

# OS CRIMES HEDIONDOS E A INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA À LUZ DE UMA NOVA PROPOSTA DE ATUAÇÃO

Fernando da Silva Comin<sup>1</sup>

1. Apresentação; 2. Evolução histórica: um paralelo entre a lei e sua aplicação pelos tribunais superiores; 3. O HC n. 82.959 e a nova realidade jurisprudencial – alcance da declaração de inconstitucionalidade; 4. Controle difuso “abstrativizado” da constitucionalidade e suas implicações na aplicação do direito; 5. Uma nova proposta de atuação: a aplicação do interstício diferenciado como reflexo da individualização da pena – influxos da nova orientação na existência do art. 112 da LEP; 6. Projetos de lei em tramitação no Congresso Nacional; 7. Considerações finais; 8. Referências bibliográficas.

## 1. Apresentação

Atingida por recente decisão do Supremo Tribunal Federal (STF) que afastou o óbice da progressão de regime aos crimes hediondos e a estes equiparados, significativa parcela da população carcerária nacional vem sendo beneficiada pelo instituto da progressão prisional, alçando estágios mais brandos para o cumprimento da pena.

---

1 *Promotor de Justiça em Santa Catarina, com atuação na Coordenadoria de Recursos.*

Se, por um lado, ainda são desconhecidos os reflexos sociopolíticos de tal migração em escala, parece haver consenso quanto à necessidade de imposição de um tratamento diferenciado, também na fase da execução da pena, em relação aos crimes hediondos ou a estes equiparados, contemplando-se de modo particular situações ontologicamente desiguais.

Dentro dessa lógica e a partir da constatação de que referido entendimento vem sendo igualmente sufragado sob a égide da nova composição naquela Corte Constitucional, no próprio Superior Tribunal de Justiça e nos tribunais estaduais, tem o presente trabalho a pretensão de, na ausência de apropriada alteração legislativa, apontar diferentes alternativas ao enfrentamento da questão, por meio de outros argumentos capazes de viabilizar uma nova perspectiva de tal realidade pelos tribunais.

## **2. Evolução histórica: um paralelo entre a lei e sua aplicação pelos tribunais superiores**

A Lei n. 8.072, sancionada em 25 de julho de 1990 e publicada no DOU do dia seguinte, promoveu uma série de inovações no tratamento penal dos crimes que listou, atribuindo-lhes a marca da hediondez.

O novo regramento, como sói acontecer em nosso País, sob o impacto dos meios de comunicação de massa, foi produto do sentimento de insegurança e fragilidade que abalou a sociedade brasileira a partir de inúmeros episódios envolvendo pessoas proeminentes da sociedade brasileira<sup>2</sup>, por isso recrudescendo o tratamento jurídico aos crimes hediondos e assemelhados, mediante não só o aumento de algumas das penas a estes cominadas como, também, impedindo alguns benefícios concedidos aos crimes comuns em geral: a anistia, a graça e o indulto, a fiança e a liberdade provisória, promovendo, além disso, o aumento do prazo da prisão temporária e a obrigação do cumprimento da pena em regime integralmente fechado.

---

2 Caso Martinez, caso Salles, caso Diniz, caso Medina, por exemplo.

Desde então, malgrados alguns precedentes isolados, os tribunais sempre admitiram a constitucionalidade da vedação, permitindo irrestritamente a aplicabilidade da norma, com isso negando os benefícios do instituto geral da progressão de regime aos crimes hediondos e equiparados.

Mereceu especial atenção, naquele momento, a decisão plenária do Supremo Tribunal Federal que, igualmente na missão do controle difuso da constitucionalidade, nos autos do HC n. 69.657-1/SP, julgado em 18 de dezembro de 1992 e publicado no DJU de 18 de junho de 1993, por nove votos a dois (vencidos os Ministros Marco Aurélio e Sepúlveda Pertence), reconheceu a constitucionalidade e completa validade da restrição imposta pelo parágrafo 1º do artigo 2º da Lei n. 8.072/90, quando afirmou:

“[...] o princípio da individualização da pena não se ofende na impossibilidade de ser progressivo o regime de cumprimento da pena: retirada a perspectiva da progressão frente à caracterização legal da hediondez, de todo modo tem o juiz como dar trato individual à fixação da pena, sobretudo no que se refere à intensidade da mesma”.

A partir daquele momento algumas minoritárias resistências foram suplantadas, passando a vigorar, agora com o aval da Suprema Corte, ainda mais intensamente, o óbice representado pela Lei n. 8.072/90 na execução penal.

Assim, pacificou-se durante alguns anos esse entendimento até que, no dia 8 de abril de 1997, foi publicada a Lei n. 9.455/97 que, ao definir os crimes de tortura (equiparado a hediondo pela Lei n. 8.072/90), estabeleceu regime menos rigoroso na execução da pena para este crime, admitindo a progressão prisional (“Art. 1º [...] § 7º. O condenado por crime previsto nesta Lei, salvo a hipótese do § 2º, iniciará o cumprimento da pena em regime fechado”).

Daí por diante começou a tomar corpo em alguns tribunais, especialmente no Superior Tribunal de Justiça<sup>3</sup>, o entendimento de que a Lei n. 9.455/97, por se tratar de diploma legal de igual

---

3 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp n. 140.617/GO, Sexta Turma, rel. Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro, DJU 15-12-1997, p. 66.580.

categoria à Lei n. 8.072/90, ao disciplinar de modo diferente a mesma matéria, admitindo a progressão de regime até então vedada por esta última, derogara a Lei dos Crimes Hediondos na parte em que com esta incompatível, afetando a disciplina unitária determinada pela Carta Política, permitindo a progressão de regime não só ao crime de tortura como também aos demais hediondos ou equiparados.

Apesar desse entendimento, as divergências foram novamente fulminadas quando, em sessão plenária ocorrida no dia 24 de setembro de 2003, o Supremo Tribunal Federal, na linha de inúmeros precedentes daquela Corte, aprovou a Súmula 698, segundo a qual: “Não se estende aos demais crimes hediondos a admissibilidade de progressão no regime de execução da pena aplicada ao crime de tortura”.

Destarte, uma vez mais sufocada a tentativa de restituir o instituto geral da progressão de regime também aos crimes hediondos, firmou-se novamente perante os tribunais superiores o entendimento quanto à compatibilidade da norma impeditiva com a Constituição Federal.

Todavia, a hegemonia jurisprudencial até então dominante foi rompida com o recente julgamento do HC n. 82.959-7/SP, impetrado pelo próprio detento, condenado a 12 anos e 3 meses de reclusão por atentado violento ao pudor, quando o Tribunal Pleno da Corte Suprema, sob nova composição, ao reanalisar a matéria, em sessão ocorrida no dia 23 de fevereiro de 2006, por seis votos a cinco (vencidos os Ministros Carlos Velloso, Joaquim Barbosa, Ellen Gracie, Celso de Mello e Nelson Jobim) declarou *incidenter tantum* a inconstitucionalidade do parágrafo 1º do artigo 2º da Lei n. 8.072/90, com isso permitindo a progressão de regime para os crimes hediondos e equiparados.

### **3. O HC n. 82.959 e a nova realidade jurisprudencial – o alcance da declaração de inconstitucionalidade**

Não há dúvidas de que o julgamento do HC n. 82.959-7/SP, a despeito de resolver caso determinado, representa um divisor de águas no pensamento jurídico nacional, e inúmeras razões explicam o fenômeno.

Primeiramente, por imposição lógica, porque, no modelo processual constitucional brasileiro, ao Supremo Tribunal Federal incumbe a guarda da Constituição Federal, mediante o exercício da jurisdição constitucional em qualquer de suas vias, sendo que o respeito à autoridade de suas decisões decorre da própria índole do Estado Constitucional e Democrático de Direito.

Além disso, a decisão proferida nos autos do HC n. 82.959-7/SP foi fruto da discussão abstrata travada no âmbito do Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal, já sob a égide da nova composição, quando apenas quatro dos ministros que haviam votado no julgamento do HC n. 69.657-1/SP (em 1992, quando o mesmo órgão julgador havia reconhecido a constitucionalidade) participaram da última votação.

O resultado apertado da votação (6x5 a favor da progressão), devido à aposentadoria do Ministro Carlos Velloso e com a saída do Ministro Nelson Jobim, tende a aumentar em favor da tese referendada no Pleno, sobretudo levando-se em conta que já há precedentes da lavra do Ministro Ricardo Lewandowski, recém-ingressado na Corte Suprema, adotando a orientação do órgão plenário<sup>4</sup>.

Outrossim, o próprio Superior Tribunal de Justiça<sup>5</sup> e demais tribunais já começaram a difundir o entendimento adotado pela Corte Constitucional, em um movimento aparentemente irreversível de aceitação da tese, o que dificulta até mesmo a admissibilidade nos tribunais *a quo* de possíveis recursos aos tribunais superiores, devido a seus pressupostos especiais<sup>6</sup>.

Não obstante isso, o alcance da decisão é claro, limitou-se apenas à declaração da inconstitucionalidade da vedação contida

---

4 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC n. 86.948/MG, publicado no DJU de 6-4-06, p. 50.

5 Cf., por exemplo: HC n. 35.654/RO, DJU 20-3-06, p. 357; HC n. 46.391/SP, DJU 10-4-06, p. 244; REsp n. 798.955/SP, DJU 3-4-06, p. 410; RHC n. 18.394/PI, DJU 3-4-06, p. 417.

6 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula 83 STJ: "Não se conhece do recurso especial pela divergência quando a orientação do Tribunal se firmou no mesmo sentido da decisão recorrida".

no § 1º do artigo 2º da Lei n. 8.072/90 quanto à impossibilidade de progressão no cumprimento da pena, permanecendo inalterada, contudo, a disposição legal no que diz respeito ao regime inicial do cumprimento; vale dizer, na determinação do regime inaugural de cumprimento da pena, o juiz deverá continuar estabelecendo obrigatoriamente o fechado, independentemente do tempo da condenação.

É que o Supremo Tribunal Federal, ao declarar incidentalmente a inconstitucionalidade do dispositivo aludido, por unanimidade, explicitou que:

“[...] a declaração incidental de inconstitucionalidade do preceito legal em questão não gerará conseqüências jurídicas com relação às penas já extintas nesta data, pois esta decisão plenária envolve, unicamente, o *afastamento do óbice* representado pela norma ora declarada inconstitucional, sem prejuízo da apreciação, caso a caso, pelo magistrado competente, dos demais requisitos pertinentes ao reconhecimento da possibilidade de progressão”<sup>7</sup> – sem grifo no original.

Portanto, se a decisão da Suprema Corte, de acordo com a unanimidade dos julgadores, “envolve, unicamente, o afastamento do óbice representado pela norma ora declarada inconstitucional”, é evidente que o regime inicial do cumprimento da pena para os crimes hediondos ou equiparados continua sendo o fechado, com a nota diferenciadora do “inicialmente” em vez de “integralmente”.

Nessa linha de tradução, até mesmo, revelaram-se, exemplificativamente, os votos dos Ministros Gilmar Mendes<sup>8</sup>, Carlos Ayres Britto<sup>9</sup> e Marco Aurélio<sup>10</sup>.

---

7 BRASIL. Supremo Tribunal Federal: [http://www.stf.gov.br/processos/processo.asp?PROCESSO=82959&CLASSE=HC&ORIGEM=AP&RECURSO=0&TIP\\_JULGAMENTO=M](http://www.stf.gov.br/processos/processo.asp?PROCESSO=82959&CLASSE=HC&ORIGEM=AP&RECURSO=0&TIP_JULGAMENTO=M) – com acesso em 4-5-06.

8 “Demonstrada a inconstitucionalidade da proibição da progressão de regime em crime hediondo, passo a adotar as razões esposadas na RCL n. 2.391, pois, também agora entendo que o Tribunal, ante a sua reiterada jurisprudência anteriormente firmada, haverá de fixar a eficácia restrita dos efeitos da presente declaração”.

9 “No ponto questionado, portanto, tenho por bem decidir pela superação do óbice instituído pelo § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/90, por se tratar de cláusula com flagrante vício de inconstitucionalidade”.

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

Cumpra assinalar, ainda, que, ao reconhecer a possibilidade de progressão, o Supremo Tribunal, na linha do voto do Ministro Gilmar Mendes, adotou para o caso a declaração de inconstitucionalidade com efeitos limitados, mesmo no controle incidental, ou seja, ao reduzirem os rigores da aplicação do princípio da nulidade da lei inconstitucional, admitiram os Ministros que “os atos praticados com base na lei inconstitucional que não mais se afigurem suscetíveis de revisão” não sejam afetados pela declaração de inconstitucionalidade. Em outras palavras, atribuíram os eméritos julgadores eficácia *ex nunc* à declaração de inconstitucionalidade, devido às possíveis repercussões do veredicto na seara civil, processual e penal, de molde que alcance apenas as condenações “que envolvam situações ainda suscetíveis de serem submetidas ao regime de progressão”, pois a declaração não gerará consequências jurídicas com relação às penas já extintas naquela data.

Alguns poderiam questionar, todavia, se a declaração de inconstitucionalidade do dispositivo foi exercida no controle difuso ou aberto, cujos efeitos “somente têm aplicação para as partes e no processo em que houve a citada declaração”<sup>11</sup>, qual teria sido então a mensagem da ressalva de que “a declaração incidental de inconstitucionalidade do preceito legal em questão não gerará consequências com relação às penas já extintas” naquela data? Se a declaração se verificou no controle difuso, em processo determinado, com partes determinadas (lide de índole subjetiva), não deveria projetar-se a restrição particularmente em face da pena aplicada naquele caso concreto?

E mais, com fundamento nesses mesmos argumentos (a declaração de inconstitucionalidade foi exercida no controle difuso para um caso determinado), não pareceria desarrazoada toda a fundamentação e preocupação da Suprema Corte com relação aos reflexos cíveis, processuais e penais nos demais processos<sup>12</sup>?

---

11 MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. São Paulo : Atlas, 2006. 19. edição, p. 651.

12 “No caso em tela, observa-se que eventual declaração de inconstitucionalidade com efeito *ex tunc* ocasionaria repercussões em todo o sistema vigente” – voto do Ministro Gilmar Mendes.

A resposta mais instantânea poderia levar à errônea conclusão.

É que embora o julgamento não alcance os demais processos em tramitação, devido à via de exceção em que reconhecida a inconstitucionalidade, é inegável a influência e a repercussão da decisão plenária em todos os casos semelhantes e a todos os órgãos do Poder Judiciário, que, apesar de não vinculados por súmula do STF<sup>13</sup>, terão suas decisões ajustadas ao entendimento quando confrontadas naquela Corte Suprema.

No entanto, há quem entenda que a declaração de inconstitucionalidade realizada pelo Supremo Tribunal Federal no HC n. 82.959-7/SP, por analisar a causa à luz da interpretação de lei “em tese”, preocupando-se com os efeitos e a repercussão da decisão em relação aos demais casos, efetivamente encampou a teoria da “abstrativização” da constitucionalidade no controle difuso, permitindo a conclusão de que o julgado teria efeitos *erga omnes*, ainda que proferido na via de exceção ou defesa, o que será analisado a seguir.

#### **4. Controle difuso “abstrativizado” da constitucionalidade e suas implicações na aplicação do direito**

Além da motivação anteriormente assinalada com relação ao efeito e ao alcance da decisão, há também um fator importante a ser considerado na aferição de sua repercussão nas demais condenações.

Trata-se da “abstrativização” da constitucionalidade no controle difuso, decorrente da objetivação da jurisdição constitucional.

Com efeito, tem-se intensificado nos últimos tempos na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal determinada ênfase à transformação da jurisdição constitucional difusa, sobretudo a concretizada por recurso extraordinário e concebida primordialmente para o exercício do controle concreto da constitucionalidade para

---

13 Apesar da decisão plenária, ainda não foi editada, com fundamento no art. 103-A da CF, súmula vinculante sobre a matéria.

o fim de contemplar igualmente uma argumentação abstrata e “em tese” determinadas matérias constitucionais, semelhantemente ao que ocorre, por exemplo, nas arguições de inconstitucionalidade perante os Tribunais em geral.

Firmada na premissa de que o Supremo Tribunal Federal não é instância revisora das decisões dos tribunais, a Alta Corte vem admitindo em alguns julgados a transformação do recurso extraordinário em instrumento de controle difuso e abstrato da constitucionalidade das leis, o que vem sendo denominado por alguns autores como a “objetivação” do recurso extraordinário<sup>14</sup>.

Nesse sentido, a Ministra Ellen Gracie, no julgamento do AI n. 375.011, assinalou que “o Supremo Tribunal Federal, em recentes julgamentos, vem dando mostras de que o papel do recurso extraordinário na jurisdição constitucional está em processo de redefinição, de modo a conferir maior efetividade às decisões”, lembrando a discussão travada pelo Tribunal Pleno da Corte nos autos da Medida Cautelar no RE n. 376.852/SC, cujo voto do Ministro Gilmar Mendes, ao reportar-se ao recurso extraordinário como meio de provocação da jurisdição constitucional, sublinhou que este “instrumento deixa de ter caráter marcadamente subjetivo ou de defesa de interesse das partes, para assumir, de forma decisiva, a fundação de defesa da ordem constitucional objetiva”.

Com isso, aquela Corte vem firmando os primeiros passos na remodelação da jurisdição constitucional, acenando na flexibilização do sistema recursal concreto, no controle difuso da constitucionalidade, para admitir igualmente nessa via o controle abstrato da constitucionalidade das leis.

Exemplo dessa aplicação é lembrado por Luiz Flávio Gomes<sup>15</sup>, ao recordar a decisão proferida pelo Pretório Excelso nos autos do RE n. 197.917/SP, quando estabelecidos critérios para a fixação do número de vereadores no País, o que, posteriormente,

---

14 DIDIER JR., Fredie. *Transformações do recurso extraordinário*. Disponível em: [www.lfg.com.br](http://www.lfg.com.br), acesso em dezembro/05.

15 Nesse sentido: “STF admite a progressão de regime nos crimes hediondos”, disponível em <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8181>, acesso em maio/06.

por resolução do Tribunal Superior Eleitoral (Resolução n. 21.702/04), acabou ganhando efeito *erga omnes*, posto que as duas ações diretas de inconstitucionalidade, ajuizadas em face deste ato normativo, foram rejeitadas.

Justamente por isso, alguns autores têm defendido a idéia de que a decisão do Supremo Tribunal, ao reunir todos os requisitos da nota “abstrativizadora” ou generalizadora – a) decisão do Tribunal Pleno, órgão competente para o julgamento na via concentrada; b) discussão abstrata da matéria (progressão de regime em crimes hediondos); c) abstenção dos ingredientes ou características personalíssimas do caso concreto; d) delimitação dos efeitos para os casos futuros – teria efeito *erga omnes* e vinculante, especialmente em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário.

Todavia, a conclusão mais acertada, à luz das características do controle difuso da constitucionalidade, de acordo com o modelo constitucional hoje vigente, é a diversa.

Isso porque, a despeito desse movimento de transformação do controle difuso, em verdade, o Supremo Tribunal Federal ainda não enfrentou a matéria explicitamente, permanecendo íntegra a aplicabilidade da norma do artigo 52, inciso X, da Constituição Federal, que exige o pronunciamento suspensivo do Senado, mediante resolução da Casa Legislativa.

Outro entendimento corroboraria a inutilidade do preceito, porquanto tivesse a declaração incidental do STF efeito vinculante e *erga omnes*, sendo despicienda a atividade do Poder Legislativo, o qual não está obrigado a proceder à edição da resolução suspensiva do ato estatal, conforme reconhecido tanto no Supremo<sup>16</sup>, quanto no Senado<sup>17</sup>.

Portanto, ainda que o julgamento circunscreva-se à validade da norma, ou seja, atente ao aspecto material ou substancial do

---

16 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção n. 460-9/RJ, rel. Ministro Celso de Mello, DJU 16-6-94, p. 15.509.

17 Conforme pareceres da Revista de Informação Legislativa n. 48/265, ano 12, 1975.

texto, apreciando sua compatibilidade com a Lei Maior, nem por isso o recurso extraordinário ou outros meios de defesa da Constituição deixam de ser instrumentos de controle da ordem constitucional objetiva, pelo só fato de seus efeitos serem restritos às partes.

Por isso, tem-se que a declaração incidental da inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo do Poder Público ordinariamente vincula apenas as respectivas Turmas do próprio Supremo Tribunal Federal, na forma de seu regimento interno<sup>18</sup>, não havendo falar em reclamação ou mesmo responsabilidade civil do Estado na aplicação, por alguns juízes, de posicionamento diverso do Supremo, ao menos até que editada a necessária resolução senatorial.

Nesse sentido o Ministro Carlos Britto decidiu recentemente nos autos da Reclamação n. 4263/MT, em julgamento realizado no dia 6-4-06 e publicado no DJU de 19-4-06, p. 24, quando reconheceu a ilegitimidade de um determinado reclamante para buscar, por meio daquele instrumento, a garantia da autoridade da decisão proferida nos autos do HC n. 82.959-7/SP (que admitiu abstratamente a progressão de regime para outro condenado), haja vista que daquela relação processual não participou o reclamante.

Para melhor ilustrar, vale a pena transcrever parte do julgado:

“Assim sumariado o caso, passo a decidir. Ao fazê-lo, observe que não se juntou instrumento de mandato, falha que, se fosse única, poderia ser objeto de sanação. Nove fora essa questão formal, entendo ser a reclamatória manifestamente incabível. Isto porque a reclamação constitucional prevista na alínea I do inciso I do artigo 102 da Carta-cidadã se revela como uma importante ferramenta processual para o fim de preservar a competência desta colenda Corte e garantir a autoridade das suas decisões. *Nesta última hipótese, contudo, sabe-se que as reclamatórias podem ser manejadas ante o descumprimento de decisórios proferidos, com efeito vinculante, nas ações destinadas ao controle abstrato de*

---

18 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RISTF, artigos 176 e 177.

*constitucionalidade, tanto quanto em processos de índole subjetiva (desde que, neste último caso, o eventual reclamante deles haja participado). 4. Com os olhos postos no caso concreto, observe que a decisão tomada no processo apontado pelo reclamante não possui efeito vinculante e eficácia erga omnes, razão pela qual o pronunciamento jurisdicional exarado nesse feito apenas tem a finalidade de atar as partes neles envolvidas. Se é assim – vale repisar –, se o reclamante não figurou em nenhum dos pólos da relação processual instaurada no seio do precitado processo, é de se inferir que falta ao acionante legitimidade ativa *ad causam*. 5. Por tudo isso, frente ao § 1º do artigo 21 do RI/STF, nego seguimento à reclamação, restando prejudicado o exame da medida cautelar. Publique-se. Brasília, 6 de abril de 2006. Ministro Carlos Ayres Britto, relator” – sem grifo no original.*

Ao assim decidir, Sua Excelência acabou reconhecendo que a decisão do Supremo Tribunal, ainda que fruto de discussão abstrata travada no âmbito do Tribunal Pleno, de acordo com o atual modelo da jurisdição constitucional, não tem o condão de vincular a atividade dos demais órgãos jurisdicionais do País em relação aos demais casos, pelo menos não direta e automaticamente, não obstante a autoridade do precedente.

## **5. Uma nova proposta de atuação: a aplicação do interstício diferenciado como reflexo da individualização da pena – influxos da nova orientação na existência do art. 112 da LEP**

Atentando-se a essa perspectiva não vinculante, porém indiscutivelmente determinante, traçada pelo Supremo Tribunal, urge a ordenação de uma nova leitura na concepção vetusta que tem inspirado a progressão no regime de cumprimento da pena com base no artigo 112 da Lei de Execução Penal (Lei n. 7.210/84).

E essa nova ordenação deve inspirar-se na própria garantia da individualização da pena.

Isso porque, admitida a possibilidade de progressão no regime do cumprimento da pena pelos condenados por crimes hediondos ou equiparados, tem-se que a garantia da individualização da pena não se exaure no momento da cominação sancionatória

ou da própria dosimetria da pena, devendo servir como parâmetro também na fase subsequente de sua execução.

Convém explicitar: um regime sancionatório como a privação da liberdade, originariamente concebido tanto como instrumento retributivo do mal praticado quanto regenerador da personalidade transviada, inspirado, portanto, não só na gravidade do ilícito, como também nas características e na pessoa do transgressor, necessariamente há de perseguir uma lógica personalíssima não só na cominação (cominam-se penas mais pesadas para crimes de maior repulsa social) e na aplicação (aplicam-se maiores reprimendas para condenados com maior culpabilidade) das penas, como também ao longo de toda a execução da medida. Somente assim estar-se-ia cumprindo o mandamento jusfilosófico de “dar a cada um o que é seu”, contemplando-se particularmente pessoas e fatos à luz de suas características singulares.

A ressocialização do agente e a ideal retribuição somente serão alcançadas quando obedecida essa lógica individualista, balizadas pela personalidade do agente, sua culpabilidade, seus antecedentes, sua conduta social, os motivos, as circunstâncias e conseqüências do crime, a conduta da vítima no contexto do crime e, especialmente, o comportamento e demais reflexões subjetivas do condenado ao longo do cumprimento da pena.

Todavia, há também um ingrediente objetivo nessa fórmula que deve atender à natureza do crime perpetrado, ao viés ontológico do ilícito.

Nesse particular, é inegável tenha o constituinte originário conferido aos crimes hediondos e a estes equiparados tratamento jurídico diferenciado, colocando-os em plano diverso das demais infrações penais, subtraindo-lhes uma série de benefícios que aos demais crimes não são vedados<sup>19</sup>.

Por outro lado, também não há dúvida de que a natureza do crime igualmente deva ser observada como diretriz orientadora da execução da pena, como sugere o próprio artigo 5º, inciso XLVIII, da Constituição Federal.

---

19 BRASIL. CF, art. 5º, inciso XLIII.

A mensagem diferenciadora do constituinte, portanto, não pode ser invalidada na execução da pena, pois, como bem ressaltou o Ministro Carlos Ayres Britto no julgamento do HC n. 82.959-7/SP, também se deve ter por inconstitucional “a aplicação da regra geral de 1/6 aos condenados pelos delitos hediondos”, inconstitucionalidade que, de acordo com seu entendimento, “não implica em retirar do mundo jurídico o diploma viciado”.

De fato, não há a necessidade de retirar do mundo jurídico o disposto no artigo 112 da Lei n. 7.210/84, desde que sua interpretação venha a ser inspirada na individualização da pena e na natureza da infração penal.

É que o artigo 112 da LEP, a despeito da cominação geral e abstrata da fração de 1/6 da pena, assim o fez mediante o estabelecimento de um *interstício mínimo* a ser observado pelo juiz da execução, que não obriga a aplicação linear pelo magistrado.

De acordo com o artigo 112 da LEP, com a redação que lhe conferiu a Lei n. 10.792, de 1º de dezembro de 2003:

“Art. 112. A pena privativa de liberdade será executada em forma progressiva com a transferência para regime menos rigoroso, a ser determinada pelo juiz, quando o preso tiver cumprido *ao menos* um sexto da pena no regime anterior e ostentar bom comportamento carcerário, comprovado pelo diretor do estabelecimento, respeitadas as normas que vedam a progressão” – sem grifo no original.

Infere-se daí que a progressão no regime prisional, sob a ótica objetiva, está vinculada ao cumprimento de “ao menos” 1/6 (um sexto) da pena, vale dizer, o condenado deverá ter cumprido, no momento da postulação, pelo menos 1/6 (um sexto) da pena no regime mais grave. Logo, a expressão “ao menos” indica a idéia de um interstício mínimo a ser observado e não condiciona, de nenhuma forma, sua aplicação linear pelo juiz da execução.

Interpretação diversa conspira contra a própria individualização da pena e malfere os princípios da proporcionalidade, igualdade e razoabilidade, na medida em que impõe ao aplicador do direito a sujeição de situações ontologicamente desiguais ao mesmo referencial objetivo, em desarmonia à mensagem da Constituição.

Não há, pois, de acordo com o dispositivo legal suscitado, uma limitação temporal inflexível, mas tão-somente um referencial mínimo de 1/6 (um sexto) a ser observado para a progressão de regime, interstício este que, em homenagem à Constituição Federal, deverá ser diferenciado em relação aos crimes hediondos e equiparados.

Essa constatação traz em si a necessidade da definição de um outro critério determinante do referencial mínimo para estes crimes, uma vez que a aplicação do fracionamento mínimo de 1/6 (um sexto) ficaria restrita às infrações penais comuns.

Nesse sentido, reconhecida a constitucionalidade da Lei n. 8.072/90 quanto às demais alterações promovidas no sistema penal (pois a declaração de inconstitucionalidade do STF somente se refere à possibilidade de progressão de regime), parece lógica a manutenção da proporção matemática instituída para a concessão do livramento condicional aos crimes hediondos, ou seja, a observância da mesma proporção objetiva instituída pelo legislador para o livramento, também em relação à progressão de regime.

Com efeito, a Lei n. 8.072/90<sup>20</sup>, ao acrescentar o inciso V<sup>21</sup> ao artigo 83 do Código Penal, *majorou em dobro* o prazo para a concessão do livramento condicional para os crimes hediondos e equiparados (de 1/3 para 2/3), sinalizando dessa forma um critério matemático para a determinação do interstício mínimo também na progressão de regime, ou seja, o dobro do anteriormente exigido.

Como o Supremo Tribunal Federal preservou a constitucionalidade das demais disposições da Lei dos Crimes Hediondos e não há, na Lei de Execução Penal, nenhuma disposição específica aos crimes hediondos, parece adequada a utilização da mes-

---

20 BRASIL. Lei n. 8.072/90: “Art. 5º. Ao art. 83 do Código Penal é acrescido o seguinte inciso”.

21 “Art. 83. O juiz poderá conceder livramento condicional ao condenado à pena privativa de liberdade igual ou superior a 2 (dois) anos, desde que: [...] V – cumprido mais de dois terços da pena, nos casos de condenação por crime hediondo, prática de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, e terrorismo, se o apelado não for reincidente específico em crimes dessa natureza”.

ma proporção matemática para que o interstício da progressão de regime igualmente seja aplicado em dobro, ou seja, em vez de 1/6, 1/3 da pena, no mínimo.

Qualquer outra interpretação que apregoe a utilização dos mesmos critérios para os crimes hediondos e os demais conflita com o ordenamento constitucional, pois redundaria em “tratamento jurídico igual para situações ontologicamente desiguais”, nos termos do voto do Ministro Carlos Ayres Britto<sup>22</sup>.

Todavia, forçoso é concluir-se que a aplicação do interstício mínimo de 1/3 (um terço), com base nesse entendimento, consubstanciaria o emprego de analogia *in malam partem*, vedada pela ciência penal.

Portanto, até que norma legal específica venha a ser editada para balizar o mínimo legal, tem-se que os condenados por crimes hediondos ou equiparados, ao resgatarem mais de 1/6 (um sexto) da reprimenda em regime fechado, passam a ter o direito de pleitear a progressão para regime menos rigoroso do cumprimento da pena, cujo deferimento, no caso concreto, deverá pautar-se na análise dos demais vetores de ordem subjetiva inerentes à pessoa do reeducando, podendo o juiz da execução, bem por isso, valer-se de qualquer outro limitador, inferior a 2/3 (dois terços), quando se opera para estes crimes o requisito objetivo necessário ao livramento condicional<sup>23</sup>.

Vale dizer, apesar de não ser possível, à míngua de regimento legal próprio, a utilização de limitador mínimo para os crimes hediondos, pode o juiz da execução, atento às características subjetivas do condenado e à natureza hedionda do crime, tomar qualquer outra fração superior a 1/6 e inferior a 2/3, pois, se é admissível que mesmo um condenado por crime comum venha a resgatar até 1/3 da pena em regime fechado – bastando para tanto não lograr mérito suficiente à progressão –, de igual sorte é de se

---

22 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC n. 82.959-7/SP.

23 Pois ao atingir o cumprimento de 2/3 da pena, admitido o mérito necessário, o reeducando terá direito, preferencialmente, ao livramento condicional em vez da progressão de regime.

cogitar possa um condenado por crime hediondo, a depender de seu comportamento, assim cumpri-la até o limite de 2/3 (dois terços), referencial temporal do livramento condicional.

Nessa linha de raciocínio, afiguram-se corretas algumas decisões que, inspiradas na garantia da individualização da pena, têm aplicado interstícios diferenciados para a progressão de regime aos condenados por crimes hediondos ou equiparados, superior a 1/6 e inferior a 2/3.

Além disso, a decisão do Supremo Tribunal Federal fez ressurgir com maior vigor a necessidade de prévia realização do exame criminológico, providência que, a despeito da nova redação do artigo 112 da LEP, alterada pela Lei n. 10.792/03, subsidiará o levantamento de elementos concretos com relação ao mérito do reeducando como requisito indispensável à concessão da benesse.

Portanto, ainda que a nova redação do artigo 112 da Lei n. 7.210/84 admita a progressão de regime com base em mero atestado de conduta carcerária emitido pelo diretor do estabelecimento penal, subsiste a possibilidade de o juiz da execução, mediante decisão fundamentada, antes de resolver a questão, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, determinar a realização do exame criminológico, sempre que julgar necessário à aferição dos elementos subjetivos próprios do incidente<sup>24</sup>.

Nesse sentido, além de recentes julgados do próprio Supremo Tribunal Federal, proferidos nos autos do HC n. 88.052-5/DF, rel. Ministro Celso de Mello, julgado em 4-4-06 (DJU 28-4-06)<sup>25</sup> e

---

24 Conforme assinalou Marcelo Gomes Silva: “Fundamental, pois, é que se avalie não apenas se o apenado praticou ou não faltas disciplinares, mas, sim, suas condições psicológicas para regresso ao convívio social, típico do sistema de progressão adotado pelo Brasil.

“A análise da personalidade do sentenciado, seu grau de periculosidade, entendimento dos fins da reprimenda, probabilidade de voltar a delinquir e sugestão de formas de medidas necessárias à ressocialização são fundamentais para a colocação do apenado em um regime prisional mais brando” (“Fim do exame criminológico?” *Atuação – Revista Jurídica do Ministério Público Catarinense*. Jan./abr. 2004 – n. 2 – Florianópolis, p. 185).

25 “Crime hediondo ou delito a este equiparado – Imposição de regime integralmente fechado – Inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/90 – Progres-

do RHC n. 86.951-3/RJ, rela. Ministra Ellen Gracie, julgado em 7-3-06 (DJU 24-3-06)<sup>26</sup>, registram-se diversos outros precedentes do egrégio Superior Tribunal de Justiça<sup>27</sup>.

Em síntese, ao concretizar a individualização da pena em sede de execução penal, não está o juiz adstrito, como pretendem alguns, ao simples atestado de conduta carcerária, recomendando-se, para tanto, a realização prévia do exame criminológico, sempre que entender necessário<sup>28</sup>.

## 6. Projetos de lei em tramitação no Congresso Nacional

Após o julgamento realizado pelo Supremo Tribunal Federal, alguns projetos de lei foram apresentados no Congresso Nacional, fundamentalmente no intuito de disciplinar um interstício míni-

---

são de regime – Admissibilidade – Exigência, contudo, de prévio controle dos demais requisitos, objetivos e subjetivos, a ser exercido pelo juízo da execução (LEP, art. 66, III, *b*), excluída, desse modo, em regra, na linha da jurisprudência desta corte (RTJ 119/668, RTJ 125/578, RTJ 158/866, RT 721/550), a possibilidade de o Supremo Tribunal Federal, examinando pressupostos de índole subjetiva na via sumaríssima do *habeas corpus*, determinar o ingresso imediato do sentenciado em regime penal menos gravoso — Reconhecimento, ainda, da possibilidade de o juiz da execução ordenar, mediante decisão fundamentada, a realização de exame criminológico — Importância do mencionado exame na aferição da personalidade e do grau de periculosidade do sentenciado (RT 613/278) — Edição da Lei n. 10.792/2003, que deu nova redação ao art. 112 da LEP — Diploma legislativo que, embora omitindo qualquer referência ao exame criminológico, não lhe veda a realização, sempre que julgada necessária pelo magistrado competente — Conseqüente legitimidade jurídica da adoção, pelo Poder Judiciário, do exame criminológico (RT 832/676, RT 836/535, RT 837/568) — Precedentes — *Habeas corpus* deferido, em parte”.

- 26 “Crime hediondo. Tráfico de entorpecentes. Progressão no regime prisional. Possibilidade em face do precedente do plenário (HC n. 82.959) julgado em 23-2-2006, que reconheceu, incidentalmente, a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/90. O provimento do recurso, todavia, é parcial, cabendo ao juiz da execução examinar os demais requisitos para a progressão no regime menos rigoroso, procedendo, se entender necessário, o exame criminológico. RHC provido parcialmente”.
- 27 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC n. 38.719/SP, rel. Ministro Hélio Quaglia Barbosa; HC n. 39.364/PR, rela. Ministra Laurita Vaz; HC n. 40.278/PR, rel. Ministro Felix Fischer, e HC 42.513/PR, rela. Ministra Laurita Vaz.
- 28 Nesse sentido: NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal e Execução Penal*. São Paulo: RT, 2006, 2. edição, p. 957.

mo da progressão de regime para os crimes hediondos e equiparados.

Nesse particular, destacam-se os Projetos de Lei n. 6.714 e 6.842, de autoria dos Deputados Colbert Martins e Betinho Rosado, respectivamente, que estabelecem o interstício mínimo de 1/3, além do Projeto de Lei n. 48/2006, apresentado pelo Senador Demóstenes Torres, já aprovado na Comissão de Constituição e Justiça do Senado, que fixa em 1/2 tal requisito objetivo mínimo para condenados primários e 2/3 para os reincidentes.

Além disso, tramita também na Câmara dos Deputados o Projeto de Lei n. 6.793, de proposição governamental, que aumenta para 1/3 o interstício mínimo para os condenados primários e 1/2 para os reincidentes.

Alterado o interstício mínimo exigido pela LEP para a progressão de regime em relação aos crimes hediondos e equiparados, será dispensável a fundamentação da adoção do critério mínimo superior ao correspondente às condenações por crimes comuns, persistindo, no entanto, a necessidade de assim proceder o juiz da execução toda vez que repute necessária a adoção de proporção superior ao mínimo legal dos crimes hediondos.

## 7. Considerações finais

Como se disse anteriormente, não há dúvida de que a decisão do Supremo Tribunal Federal, ao afastar o óbice da progressão de regime aos crimes hediondos e a estes equiparados, inaugurou uma nova realidade no cenário político-criminal brasileiro.

Se, por um lado, representa o reconhecimento da fragilidade e ineficiência do sistema de ressocialização da pena no Brasil, admitindo na progressão a última esperança na consecução de sua finalidade, por outro demonstra preocupação com a dignidade da pessoa humana e assenta definitivamente o princípio da individualização da pena como postulado regulador da execução penal.

Apesar disso, uma quantificação igualitária entre os crimes comuns e os denominados hediondos, mediante a aplicação de idênticos critérios objetivos para a progressão de regime, relega a

plano secundário o tratamento diferenciado concebido pela Constituição a tal categoria criminosa e desvia-se da meta da proporcionalidade, desnaturando por completo o especial sistema encetado pela Lei n. 8.072/90, fazendo tábula rasa de seus preceitos.

Nesse contexto é que a aplicação do interstício diferenciador mínimo desponta como alternativa razoável à contenção do esvaziamento da *ratio* da rotulagem da hediondez, equacionando com equilíbrio a individualização da pena e os anseios sociais decorrentes de tais práticas.

Contudo, forçosa é a conclusão de que, até o diploma legal específico ser editado, poderá o juiz da execução adotar qualquer fração que seja superior a 1/6 e inferior a 2/3 para a progressão de regime nos crimes hediondos e equiparados (1/5, 1/4, 1/3 e 1/2, por exemplo), inspirado na natureza da infração penal e, particularmente, nas condições subjetivas da pessoa do condenado, sendo-lhe facultado, sempre que conveniente, lançar mão do exame criminológico para a aferição do mérito do reeducando, instrumento balizador do próprio critério objetivo a ser adotado, caso a caso, em homenagem à garantia da individualização da pena.

## 8. Referências bibliográficas

- BRASIL. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília: Senado, n. 48/265, ano 12, 1975.
- \_\_\_\_\_. Constituição da República Federativa do Brasil, 1988.
- \_\_\_\_\_. Código Penal. 11. ed. São Paulo: RT, 2006.
- \_\_\_\_\_. Código de Processo Penal. 11. ed. São Paulo: RT, 2006.
- \_\_\_\_\_. Lei n. 7.210/84.
- \_\_\_\_\_. Lei n. 8.072/90.
- \_\_\_\_\_. Lei n. 9.455/97.
- \_\_\_\_\_. [www.stf.gov.br](http://www.stf.gov.br), [www.stj.gov.br](http://www.stj.gov.br) e [www.tj.sc.gov.br](http://www.tj.sc.gov.br).
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 5. ed. Coimbra, 1992,
- DIDIER JR., Fredie. *Transformações do recurso extraordinário*. Disponível em: [www.lfg.com.br](http://www.lfg.com.br), acesso em dezembro/05.

- DOTTI, René Ariel. *Curso de Direito Penal – parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- FERRI, Enrico. *Princípios de Direito Criminal*. 2. ed. Campinas: Bookseller, 1999.
- FILHO, Antônio Carlos Santoro. *Fundamentos de Direito Penal*. São Paulo: Malheiros, 2003.
- FRANCO, Alberto Silva. *Crimes Hediondos*. 4. ed. São Paulo: RT, 2000.
- GOMES, Luiz Flávio. STF admite a progressão de regime nos crimes hediondos, disponível em <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8181>, acessado em maio/06.
- MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.
- MIOTTO, Armida Bergamini. *Curso de Direito Penitenciário*. São Paulo: Saraiva, 1975.
- MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006.
- OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni (coordenação). *Jurisdição e hermenêutica constitucional no Estado Democrático de Direito*. Alexandre de Castro Coura, Alexandre Gustavo Melo Franco Bahia, Cássius Guimarães Chai, Cíntia Garabini Lages, Francisco de Castilho Prates, Heloísa Helena Nascimento Rocha, José Emílio Medauar Ommati, Lúcio Antônio Chamon Junior, Menelick de Carvalho Netto. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.
- NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal e Execução Penal*. 2. ed. São Paulo: RT, 2006.
- SILVA, Marcelo Gomes. Fim do exame criminológico? *Atuação – Revista Jurídica do Ministério Público Catarinense*. Florianópolis: PGJ/ACMP, jan./abr. 2004, n. 2.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl, e PIERANGELLI, José Enrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro*. 2. ed. São Paulo: RT, 1999.