentro dos parâmetros determinados pela lei. Por fim, na terceira fase, a condenação é concretizada na execução penal.

Destarte, evidencia-se que o principal objetivo dessa particularização da pena ao indivíduo – adotando-se previamente critérios legais, para a adequação da punição - é resguardar a segurança jurídica, de modo que não haja margem para a penalidade excessiva. É nesse sentido que aduz Antônio Sérgio Cordeiro Piedade (2020, online)⁶⁴ :

O princípio da individualização da pena foi incorporado pelo constituinte ao nosso ordenamento jurídico, por ocasião da elaboração da Constituição Federal de 1988. O que dá vida e concretude ao referido princípio, no tocante à individualização judicial, ou seja, na fixação da pena-base, são as circunstâncias judiciais dos art. 59 do Código Penal e o critério trifásico do art. 68 do Código Penal, que são regras, as quais têm por escopo dar segurança jurídica ao sistema.



Conforme o supracitado, os artigos 59 e 68 do Código Penal regulam as circunstâncias que orientarão a individualização penal. Vejamos o que cada um versa:

Art. 59 - O juiz, 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, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime:

- I - as penas aplicáveis dentre as cominadas;
- II - a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos;
- III - o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade;
- IV - a substituição da pena privativa da liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível; (BRASIL, 1984)

Art. 68 - A pena-base será fixada atendendo-se ao critério do art. 59 deste Código; em seguida serão consideradas as circunstâncias atenuantes e agravantes; por último, as causas de diminuição e de aumento. (BRASIL, 1984)

Desta forma, conseqüentemente, garantem aos cidadãos que a conduta será reprimida observando esses critérios estabelecidos no ordenamento jurídico. Ocorre, porém, que a individualização da pena não é necessariamente um benefício ao suspeito, haja vista que se ele se enquadrar em circunstâncias desfavoráveis como “maus antecedentes”, “reincidência”, “personalidade agressiva” e etc, isso influenciará o magistrado a tomar uma medida punitiva mais severa. Por isso também associa-se à proporcionalidade com esse princípio, tendo em vista que a adequação da pena observa não só as circunstâncias, como também a conduta habitual do agente e o delito cometido, estabelecendo uma sentença corretiva que corresponda a realidade dos fatos e a reafirmação do valor do bem jurídico ofendido pelo transgressor.



Nesse ínterim, se um agente infrator pratica um tipo penal repugnante perante a sociedade, a adequação da pena, por meio do princípio da individualização, não deixará de observar a gravidade da conduta ilícita e, por isso, imporá ao juiz que a pena seja proporcionalmente severa, se adaptando aos critérios subjetivos e objetivos que o autor criminoso se encontrava no cometimento da ação.

Por todo o exposto neste capítulo, percebe-se subsídios doutrinários que solidificam o posicionamento de que a Norma Superior estabelece princípios sagrados que servem para nortear políticas criminais. Nessa lógica jurídico-filosófica apresentada, o Estado Democrático de Direito é conivente com normas severas, pois elas buscam reafirmar valores inegociáveis que norteiam a busca pelo bem estar comum. Ademais, do mesmo modo que princípios do devido processo legal, em sentido amplo, garantem ao ofensor uma gama de direitos que o livra de eventuais excessos e arbítrios por parte do Estado-Juiz, a Constituição Federal de 1988 consolidou mandamentos que coagem os Poderes a agirem em prol dos direitos fundamentais, tanto no sentido preventivo quanto no aspecto repressivo, sendo companheiro de armas do cidadão.

CAPÍTULO III – JULGAMENTO DO HABEAS CORPUS Nº 82.959-7/SP.

1. Breve síntese dos fatos discutidos no HC nº 82.959-7/SP.

Primeiramente, antes de abordar a respeito da declaração de inconstitucionalidade do cumprimento integral da pena em regime fechado, foco desse capítulo, faz-se necessário uma breve síntese do que fora discutido neste julgado. Afinal, a discussão jurídica proposta no remédio constitucional perpetrado também envolveu outras matérias de direito penal.



É de se surpreender que o Princípio da Individualização da Pena seja visto, por alguns juristas, apenas como um direito fundamental do infrator, sem levar em conta que ele gera também, ao mesmo tempo, prejuízos a quem se enquadra a critérios que demandam uma maior rigidez na hora de aplicar a penalidade. Ainda que sirva de impedimento para o arbítrio judicial, bem como seus excessos, é um instituto constitucional que impõe uma pena que seja compatível com o delito e o agente, legitimando assim um regramento mais severo para quem já cometeu crimes ou protagonizou crimes hediondos. Além disso, um psicopata que seja agressivo, e devidamente constatado sua personalidade perigosa, deverá ser necessariamente submetido a internação compulsória. Ora, uma alternativa que é até pior do que quem é condenado à prisão privativa de liberdade, pois ele poderá ficar detido no hospital de custódia a vida inteira, tendo em vista que sua internação será renovada quantas vezes for necessária, após exames específicos, fadando a pessoa a uma sanção penal que poderá ser perpétua, haja vista a condição particular do infrator.

O caso sob apreciação foi um estupro de vulnerável cometido por um homem que pertencia a um segmento religioso. O agressor era pastor da igreja evangélica quadrangular. Segundo investigações apontaram, ele valeu-se da confiança dos responsáveis das vítimas, membros da igreja. Os pais permitiam que ele levasse para passear três menores de idade. Nessas ocasiões ocorriam os abusos sexuais contra as crianças. O réu, na condição de paciente do habeas corpus, por meio de sua defesa, sustentou que o fato típico praticado deveria ser enquadrado em ato obsceno, ao invés de atentado violento ao pudor; que a violência presumida contra menor de 14 anos não era suficiente para que o atentado violento ao pudor fosse tido por hediondo; alegou também uma suposta falta de fundamentação pelo STJ ao julgar o caso; pediu pelo impedimento de aumento 1/6, por não ter se tratado de um crime continuado; e, por fim, pontuou uma suposta incoerência legislativa de permitir a progressão de regime para os crimes de tortura, mas não se estender esse direito para os demais



delitos tidos por hediondos pela lei de nº 8.072/90, fundamentando que a impossibilidade de progressão de regime ofendia o princípio constitucional da individualização da pena.

Do que fora pleiteado perante à Suprema Corte, somente o direito à progressão de regime foi deferido, declarando a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º, da lei de nº 8.072/90.

2. Fundamentação dos votos favoráveis à inconstitucionalidade da norma.

2.1 Voto do Ministro Marco Aurélio (BRASIL, 2006, p. 516 e 517):

Dizer-se que o regime de progressão no cumprimento da pena não está compreendido no grande todo que é a individualização preconizada e garantida constitucionalmente é olvidar o instituto, relegando a plano secundário a justificativa socialmente aceitável que o recomendou ao legislador de 1984.

Dizer-se que o regime de progressão no cumprimento da pena não está compreendido no grande todo que é a individualização preconizada e garantida constitucionalmente é olvidar o instituto, relegando a plano secundário a justificativa socialmente aceitável que o recomendou ao legislador de 1984. É fechar os olhos ao preceito que o junte a condições pessoais do próprio réu, dentre as quais exsurtem o grau de culpabilidade, os antecedentes, a conduta social, à personalidade, alfim, os próprios fatores subjetivos que desaguarão na prática delituosa. Em duas passagens, o Código Penal vincula a fixação do regime às circunstâncias judiciais previstas no artigo 59 fazendo-o no

§ 3º do art e no inciso II do próprio artigo 59. Todavia, ao que tudo indica, receu-se, quando da edição da Lei nº 8.072/90, que poderia



faltar aos integrantes do aparelho judiciário, aos juízes, aos tribunais, o zelo indispensável à definição do regime e sua progressividade e, aí, alijou-se do crivo mais abalizado que pode haver tal procedimento.

Assentar-se, a esta altura, que a definição do regime e modificações posteriores não estão compreendidas na individualização da pena é passo demasiadamente largo, implicando restringir garantia constitucional em detrimento de todo um sistema e, o que é pior, a transgressão a princípios tão caros em um Estado Democrático como são os da igualdade de todos perante a lei, o da dignidade da pessoa humana e o da atuação do Estado sempre voltada ao bem comum.

Inicialmente, o excelentíssimo Ministro Marco Aurélio relembrou em seu voto a sua argumentação na decisão do Habeas Corpus de nº 69.657-1/SP. Ele fez questão de rememorar suas palavras para reafirmar que fixar um regime único torna todas as demais circunstâncias da individualização da pena irrelevantes. Haja vista que, se o regime adotado já está fixado, para que então analisar e enquadrar a pena ao indivíduo?! Segundo ele, o instituto constitucional da individualização é afetado pela norma que determina o regime integralmente fechado.

Vale acentuar que o legislador constitucional, ao estabelecer, no inc. XLIII, do art. 5 da Constituição Federal, restrições, de caráter penal e processual penal, aos delitos ali mencionados, deu-lhes um tratamento rigorosamente uniforme, equiparando-os em sua danosidade social. A própria Lei 8.072/90, mesmo estabelecendo restrição ao nível da execução penal, não prevista no texto constitucional, teve a preocupação de não criar distinções entre as hipóteses constitucionalmente iguais. Agora, no entanto, há uma separação bem nítida. De um lado, os crimes hediondos, o terrorismo e o tráfico ilícito de entorpecentes não autorizam o sistema progressivo na execução da pena; de outro, o delito de tortura consagra o referido regime prisional. Essa mudança de perspectiva mostra-se muito mais profunda do que possa, à primeira vista, parecer na medida



em que se torna, para efeito de buscar-se a uniformidade de tratamento estabelecida na Constituição Federal, ponto de referência para a ampliação da regra contida na Lei 9.455/97. O ordenamento penal constitui um sistema racional de normas e, como tal, não suporta contradições internas. Não há razão lógica que justifique a aplicação do sistema progressivo aos condenados por tortura e que, ao mesmo tempo, se negue igual sistema aos condenados por crimes hediondos. Nem sob o ponto de vista do princípio da lesividade, nem sob o ângulo político-criminal, há possibilidade de considerar-se a tortura um fato delituoso menos grave do que os crimes hediondos ou o tráfico ilícito de entorpecentes. A extensão da regra do § 7º, do art. 1º da Lei 9.455/97, para todos os delitos referidos na Lei 8.072/90, equaliza hipóteses fáticas que estão constitucionalmente equiparadas e restabelece, em sua inteireza, a racionalidade e a sistematização do ordenamento penal. Além disso, representa uma tomada de posição do legislador ordinário em sintonia fina com o texto constitucional (Revista Brasileira de Ciências Criminais nº 19, página 69) (APUD MARCO AURÉLIO, BRASIL, 2006, p. 521).

Além disso, como se vê acima, transcreveu a doutrina apregoada por Alberto Silva Franco, de que a Lei de Tortura derogou a determinação da integralidade do regime fechado, ao admitir a possibilidade de progressão para os crimes de tortura. Segundo ele, o Constituinte Originário colocou os crimes hediondos no mesmo patamar de gravidade que a tortura e, por isso, se o legislador abriu a hipótese para progressão de regime para um, deve-se estender para os outros delitos.

2.2 Voto do Ministro Carlos Britto (BRASIL, 2006, p. 536):

No tocante, porém, à inconstitucionalidade do § 1º do art. 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.

Como mencionado acima, o Exmo Ministro Carlos Britto afirmou que o regime integralmente fechado é tão hediondo quanto um crime hediondo. O Estado, ao adotar esse tratamento, está seguindo a lógica retrógrada da Lei de Talião "Olho por Olho".

Além disso, disse o seguinte:

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 (BRASIL, 2006, p. 537).

Ou seja, se embasou em uma linha filosófica de Norberto Bobbio chamada de "sanção premial", propagando a ideia de que o Direito deve cada vez mais se utilizar de técnicas que estimulem o bom comportamento por meio de promessas de recompensas, indo na contramão do Direito Punitivo que coage o indivíduo a seguir um padrão aceitável socialmente.

2.3 Voto do Ministro Cezar Peluso (BRASIL, 2006, p. 553 e 554):

É, pois, norma constitucional que a pena deve ser individualizada, ainda que nos limites da lei, e que sua execução em estabelecimento



prisional deve ser individualizada, quando menos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado.

Evidente, assim, que, perante a Constituição, o princípio da individualização da pena compreende: a) proporcionalidade entre o crime praticado e a sanção abstratamente cominada no preceito secundário da norma penal; b) individualização da pena aplicada em conformidade com o ato singular praticado por agente em concreto (dosimetria da pena); c) individualização da sua execução, segundo a dignidade humana (art. 1º, III), o comportamento do condenado no cumprimento da pena (no cárcere ou fora dele, no caso das demais penas que não a privativa de liberdade) e à vista do delito cometido (art. 5º, XLVIII).

Logo, tendo predicamento constitucional o princípio da individualização da pena (em abstrato, em concreto e em sua execução), exceção somente poderia ser aberta por norma de igual hierarquia nomológica.

Conforme transcrito acima, o Ilmo. Magistrado sustentou que como é a Constituição que fixa o princípio constitucional da Individualização da Pena, deveria portanto ser este instituto mitigado por lei igualmente hierárquica, e não infraconstitucionalmente.

Inclusive, se amparou no que Alberto Silva Franco ensinou a respeito das três finalidades da progressão de pena, argumentando que ela deve objetivar diminuir o tónus da pena, incentivar a boa conduta e provocar a reforma moral do condenado, preparando-o para o retorno à sociedade. O Exmo Ministro Cezar Peluso (BRASIL, 2006, p. 556 e 557) escreveu:

Ademais, conforme acentuado por ALBERTO SILVA FRANCO, "o sistema progressivo é, em verdade, o precipitado lógico, a decorrência natural, o resultado prático de alguns princípios constitucionais inseridos na Constituição Federal. É o ponto de interseção em que se conectam os princípios da legalidade, da individualização e da humanidade da pena. "O princípio da individualização da



pena", prossegue, "garante, em resumo, uma pena particularizada, pessoal, distinta e, portanto, inextensível a outro cidadão, em situação tática igual ou assemelhada." Pondera: "mais importante do que a sentença em si é o seu cumprimento, porque é na execução que a pena, cominada em abstrato pelo legislador e ajustada pelo juiz à situação singular, encontra o seu momento de maior concreção. É aí que o processo de individualização chega à sua derradeira etapa: a da pena real que adere, de modo definitivo, à pessoa do condenado."

Ensina, ainda, que os objetivos do sistema progressivo de execução da pena - parte essencial da individualização da mesma - tem triplo objetivo: "a) a diminuição gradativa do tónus da pena; b) o estímulo à boa conduta, e c) a obtenção paulatina da reforma moral do recluso e sua conseqüente preparação para a vida em liberdade.

Ademais, apelou para a "humanidade das penas", dizendo que a abolição do regime progressivo é uma resposta estatal que só visa retribuir o mal causado, gerando uma pena de intensidade igual ou superior a agressão cometida, sendo uma medida de política criminal que contraria a ética da execução penal, conforme transcrito a seguir:

Deveras, a aniquilação do sistema progressivo conflita com o princípio da humanidade da pena (art. 5º, III, XLVII e LXIX, da CF), transformando-lhe a finalidade "numa resposta estatal que paga o mal causado com um mal, de igual ou superior intensidade, dela eliminando não apenas qualquer intento ressocializador (que pode ter expressão até na tentativa de evitar um processo dessocializador), mas também o mínimo ético que é exigível na execução da pena. (BRASIL, 2006, p. 557).

Por fim, parafraseou a frase de Luiz Vicente Cernicchiaro, 2003, p.261: "Só se aprende em vier em sociedade vivendo na sociedade" (APUD CEZAR PELUSO, BRASIL, 2006, p. 560).



2.4 Voto do Ministro Gilmar Mendes (BRASIL, 2006, p. 591):

Em verdade, estou convencido de que a fórmula aberta parece indicar, tal como em relação aos demais comandos constitucionais que remetem a uma intervenção legislativa, que o princípio da individualização da pena fundamenta um direito subjetivo, que se não se restringe à simples fixação da pena in abstracto, mas que se revela abrangente da própria forma de individualização (progressão).

Em outros termos, a fórmula utilizada pelo constituinte assegura um direito fundamental à individualização da pena. A referência à lei - princípio da reserva legal - explicita tão somente, que esse direito está submetido a uma restrição legal e que o legislador poderá fazer as distinções e qualificações, tendo em vista as múltiplas peculiaridades que dimanam da situação a reclamar regulação.

É evidente, porém, que, como todos sabem, que a reserva legal também está submetida a limites. Do contrário, ter-se-ia a possibilidade de nulificação do direito fundamental submetido à reserva legal por simples decisão legislativa. Este é o cerne da questão. Se se está diante de um direito fundamental à individualização da pena e não de uma mera orientação geral ao legislador - até porque para isso despendida seria a inclusão do dispositivo no elenco dos direitos fundamentais - então há que se cogitar do limite à ação do legislador na espécie.

Em outras palavras, é de se indagar se o legislador poderia, tendo em vista a natureza do delito, prescrever, como o fez na espécie, que a pena privativa de liberdade seria cumprida integralmente em regime fechado, isto é, se na autorização para intervenção no âmbito de proteção desse direito está implícita a possibilidade de eliminar qualquer progressividade na execução da pena.

Em seu extenso voto, o Exmo Juiz Gilmar Mendes (BRASIL, 2006, p. 594) iniciou sua argumentação dizendo sobre o conflito um suposto conflito que há entre a reserva legal e o suposto direito fundamental:



De ressaltar, porém, que, enquanto princípio expressamente consagrado na Constituição ou enquanto postulado constitucional imanente, o princípio da proteção do núcleo essencial destina-se a evitar o esvaziamento do conteúdo do direito fundamental decorrente de restrições descabidas, desmesuradas ou desproporcionais.

Como se vê acima, também dissertou acerca do núcleo essencial do direito fundamental, dizendo que ele deve ser protegido, de modo que qualquer tentativa legislativa de esgotar esse direito precisa ser declarada uma postura nociva à ordem do Estado Democrático de Direito. Isto porque, segundo o magistrado, não é admissível que um direito tão precioso seja esvaziado em razão de medidas desmesuradas.

Não obstante a isso, ressaltou o seguinte (BRASIL, 2006, p. 595 a 597):

No âmbito da controvérsia sobre o núcleo essencial suscitam-se indagações expressas em dois modelos básicos:

Os adeptos da chamada teoria absoluta ("absolute Theorie") entendem o núcleo essencial dos direitos fundamentais (Wesensgehalt) como unidade substancial autônoma (substantieller Wesenskern) que, independentemente de qualquer situação concreta, estaria a salvo de eventual decisão legislativa. Essa concepção adota uma interpretação material, segundo a qual existe um espaço interior livre de qualquer intervenção estatal. Em outras palavras, haveria um espaço que seria suscetível de limitação por parte do legislador; outro seria insuscetível de limitação. Nesse caso, além da exigência de justificação, imprescindível em qualquer hipótese, ter-se-ia um limite do limite para a própria ação legislativa, consistente na identificação de um espaço insuscetível de regulação.

Os secretários da chamada teoria relativa ("relative Theorie") entendem que o núcleo essencial há de ser definido para cada caso, tendo em vista o objetivo perseguido pela norma de caráter restritivo. O núcleo essencial seria aferido



mediante a utilização de um processo de ponderação entre meios e fins (ZweckMittel-Prüfung), com base no princípio da proporcionalidade o núcleo essencial seria aquele mínimo insuscetível de restrição ou redução com base nesse processo de ponderação. Segundo essa concepção, a proteção do núcleo essencial teria significado marcadamente declaratório.

Tanto a teoria absoluta quanto a teoria relativa pretendem assegurar uma maior proteção dos direitos fundamentais, na medida em que buscam preservar os direitos fundamentais contra uma ação legislativa desarrazoada.

Todavia, todas elas apresentam insuficiências.

Por essa razão, propõe Hesse uma fórmula conciliadora, que reconhece no princípio da proporcionalidade uma proteção contra as limitações arbitrárias ou desarrazoadas (teoria relativa), mas também contra a lesão ao núcleo essencial dos direitos fundamentais. É que,

observa Hesse, a proporcionalidade não há de ser interpretada em sentido meramente econômico, de adequação da medida limitadora ao fim perseguido, devendo também cuidar da harmonização dessa finalidade com o direito afetado pela medida.

Conforme supracitado, o Ministro chamou atenção no tocante à proteção do núcleo essencial, ensinando que há duas correntes sobre esse tema: a absoluta e a relativa. A primeira torna o direito fundamental quase que inacessível pelo legislador, gerando uma grande dificuldade de caracterizar até onde pode o Poder Legislativo regular tal direito. Em contrapartida, diz que a teoria relativa possibilita uma discricionariedade abusiva que pode culminar no esvaziamento do núcleo essencial. Assim, adotou uma teoria mista de Heese, que pregava que a limitação legislativa deveria seguir a valoração do bem jurídico e, ao mesmo tempo, não desconsiderar o dano ao bem afetado que a medida legislativa irá causar. A proporcionalidade guia esse pensamento de Hesse. Assim escreveu Gilmar Mendes (BRASIL, 2006, p. 603):



A ampliação dos crimes considerados hediondos torna ainda mais geral a vulneração do princípio da individualização, o que, em outras palavras, quase que transforma a exceção em regra. Todos os crimes mais graves ou que provocam maior repulsa na opinião pública passam a ser tipificados como crimes hediondos e, por conseguinte, exigem o cumprimento da pena em regime integralmente fechado. Os direitos básicos do apenado a urna individualização são totalmente desconsiderados em favor de urna opção política radical.

Portanto, nessa hipótese, independentemente da doutrina que pretenda adotar sobre a proteção do núcleo essencial - relativa ou absoluta -, afigura-se inequívoca afronta a esse elemento integrante do direito fundamental. É que o próprio direito fundamental restaria violado.

Exteriorizou, seu pensamento dizendo que a vedação da progressão de regime era uma política radical, tratando a progressão da pena como um direito fundamental implicitamente consagrado na Constituição.

Ainda, afirmou que não via necessidade da vedação do regime progressivo, evidenciando assim a falta de proporcionalidade da norma. Porém, admitiu que deve ser tratado com uma severidade diferenciada os crimes hediondos, não concordando com a teoria de que o tratamento diferenciado para os crimes mais violentos ofenda o princípio da igualdade. Mendes disse (BRASIL, 2006, p. 605 e 606):

Fica evidente, assim, que a fórmula abstrata consagrada pelo legislador, que veda a progressão aos crimes hediondos, não se compatibiliza também com o princípio da proporcionalidade, na acepção da necessidade (existência de outro meio eficaz menos lesivo aos direitos fundamentais). Verificada a desnecessidade da medida, resta evidenciada a lesão ao princípio da proporcionalidade.

No fim, concluiu que reiteradamente o Pretório Excelso reconheceu a constitucionalidade da vedação da progressão de regime. E, por isso, não queria



que o efeito produzido pela decisão fosse Ex Tunc, sugerindo uma modulação dos efeitos da decisão:

Considerando que, reiteradamente, o Tribunal reconheceu a constitucionalidade da vedação de progressão de regime nos crimes hediondos, bem como todas as possíveis repercussões que a declaração de inconstitucionalidade haveria de ter no campo civil, processual e penal, reconheço que, ante a nova orientação que se desenha, a decisão somente poderia ser tomada com eficácia ex nunc. É que, como observa Larenz, também a justiça constitucional não se opera sob o paradigma do "fiât justitia, pereat res publica". Assente que se cuida de uma revisão de jurisprudência, de um autêntico "overrulingn, e entendo que o Tribunal deverá fazê-lo com eficácia restrita. E, certamente, elas não eram nem deveriam ser consideradas - inconstitucionais, quando proferidas.

Com essas considerações, também eu, Senhor Presidente, declaro a inconstitucionalidade do artigo 2º, § 1º, da Lei nº 8.072, de 1990. Faço isso, com efeito ex nunc, nos termos do artigo 27 da Lei nº 9. 868, de 1999, que entendo aplicável à espécie. Ressalto que esse efeito ex nunc deve ser entendido como aplicável às condenações que envolvam situações ainda suscetíveis de serem submetidas ao regime de progressão (GILMAR MENDES, BRASIL, 2006, p. 605).

2.5 Voto do Ministro Eros Grau (BRASIL, 2006, p. 684 e 685):

Tenho reiteradamente insistido em que a interpretação do direito é compreensão não apenas dos textos, mas também --- repito-me --- da realidade. Alterada a realidade social, a norma que se extrai de um mesmo texto será diversa daquela que dele seria extraída anteriormente à mudança da realidade.

Daí a distinção entre inconstitucionalidade originária e inconstitucionalidade superveniente. No primeiro caso o texto porta em si, desde o seu primeiro momento de vigência, a nódoa da inconstitucionalidade. No segundo, nasce são;



mas, no correr do tempo, outra sendo a realidade, torna-se supervenientemente inconstitucional.

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. Considere-se ainda a vedação da imposição de penas cruéis [art. 5º, XLVII, e] e o respeito à dignidade da pessoa humana [art. 1º, III], sendo também certo que o cumprimento da pena em regime integral, por ser cruel e desumano, importa violação a esses preceitos constitucionais.

O Ilmo Sr. Ministro Eros Grau (BRASIL, 2006, p. 685 e 686) frisou a respeito da Inconstitucionalidade Originária e Inconstitucionalidade Superveniente. Insinuou que a norma nasceu constitucional, contudo contemporaneamente ela tornou-se afrontosa aos Princípios da Individualização da Pena, da Dignidade da Pessoa Humana e da Proibição de Penas Cruéis:

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. A decisão final sobre a progressão do regime do apenado é tarefa do Juízo de Execução Penal [art. 66, III, "b" da Lei de Execuções Penais - LEP; Lei n. 7.210/84], precedida de parecer da Comissão Técnica de Classificação e do exame criminológico, quando necessário [art. 112 e parágrafo único da LEP].

De acordo com o trecho acima, o magistrado também se embasou na Lei de Execuções Penais (LEP) para dizer que a resposta final sempre deve ser do juiz, com relação à progressividade do regime.



2.6 Voto do Ministro Sepúlveda Pertence (BRASIL, 2006, p. 714)

Individualização da pena, Sr. Presidente, enquanto as palavras puderem exprimir idéias, é a operação que tem em vista o agente, e não a natureza do delito: em razão dessa última, o que se dimensiona é a cominação abstrata da escala de sanções.

O Eminentíssimo Ministro começa sua argumentação lembrando o que outrora defendeu acerca do assunto no HC de nº 69.657, cuja relatoria era do Ministro Rezek. Conforme supracitado, o magistrado defende que o Princípio da Individualização tem em vista o agente, e não a natureza do delito:

Estou convencido de que esvazia e torna ilusório o imperativo constitucional da individualização da pena a interpretação que lhe reduza o alcance ao momento da aplicação judicial da pena, e dele faça abstração no momento da execução.

De nada vale individualizar a pena no momento da aplicação se a execução, em razão da natureza de crime, fará a pena idêntica, segundo os critérios da individualização, significar coisas absolutamente diversas (SEPÚLVEDA, BRASIL, 2006, p. 714 e 715).

No mesmo sentido que seus nobres colegas que declararam a inconstitucionalidade, infere que proibir a progressão de regime é esvaziar o direito da individualização que o apenado tem no momento da execução da pena.

3. Fundamentação dos votos favoráveis à constitucionalidade da norma.

3.1 Voto do Ministro Carlos Velloso (BRASIL, 2006, p. 525 e 526):



Tenho meditado a respeito do tema. Creio, tal como afirmou o Sr. Ministro Francisco Rezek, que a denominada lei dos crimes hediondos, no ponto, prestou desserviço ao Direito Penitenciário, porque ela retira a esperança dos presos, dos sentenciados, e um preso sem esperança acaba se revoltando, já que não terá sentido, para ele, o bom comportamento. Não sei se essas últimas rebeliões, ocorridas nos presídios, têm sido influenciadas por esse dispositivo que estamos a examinar.

Entretanto, repito, Sr. Presidente, não vejo inconstitucionalidade no dispositivo legal objeto da arguição.

(...)

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 (BRASIL, 2006, p. 527).

O Ilustríssimo Ministro Carlos Velloso, em seu voto, rememorou também o que dissera no julgamento do HC de nº 69.657/SP, em que deixou claro que não achou inteligente a política criminal adotada pela lei de crime hediondos e, ainda disse que provocava uma desesperança ao condenado, podendo provocar possíveis rebeliões em penitenciárias. Contudo, afastou os seus achismos, não vendo brecha para aplicar o entendimento de que a severidade adotada pela legislação especial estava em dissonância com a constituição. Pelo contrário, reafirmou a constitucionalidade do mandamento infraconstitucional, lembrando as suas palavras proferidas no HC de nº 69.377/MG, no qual afirma que o instituto da individualização da pena era apenas mitigado, mas não abolido.

3.2 Voto do Ministro Joaquim Barbosa



Em que pese a dedicação deste pesquisador, não foi possível encontrar, pelos meios eletrônicos, a fundamentação do voto do Exmo Sr. Ministro Joaquim Barbosa. Por tal razão, não haverá a apresentação dos motivos que influenciaram na decisão do magistrado.

Entretanto, apesar de não haver a manifestação em palavras do Sr. Ministro Joaquim, consta no relatório do Plenário que a sua posição foi em favor da continuidade normativa do § 1º do art. 2º, da lei de nº 8.072/90.

3.3 Voto da Ministra Ellen Gracie (BRASIL, 2006, p. 668 e 669):

No que diz respeito à possibilidade de progressão, rememoro que o instituto da individualização da pena foi constitucionalizado com a Constituição de 1946 no seu artigo 141, § 29. A redação foi a seguinte: "A Lei regulará a individualização da pena." Essa mesma redação foi repetida nas Cartas subseqüentes (Constituição Federal de 1969, art. 153, § 23; Constituição Federal de 1988, artigo 5º, XL). O constituinte deixou ao legislador ordinário a regulação e a disciplina do instituto. Surgiram, então, as Leis 7.209/84 e 7.210/84. A primeira alterou a Parte Geral do Código Penal e cuidou da individualização da pena; a segunda tratou da individualização da execução penal. É importante ressaltar, porém, que, antes dessa normatização, a individualização da pena sempre foi observada. Isso porque o Código Penal sempre dispôs de normas que equacionavam a operação de correspondência entre a responsabilidade do agente e a punição. O legislador ordinário discriminou as sanções cabíveis, fixou as espécies delituosas, formulou o preceito sancionador das normas incriminadoras, ligando a cada um dos fatos típicos uma pena que varia de um mínimo a um máximo claramente determinados. Estabeleceu circunstâncias qualificadoras, atenuantes e



agravantes e instituiu os preceitos que regulam o aumento e a diminuição das penas.

Ao juiz, portanto, dentro de tais limitadores, cabe a tarefa meticulosa de graduar a pena em face do contato com o criminoso e do imediato conhecimento de sua personalidade, incluindo a perquirição de sua maior ou menor periculosidade.

É difícil, portanto, admitir, dentro desse grande complexo de normas que constituem o arcabouço do instituto da individualização da pena e de sua execução, que a restrição na aplicação de uma única dessas normas, por opção de política criminal, possa afetar todo o instituto.

A Excelentíssima Ministra iniciou destacando que a Individualização da Pena não foi uma novidade da Constituinte de 1988. Sendo, portanto, um instituto já consagrado. Além disso, disse que Individualização é uma tarefa que necessariamente conta com a participação do legislativo e judiciário. Também disse que esse princípio se segue por todo um regramento que prevê procedimento até durante a execução da pena. Alerta que são várias hipóteses que contemplam o instituto, e que restringir apenas o cumprimento de regime não esvaziaria o direito culminado em legislação ordinária. Inclusive, diz que o regime progressivo se deu por lei infraconstitucional (Lei de execução penal) e, por isso, a casa legislativa tinha total direito de abolir por completo

esse método de cumprimento de pena. E se pode desconstituí-lo, também tem discricionariedade para restringi-lo. A exma. Ellen Gracie (BRASIL, 2006, p. 669 e 670) disse:

Muitas críticas foram feitas à Lei 8.072/90. Até mesmo com relação ao nome da lei. Mas como lembrou o Ministro Francisco Rezek no HC 69.657, também sobre o mesmo tema: "Não somos uma Casa Legislativa. Não temos a autoridade que tem o legislador para estabelecer a melhor disciplina. Nosso foro é corretivo e só podemos extirpar do trabalho do legislador ordinário - bem ou mal avisado,



primoroso ou desastrado - aquilo que não pode coexistir com a Constituição. Permaneço fiel à velha tese do Ministro Luís Gallotti: "A inconstitucionalidade não se presume, a inconstitucionalidade há de representar uma afronta manifesta do texto ordinário ao texto maior."

Deixo de acolher as ponderações do Ministro Gilmar Mendes, que, com seu brilho invulgar de scholar, ainda assim não me consegue fazer aderir à sua proposição de uma declaração de inconstitucionalidade modulada, de sorte a apenas abranger as hipóteses futuras (pure prospectivity), ou seja, as sentenças ainda não proferidas, com ressalva dos casos já decididos. Se adotarmos tal solução, não poderemos aplicá-la ao paciente deste habeas corpus. Mas essa proposição nos cria um problema insolúvel. Tudo porque, em controle difuso, como é o caso presente, ou a declaração de inconstitucionalidade serve à solução da controvérsia ou ela nem se pode colocar. No controle difuso, não se produz interpretação constitucional, a menos que ela seja útil ao caso. Não se define o status de constitucionalidade de uma regra jurídica, senão quando ela esteja sendo aplicada ao caso concreto. E, se não for para ser aplicada no caso presente, a declaração de inconstitucionalidade não tem substrato válido, já que esta não é hipótese de controle abstrato. A alternativa, portanto, seria fazer valer, para a hipótese presente, a nova interpretação limited prospectivity. Essa proposta, porém, não supera outro obstáculo lógico. Se as sentenças já publicadas ficam resguardadas da nova interpretação, pelo bom motivo de que os juízes que as proferiram não poderiam prever que a jurisprudência assente da Casa - e tantos anos após a promulgação da nova Constituição - se fosse reverter dessa sorte, como excetuar dessa salvaguarda a sentença condenatória do caso presente? O juiz que a prolatou, tanto quanto o TJSP, encontrava-se na mesma situação fática de insciência ou imprevisibilidade de todos os seus demais colegas. ®

As propostas de solução inspiradas no direito americano não encontram aplicação. Nem é preciso lembrar que lá o controle de constitucionalidade só se faz por via difusa, enquanto entre nós vigora sistema muito mais complexo que



concilia as formas difusa e concentrada de controle. Isso nos obriga a respeitar as limitações decorrentes dessa coexistência de técnicas de controle.

Ressaltou a frase do Ministro Francisco Rezek que se levantava contra o ativismo judicial. E também se apropriou da frase de Luis Gallotti, que disse que “A Inconstitucionalidade não se presume, a Inconstitucionalidade há de se representar uma

afronta manifesta do texto ordinário ao texto maior” (APUD ELLEN GRACIE, BRASIL, 2006, p. 671). Ademais, chamou atenção que tratava-se de controle difuso, e por isso decisão deveria produzir efeitos para as partes diretamente envolvidas. Por tal razão, não vê a menor lógica na proposta do Ministro Gilmar Mendes de a sentença produzir efeito ex nunc, sem alcançar o paciente do HC em discussão. Segundo Ellen, não tem como definir o status de constitucionalidade da norma sem que tal definição não sirva para a aplicação do caso concreto discutido. Nesse diapasão, disse que a tentativa do Ministro Gilmar Mendes de se respaldar no modelo americano para aplicar a modulação de efeitos no caso não guarda a menor coerência, haja vista que o sistema jurídico do país é diferente e mais complexo.

Por isso, entendo que declarar a inconstitucionalidade, com temperamento, desse artigo para aplicar a interpretação inovadora a este caso concreto seria exercício de voluntarismo que nada nos autoriza fazer. Sirvo-me de citação que fez o Ministro Gilmar Mendes do Prof. Rui Medeiros, para quem “A delimitação da eficácia da decisão de inconstitucionalidade não é fruto de mero 'decisionismo' do órgão de controle” (in A decisão de inconstitucionalidade, p. 746-747). A Corte estaria se avocando um arbítrio excessivo ao “selecionar” quais réus serão beneficiados retroativamente por seu novo entendimento (ELLEN GRACIE, BRASIL, 2006, p. 671).



No demais, como se registra acima, parafraseou a frase de Rui Medeiros, afirmando que a Suprema Corte não pode versar sobre matérias legislativas por mero decisionismo, sob risco de abrir brecha para o arbítrio excessivo do tribunal.

3.4 Voto do Ministro Celso de Mello (BRASIL, 2006, p. 688):

No caso, o legislador - a quem se dirige a normatividade emergente do comando constitucional em questão -, atuando no regular exercício de sua competência legislativa, fixou em abstrato, a partir de um juízo discricionário que lhe pertence com exclusividade, e em função da maior gravidade objetiva dos ilícitos referidos, a sanção penal que lhes é imponível. A par dessa individualização "in abstracto", o Poder Legislativo, legitimado por vetores condicionantes de sua atuação institucional resultantes de norma fundada na própria Constituição (art. 5º, XLIII), definiu, de modo inteiramente legítimo, sem qualquer ofensa a princípios ou a valores consagrados na Carta Política, o regime de execução pertinente às sanções impostas pela prática dos delitos em questão.

De forma inicial, como se verifica acima, o Exmo. Ministro chamou atenção para o fato de que o Princípio da Individualização da Pena se destina originariamente ao próprio legislador, para que este atue, com sua discricionariedade exclusiva, na culminação de hipóteses que fundamentem a decisão do magistrado ao penalizar um infrator. Não trata-se diretamente de um princípio fixado para dar direitos aos réus, e sim uma ordem de escrever as circunstâncias norteadoras para uma sentença.

Na realidade, a cláusula legal que impõe o cumprimento da execução da pena em regime integralmente fechado revela-se impregnada de racionalidade, cuja justificação presentes os critérios constitucionais que legitimam reação estatal e tratamento penal mais rigorosos nos casos previstos no art. 5º, XLIII, da Carta Política - resulta da necessidade de o Estado estabelecer mecanismos diferenciados de repressão à criminalidade violenta, cuja perpetração põe em risco valores fundamentais que estruturam a própria organização social, além de



produzir, considerada a sua eficácia altamente desestabilizadora, conseqüências socialmente desestruturantes e profundamente lesivas à segurança dos cidadãos.

Tais fatores viabilizam o exercício, pelo Estado, de seu poder de conformação legislativa, legitimando, em conseqüência, as formulações normativas de disciplina penitenciária de caráter mais restritivo, cujo regramento reflete, na verdade, diretrizes de política criminal delineadas pelo próprio texto constitucional, ajustando-se, por isso mesmo, ao Postulado da individualização. (CELSO DE MELLO, BRASIL, 2006, p. 689 e 690).

Fixa com firmeza o entendimento de plena compatibilidade de um rigor penal diferenciado para crimes hediondos ou equiparados. Além de chamar atenção às graves conseqüências que geram na sociedade os crimes violentos. Ademais, cita as palavras do Exmo Ministro Francisco Rezek no julgamento do HC 69.657/SP:

O Estado, então, que há de combater a criminalidade, sem arma, também, por via da lei, da cominação, mas, para o combate efetivo a esse tipo de criminalidade, o faz, não só estabelecendo uma pena mais grave, como estipulando, por igual, que o cumprimento da pena se dará segundo regime mais severo para o criminoso. Não compreendo que se atente assim contra o princípio da isonomia, o tratamento dos criminosos em geral. Entendo que o princípio da isonomia só pode ser visualizado, neste plano, relativamente a cada tipo penal e de acordo com o regime jurídico estabelecido para determinado crime. Ninguém poderá impedir que o Estado defina política de combate a determinados crimes, que repercutem, de forma mais grave, na sociedade, numa certa quadra do tempo, para que esses crimes possam diminuir, reduzindo-se os malefícios que trazem para a sociedade, como também para tornar inequívoca a reprovação, dentro de uma tábua de valores, a certo tipo de delito. (APUD CELSO DE MELLO, BRASIL, 2006, p. 692).

3.5 Voto do Ministro Nelson Jobim (BRASIL, 2006, p. 720):



Tenho muita desconfiança quando, nas fundamentações de alguns juristas, se faz referência ao que o legislador quis fazer ou deixou de fazer, inventando certas premissas que absolutamente não existem. Seria que os nossos juristas, quando examinassem as questões dos legisladores, tivessem a paciência de perquirir o que realmente aconteceu no seio da Câmara e do Senado.

O Ilustre Ministro inicia suas palavras insinuando que seus colegas juristas inventam premissas para sobrepor seus posicionamentos em cima daquilo que o Legislativo legitimamente comina.

Então, observem que a realidade concreta do estabelecimento penal é muito pior do que se imagina. Seria conveniente, inclusive, que alguns juristas comparecessem a esses estabelecimentos e convivesse, como fiz durante um período longo como advogado, depois como Ministro, para mostrar que as coisas são completamente distintas daquela teoria de que a pena vai recuperar, etc, etc. Na verdade, é exatamente o contrário, daí porque a necessidade de um tratamento diferenciado (NELSON JOBIM, BRASIL, 2006, p. 723)

No mais, diz que os magistrados deveriam estar a par da realidade dos presídios, e não apenas considerar a teoria da pena ressocializadora. Isso porque – afirma ele –, na prática, não há recuperação. Pelo contrário, dentro dos presídios existem marginais que insistem na delinquência, cometendo crimes bárbaros.

4. Críticas ao voto prevalecente.

Em um artigo publicado em 2007, pela Revista do Ministério Público - Rio de Janeiro - cujo autor fora Claudio da Silva Leiria, Promotor de Justiça de Guaporé/RS, foram feitas fortes críticas ao voto que prevaleceu declarando a inconstitucionalidade do



§ 1º do art. 2º, da lei de nº 8.072/90. O título do artigo é “A DECISÃO DO STF NO HC 82.959-7-SP E A VEDAÇÃO À PROGRESSÃO DE REGIME PRISIONAL PARA CONDENADOS POR CRIME HEDIONDO”.

Na visão do autor, a decisão do Pretório Excelso, no HC 82.959-7 foi “inusitada, visto que por 16 anos a Suprema Corte afirmava a constitucionalidade do dispositivo” (DA SILVA, CLÁUDIO, 2007, p. 33 e 34). Segundo o ilustre Promotor, não há vício de inconstitucionalidade na proibição de progressão de regime, posto que o Legislador Positivo editou a norma com o escopo da individualização da pena, considerando que os

crimes hediondos, por força constitucional, merece um maior rigor punitivo, para assim fazer valer o caráter ressocializador da pena.

Aliás, buscou fundamentação em sentenças anteriores ao HC 82.959-7 para sustentar sua opinião, transcrevendo julgados que não se aliavam à decisão da Corte Suprema. Primeiramente, ele fez questão de transcrever as palavras do Desembargador Fernando Mottola, no Agravo em Execução Criminal nº 696061282, julgado pela 4ª Câmara Criminal do TJRS em 15.05.1996:

Pessoalmente, estou convencido do acerto e da absoluta justiça dessa medida, que priorizou a proteção social em detrimento de teorias que se têm mostrado cada vez mais utópicas. A manutenção do preso no regime fechado corta-lhe regalias, dificulta-lhe a fuga, exprime a repulsa da sociedade pelo seu ato, mas não o deixa sem incentivos na correção de rumos e ao bom comportamento carcerário, que serão os caminhos para o livramento condicional (APUD DA SILVA, CLÁUDIO, 2007, p. 34).

Além desse julgado, também destacou o riquíssimo ensinamento do Exmo Desembargador Ranolfo Vieira, da 1ª Câmara Criminal, do TJRS, no Agravo em Execução nº 700014578322 (APUD, DA SILVA, CLÁUDIO, 2007, p. 35 e 36) :

Não vejo ofensa aos princípios constitucionais da individualização da pena e da proibição de penas cruéis. Observo, quanto ao primeiro, que a individualização



da pena não é um princípio absoluto. Não pode o juiz, a pretexto de ajustar a pena ao indivíduo, afastar-se dos preceitos legais que disciplinam o apenamento e sua execução.

(...)

Assim, o juiz não pode fixar a pena aquém ou além daquela cominada pela lei. Se o legislador determinou pena de reclusão de três a quinze anos para o tráfico ilícito de entorpecentes ou drogas afins, por exemplo, não pode o julgador, a pretexto de dar atendimento ao princípio da individualização, entender suficiente, para o caso, pena de dois anos, ou insuficiente o máximo legal de quinze anos." "Não pode, a seu bel-prazer, aplicar pena de natureza diversa da correspondente ao tipo penal, reclusão por detenção ou multa; multa por detenção, etc. (...)

O regime fechado não é cruel em si mesmo. Já disse, em outras oportunidades: Saliente-se que o regime fechado, previsto e disciplinado no Código Penal e na Lei de Execução Penal, não caracteriza pena desumana ou cruel. O regime fechado não é sinônimo de cumprimento da pena em masmorra, a ferros, como se fazia na idade média, de modo desumano, sem reconhecimento de qualquer direito ao preso. Conforme a legislação em vigor, o preso em regime fechado conserva todos os seus direitos, como qualquer outro apenado. Pode trabalhar no interior do estabelecimento prisional e remir a pena com seu trabalho. Satisfeitos determinados requisitos, também pode exercer trabalho externo. Recebe visitas nas mesmas condições dos outros presos. Pode estudar e instruir-se. Participa das atividades culturais, religiosas, esportivas e de lazer proporcionadas

aos demais condenados. Pode alcançar o livramento condicional. Enfim, o regime fechado é apenas um regime pouco mais severo do que o semiaberto.

Também não se pode considerar cruel ou desumana a proibição de progressão de regime.

(...)



Ocorre que 'todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos, ou diretamente, nos termos desta Constituição' (CF, art. 1º, parágrafo único). É no Legislativo que, precipuamente, radica a representatividade popular. A vontade do povo é expressa, basicamente, pela lei.

Verdade que a mesma Constituição, expressão máxima da vontade do povo, atribui ao Poder Judiciário a interpretação e a aplicação da lei. Mas não legitima a ação do juiz que nega aplicação a norma legitimamente estabelecida, salvo quando a obra do legislador ordinário conflite com a própria Constituição. E o critério para aquilatar a constitucionalidade ou inconstitucionalidade da lei não pode ser, como já expressei, cogitações teóricas sobre melhor forma de alcançar a reinclusão do apenado no convívio social. Tal avaliação é reservada aos representantes eleitos do povo, que traçam a política criminal a ser seguida num determinado momento.

Outrossim, conforme se vislumbra acima, se o Princípio da Individualização da Pena, em sentido amplo - que alcança a garantia da progressão de regime -, é tido por um direito fundamental, não significa que tal instituto constitucional não possa padecer por restrições, pois não há direito absoluto. Ademais, conforme dito no supracitado, o regime fechado não pode ser tido por pena cruel, desumana e nem degradante, tendo em vista que na cadeia o apenado desfruta de direitos como alimentação, hidratação, banhos, momentos de lazer, visitas íntimas, assistir palestras culturais e religiosas, trabalhar internamente e – até mesmo – ter remuneração pelo trabalho prestado. Além disso, com o bom comportamento, pode auferir o direito de receber o livramento condicional previsto na Lei dos Crimes Hediondos. Deste modo, tal voto enfatizado expressa que equiparar um regime integralmente fechado a pena desumana e degradante é, no mínimo, uma corrente filosófica distorcida da realidade fatídica e jurídica.



Ainda, o eminente Promotor chamou atenção para a regra constitucional que impede o Poder Judiciário de legislar, evocando o Princípio da Tripartição de Poderes. Em seguida, escreveu as palavras de FERRARA:

“(…)alguns intérpretes tentam colocar, na lei, o que na lei escrito não está, de acordo com as suas preferências, ou dela suprimir aquilo que não lhes agrada, transfigurando-se mais em legislador do que em hermeneutas.” (Interpretação e Aplicação das Leis, 2ª ed., Coimbra, 1963, p. 129).

Nesse sentido, o autor diz que o fenômeno indicado por Ferrara já estava acontecendo com frequência na esfera judiciária, onde os juízes criminais, por terem uma certa aversão a Lei dos Crimes Hediondos, negavam-se a aceitar os parâmetros estabelecidos pelo Legislativo. Outro fator que ele alega observar é que convicções íntimas sobre o modo de reinserir o apenado nas ruas – matéria legislativa – impulsionava magistrados a quererem adotar medida diversa da que o mandamento legal (DA SILVA, CLÁUDIO, 2007, p. 37).

Nesse diapasão, destaca a teimosia de magistrados que não reconhecem que um texto legal só pode ser modificado uma vez que ele frontalmente se levanta contra a justiça e a lógica constitucional. Porém, conforme ele preceitua, textos normativos legítimos são revogados simplesmente por arbítrio judicial, motivado por preconceitos ideológicos de juízes (DA SILVA, CLÁUDIO, 2007, p. 37).

Diz também que muitos magistrados perseguem uma melhor situação para o réu, adotando medidas mais brandas “acreditando-se magnânimos, a quintessência do humanismo; no entanto, o que fazem, via de regra, é trazer com tais posicionamentos jurídicos um sentimento de desalento para a população que passa a descrever na justiça” (DA SILVA, CLÁUDIO, 2007, p. 37 e 38).

Concernente a invasão do judiciário em matéria legislativa, ressalta os ensinamentos de Carlos Maximiliano (2005, p. 251):

Os tribunais só declaram a inconstitucionalidade de leis quando esta é evidente, não deixa margem à séria objeção em sentido contrário. Portanto, se



entre duas interpretações mais ou menos defensáveis, entre duas correntes de idéias apoiadas por juriconsultos de valor, o Congresso adotou uma, o seu ato prevalece. A bem da harmonia e do mútuo respeito que devem reinar entre os poderes federais (ou estaduais), o Judiciário só faz uso de sua prerrogativa quando o Congresso viola claramente ou deixa de aplicar o estatuto básico, e não - quando opta apenas por determinada interpretação não de todo desarrazoada (Hermenêutica e aplicação do direito, Forense, 19ª edição, Rio de Janeiro).

Destarte, como a questão discutida no HC 82.959-7 era tão controvertida – ao ponto de a votação ter sido 6 a 5 – constata-se que não havia afronta direta e clara aos princípios constitucionais. E, portanto, pelas palavras de Maximiliano, a vedação do regime integralmente fechado não deveria ter sido matéria de apreciação judicial, respeitando a discricionariedade da medida legislativa.

Acerca desses posicionamentos pró acusado, DA SILVA diz que uma quantidade expressiva de juízes “acreditam na quimera de que os criminosos não são fruto de uma índole pervertida que necessita ser afastada do mal pelo temor da punição, mas ‘pobres vítimas’ da necessidade” (pg. 48). Ao passo que, quando a sociedade alcançar níveis acentuados de igualdade e justiça, a criminalidade deixará de existir. Segundo ele, essa utópica corrente de pensamento acredita que as condições socioeconômicas do criminoso são determinantes para o cometimento da infração, negando – praticamente- a existência de livre arbítrio do agente infrator. Todavia, como diz Volney Correia Júnior, (APUD DA SILVA, CLÁUDIO, 2007, p. 49):

Equacionando o problema em termos simples: a miséria predispõe ao crime, mas não o engendra mecanicamente. O livre-arbítrio é o fator determinante. Para a grande maioria das pessoas, é o fator de sublimação (em linguagem psicanalítica) da predisposição negativa. Para inexpressiva minoria, é o fator de rendição, de submissão, de sujeição às solicitações do meio socioeconômico.



Nessa senda, LEIRIA escreve que “chega a ser acaciano dizer que milhões de pessoas no Brasil tiveram oportunidades sociais idênticas ou inferiores a muitos delinqüentes, e nem por isso praticaram ilícitos penais” (pg. 49). Assim, defende que desvantagens sociais não destina alguém a prática de atos violentos e desrespeitosos, tanto que camelôs, ajudantes de obras, faxineiros, garis, flanelinhas e trabalhadores sem carteira assinada são “pessoas que em comum têm apenas a parca remuneração pelos seus empenhos laborais e condições sociais adversas”, fazendo bom uso do seu livre-arbítrio, não se voltando à prática de ilícitos.” (LEIRIA SILVA, 2007, pg. 49).

CONCLUSÃO

A presente pesquisa assinalou fundamentações doutrinárias, sociais e jurídicas que induzem a pensar que a severidade penal não é - necessariamente - fruto de uma sociedade injusta, não evoluída e ignorante. Ressaltando, inclusive, ilustres influenciadores do direito penal que pregavam meios de defesa social mais rigorosos.

Ainda, apontou princípios norteadores que servem como base para justificar uma política criminal punitivista e, ao mesmo tempo, garantidora da proteção dos direitos fundamentais. Nesse sentido, foi enfatizado que a Constituição Federal de 1988 contém valores que tornam o Estado Democrático de Direito um “companheiro de armas” do

cidadão, admitindo, assim, um tratamento diferenciado para crimes mais graves, permitindo ao Estado-Juiz agravar penas no intuito de reafirmar o valor do bem jurídico protegido.

Ademais, discorreu sobre os posicionamentos adotados no referido remédio constitucional julgado no Supremo Tribunal Federal, evidenciando que o tema era extremamente controvertido, razão pela qual não deveria ser matéria de



apreciação judicial, visto que não se tratava de uma clara violação ao texto constitucional.

Por fim, constatou-se que a adoção, ou não, de penas mais duras, é uma filosofia individual que não pode se preponderar sobre o interesse coletivo. Por isso, a vontade do Legislativo, composto por representantes do povo, precisa ser a que deve prevalecer, desde que não ofenda nitidamente preceitos fundamentais da Carta Política de 1988.



REFERÊNCIAS

UQD - Crítica na Geografia. "Na íntegra: Sociedade do Medo - Zygmunt Bauman". Disponível em:

<http://uqdcriticanageografia.blogspot.com/2018/01/na-integra-sociedade-do-medo-zygmunt.html>. Acesso em: 20 maio 2023.

SUA PESQUISA. Estados Unidos. Disponível em:

[https://www.suapesquisa.com/paises/eua/#:~:text=Taxa%20de%20Analfabetismo%3A%200%2C4%25%20\(estimativa%202019\).&text=IDH%3A%200%2C926%20\(Pnud%202019\),de%20desenvolvimento%20humano%20muito%20alto.&text=Bras%C3%A3o%20de%20Armas%20dos%20Estados%20Unidos%20da%20Am%C3%A9rica](https://www.suapesquisa.com/paises/eua/#:~:text=Taxa%20de%20Analfabetismo%3A%200%2C4%25%20(estimativa%202019).&text=IDH%3A%200%2C926%20(Pnud%202019),de%20desenvolvimento%20humano%20muito%20alto.&text=Bras%C3%A3o%20de%20Armas%20dos%20Estados%20Unidos%20da%20Am%C3%A9rica). Acesso em: 20 maio 2023.

VALOR. Expectativa de vida no Brasil sobe para 77 anos, diz IBGE. Disponível em:

<https://valor.globo.com/brasil/noticia/2022/11/25/expectativa-de-vida-no-brasil-sobe-par-a-77-anos-diz-ibge.ghtml>. Acesso em: 16 janeiro 2023.

CONJUR. Estado dos EUA extingue oficialmente pena de morte. Disponível em:

<https://www.conjur.com.br/2023-abr-21/estado-eua-extingue-oficialmente-pena-morte>. Acesso em: 16 janeiro 2023.

BRASIL ESCOLA. China. Disponível em:

<https://brasilecola.uol.com.br/geografia/china-1.htm>. Acesso em: 16 janeiro 2023

INDEXMUNDI. Taxa de Alfabetização - China. Disponível em:

https://www.indexmundi.com/pt/china/taxa_de_alfabetizacao.html. Acesso em: 16 janeiro 2023.

ESTADO DE MINAS. China é destaque na avaliação PISA; Brasil está entre os piores na educação. Estado de Minas. Disponível em:



https://www.em.com.br/app/noticia/internacional/2019/12/03/interna_internacional,1105420/china-e-destaque-na-avaliacao-pisa-brasil-entre-os-piores-na-educacao.shtml.

Acesso em: 16 janeiro 2023

FOLHA DE SÃO PAULO. Ex-ministro da Justiça da China é condenado a prisão perpétua por corrupção. Folha de S. Paulo. Disponível em:

<https://www1.folha.uol.com.br/mundo/2022/09/ex-ministro-da-justica-da-china-e-convicto-a-prisao-perpetua-por-corrupcao.shtml>. Acesso em: 16 janeiro 2023.

ENSINO.DIGITAL. 10 fatos sobre a educação japonesa que vão te inspirar. Ensino Digital. Disponível em:

<https://ensino.digital/blog/10-fatos-sobre-a-educacao-japonesa-que-voao-te-inspirar>. Acesso em: 17 janeiro 2023.

BRASIL ESCOLA. Informações gerais sobre o Japão. Brasil Escola. Disponível em:

<https://brasilecola.uol.com.br/japao/informacoes-gerais-sobre-japao.htm#:~:text=Densidade%20demogr%C3%A1fica%3A%20340%20habitantes%20por,analfabetismo%3A%20inferior%20a%205%25>. Acesso em: 17 janeiro 2023.

VEJA. "All of Us Are Dead" e a violência sem filtros das séries sul-coreanas. Tela Plana. Disponível em:

<https://veja.abril.com.br/coluna/tela-plana/all-of-us-are-dead-e-a-violencia-sem-filtros-das-series-sul-coreanas/>. Acesso em: 17 janeiro 2023.

G1. Brasil chega a taxa de 30 assassinatos por 100 mil habitantes em 2016, 30 vezes a da Europa, diz Atlas da Violência. G1 São Paulo. Disponível em: <https://g1.globo.com/sp/sao-paulo/noticia/brasil-chega-a-taxa-de-30-assassinatos-por-100>



0-mil-habitantes-em-2016-30-vezes-a-da-europa-diz-atlas-da-violencia.ghtml.

Acesso em: 17 janeiro 2023.

MUNDO EDUCAÇÃO. Coreia do Sul. Mundo Educação. Disponível em: <https://mundoeducacao.uol.com.br/geografia/coreia-sul.htm>. Acesso em: 17 janeiro 2023.

MONITOR ICEF. High Performance, High Pressure in South Korea's Education System. ICEF Monitor. Disponível em:

<https://monitor.icef.com/2014/01/high-performance-high-pressure-in-south-koreas-education-system/>. Acesso em: 17 janeiro 2023.

OECD BETTER LIFE INDEX. Coreia do Sul. OECD Better Life Index. Disponível em: <https://www.oecdbetterlifeindex.org/pt/paises/coreia,do,sul/>. Acesso em: 17 janeiro 2023.

CÂMARA MUNICIPAL DE MANAUS. Capital da Coreia do Sul pode se tornar cidade irmã de Manaus a fim de fortalecer intercâmbio cultural. CMM - Câmara Municipal de Manaus. Disponível em:

<https://www.cmm.am.gov.br/capital-da-coreia-do-sul-pode-se-tornar-cidade-irma-de-manau-a-fim-de-fortalecer-intercambio-cultural/>. Acesso em: 17 janeiro 2023.

BRASIL ESCOLA. Coreia do Sul. Brasil Escola. Disponível em: <https://brasilecola.uol.com.br/geografia/coreia-sul.htm>. Acesso em: 17 janeiro 2023.

ANDRADE, Tadeu Luciano Siqueira. Título do documento. [Tipo de suporte]. Disponível em:

<https://www.mprj.mp.br/documents/20184/2346109/Tadeu+Luciano+Siqueira+Andrade>

.pdf. Acesso em: 20 fevereiro 2023.

AUTOR. Título do artigo ou página. In: Jusbrasil. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/artigos/escolas-penais/333110363>. Acesso em: 20 fevereiro 2023.



CANAL CIÊNCIAS CRIMINAIS. As escolas penais: do classicismo ao surgimento do positivismo. In: Canal Ciências Criminais. Disponível em: <https://canalcienciascriminais.com.br/as-escolas-penais-do-classicismo-ao-surgimento-do-positivismo/>. Acesso em: 20 fevereiro 2023.

AUTOR. Evolução histórica do Direito Penal e escolas penais. In: Âmbito Jurídico. Disponível em:

<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/evolucao-historica-do-direito-penal-e-escolas-penais/>. Acesso em: 20 fevereiro 2023.

AUTOR. O Aspecto Raffaele Garofalo. In: Jusbrasil. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/artigos/o-aspecto-raffaele-garofalo/599851729>. Acesso em: 20 fevereiro 2023.

TRILHANTE. Evolução Histórica - Período Científico. In: Criminologia. Disponível em: <https://trilhante.com.br/curso/criminologia/aula/evolucao-historica-periodo-cientifico-1>. Acesso em: 20 fevereiro 2023.

<https://diariodonordeste.verdesmares.com.br/arquivo/lombroso-e-os-crimes-1-339618> (FAZER A REFERÊNCIA)

AUTOR. Origens e aplicações do princípio do devido processo legal. In: Jusbrasil. Disponível em:

<https://jus.com.br/artigos/25485/origens-e-aplicacoes-do-principio-do-devido-processo-legal>. Acesso em: 23 fevereiro 2023.

AUTOR. Título do artigo. In: Publicadireito. Disponível em: <http://publicadireito.com.br/artigos/?cod=ac1aacca91030c5c>. Acesso em: 23 fevereiro 2023.

AUTOR. Lingchi: um dos métodos de execução mais sinistros já criados pelo homem. In: Megacurioso. Disponível em:



<https://www.megacurioso.com.br/historia-e-geografia/102565-lingchi-um-dos-metodos-de-execucao-mais-sinistros-ja-criados-pelo-homem.htm>. Acesso em: 23 fevereiro 2023.

AUTOR. Crime e Castigo: os 25 piores métodos de execução da história. In: Blog Famigerados. Disponível em:

<https://blogfamigerados.wordpress.com/2017/01/14/crime-e-castigo-os-25-piores-metodos-de-execucao-da-historia/>. Acesso em: 23 fevereiro 2023..

AUTOR. A infame roda do despedaçamento: uma das torturas mais cruéis da história. In: Mundo Tentacular. Disponível em:

<https://mundotentacular.blogspot.com/2021/12/a-infame-roda-do-despedacamento-uma.html>. Acesso em: 23 fevereiro 2023.

AUTOR. Arábia Saudita abole pena de morte para crimes cometidos antes dos 18 anos. In: Público. Disponível em:

<https://www.publico.pt/2020/04/27/mundo/noticia/arabia-saudita-abole-pena-morte-crimes-cometidos-18-anos-1914034>. Acesso em: 25 fevereiro 2023.

AUTOR. Estado Democrático de Direito: superação do Estado Liberal e do Estado Social. Juíza Oriana Piske. In: TJDF - Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. Disponível em:

<https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/campanhas-e-produtos/artigos-discursos-e-entrevistas/artigos/2018/estado-democratico-de-direito-superacao-do-estado-liberal-e-do-estado-social-juiza-oriana-piske>. Acesso em: 25 fevereiro 2023.

FISCHER, Douglas. Garantismo penal integral (e não o garantismo hiperbólico monocular) e o princípio da proporcionalidade: breves anotações de compreensão e aproximação dos seus ideais. Revista de Doutrina da 4ª Região, Porto Alegre, n. 28, mar. 2009. Disponível em:

http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao028/douglas_fischer.html. Acesso em: 05 março 2023.



AUTOR. O princípio da proporcionalidade. In: DireitoNet. Disponível em: <https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/5865/O-principio-da-proporcionalidade>. Acesso em: 06 março 2023.

G1 - Globo.com. Caso Henry Borel: acompanhamento do julgamento. In: G1 - Globo.com. Disponível em:

<https://g1.globo.com/rj/rio-de-janeiro/ao-vivo/caso-henry-borel-julgamento.ghtml>. Acesso em: 06 março 2023.

AUTOR. Igualdade formal x igualdade material: a busca pela efetivação da isonomia. In: Conteúdo Jurídico. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/48550/igualdade-formal-x-igualdade-material-a-busca-pela-efetivacao-da-isonomia>. Acesso em: 06 março 2023.

AUTOR. Título do artigo. In: Publica Direito. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=76d4a91e4e3ee83a>. Acesso em: 05 maio 2023.

INCISO XLVI - INDIVIDUALIZAÇÃO DAS PENAS. In: Viva Direitos. Disponível em: <https://portal.vivadireitos.org.br/inciso-xlvi-individualizacao-das-penas/>. Acesso em: 05 maio 2023.

INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA. In: Enciclopédia Jurídica. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/427/edicao-1/individualizacao-da-pena>. Acesso em: 05 maio 2023.

