



ESCOLA DE FORMAÇÃO 2007

**O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A JURISPRUDÊNCIA
DA VEDAÇÃO À PROGRESSÃO DE REGIME DE PENA**

Monografia apresentada à
Sociedade Brasileira de Direito
Público como trabalho de
conclusão do curso da Escola de
Formação do ano de 2007.

Autora: Gabriela Marques de Miranda Rocha

Orientadora: Marta Rodriguez de Assis Machado

São Paulo

2007

SUMÁRIO

1. Introdução.....	03
2. Metodologia.....	07
2.1 Escolha dos acórdãos.....	07
2.2 Votos ausentes.....	09
2.3 Delimitação do conteúdo analisado nos acórdãos.....	10
3. Questões prévias à análise dos acórdãos.....	12
3.1 Lei dos Crimes Hediondos (Lei nº8.970/90).....	12
3.2 Lei da Tortura (Lei nº9.455/97).....	13
3.3 Princípio constitucional da individualização da pena.....	14
4. Composição do STF e análise dos votos.....	16
4.1 Votos dos ministros.....	17
4.1.1 Ministros presentes somente na primeira fase.....	17
4.1.2 Ministros presentes nas duas fases.....	21
4.1.3 Ministros presentes somente na segunda fase.....	30
4.2 Sistematização dos argumentos.....	34
4.2.1 Critérios.....	34
4.2.2 Classificação dos votos.....	36
5. Avaliação da revisão da jurisprudência nos votos do <i>Habeas Corpus</i> nº82.959.....	40
5.1 Voto Ministro Gilmar Mendes.....	40
5.2 Voto Ministro Eros Grau.....	42
5.3 Comentários.....	43
6. Conclusão.....	46
7. Referências bibliográficas.....	48

1. INTRODUÇÃO

O sistema progressivo de execução de penas privativas de liberdade, a partir da reforma penal de 1984, passou a ser regulado pelo §2º do artigo 33 do Código Penal¹. Com a progressão, o condenado tem a possibilidade de evoluir de um regime mais rigoroso para outro menos rigoroso. Para tanto, como regra geral, deve preencher o requisito temporal, ou seja, haver cumprido pelo menos um sexto do regime na pena anterior, e merecer a progressão a partir de seu bom comportamento.

Em 25 de julho de 1990, foi publicada a Lei nº8.072, que passou a ser conhecida como Lei dos Crimes Hediondos. Em seu artigo 1º foram definidos os crimes hediondos², regulamentando-se, assim, a previsão constitucional desse gênero de infração penal presente no inciso XLIII do artigo 5º da Constituição Federal de 1988³.

No §1º de seu artigo 2º, a Lei nº 8.072/90 determinava que a pena por crime hediondo, pela prática de tortura, pelo tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, e por terrorismo seria "cumprida

¹ Art. 33. § 2º As penas privativas de liberdade deverão ser executadas em forma progressiva, segundo o mérito do condenado, observados os seguintes critérios e ressalvadas as hipóteses de transferência a regime mais rigoroso:

- a) o condenado a pena superior a 8 (oito) anos deverá começar a cumpri-la em regime fechado;
- b) o condenado não reincidente, cuja pena seja superior a 4 (quatro) anos e não exceda a 8 (oito), poderá, desde o princípio, cumpri-la em regime semi-aberto;
- c) o condenado não reincidente, cuja pena seja igual ou inferior a 4 (quatro) anos, poderá, desde o início, cumpri-la em regime aberto.

² Art. 1º São considerados hediondos os seguintes crimes, todos tipificados no Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, consumados ou tentados: I - homicídio (art. 121), quando praticado em atividade típica de grupo de extermínio, ainda que cometido por um só agente, e homicídio qualificado (art. 121, § 2º, I, II, III, IV e V); II - latrocínio (art. 157, § 3º, in fine); III - extorsão qualificada pela morte (art. 158, § 2º); IV - extorsão mediante seqüestro e na forma qualificada (art. 159, caput, e §§ 1º, 2º e 3º); V - estupro (art. 213 e sua combinação com o art. 223, caput e parágrafo único); VI - atentado violento ao pudor (art. 214 e sua combinação com o art. 223, caput e parágrafo único); VII - epidemia com resultado morte (art. 267, § 1º); VII-A - (VETADO); VII-B - falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais (art. 273, caput e § 1º, § 1º-A e § 1º-B, com a redação dada pela Lei nº 9.677, de 2 de julho de 1998).

Parágrafo único. Considera-se também hediondo o crime de genocídio previsto nos arts. 1º, 2º e 3º da Lei nº 2.889, de 1º de outubro de 1956, tentado ou consumado.

³ Art. 5º 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;

integralmente em regime fechado”, instaurando-se assim a vedação à progressão de regime aos condenados por tais crimes.

Sobre a época de publicação da Lei nº8.072, Alberto Silva Franco declara que “o clima político-ideológico, que havia influído poderosamente sobre o posicionamento do legislador constituinte, encontrou consistente reforço nos atos criminosos dirigidos contra seguimentos privilegiados da sociedade brasileira. Menos de dois anos após a Constituição Federal de 1988, o legislador ordinário, pressionado por uma orquestrada atuação dos meios de comunicação social, formulava a Lei nº8.072/90. Um sentimento de pânico e insegurança - muito mais produto da comunicação do que da realidade - tinha tomado conta do meio social e acarretava como conseqüências imediatas a dramatização da violência e sua politização”⁴.

A vedação da progressão de regime prevista no §1º do artigo 2º da Lei dos Crimes Hediondos teve sua constitucionalidade questionada diversas vezes em todas as estâncias do Poder Judiciário, alcançando o Pleno do Supremo Tribunal Federal pela primeira vez a partir do julgamento do *Habeas Corpus* nº69.657, em 18 de dezembro de 1992. Nele, a inconstitucionalidade foi afastada e o *Habeas Corpus* indeferido, restando vencidos os votos dos ministros Marco Aurélio e Sepúlveda Pertence.

No mesmo dia ocorreu o julgamento de outro *Habeas Corpus* que questionava a constitucionalidade do mesmo dispositivo legal, o HC nº69.603. Os votos foram os mesmos dos proferidos no julgamento anterior, com exceção do relator, ministro Paulo Brossard, que reafirmou a posição defendida naquele julgamento a partir de voto mais extenso. Como não podia deixar de ser, o resultado foi o mesmo do julgamento anterior.

Em 7 de abril de 1997 foi publicada a Lei nº 9.455, a chamada Lei da Tortura, que em seu §7º do artigo 1º determinava que “o condenado por crime previsto nesta Lei, salvo a hipótese do §2º⁵, iniciará o cumprimento da pena em regime fechado”, afastando assim a vedação da progressão de regime para o crime de tortura, exatamente um daqueles crimes que

⁴ Alberto Silva Franco, *Do princípio da mínima intervenção ao princípio da máxima intervenção*. São Paulo, Revista Portuguesa de Ciência Criminal, ano 6, fasc. 2º, 1996, p. 175/187.

⁵ Art. 1º§ 2º Aquele que se omite em face dessas condutas, quando tinha o dever de evitá-las ou apurá-las, incorre na pena de detenção de um a quatro anos.

havia sido englobados pela Lei nº8.072/90 e portanto, como insuscetíveis de ter progredido o regime de cumprimento da pena.

Com essa mudança no ordenamento jurídico, o questionamento acerca da constitucionalidade do §1º do artigo 2º da Lei nº8.072/90 chegou mais uma vez ao Plenário do STF, dessa vez com uma nova tese apresentada pelo impetrante, qual seja a derrogação tácita daquele dispositivo legal pelo §7º do artigo 1º da Lei nº9.455/97. O julgamento do HC nº76.371 somente confirmou o que já havia sido decidido em 1992, os ministros do STF consideravam a vedação da progressão de regime constitucional, e mais uma vez restaram vencidos os ministros Marco Aurélio e Sepúlveda Pertence.

Em 19 de dezembro de 2002 o julgamento pelo STF do HC nº82.638 reafirmou a constitucionalidade anteriormente decidida, e o próprio ministro Sepúlveda Pertence declarou não vislumbrar perspectivas de revisão no entendimento sedimentado pelo STF. Mais uma vez, restaram vencidos os ministros Marco Aurélio e Sepúlveda Pertence.

Quatro anos depois, no dia 23 de fevereiro de 2006 terminou o julgamento que alterou toda a jurisprudência anteriormente firmada. O *Habeas Corpus* nº82.959, que assim como os anteriores, questionava a constitucionalidade da vedação da progressão de regime imposta pelo §1º do artigo 2º da Lei nº8.072/90, foi deferido pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal.

Após essa decisão, em 28 de março de 2007 foi publicada a Lei nº11.464, responsável pela nova redação da Lei nº8.072/90. Desse modo, os condenados por crimes hediondos passaram a ter direito a liberdade provisória, e a progressão de regime, a qual “dar-se-á após o cumprimento de 2/5 (dois quintos) da pena, se o apenado for primário, e de 3/5 (três quintos), se reincidente”⁶.

⁶ Art. 1º O art. 2º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, passa a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 2º

II - fiança.

§ 1º A pena por crime previsto neste artigo será cumprida inicialmente em regime fechado.

§ 2º A progressão de regime, no caso dos condenados aos crimes previstos neste artigo, dar-se-á após o cumprimento de 2/5 (dois quintos) da pena, se o apenado for primário, e de 3/5 (três quintos), se reincidente.

§ 3º Em caso de sentença condenatória, o juiz decidirá fundamentadamente se o réu poderá apelar em liberdade.

A partir dessa contextualização histórica, o objetivo dessa monografia é procurar entender melhor como se deu a mudança na jurisprudência do STF com o HC nº82.959, bem como quais foram suas prováveis causas.

A partir da análise da argumentação dos ministros nos cinco acórdãos supra citados, busca-se identificar os possíveis motivos da alteração de uma jurisprudência tão rigidamente formada pela Suprema Corte brasileira, especialmente considerando a peculiaridade de tal mudança haver ocorrido sem que houvesse, nesse meio tempo, qualquer alteração legislativa ou constitucional significativa.

§ 4º A prisão temporária, sobre a qual dispõe a Lei nº 7.960, de 21 de dezembro de 1989, nos crimes previstos neste artigo, terá o prazo de 30 (trinta) dias, prorrogável por igual período em caso de extrema e comprovada necessidade.” (NR)

2. METODOLOGIA

Este capítulo tem a função de demonstrar o percurso metodológico seguido na pesquisa, tanto na escolha dos acórdãos a serem analisados quanto na determinação dos critérios utilizados para a análise.

Tendo em vista o tema do presente trabalho, qual seja a mudança na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no que diz respeito à (in) constitucionalidade do §1º do artigo 2º da Lei nº 8.072 de 1990, que preceituava a vedação da progressão de regime de cumprimento de pena aos condenados pelos crimes classificados como hediondos, a pesquisa se baseou em um acórdão específico, qual seja, o proferido no HC nº 82.959. Nele, a jurisprudência anteriormente firmada pelo STF, foi alterada de modo a ser considerada inconstitucional a vedação da progressão de regime, ao contrário do que o STF decidia até então.

Para que seja possível analisar o processo do qual resultou a alteração jurisprudencial do STF, é imprescindível a análise das decisões anteriores, responsáveis pela sustentação da jurisprudência até então firmada. Desse modo, a comparação entre elas e aquela prolatada no HC nº 82.959 tornará possível a investigação das razões e circunstâncias da alteração jurisprudencial, ou no mínimo, na provável exclusão de possíveis razões e circunstâncias anteriormente consideradas.

2.1. ESCOLHA DOS ACÓRDÃOS

A seleção dos acórdãos utilizados na pesquisa se deu a partir do sítio do Supremo Tribunal Federal na internet⁷. No dia 17 de outubro de 2007 a ferramenta de busca de jurisprudência, “pesquisa livre”, foi preenchida com alguns termos que remetem ao escopo da presente pesquisa. Privilegiaram-se decisões do Pleno do STF, já que o HC nº 82.959 havia também sido

⁷ www.stf.gov.br

decidido por este órgão. Assim, escolheu-se o órgão julgador “Plenário” como um filtro prévio para que os acórdãos fossem pesquisados⁸.

Ao optar-se pela expressão “crimes hediondos”, foram encontrados 37 (trinta e sete) acórdãos⁹. Ao preencher a ferramenta de busca com a expressão “lei 8.072 E constitucionalidade” só foi obtido 01 (um) acórdão como resultado¹⁰. Com o preenchimento da expressão “lei 8.072 E inconstitucionalidade” o resultado foram 5 (cinco) acórdãos¹¹. No caso da expressão “progressão E regime E inconstitucional” 4 (quatro) acórdãos foram encontrados¹². A expressão “progressão E regime E constitucional” teve 13 (treze) acórdãos como resultado¹³. E por último, o uso da expressão “lei 8072 E progressão” só resultou em 1 (um) acórdão encontrado¹⁴.

Desconsiderando-se os resultados repetidos, restaram tão somente 45 (quarenta e cinco) acórdãos. Deste último resultado foram descartados os acórdãos cujos julgamentos haviam ocorrido após o dia 23 de fevereiro de 2006, data na qual se deu o julgamento do HC nº 82.959¹⁵. Como se busca analisar a “ruptura” da jurisprudência do STF que aconteceu com esta última decisão, não são interessantes para os objetivos da presente monografia acórdãos julgados depois daquele, já que aí estaríamos estudando os efeitos do mesmo, e não como se deu sua importância na transformação do entendimento do STF. Com esse filtro cronológico o

⁸ Os casos ora analisados chegaram ao Plenário a partir de prescrição do Regimento Interno do STF:

“Art. 6º Também compete ao Plenário: II – julgar:

c) habeas corpus remetidos ao seu julgamento pelo Relator.”

⁹AO 1046 / RR; HC 85894 / RJ; AI-EDv-AgR 460085 / RS; HC 88245 / SC; AI-EDv-AgR 574694 / RS; Ext 1022 / IT; Ext 966 / EU; HC 88455 / RJ; AI-EDv-AgR 573847 / RS; AI-EDv-AgR 504022 / RS; HC 82959 / SP; Ext 855 / REPÚBLICA DO CHILE; ADI-MC 2795 / DF; HC 82638 / SP; Ext-QO 816 / EU; HC 80745 / RJ; Ext 796 / EU; Ext-QO-QO 785 / ME; HC 80327 / DF; Ext-QO 785 / ME; Ext 759 / IT; HC 79157 / CE; Ext 741 / IT; HC 77528 / SP; HC 76371 / SP; HC 74544 / SP; HC 74132 / SP; HC 73118 / RN; ADI-MC 1358 / DF; HC 72366 / SP; Ext 625 / IT; Ext 622 / IT; HC 70389 / SP; HC 69657 / SP; HC 69603 / SP; Ext 542 / EU; AI-EDv-AgR 559900 / RS.

¹⁰ HC 69657 / SP

¹¹ AI-EDv-AgR 559900 / RS; HC 82959 / SP; HC 82638 / SP; HC 77528 / SP; HC 76371 / SP.

¹² HC 82959 / SP; ADI 2867 / ES; HC 76371 / SP; HC 69657 / SP.

¹³ AI-EDv-AgR 504022 / RS; HC 82959 / SP; ADI 2939 / MG; ADI 2867 / ES; HC 82638 / SP; ADI 844 / MS; ADI 1230 / DF; ADI-MC 1975 / DF; HC 76371 / SP; ADI-MC 1586 / PA; ADI 665 / DF; HC 69657 / SP; RE 97160 / RJ.

¹⁴ HC 69657 / SP.

¹⁵ Dos 11 acórdãos excluídos por seus julgamentos haverem acontecido depois da decisão do HC nº82.959, somente 05 (AI-EDv-AgR 559900/RS; AI-EDv-AgR 460085/RS; AI-EDv-AgR 574694/RS; AI-EDv-AgR 573847/RS; AI-EDv-AgR 504022) tratavam da progressão de regime, e em todos eles foi repetido o entendimento firmado naquele julgamento.

número de decisões a serem analisadas para a pesquisa diminuiu para 34 (trinta e quatro).

Dentre os acórdãos que sobraram verificou-se que muitos não diziam respeito ao tema abordado nessa monografia, razão pela qual se deu início ao processo de filtragem manual, a partir da análise do objeto dessas decisões.

Na ementa dos acórdãos que sobraram, procurou-se a palavra “regime” devido ao seu posicionamento nuclear no tema dos acórdãos buscados, qual seja “vedação da progressão de regime”, que aparecia também muitas vezes como “regime integralmente fechado”. Dessa seleção manual ainda permaneceram 13 (treze) acórdãos para serem analisados.

Foram excluídos 3 (três) acórdãos por dizerem respeito ao regime dos servidores públicos¹⁶, enquanto em outro haviam sido discutidos regimes militares¹⁷, e outros 4 (quatro) tratavam respectivamente do regime de livramento condicional¹⁸, regime constitucional de 1988¹⁹, regime de subsídios²⁰, e regime de vencimentos e vantagens da magistratura²¹.

Dessa maneira, só sobraram 5 (cinco) acórdãos em cujas ementas estava citada a proibição da progressão de regime, ou o cumprimento integral da pena em regime fechado. Apesar de tais características, um dos acórdãos ainda destoava do tema proposto para a pesquisa. Na Ext-QO 816 / EU, nem a decisão nem o pedido do requerente diziam respeito à vedação da progressão de regime segundo o §1º do artigo 2º da Lei nº 8.072/90, mas sim à extradição e à impossibilidade de progressão de regime para extraditando devido a sua futura extradição.

Por fim, restaram 4 (quatro) *Habeas Corpus* do processo anteriormente descrito: HC 82638 / SP; HC 76371 / SP; HC 69657 / SP; e HC 69603 / SP. Somados ao HC nº 82.959, que serve de base à pesquisa, serão examinados nesse estudo 5 (cinco) acórdãos do STF.

2.2. VOTOS AUSENTES

¹⁶ADI-MC 1586 / PA; ADI 665 / DF; ADI 2867 / ES.

¹⁷ Ext 855 / REPÚBLICA DO CHILE.

¹⁸HC 79157 / CE.

¹⁹HC 72366 / SP.

²⁰ADI-MC 1975 / DF.

²¹RE 97160 / RJ.

A princípio, foram analisados todos os votos desses acórdãos supra selecionados. Contudo, é importante deixar claro a falta de análise da argumentação de alguns votos presentes ao longo da monografia. Isso aconteceu, pois muitos deles não foram motivados, e desse modo, a argumentação a eles referente não fazia parte dos acórdãos que foram objeto de análise dessa pesquisa.

A partir do extrato de ata ao final dos acórdãos foi possível identificar quais ministros estavam presentes no julgamento, bem como os ministros cujos votos restaram vencidos da decisão. Desse modo, apesar de nem todos os ministros terem fundamentado seus votos nos acórdãos selecionados, foram considerados seus posicionamentos conforme constava no extrato de ata²².

Tendo em vista tal consideração, ainda restou ausente a análise de um voto.

No julgamento do HC nº76.371, o Ministro Octávio Gallotti indeferiu a ordem e declarou estar coerente com a orientação por ele assumida perante a Primeira Turma no julgamento do HC nº76.543.

Entretanto, não foi possível localizar o voto por ele proferido ao julgar tal *Habeas Corpus*. No sítio do STF na internet, ao ser selecionada a opção "inteiro teor" no dia 17 de outubro de 2007, o acórdão do HC nº76.543 só contava com o voto dos Ministros Sydney Sanches (relator) e Sepúlveda Pertence. Ao requisitar à Seção de Pesquisa de Jurisprudência do STF, via e-mail e fax, o voto do Ministro Gallotti no julgamento do *Habeas Corpus*, a resposta obtida foi a de que "o voto não compôs o referido acórdão", como havia sido notado na busca no sítio na internet.

2.3. DELIMITAÇÃO DO OBJETO DE ANÁLISE NOS ACÓRDÃOS

Apesar dos acórdãos selecionados serem compostos majoritariamente pela discussão acerca da vedação à progressão de regime, não se limitavam a tanto, sendo discutidos neles questões como os efeitos da declaração de

²² Tal escolha metodológica foi estabelecida a partir de contato feito com o gabinete do Ministro Joaquim Barbosa e com a Seção de Pesquisa de Jurisprudência. Os responsáveis por ambos admitiram a situação da não fundamentação dos votos no corpo do acórdão, e orientaram o embasamento a partir do extrato de ata conforme explicado.

inconstitucionalidade, a causa de aumento de pena, e a classificação dos crimes de estupro e atentado ao pudor em suas formas simples.

Contudo, como o principal escopo da presente monografia é o estudo da mudança jurisprudencial do STF, a análise feita será circunscrita ao objeto de tal mudança jurisprudencial, qual seja, o entendimento do STF no que tange à vedação à progressão de regime de cumprimento de pena no caso de condenados por crimes hediondos.

3. QUESTÕES JURÍDICAS PRÉVIAS À ANÁLISE DOS ACÓRDÃOS

A guisa de contextualização, serão expostos a seguir os principais elementos jurídicos levados em consideração pelos ministros que votaram nos julgamentos cujos acórdãos foram analisados.

3.1. LEI DOS CRIMES HEDIONDOS (LEI Nº 8.072/90)

Ao criar a Lei nº8.072, publicada em 25 de julho de 1990, o legislador ordinário inovou em diversos aspectos. Além de haver determinado a vedação à progressão de regime em seu §1º do artigo 2º, cuja discussão é objeto da presente monografia, o dispositivo legal em questão acrescentou a vedação ao indulto, à liberdade provisória e à fiança. Isso é o que consta nos incisos do artigo 2º da Lei, com a seguinte redação: "Os crimes hediondos, a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo são insuscetíveis de:

- I - anistia, graça e indulto;
- II - fiança e liberdade provisória".

A Lei em questão também aumentou o prazo prorrogável à prisão temporária a partir da redação do §3º de seu artigo 2º: "A prisão temporária, sobre a qual dispõe a Lei nº7.960, de 21 de dezembro de 1989, nos crimes previstos neste artigo, terá o prazo de trinta dias, prorrogável por igual período em caso de extrema e comprovada necessidade".

Da mesma forma, a Lei nº8.072/90 foi responsável pelo endurecimento na execução penal dos condenados pelos crimes nela classificados, ao definir em seu artigo 5º que tais condenados só teriam a possibilidade de conseguir o livramento condicional havendo cumprido mais de dois terços da pena privativa de liberdade²³. Regra geral, o mesmo seria

²³ Art. 5º Ao art. 83 do Código Penal é acrescido o seguinte inciso:
"Art. 83.

concedido havendo passado somente um terço da pena privativa de liberdade.

Por último, a Lei ora analisada deixou de conceituar o que seriam os chamados "crimes hediondos" e se limitou a determinar quais crimes seriam classificados como tais em seu artigo 1º, redigido originariamente da seguinte forma:

"São considerados hediondos os crimes de latrocínio (art. 157, § 3º, *in fine*), extorsão qualificada pela morte, (art. 158, § 2º), extorsão mediante seqüestro e na forma qualificada (art. 159, *caput* e seus §§ 1º, 2º e 3º), estupro (art. 213, *caput* e sua combinação com o art. 223, *caput* e parágrafo único), atentado violento ao pudor (art. 214 e sua combinação com o art. 223, *caput* e parágrafo único), epidemia com resultado morte (art. 267, § 1º), envenenamento de água potável ou de substância alimentícia ou medicinal, qualificado pela morte (art. 270, combinado com o art. 285), todos do Código Penal (Decreto-Lei nº2.848, de 7 de dezembro de 1940), e de genocídio (arts. 1º, 2º e 3º da Lei nº2.889, de 1º de outubro de 1956), tentados ou consumados".

Tal falta de conceituação possibilitou a posterior alteração dessa "lista" de crimes pela Lei nº8.930/94 e nº9.695/98²⁴.

3.2. LEI DA TORTURA (LEI Nº 9.455/97)

Apesar de o Brasil ser, já a partir de 1945, signatário de diversos tratados e convenções²⁵ que dispusessem sobre a tortura, somente em 7 de abril de 1997 foi publicada a Lei nº9.455, a chamada Lei da Tortura.

V - cumprido mais de dois terços da pena, nos casos de condenação por crime hediondo, prática da tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, e terrorismo, se o apenado não for reincidente específico em crimes dessa natureza."

²⁴ Redação do art. 1º da Lei nº8.072/90 após entrada em vigor das Leis nº8.930/94 e nº9.695/98: São considerados hediondos os seguintes crimes, todos tipificados no Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, consumados ou tentados: I - homicídio (art. 121), quando praticado em atividade típica de grupo de extermínio, ainda que cometido por um só agente, e homicídio qualificado (art. 121, § 2º, I, II, III, IV e V); II - latrocínio (art. 157, § 3º, *in fine*); III - extorsão qualificada pela morte (art. 158, § 2º); IV - extorsão mediante seqüestro e na forma qualificada V - estupro (art. 213 e sua combinação com o art. 223, *caput* e parágrafo único); VI - atentado violento ao pudor (art. 214 e sua combinação com o art. 223, *caput* e parágrafo único); VII - epidemia com resultado morte (art. 267, § 1º) VII-A - (VETADO) VII-B - falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais (art. 273, *caput* e § 1º, § 1º-A e § 1º-B, com a redação dada pela Lei nº 9.677, de 2 de julho de 1998). Parágrafo único. Considera-se também hediondo o crime de genocídio previsto nos arts. 1º, 2º e 3º da Lei nº 2.889, de 1º de outubro de 1956, tentado ou consumado.

Nela, além de ser conceituado o crime de tortura bem como seus sujeitos, respectivas penas, e causas de aumento, é vedada a fiança, a graça e a anistia aos condenados por tal crime.

De maneira diversa à Lei nº8.072/90, a Lei da Tortura em seu §7º artigo 2º determinou que "o condenado por crime previsto nesta Lei, salvo hipótese do § 2º²⁶, iniciará o cumprimento da pena em regime fechado". Desse modo, a vedação à progressão de regime apresentada na Lei de Crimes Hediondos (Lei nº8.072/90) é afastada pela Lei de Tortura (Lei nº9.455/97), apesar do crime que esta diz respeito ser considerado hediondo por aquela lei. Tal diferença será observada e considerada por alguns ministros ao votarem, sendo cogitada com isso a derrogação tácita da lei anterior pela posterior.

3.3. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA

Muitas vezes, durante os encontros da Escola de Formação do ano de 2007, após muita discussão, dentre tantas perguntas sem respostas ou com respostas insatisfatórias, restava uma constatação importante: as decisões do STF, na grande maioria das vezes, não traziam em si uma *ratio decidendi* (holding) única.

Das leituras e discussões dos acórdãos podiam ser obtidos *obiter dictums* diversos. Entretanto, raros foram os acórdãos dos quais fosse possível extrair diretamente uma *ratio decidendi*.

Não é a proposta desse trabalho buscar compreender o porquê da falta de um fundamento definitivo adotado pelo STF para decidir os casos que chegam até ele, ou ainda de uma prescrição que poderia ser aplicada a casos futuros. Todavia, cabe aqui uma análise acerca do que é possível obter como fundamento do julgamento do *Habeas Corpus* nº 82.959 pelo STF, fora sua decisão binária, qual seja, a inconstitucionalidade da vedação da progressão de regime assentada no §1º do artigo 2º da Lei nº 8.072/90.

A partir da leitura dos cinco acórdãos que serviram de objeto para a presente monografia, é notável a fundamentação da argumentação dos

²⁵ Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948); Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (1948); Carta das Nações Unidas (1945); Convenção Americana de Direitos Humanos (1969) "Pacto de San José da Costa Rica (1992).

²⁶ Art. 2º § 2º Aquele que se omite em face dessas condutas, quando tinha o dever de evitá-las ou apurá-las, incorre na pena de detenção de um a quatro anos

ministros, em sua maioria, a partir do princípio constitucional da individualização da pena prescrita no inciso XLVI do artigo 5º da Constituição de 1988.

A questão entendida por grande parte dos ministros ao votar, foi se a vedação da progressão de regime dos condenados por crimes hediondos estaria ou não infringindo o princípio constitucional da individualização. Nessa violação estaria então configurada a inconstitucionalidade do dispositivo legal.

A individualização da pena é tratada no inciso XLVI do artigo 5º da Constituição Federal, com a seguinte redação:

“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;”.

A progressão de regime, por sua vez, é determinada pelo Código Penal em seu artigo 33, parágrafo 2º, com a seguinte redação:

“As penas privativas de liberdade deverão ser executadas em forma progressiva, segundo o mérito do condenado, observados os seguintes critérios e ressalvadas as hipóteses de transferência a regime mais rigoroso:

- a)** o condenado a pena superior a 8 (oito) anos deverá começar a cumpri-la em regime fechado;
- b)** o condenado não reincidente, cuja pena seja superior a 4 (quatro) anos e não exceda a 8 (oito), poderá, desde o princípio, cumpri-la em regime semi-aberto;
- c)** o condenado não reincidente, cuja pena seja igual ou inferior a 4 (quatro) anos, poderá, desde o início, cumpri-la em regime aberto.”.

A partir da análise dos votos que se dará a seguir, buscou-se, dentre outras coisas, uma possível definição acerca do entendimento de cada ministro sobre o princípio da individualização, e possivelmente o entendimento da Corte. Cabe lembrar que nem todos os ministros utilizaram a relação do caso concreto com o princípio do inciso XLVI artigo

5º da Constituição (individualização) para julgar, e desse modo, restaram entendimentos incompletos no que tange à conceituação jurisprudencial do princípio individualizador.

4. COMPOSIÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E ANÁLISE DOS VOTOS

Nesse capítulo, será abordada a participação de cada ministro individualmente considerado nos acórdãos pesquisados, a fim de localizar possíveis mudanças de posições e fundamentações que possam ter levado à alteração na jurisprudência.

A tabela abaixo representa a composição do Pleno do Supremo Tribunal Federal e o placar binário dos votos e das decisões no julgamento dos cinco acórdãos analisados nesta pesquisa.

Ao todo foram analisados 5 (cinco) acórdãos²⁷, nos quais foram proferidos 55 (cinquenta e cinco) votos, dos quais somente 34 (trinta e seis) foram motivados e conseqüentemente tiveram sua argumentação analisada na presente monografia. Do total de votos, em 41 (quarenta e um) a constitucionalidade da vedação à progressão de regime foi a tese defendida, e somente em 14 (quatorze) ocorreu o contrário.

COMPOSIÇÃO STF	18/12/92	18/12/92	25/03/98	19/12/02	23/02/06
	HC 69657	HC 69603	HC 76371	HC 82638	HC 82595
Moreira Alves	C	C	C	C	
Néri da Silveira	C	C	C		
Octavio Gallotti	C	C	C		
Paulo Brossard	C	C R			
Sepúlveda Pertence	I	I	I	I R	I
Celso de Mello	C	C	C	C	C
Carlos Velloso	C	C	C	C	C
Marco Aurélio	I R	I	I R	I	I R
Ilmar Galvão	C	C	C	C	
Francisco Rezek	C	C			
Sydney Sanches	C	C	C	C	
Maurício Corrêa			C	C	

²⁷ Referentes aos julgamentos dos HC nº69.657 em 18 de dezembro de 1992; HC nº69.603 no mesmo dia; HC nº76.371 em 25 de março de 1998; HC nº82.638 em 19 de dezembro de 2002; e HC nº82.959 em 23 de fevereiro de 2006.

Nelson Jobim			C	C	C
Ellen Gracie				C	C
Gilmar Mendes				C	I
Carlos Ayres					I
Cezar Peluso					I
Eros Grau					I
Joaquim Barbosa					C
Decisão	C	C	C	C	I

Legenda:

"X" - inconstitucionalidade

"X" - constitucionalidade

"(R)" - relator

(vazio) - não estava presente

4.1. VOTOS DOS MINISTROS

Para a melhor relação entre os votos e a alteração jurisprudencial, a análise dos acórdãos será feita tendo em vista a divisão dos acórdãos em duas fases: a primeira, na qual a jurisprudência do Tribunal era no sentido da constitucionalidade da vedação da progressão de regime de pena, e da qual fazem parte os quatro primeiros acórdãos analisados; e a segunda, na qual a jurisprudência anteriormente firmada foi alterada, e da qual somente faz parte o acórdão relativo ao julgamento do HC nº82.959.

Desse modo, os ministros terão seus votos analisados conforme sua presença no Pleno do STF, se somente na primeira fase, na segunda fase, ou nas duas.

4.1.1. MINISTROS PRESENTES SOMENTE NA PRIMEIRA FASE

Moreira Alves

Apesar de compor o Plenário do Supremo Tribunal Federal à época dos quatro primeiros acórdãos pesquisados, o Ministro Moreira Alves não proferiu nenhum voto cuja fundamentação faça parte dos acórdãos.

Dessa maneira, seguindo o procedimento explanado no capítulo metodológico, como no "extrato de ata" ao final de cada acórdão estão especificados tão somente os ministros cujas teses foram vencidas, e os ministros que votaram no sentido da tese vencedora não são singularizados, admite-se que o ministro Moreira Alves tenha feito parte da tese vencedora (pela constitucionalidade da vedação à progressão) em

todos os quatro julgamentos aos quais estava presente já que seu voto não consta como vencido em nenhum acórdão.

Néri da Silveira

Assim como outros ministros, o ministro Néri da Silveira proferiu o mesmo voto nos dois primeiros acórdãos que fazem parte da pesquisa (HC nº 69.657 e HC nº 69.603), cujas decisões foram proferidas no mesmo dia 18 de dezembro de 1992.

Nesse voto, o ministro se utiliza de argumentos baseados no princípio da isonomia, nos fins da pena, e na competência do legislador ordinário para defender a constitucionalidade da vedação da progressão de regime. Entende que a vedação da progressão de regime não atenta contra o princípio da igualdade, e que “o legislador pode à vista da natureza do crime, estabelecer não só a pena, como uma pena mais grave em relação a um determinado delito que, de acordo com a concepção da época em que se edita a norma penal, se entenda ser combatido, de forma mais eficaz, pelos resultados nocivos que a prática desses ilícitos vem tendo na sociedade”.

No HC nº 76.371, julgado em 25 de março de 1998, depois do advento da Lei da Tortura, o ministro se pauta majoritariamente no afastamento da derrogação do §1º do artigo 2º da Lei dos Crimes Hediondos pelo §7º do artigo 1º daquela Lei, apesar de continuar com a tese da constitucionalidade da vedação à progressão de regime. Para tanto, lastreia-se em argumentos baseados na coerência do sistema, na vontade do legislador, e mais uma vez na competência do legislador ordinário. Considera a proibição da progressão de regime como “matéria vinculada à política legislativa de tratamento da espécie”, e que como o inciso XLIII do artigo 5º da Constituição (crimes hediondos) não teria disposto sobre individualização da pena, mas teria tão somente conumerado os crimes separadamente, a Lei da Tortura (Lei nº 9.455/97) poderia muito bem ter definido regime de cumprimento, e dado disciplina e tratamento próprio ao crime de tortura, não aproveitável aos demais, como o ministro entende ter ocorrido.

Octávio Gallotti

O ministro Octávio Gallotti foi mais um dos ministros, que assim como o ministro Néri da Silveira, proferiu votos idênticos nos HC nº69.657 e HC nº69.603 defendendo a constitucionalidade da vedação à progressão de regime. Em seu voto, o ministro adotou a tese segundo a qual a progressão de regime diria respeito tão somente à execução da pena, a qual estaria dissociada da individualização da mesma. Desse modo, como a vedação da progressão de regime teria obedecido a uma das condições relacionadas à execução penal (segundo o inciso XLVIII do artigo 5º da Constituição Federal), qual seja a natureza do delito, o §1º do artigo 2º da Lei nº 8.072/90 não poderia ser considerado inconstitucional.²⁸

Paulo Brossard

Como foi relator no HC nº69.603, o ministro Paulo Brossard foi o único ministro a proferir votos diferentes nos dois primeiros acórdãos analisados, únicos nos quais votou. Todavia, ambos os votos representaram o entendimento do ministro pela constitucionalidade da vedação da progressão, de modo que no julgamento do HC nº69.657 o ministro somente resumiu o voto que iria apresentar posteriormente no *Habeas Corpus* do qual era relator.

Os argumentos foram baseados fundamentalmente na competência do legislador ordinário e no princípio da individualização. Segundo o ministro em seu voto, “é à lei ordinária que compete fixar os parâmetros dentro dos quais o julgador poderá efetivar ou a concreção ou a individualização da pena”, a qual estaria expressa na Constituição como expressão de política criminal que caberia ao legislador ordinário aplicar.

O ministro demonstrou entender ainda que o tribunal não julga a lei em seu merecimento, e que a inconstitucionalidade, para ser decretada, deveria ser evidente e manifesta, o que não ocorria no caso em que estava a julgar.

Francisco Rezek

No único julgamento dos aqui examinados em que fundamentou seu voto, qual seja, o julgamento do HC nº 69.657, o ministro Francisco Rezek

²⁸ Com relação ao voto do ministro Octávio Gallotti no julgamento do HC nº 76.371 vide capítulo metodológico.

citou a doutrina tão somente para informar que não teria encontrado nela nenhuma tese de inconstitucionalidade do dispositivo legal questionado.

Com relação ao princípio da individualização e da isonomia, o ministro confessou ter dificuldade em admitir que o legislador só fosse honrá-los na hipótese de dar-se ao magistrado certo elastério e que a vedação da progressão não seria uma afronta aos mesmos.

Concordou com o ministro Celso de Mello ao demonstrar entender que a esperança que o condenado teria perdido com a proibição da progressividade não deixaria de existir devido ao benefício do livramento condicional permitido pela Lei em questão (Lei nº 8.072/90), refletindo assim necessariamente sobre os fins da pena.

Conclui sua argumentação ao discorrer sobre a competência do legislador ordinário, pois, segundo o ministro, o STF não seria uma casa legislativa, e dessa maneira não teria a autoridade que tem o legislador para estabelecer a melhor disciplina. Observa que o foro que lhes diz respeito é corretivo, e que o tribunal só poderia extirpar do trabalho do legislador ordinário – bem ou mal avisado, primoroso ou desastroso - aquilo que não poderia coexistir com a Constituição. Assim como outros ministros, muitos dos quais transcreveram seu voto, o ministro Francisco Rezek demonstrou permanecer “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”.

Sydney Sanches

No julgamento do HC nº 76.371, único analisado pela presente monografia no qual fundamentou seu voto, o ministro Sydney Sanches observa que o inciso XLIII do artigo 5º da Constituição de 1988 (crimes hediondos) não haveria cuidado de regime de cumprimento de pena, e que, portanto, a Lei da Tortura (Lei nº 9.455/97) não teria impedimento de prescrever o cumprimento da pena de maneira específica a um único crime, como fez. Dessa maneira, reconhece a competência do legislador ordinário e sua limitação pela Constituição Federal, considerando mantida a coerência do sistema jurídico.

Entende ainda, segundo argumentação baseada na competência e vontade do legislador ordinário, que bem ou mal, o legislador teria resolvido

ser mais condescendente com o crime de tortura do que com os outros prescritos na Lei nº8.072/90, e que essa condescendência não poderia ser estendida a todos eles, pelo juiz, como intérprete da lei, sob pena de usurpar a competência do legislador e de enfraquecer, ainda mais, o combate à criminalidade mais grave.

Maurício Corrêa

Na mesma linha do ministro Sydney Sanches, o ministro Maurício Corrêa defende, no único acórdão pesquisado no qual motivou seu voto (HC nº 76.371), que não poderia, como juiz, aplicar, por analogia, o que foi concedido especificamente pelo legislador ordinário para os autores de crimes de tortura aos autores de outros crimes. Desse modo, confirma a competência do legislador ordinário e a coerência do sistema.

4.1.2. MINISTROS PRESENTES NAS DUAS FASES

Sepúlveda Pertence

Compartilhando da mesma posição do ministro Marco Aurélio, o ministro Sepúlveda Pertence votou em todos os acórdãos analisados nessa pesquisa no sentido da inconstitucionalidade da vedação à progressão de regime, passando a ter seu voto vencedor somente no HC nº 82.959.

Nos julgamentos dos *Habeas Corpus* de nº 69.657 e 69.603, o ministro proferiu, assim como os ministros anteriores, votos idênticos. Neles, argumentou baseado no princípio constitucional da individualização da pena, mostrando entendê-lo como “a operação que tem em vista o agente e as circunstâncias do fato concreto e não a natureza do delito em tese”.

Tendo em vista tal definição, o ministro entende que “esvazia e torna ilusório o imperativo constitucional da individualização da pena a interpretação que lhe reduza o alcance ao momento da aplicação judicial e da pena, e o pretende, de todo, impertinente ao da execução dela.” (tese também defendida no julgamento do HC nº82.638), já que para ele, “de nada vale individualizar a pena no momento da aplicação, se a execução, em razão da natureza do crime, fará que penas idênticas, segundo os critérios da individualização, signifiquem coisas absolutamente diversas

quanto à sua efetiva execução.” Dessa maneira, o ministro demonstra desconhecer individualização em abstrato, segundo o qual seria *contradictio in terminis*.

Ao julgar o HC nº 76.371, o ministro Sepúlveda Pertence revalidou o voto anterior transcrevendo-o, e o complementou afastando a derrogação da vedação da progressão de regime aos crimes hediondos pelo §7º do artigo 1º da Lei de Tortura (Lei nº9.455/97), pois entendia que “a semente da instituição do crime hediondo”, qual seja o inciso XLIII do artigo 5º da Constituição Federal, não teria cuidado de progressão de pena, e, conseqüentemente, poderia a lei ordinária dar tratamento diverso à execução da pena correspondente a um e a outro daqueles crimes. Adicionou assim, argumentos que consideram a coerência do sistema jurídico ao buscar descaracterizar o conflito entre normas, e que têm em conta a limitação da competência do legislador ordinário pela Constituição de 1988, a qual teria possibilitado ao legislador, decidir sobre progressão de pena para os diferentes crimes classificados como hediondos.

Como relator do HC nº 82.638, o ministro Sepúlveda Pertence se limitou a confirmar seu entendimento já exposto nas outras vezes no sentido do princípio da individualização alcançar a execução da pena, e da conseqüente inconstitucionalidade da vedação da progressão de regime. Entretanto, por não vislumbrar revisão da jurisprudência até então firmada em sentido contrário, o ministro denegou o pedido do *Habeas Corpus*. Mais adiante, após o voto do ministro Gilmar Mendes, o ministro Marco Aurélio convenceu o ministro Sepúlveda Pertence a desistir de denegar o pedido, e acompanhá-lo mais uma vez na defesa da inconstitucionalidade da vedação da progressão.

Por último, no julgamento do HC nº 82.959, o ministro Sepúlveda Pertence transcreveu mais uma vez o voto proferido no primeiro acórdão analisado. Foi ainda o único ministro a argumentar considerando a ineficiência da Lei dos Crimes Hediondos (Lei nº 8.072/90) após uma década e meia de sua aplicação. Por último, considerou a vontade do legislador, ao afirmar que a referida Lei teria tido finalidade retórica e simbólica de aplacar a intranqüilidade social da época.

Celso de Mello

Assim como os ministros Sepúlveda Pertence, Marco Aurélio e Carlos Velloso, o ministro Celso de Mello fazia parte da composição do Supremo Tribunal Federal à época de todos os julgamentos examinados nessa monografia. Todavia, o aludido ministro só fundamentou seu voto nos dois primeiros acórdãos (cujos votos foram iguais), e no último, no qual a jurisprudência foi alterada.

Nos votos proferidos nos julgamentos dos *Habeas Corpus* de nº 69.657 e nº 69.603, o ministro argumentou pela constitucionalidade do §1º do artigo 2º da Lei nº8.072/90 com base no princípio da individualização, na razoabilidade e na competência e vontade do legislador. O ponto principal de sua argumentação é a tese segundo a qual o princípio da individualização da pena, prescrito no inciso XLVI do artigo 5º da Lei Maior “tem por exclusivo destinatário o próprio legislador, a quem competirá, em função da natureza do delito e de todos os elementos que lhe são circunstanciais – e a partir de uma opção político-jurídica que se submete à sua inteira discricção - cominar, em momento de pura abstração, as penas respectivas e definir os correspondentes regimes de sua execução”.

Dessa maneira, o ministro considera que o legislador, ao criar o dispositivo constitucional que determinou a vedação da progressão de regime teria agido conforme a Constituição, tanto porque não teria desrespeitado os limites materiais que restringiriam sua atuação, quanto porque o conteúdo da regra mencionada ajustar-se-ia a “filosofia de maior severidade consagrada, em temas de delitos hediondos, pelo constituinte brasileiro”. Neste trecho também resta notável o argumento baseado na possível vontade do Poder Constituinte.

Completo seu raciocínio com a consideração segundo a qual como a progressividade não seria postulado constitucional, a sua eventual inobservância pelo legislador ordinário, não ofenderia o princípio da individualização penal. Para concluir, mostrou entender que os critérios da lei adotados pelo legislador ordinário teriam sido de legitimidade e razoabilidade inquestionáveis.

Ao decidir sobre o HC nº82.959, em 2006, o ministro retomou praticamente todos os argumentos anteriormente expressos, acrescentando ainda argumento baseado no princípio da proporcionalidade, segundo o qual a resposta estatal representada na vedação da progressão de regime seria

proporcional à gravidade dos crimes. Diferentemente do que os outros ministros até então haviam afirmado, o ministro Celso de Mello considerou em seu voto que a presença da vedação da progressão de regime e do benefício representado pelo livramento condicional na mesma Lei nº8.072/90 não seria uma contradição, e com isso uma incoerência no sistema jurídico, mas sim uma maneira de não tirar a esperança do condenado, que sem a progressão de pena ainda poderia contar com o livramento condicional. Desse modo, acaba utilizando argumento que leva em consideração os fins da pena.

Além de citar a jurisprudência firmada pelo Tribunal para fundamentar seu voto, o ministro Celso de Mello reitera a justificção da vedação à progressão de regime pela própria Constituição a partir de razões de política criminal que estariam nela fundamentadas, ao submeter a tratamento penal objetivamente mais rigoroso os condenados pelos crimes do inciso XLIII do artigo 5º de seu texto.

Carlos Velloso

Assim como os outros três ministros que compunham o Supremo Tribunal Federal à época de todos os acórdãos analisados, o ministro Carlos Velloso permaneceu firme em seu entendimento, deixando de votar somente no julgamento do HC nº82.638, no qual a jurisprudência já se encontrava firmada.

O voto proferido pelo ministro ao julgar o HC nº69.657, além de ter sido o mesmo do julgamento do HC nº69.603, foi completamente transcrito no julgamento do HC nº82.959. Nele, apesar de considerar que a proibição da progressão de regime tira esperança do condenado, havendo prestado com isso desserviço ao direito penitenciário e, tendo provavelmente influenciado rebeliões, o ministro vota no sentido da constitucionalidade do dispositivo legal que a prescreve.

Para tanto, argumenta tendo em vista o princípio constitucional da individualização da pena, e a competência do legislador a partir dos limites constitucionais expressos pelos incisos XLIII (crimes hediondos) e XLVI (individualização da pena) do artigo 5º da Carta Política, considerando que a vedação da progressão seria compatível com estes e que em nada impediria a individualização já que o juiz continuaria capaz de conceder

trato individual à fixação da pena (sobretudo no que se refere a sua intensidade).

Ainda com relação ao princípio da individualização, o ministro demonstrou entendê-lo conforme está indicado nas linhas do artigo 59 do Código Penal. Desse modo, para ele, "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 do agente, 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." Assim sendo, o §1º do artigo 2º da Lei nº 8.072/90 seria tão somente exceção à regra prescrita no §2º do artigo 33 do Código Penal, o qual institui a progressão.

Ao julgar o HC nº 76.371, o ministro Carlos Velloso se limitou a afastar a derrogação do §1º do artigo 2º da Lei nº 8.072/90 pelo §7º do artigo 1º da Lei nº 9.455/97 utilizando argumentos que tinham como base a coerência do sistema jurídico e a competência do legislador ordinário. Recusou-se a aplicar analogia para revogar norma legal, e alegou que todos os crimes hediondos são cruéis, de modo que se o legislador ordinário distinguiu um do outro, teria feito com base na legitimidade que lhe teria conferido a Nação.

Marco Aurélio

O relator do HC nº 69.657, ministro Marco Aurélio, proferiu nesse julgamento voto defendendo a inconstitucionalidade da vedação da progressão de regime, e o transcreveu em todos os outros acórdãos analisados.

Nele, o ministro faz uso de argumentos classificados (conforme os critérios adotados nessa pesquisa) como baseados em: princípios constitucionais; na coerência do sistema jurídico; nos fins da pena; na vontade do Poder Legislativo; e na competência do legislador ordinário; e no princípio constitucional da individualização.

Segundo consta em seu voto, a proibição de progressão de regime não contrariaria somente o princípio da isonomia ("distinguindo-se entre cidadãos não a partir das condições sócio-psicológicas que lhes são próprias, mas de episódio criminoso no qual, por isso ou por aquilo,

acabaram por se envolver”), mas também o princípio da dignidade da pessoa humana e aquele segundo o qual o legislador deve atuar com o escopo do bem comum.

Com relação à coerência do sistema jurídico, o ministro demonstra entender que o dispositivo legal questionado contraria consagrada sistemática alusiva à execução da pena, expressa nas regras gerais do Código Penal e na Lei de Execução Penal, cuja principal idéia seria racionalizar a pena. Também considera paradoxal o benefício do livramento condicional em mesma lei que proíbe a progressão de regime, e entende que considerar como constitucional a vedação da progressão é o mesmo que transgredir princípios caros ao Estado Democrático de Direito (como isonomia, individualização, dignidade da pessoa humana) a partir da restrição de garantia constitucional (individualização da pena).

No que diz respeito aos fins da pena, o ministro considera que a proibição da progressão de regime impossibilitaria a ressocialização do condenado e prejudicaria a sociedade, sendo esta última a principal razão de ser da progressividade. Observa ainda que a progressividade melhoraria o comportamento penitenciário, e que a finalidade da execução da pena seria evitar “o mal pelo mal gerado”, exatamente o que a proibição da progressão de regime prescrita no §1º do artigo 2º da Lei nº8.072/90 acabaria significando.

Com relação à vontade do Poder Legislativo, em seu voto, o ministro Marco Aurélio observa que a Lei nº8.072/90 não observa nenhuma corrente político-criminal. No que tange à competência do mesmo Poder, o ministro assevera ainda que a própria Constituição Federal contemplou restrições aos crimes hediondos, não havendo autorizado, contudo, o legislador a vedar a individualização, e que este, ao fazê-lo, estaria excedendo sua competência.

Ao tratar do princípio da individualização, o ministro considera que “diz-se que a pena é individualizada porque o Estado-juíz, ao fixá-la está compelido, por norma cogente a observar as circunstâncias judiciais, ou seja, os fatos objetivos e subjetivos que se fizeram presentes à época do procedimento criminal condenável. Ela o é não em relação ao crime considerado abstratamente, ou seja, ao tipo definido em lei, mas por força das circunstâncias reinantes à época da prática”. Entende ainda que o

regime de progressão no cumprimento da pena é imprescindível ao princípio, e que tanto a definição do regime quanto as modificações posteriores (como é a progressão de regime) estão compreendidas nele.

No julgamento do HC nº 76.371, no qual também atuou como relator, além de transcrever o voto do acórdão do HC nº 69.657, o ministro Marco Aurélio proferiu voto no sentido da derrogação do §1º do artigo 2º da Lei nº8.072/90 pelo §7º do artigo 1º da Lei nº9.455/97. Este voto também foi transcrito nos julgamentos que lhe sucederam.

Nele, busca justificar a derrogação a partir de argumentos que observam a coerência do sistema jurídico, o princípio constitucional da isonomia, e a vontade do Poder Constituinte. Segundo o ministro, a Constituição de 1988 teria colocado os crimes em pé de igualdade ao defini-los hediondos, e disso surgiria a certeza de um tratamento sistemático, observada a isonomia. Considera também que o crime de tortura seria o crime mais grave do rol de crimes hediondos, e portanto, se ele admitisse progressão, não faria sentidos os outros também não admitirem.

O ministro cita ainda o parecer da Procuradoria Geral da República²⁹ no qual está exposto o raciocínio segundo o qual se duas leis infraconstitucionais dispõem diferentemente, deve prevalecer a disposição normativa mais favorável ao réu.

Por último, o ministro utiliza em seu voto argumento baseado em julgado do Superior Tribunal de Justiça³⁰, e nos ensinamentos doutrinários do professor Tércio Sampaio (princípio hermenêutico da unidade da Constituição) e Alberto Silva Franco.

Nelson Jobim

Nas duas decisões em que fundamentou seu voto, respectivamente do HC nº 76.371 e HC nº 82.959, o ministro Nelson Jobim demonstrou entender que a seara na qual se inseria a Lei nº 8.072/90 era exclusiva do legislador, e que não caberia ao Poder Judiciário se substituir, por exegese, ao Poder Legislativo.

²⁹ O parecer da Procuradoria Geral da República é considerado parte integrante do voto do ministro Marco Aurélio pois ao introduzi-lo o ministro subscreveu que "com inteira razão", a Procuradoria Geral da República havia consignado em peça subscrita pelo Procurador-Geral Cláudio Lemos Fontele. (grifo nosso)

³⁰ RE nº140.617/GO (Relator Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro)

No primeiro julgamento, o ministro complementou tal raciocínio, baseado na competência do legislador ordinário, com informações sobre o processo legislativo da Lei nº 8.072/90 e do projeto de lei enviado ao Congresso Nacional a partir da Mensagem nº 783, o qual derogaria a referida lei. No segundo julgamento, o ministro tão somente afastou os argumentos que tinham por base a vontade do Poder Constituinte.

Ellen Gracie

No julgamento do HC nº82.959, único em que proferiu motivação para seu voto, a ministra Ellen Gracie considerou a individualização da pena um arcabouço “constituído por um complexo de normas e conta com as atuações legislativa e judicial, culminando com a sentença condenatória, resultado da ponderação que o juiz faz dos elementos subjetivos e objetivos do crime em relação a cada réu. O juiz transforma em coação concreta o preceito sancionador abstrato da norma penal.”.

Continuou o raciocínio refletindo que “a individualização não se esgota no título executivo penal. Ela prossegue na fase executória, visto que a pena será cumprida em estabelecimentos penais distintos de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado (...) Ao longo da execução, serão também observados procedimentos disciplinares previstos em legislação específica. E, aqui, novamente, a individualidade do apenado determinará o curso da execução.”.

Na mesma linha do Ministro Francisco Rezek, para a ministra, seria difícil admitir que “a restrição na aplicação de uma única dessas normas, por opção de política criminal, possa afetar todo o instituto [da individualização]. E mais, que possa essa restrição representar afronta à norma constitucional que instituiu a individualização da pena, ou seja, imaginar que o todo ficaria contaminado porque uma determinada parcela foi objeto de restrição.”.

Complementou discorrendo acerca da competência do legislador ordinário, o qual poderia, segundo a ministra, até ter desconstituído a progressividade na Lei de Execução Penal, e que nada mais teria feito senão seguir o Poder Constituinte discriminando determinados delitos e privando seus autores de benefícios penais.

Por último, citou o ministro Francisco Rezek ao entender que “a inconstitucionalidade não se presume, há de ser expressa”.

Gilmar Mendes

Ao votar pela constitucionalidade da vedação da progressão de regime no julgamento do HC nº 82.638, o único argumento do ministro Gilmar Mendes foi a fidelidade à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, ressaltando, contudo, a necessidade de exame da tese defendida pelos ministros Marco Aurélio e Sepúlveda Pertence, qual seja, pela inconstitucionalidade da vedação da progressão.

Tal exame foi realizado no julgamento do HC nº82.959, no qual o ministro usou argumentos com base no princípio da individualização, bem como argumentos que consideram a competência do legislador ordinário, a vontade do Poder Legislativo, a coerência do sistema jurídico e o princípio constitucional da isonomia.

O ministro inicia seu voto, assim como o ministro Sepúlveda Pertence, afastando a interpretação segundo a qual a individualização estaria exclusivamente voltada para o legislador, sem qualquer significado para a posição individual, pois, esvaziaria por completo qualquer eficácia dessa norma.

Para o ministro, “a fórmula aberta [do princípio da individualização] parece indicar, tal como em relação aos demais comandos constitucionais que remete 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”. Essa mesma fórmula asseguraria um direito fundamental à individualização da pena, e sua referência à lei – princípio da reserva legal – explicitaria tão somente, que esse direito estaria submetido a uma restrição legal expressa e que o legislador poderá fazer as distinções e qualificações, tendo em vista as múltiplas peculiaridades que dimanam da situação a reclamar regulação. O ministro observa ainda que “a reserva legal também está submetida a limites. Se está diante de um direito fundamental a individualização da pena e não de uma mera orientação geral ao legislador então há que se cogitar do limite à ação do legislador em espécie.”

Demonstra entender que “não é difícil perceber que fixação *in abstracto* de semelhante modelo, sem permitir que se leve em conta as particularidades de cada indivíduo, a sua capacidade de reintegração social e os esforços enviados com vistas à ressocialização, retira qualquer caráter substancial da garantia a individualização da pena. Ela passa a ser uma delegação em branco oferecida ao legislador, que tudo poderá fazer. Se assim se entender, tem-se a completa descaracterização de uma garantia fundamental.”.

Com relação à vontade do legislador ordinário, o ministro indica em seu voto que a Lei nº8.072/90 teria sido resultado de uma política criminal fortemente simbólica.

Entende ainda que a Lei nº 8.072/90 seria, como um todo, desnecessária, pois àquela época estaria em curso um projeto de lei (Projeto de Lei 724-A /1995) que desclassificaria os crimes hediondos, criando uma nova categoria de crimes, os crimes de especial gravidade.

No que tange aos princípios constitucionais que estariam sendo violados pela proibição da progressão de regime da Lei nº8.072/90 e a progressão possibilitada pela Lei nº9.455/97, o princípio da igualdade não haveria sido violado, pois a própria Constituição Federal teria distinguido os crimes. Entretanto, o ministro demonstra entender que o princípio da proporcionalidade teria sido infringido devido à desnecessidade da Lei, que teria como alternativa o Projeto de Lei nº724-A de 1995, o qual pretendia introduzir uma nova política para os denominados crimes de especial gravidade.

Assim como o ministro Marco Aurélio, o ministro Gilmar Mendes encontra no benefício do livramento condicional da Lei nº8.072/90 uma incongruência, configurando assim argumentação com base na coerência do sistema jurídico.

Durante todo o voto, o ministro Gilmar Mendes faz uso de muitos ensinamentos doutrinários e filosóficos, citando autores como Alexy, Hesse, e Maria Lúcia Karam.

4.1.3. MINISTROS PRESENTES SOMENTE NA SEGUNDA FASE

Carlos Ayres Britto

Para embasar seu voto pela inconstitucionalidade da vedação da progressão de regime presente no §1º do artigo 2º da Lei nº8.072/90, o ministro Carlos Ayres faz uso de argumentos fundamentados nos fins da pena, na coerência do sistema jurídico, na vontade do Poder Constituinte, no princípio da individualização, na coerência do sistema, e nos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e na proporcionalidade.

Ao votar, o ministro destaca a questão dos fins da pena e da coerência do sistema jurídico ao considerar que o regime sem progressão seria hediondo e que o Estado estaria com isso seguindo a lei de Talião. Lembra da "sanção premial" criada por Bobbio ao afirmar que o Direito estaria acenando cada vez mais com promessas de recompensa, estimulando as condutas socialmente aceitáveis, do que com ameaças de castigo para desestimular condutas inaceitáveis.

Ele encontra na proibição da pena de morte e de prisão perpétua pela Constituição de 1988 uma confirmação da crença do Poder Constituinte pela regenerabilidade de todo e qualquer condenado. Nesse raciocínio está presente não só a fundamentação a partir da vontade do Poder Constituinte mas também dos fins da pena, a qual deveria representar também, para o ministro, o caráter recuperador, didático, e profilático do direito de punir do Estado.

O princípio da individualização, por sua vez, é encarado pelo ministro como garantia constitucional serviente do princípio da dignidade da pessoa humana, que tem na progressividade uma garantia e atinge até o direito penitenciário.

Considera ainda que "se compete à lei indicar os parâmetros de densificação da garantia constitucional da individualização do castigo, a esse diploma legal não é permitido se desgarrar do núcleo significativo ambivalente que exsurge da CF mesma: momento abstrato da cominação da pena, seguido do instante concreto do respectivo cumprimento em recinto penitenciário. Busca da justa medida entre ação criminosa e reação coativa do Estado".

Na questão da coerência do sistema jurídico, o ministro Carlos Ayres lembra que outros direitos subjetivos não são nulificados pela condenação penal, sendo a vedação da progressão uma nulificação do princípio da individualização, o que destoaria do resto do sistema jurídico.

Por último, a partir de argumento com base no princípio da proporcionalidade, o ministro adverte a necessidade de se buscar a justa medida entre ação criminosa e reação coativa do Estado. Adverte ainda a impossibilidade do legislador ordinário, ao indicar os parâmetros de densificação do princípio constitucional da individualização, desgarrar do núcleo significativo ambivalente que exsuriria da própria Constituição. Nesse caso, o núcleo essencial do princípio da individualização seria o momento abstrato da cominação da pena, seguido do instante concreto do respectivo cumprimento em recinto penitenciário.

Cezar Peluso

Em seu voto no julgamento do HC nº82.959, o ministro Cezar Peluso fundamenta a inconstitucionalidade da vedação da progressão de regime a partir de argumentos que se baseiam nos fins da pena, na coerência do sistema jurídico, na competência do legislador ordinário, no princípio da individualização, da humanidade da pena, da legalidade, e em ensinamentos doutrinários.

Assim como o ministro Carlos Ayres Britto, o ministro Cezar Peluso assinala a prevenção positiva, pois a vedação da progressão teria desconsiderado tal aspecto especial da pena. Nessa perspectiva, a proibição de progressão seria incoerente com o sistema jurídico, pois prestigiaria a custódia com efeito neutralizador, além de representar a “resposta estatal que paga o mal causado com um mal de igual ou superior intensidade, dela eliminando qualquer intento ressocializador, e mínimo ético exigível da execução penal”.

Com relação à competência do legislador, o ministro destaca que o texto constitucional não teria mencionado vedação da progressão de regime, nem tratamento penal mais severo no incremento ou execução da pena, apesar de haver definido exceções à regra geral para crimes hediondos (fiança, graça, anistia). Desse modo, o legislador ordinário estaria extrapolando seus limites ao determinar o que a própria Constituição, podendo, não fez.

Além de considerar o benefício do livramento condicional pela Lei nº8.072/90, assim como outros ministros, uma incoerência do sistema jurídico, o ministro considera que por ser predicamento constitucional, a

individualização só poderia ser excepcionada por normal de igual hierarquia, do mesmo modo que leis restritivas de direitos fundamentais (como considera ser o caso do §1º do artigo 2º da Lei nº8.072/90) só poderiam existir com expressa autorização constitucional.

Para definir o conceito do princípio individualizador, interpreta a Constituição Federal considerando que perante ela “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, o comportamento do condenado no cumprimento da pena e à vista do delito cometido”. Completa seu entendimento citando Alberto Silva Franco, para quem “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”³¹.

Para finalizar, o ministro lembra mais uma vez o jurista acima referido ao citar trecho de sua obra no qual considera que a progressão de regime seria o “ponto de intersecção entre os princípios da legalidade, da individualização e da humanidade da pena”³², e completa traçando os objetivos do sistema progressivo, que seriam a diminuição gradativa do tónus da pena, o estímulo ao bom comportamento, a obtenção paulatina da reforma moral do recluso e sua conseqüente preparação para a vida em liberdade. Nesse sentido, argumenta mais uma vez com base no fim da pena.

Ao final, o ministro cita o Pacto de São José da Costa Rica, que veda penas desumanas ou degradantes; e determina que a privação de liberdade deva ter finalidade de reformar e readaptar socialmente o condenado.

Eros Grau

³¹ Alberto Silva Franco, *Crimes Hediondos*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 164. *apud* voto Ministro Cezar Peluso *in acórdão* HC nº82.959 p.45.

³² Alberto Silva Franco, *Crimes Hediondos*. p.161 *apud* voto Ministro Cezar Peluso *in acórdão* HC nº82.959 p.45.

No único *Habeas Corpus* dentre os selecionados por essa monografia no qual votou, ou seja, no HC nº82.959, o ministro Eros Grau fez uso de argumentos baseados nos fins da pena, na coerência do sistema jurídico, em ensinamentos doutrinários, e no princípio da dignidade da pessoa humana e na individualização da pena ao julgar.

No que diz respeito ao princípio da individualização, o ministro considerou que à época do julgamento, a Lei nº8.072/90 afrontava o princípio da individualização da pena, o qual seria direcionado ao legislador, que por sua vez não poderia impor regra fixa que impedisse o julgador de individualizar, segundo sua avaliação, caso a caso, a pena do condenado que tenha praticado crimes hediondos.

Considera que a vedação da progressão de regime violaria a vedação constitucional a penas cruéis (inciso XLVII alínea a do artigo 5º da Constituição Federal) e o princípio da dignidade da pessoa humana (inciso III do artigo 1º da Constituição Federal).

Defende ainda a derrogação do dispositivo legal em questão pela Lei nº 9.455/97, já que entende que o crime de tortura seria de igual gravidade aos outros crimes hediondos. Assim como outros ministros, cita em seu voto lições de Alberto Silva Franco, e considera contraditório o benefício do livramento condicional em Lei que veda a progressão de regime.

4.2. SISTEMATIZAÇÃO DOS ARGUMENTOS

4.2.1. CRITÉRIOS

Os argumentos acima apresentados podem todos ser agrupados e classificados conforme os seguintes critérios:

- Argumentos com base no princípio da individualização

Os argumentos assim classificados são aqueles que se baseiam no princípio da individualização da pena, presente na Constituição Federal em seu inciso XLVI, artigo 5º. Tal princípio faz parte do que seria a questão principal a ser abordada na discussão acerca da (in) constitucionalidade da vedação da progressão de regime segundo a ótica apresentada pela maioria dos ministros.

Dessa categoria fazem parte os argumentos nos quais os ministros definem o que seria a individualização, bem como seus limites interpretativos, considerando então se a progressão ou sua vedação infringiriam tal princípio constitucional a ponto do dispositivo legal que a institui ser inconstitucional.

Dessa maneira, foram usados argumentos incluídos nessa categoria para fundamentarem os votos dos ministros no sentido tanto da constitucionalidade quanto da inconstitucionalidade. Para exemplificar, no sentido da constitucionalidade alguns ministros consideraram que a progressão de regime estaria incluída no princípio da individualização; e no sentido da inconstitucionalidade, exatamente o contrário.

- Argumentos que levam em consideração os fins da pena.

Nessa classe de argumentos, foram classificados aqueles argumentos nos quais o ministro tenha levado em consideração algum conceito de finalidade da pena, faça ela parte do sistema de progressão ou não.

Por exemplo, esse é o caso de argumentos que consideram a ressocialização do condenado ameaçada com a proibição da progressão e por isso fazem parte de votos que defendem a inconstitucionalidade do dispositivo; e outros que motivam a constitucionalidade ao reputar o fato de que a proibição não acaba com esperança do condenado pois ele ainda teria direito ao livramento condicional

- Argumentos baseados na coerência do sistema jurídico

Os argumentos classificados como baseados na coerência do sistema são aqueles nos quais os ministros levam em consideração a harmonia do sistema jurídico, ou seja, visam dirimir possíveis conflitos entre normas, ou entre seus efeitos. Esse é o caso, por exemplo, do argumento que defende a inconstitucionalidade da proibição, pois a presença desta e do benefício do livramento condicional na Lei nº8.072/90 constituiriam uma contradição da mesma. No sentido da constitucionalidade, foi argüida pelos ministros a impossibilidade de extensão aos outros crimes da condescendência dada pelo legislador ao crime de tortura.

- Argumentos com base na competência do legislador ordinário

Nessa ordem de argumentos, são considerados os argumentos a partir dos quais o ministro define o que seria, no caso concreto, objeto da competência do legislador ordinário, e da competência do STF, bem como seus limites.

No sentido da inconstitucionalidade, por exemplo, tal categoria de argumentos se fez presente a partir das considerações pelos ministros em seus votos de que não caberia ao Poder Judiciário se substituir, por exegese, ao Poder Legislativo. E no sentido contrário, ao considerarem que a disciplina da pena é deferida à legislação ordinária e se faria de conformidade com o que ela dispuzesse.

- Argumentos com base na vontade do Poder Legislativo

Os argumentos assim classificados são aqueles nos quais ao votar, o ministro identifica a possível razão da promulgação de determinado ato normativo por parte do poder legislativo (legislador ordinário e Poder Constituinte).

Nos votos em que a constitucionalidade foi defendida, foi entendido o ajuste do conteúdo da regra mencionada e a filosofia de maior severidade consagrada, em temas de delitos hediondos, pelo constituinte brasileiro. Por outro lado, nos votos em que a inconstitucionalidade foi defendida, foi utilizado o argumento segundo o qual o Poder Constituinte acreditaria na regenerabilidade de todo e qualquer condenado.

- Argumentação com base em princípios constitucionais

Nessa espécie estão agrupados os argumentos nos quais se tem em vista princípios constitucionais que não o da individualização da pena, o qual devido a sua importância central na discussão recebeu um critério próprio.

Dessa maneira, compõem os argumentos ora classificados os princípios da dignidade da pessoa humana, da razoabilidade, da proporcionalidade, da isonomia, e da legalidade³³. O primeiro foi diversas vezes utilizados pelos ministros cujas teses indicavam a inconstitucionalidade da vedação, enquanto que o princípio da razoabilidade serviu para afastar a inconstitucionalidade na medida em que estaria presente na lei em questão.

- Argumentos com base na inefetividade da lei

Essa classificação identifica argumentos nos quais é levada em conta a efetividade da Lei nº8.072/90, os seja, nos quais são avaliados seus efeitos na sociedade durante seu período de vigência.

- Argumentos doutrinários

São aqueles em que o ministro transcreve ou cita em seu voto certo ensinamento de algum jurista ou pensador para justificar o entendimento que defende. Conhecido também como argumento de autoridade.

Para defender a inconstitucionalidade foram citados autores como Alexy, Hesse, Maria Lúcia Karam, e Alberto Silva Franco. No caso da constitucionalidade, somente o ministro Francisco Rezek citou a doutrina para admitir haver encontrado diversas críticas, de maneira bastante genérica

- Argumentos de fidelidade à jurisprudência

Nessa classe estão compreendidos os argumentos em que o ministro cita ou transcreve algum entendimento anteriormente expresso por algum componente do STF, ou de instâncias inferiores do Poder Judiciário em julgamentos sobre casos semelhantes. Também diz respeito aos votos nos quais os ministros tão somente seguem decisões ou jurisprudência já firmada, como é o caso de decisões do Ministro Cernicchiaro no STJ como jurisprudência no sentido da inconstitucionalidade, e julgados do próprio STF no sentido contrário.

4.2.2.CLASSIFICAÇÃO DOS VOTOS

A partir da explicação do conteúdo de cada voto e da classificação dos critérios, foi possível criar uma tabela na qual se relacionam os argumentos respectivamente classificados, os ministros que o proferiram e o acórdão do qual foram retirados:

	HC 69657	HC 69603	HC 76371	HC 82638	HC 82595
Moreira Alves	s/ declaração voto	s/ declaração voto	s/ declaração voto	s/ declaração voto	
Néri da Silveira	fins da pena	fins da pena	-		
	-	-	coerência sistema		

	competência leg.	competência leg.	competência leg.		
	-	-	vontade leg.		
	princípios const.	princípios const.	-		
Octavio Gallotti	individualização	individualização	desconhecido		

	HC 69657	HC 69603	HC 76371	HC 82638	HC 82595
Paulo Brossard	individualização	individualização			
	competência leg.	competência leg.			
Francisco Rezek	individualização	s/ declaração voto			
	fins da pena	-			
	competência leg.	-			
	princípios const.	-			
	doutrina	-			
Sydney Sanches	s/ declaração voto	s/ declaração voto	coerência sistema	s/ declaração voto	
	-	-	competência leg.	-	
	-	-	vontade leg.	-	
Maurício Corrêa			coerência sistema	s/ declaração voto	
			competência leg.	-	
Ilmar Galvão	s/ declaração voto	s/ declaração voto	s/ declaração voto	s/ declaração voto	
Sepúlveda Pertence	individualização	individualização	individualização	individualização	individualização
	-	-	coerência sistema	-	-
	-	-	-	-	vontade leg.
	-	-	-	-	inefetividade lei
Celso de Mello	individualização	individualização	s/ declaração voto	s/ declaração voto	individualização
	-	-	-	-	fins da pena
	-	-	-	-	coerência sistema
	competência leg.	competência leg.	-	-	competência leg.
	vontade leg.	vontade leg.	-	-	vontade leg.
	princípios const	princípios const.	-	-	princípios const
	-	-	-	-	jurisprudência
Carlos Velloso	individualização	individualização	-	s/ declaração voto	individualização
	-	-	coerência sistema	-	-
	competência leg.	competência leg.	competência leg.	-	competência leg.
Marco Aurélio	individualização	s/ declaração voto	individualização	individualização	individualização
	fins da pena	-	fins da pena	fins da pena	fins da pena
	competência leg.	-	competência leg.	competência leg.	competência leg.
	Coerência sistema	-	coerência sistema	Coerência sistema	coerência sistema
	vontade leg.	-	vontade leg.	vontade leg.	vontade leg.
	princípios const	-	princípios const.	princípios const.	princípios const
	-	-	doutrina	doutrina	doutrina
	-	-	jurisprudência	jurisprudência	jurisprudência
Nelson Jobim			competência leg.	s/ declaração voto	competência leg.
Ellen Gracie				s/ declaração voto	individualização
				-	competência leg.
				-	vontade leg.
Gilmar Mendes				-	individualização
				-	coerência sistema
				-	competência leg.
				-	vontade leg.
				-	princípios const.
				-	doutrina
				jurisprudência	-

	HC 69657	HC 69603	HC 76371	HC 82638	HC 82595
Carlos Ayres					individualização
					fins da pena
					coerência sistema
					vontade leg.
					princípios const.
Cezar Peluso					individualização
					fins da pena
					coerência sistema
					princípios const.
					doutrina
Eros Grau					individualização
					fins da pena
					princípios const.
					doutrina
Joaquim Barbosa					s/ declaração voto

LEGENDA

“ - “ – não repetiu o argumento da respectiva linha

(vazio) – não estava presente

Na coluna em que se encontram os argumentos proferidos no julgamento do HC nº82.959 (coluna 6) estão assinalados em negrito aqueles argumentos que até então não haviam sido utilizados pelo respectivo ministro em seu(s) voto(s) anterior (es). Desse modo, resta evidente a mudança na argumentação tão somente dos ministros Sepúlveda Pertence, Celso de Mello e Gilmar Mendes, apesar de tão somente este último haver mudado de posicionamento no último julgamento.

O ministro Gilmar Mendes foi o único ministro a mudar seu entendimento durante todo o processo representado pelos 5 (cinco) acórdãos analisados. Apesar de haver votado no sentido da constitucionalidade da vedação à progressão de regime no julgamento do HC nº82.635, o ministro em questão inverteu o sentido de seu voto ao julgar o HC nº82.959, votando por seu deferimento e conseqüente inconstitucionalidade da vedação à progressão.

Pode-se inferir ainda da tabela que os argumentos mais usados pelos ministros em seus votos foram aqueles relativos ao princípio constitucional da individualização da pena.

Assim como todas as classes de argumentos (com exceção daqueles baseados na inefetividade da lei), os argumentos com base no princípio da individualização foram usados pelos ministros para fundamentar ambas as posições pela constitucionalidade e inconstitucionalidade da vedação de progressão, conforme está demonstrado a seguir:

	Constitucionalidade	Inconstitucionalidade
Individualização	08	12
Fins da pena	02	07
Coerência sistema	05	08
Competência leg.	14	05
Vontade leg.	05	07
Princípios const.	04	08
Inefetividade lei	0	01
Doutrina	01	06
Jurisprudência	02	03

Do mesmo modo, a tabela a seguir representa a presença das classes de argumentos nos acórdãos. A partir dela é possível perceber que somente o argumento baseado na inefetividade da lei foi original no julgamento do HC nº 82.959, de modo que todos os outros já haviam sido apresentados nas outras decisões.

	HC 69.657	HC 69.603	HC 76.371	HC 82.638	HC 82.959	TOTAL
Individualização	07	07	02	02	09	20
Fins da pena	03	03	01	01	05	10
Coerência sistema	01	01	06	01	05	13
Competência leg.	06	06	06	01	06	19
Vontade leg.	02	02	03	01	06	12
Princípios const.	04	04	01	01	06	12
Inefetividade lei	0	0	0	0	01	01
Doutrina	01	01	01	01	04	07
Jurisprudência	0	0	01	02	02	05

5. AVALIAÇÃO DA REVISÃO DA JURISPRUDÊNCIA NOS VOTOS DO HC 82595

Nesse capítulo, pretende-se explorar o tratamento dado pelos próprios ministros em seus votos no HC nº 82.959 no que diz respeito à mudança jurisprudencial que tomou parte nesse julgamento.

Para que possa ser analisada a mudança do entendimento do Supremo Tribunal Brasileiro na questão da (in) constitucionalidade da proibição da progressão de regime expressa no §1º do artigo 2º da Lei nº 8.072/90, nada mais razoável do que buscar as possíveis explicações no próprio STF, pelas vozes de seus ministros.

Os únicos ministros que, ao votarem no julgamento do HC nº 82.959, reservaram parte do voto para justificar e explicar a alteração no entendimento da Corte foram respectivamente os ministros Gilmar Mendes e Eros Grau. Desse modo, analisaremos adiante os argumentos utilizados por cada um para justificar a revisão jurisprudencial ora questionada.

Cabe notar que os argumentos ora analisados não o foram no capítulo anterior devido a sua especificidade no que diz respeito à avaliação da mudança de jurisprudência, não sendo utilizados portanto, para fundamentar seus votos.

5.1. Ministro Gilmar Mendes

Em sua explanação acerca da 'eventual revisão da jurisprudência', o ministro se utiliza dos ensinamentos de Larenz, e Haberle.

O primeiro é citado no voto a partir de excertos de textos seus que tratam do "factor" temporal, ou seja, da modificação de relações fáticas ou usos, em função dos quais o legislador havia projetado a regulação. Tais modificações gerariam uma relação de tensão ao evidenciar a insuficiência do entendimento anterior, cuja solução somente seria possível a partir de uma interpretação modificada ou de um desenvolvimento judicial do Direito. O ministro observa, ainda segundo o pensamento de Larenz, a possibilidade

de uma interpretação que aparecia originariamente como conforme a Constituição deixe de o ser na seqüência de uma modificação das relações determinantes. Desse modo, dever-se-ia escolher a interpretação, no quadro das possíveis, segundo os outros (novos) critérios de interpretação, que seria agora a única conforme a Constituição.³⁴

Haberle, por sua vez, é lembrado pelo ministro Gilmar Mendes a partir de conceitos como pós-compreensão, que o permitiria afirmar que toda lei interpretada (não apenas as chamadas leis temporárias) é uma lei com duração temporal limitada. O ministro interpreta tal colocação como 'o texto, confrontado com novas experiências, transforma-se necessariamente em um outro'. Em seu voto, o ministro observa ainda que, para o autor, uma interpretação constitucional aberta (como o princípio da individualização o é considerado pelo ministro) prescinde do conceito de mutação constitucional enquanto categoria autônoma. Assim, ficaria evidente que o Tribunal não poderia fingir que sempre pensara da nova forma, e surgiria a necessidade de fazer-se o 'ajuste do resultado' adotando-se técnica de decisão que, tanto quanto possível, traduzisse a mudança de valoração.³⁵

Para o ministro, o processo de inconstitucionalização que possivelmente adviria de tal pensamento, encontra dificuldades na orientação doutrinária tradicional, a qual seria marcada por uma alternativa rigorosa entre atos legítimos ou ilegítimos. Desse modo, conclui citando o autor que 'o Direito Constitucional vive, prima facie, uma problemática temporal. De um lado, a dificuldade de alteração e a conseqüente duração e continuidade, confiabilidade e segurança; de outro, o tempo envolve agora mesmo, especificamente o Direito Constitucional'.

Em outra parte de seu voto, intitulada de "uma nova visão dos direitos fundamentais e suas repercussões", o ministro Gilmar Mendes cita diversos casos relativos à revisão jurisprudencial em outros países (Alemanha e Estados Unidos) para exemplificar os ensinamentos do jurista alemão Karl Larenz usados em sua argumentação.

³⁴ Karl Larenz, *Metodologia da Ciência do Direito*, Lisboa: 1997 p.498-500 *apud* voto Ministro Gilmar Mendes *in acórdão* HC nº82.959 p.99.

³⁵ Karl Larenz, *Metodologia da Ciência do Direito* p. 495 *apud* voto Ministro Gilmar Mendes *in acórdão* HC nº82.959 p.96.

Refere-se ao autor ao transcrever trecho de sua obra no qual explica que “Ao Tribunal Constitucional incumbe uma responsabilidade política na manutenção da ordem jurídico-estadual e da sua capacidade de funcionamento. Não pode proceder segundo a máxima: fiat justitia, pereat re publica.(...) Aqui a ponderação das conseqüências é, portanto, de todo irrenunciável (...). No que se refere à avaliação das conseqüências previsíveis, esta avaliação só pode estar orientada à idéia de ‘bem comum’ , especialmente à manutenção ou aperfeiçoamento da capacidade funcional do Estado de Direito. É neste sentido, uma avaliação política, mas devendo exigir-se de cada juiz constitucional que se liberte, tanto quanto lhe seja possível – e este é, seguramente, em larga escala o caso – da sua orientação política subjectiva,(...)”³⁶dentre outros.

5.1.2. Ministro Eros Grau

No HC 82.595, o ministro Eros Grau, um dos quatro ministros que ainda não fazia compunha o Supremo Tribunal Federal à época dos outros julgamentos nos quais a jurisprudência foi formada, inicia seu voto afirmando que de 1993, mais especificamente final de 1992 (ano do julgamento do HC 69.657), para o dia em que se encontravam, a realidade havia se alterado, e estava totalmente diferente do que naquele ano.

Fundamenta sua afirmação na crítica de Alberto Silva Franco ao casuísmo da Lei nº 8.072/90, a qual haveria sido elaborada numa época peculiar do país no que diz respeito à segurança pública (durante a onda de extorsão mediante seqüestro, notadamente os casos Abílio Diniz, e Roberto Medina) e à ação da imprensa veiculando a sensação de insegurança na sociedade³⁷.

O ministro considera que a regulação jurídica é ‘sempre provisória e sujeita a ser atropelada pela violência dos fatos’, afirmando ainda que o Direito é um organismo vivo que em virtude de sua interpretação, aplicação deve ser contemporâneo à realidade. Conclui seu pensamento, considerando que ‘alterada a realidade social, a norma que se extrai de um

³⁶ Karl Larenz, *Metodologia da Ciência do Direito* p. 517 *apud* voto Ministro Gilmar Mendes *in acórdão* HC nº82.959 p.103.

³⁷ Alberto Silva Franco, *Crimes Hediondos: anotações sistemáticas à Lei 8.072/90*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 98/99 *apud* voto Ministro Eros Grau *in acórdão* HC nº82.959 p.173.

mesmo texto será diversa daquela que dele seria extraída anteriormente à mudança de realidade'. Por último, distingue inconstitucionalidade originária, de inconstitucionalidade superveniente, classificando o caso que julgava nesta última categoria.

5.1.3. Comentários

Em seu voto, apesar de realizar importantes análises filosóficas sobre a revisão jurisprudencial, o Ministro Gilmar Mendes não relaciona essas mesmas reflexões com a realidade na qual a Lei em questão incide, a realidade brasileira. Desse modo, resta dúvida acerca da legitimidade do acatamento de tais teorias para fundamentar a mudança jurisprudencial do caso que está sendo julgado.

Falta a demonstração, por parte do ministro das mudanças na realidade (relações fácticas), ou seja, das 'experiências' com as quais o texto confrontado necessariamente se transformaria em outro ou a nova valoração que haveria fundamentado a revisão jurisprudencial, e seu contexto.

Na segunda parte de seu voto, entretanto, o ministro suscita outro tipo de discussão, e apresenta a alteração de concepção especificamente em matéria de defesa dos direitos fundamentais, considerando (a partir dos ensinamentos de Larenz) que a responsabilidade política na manutenção da ordem jurídica por parte do Tribunal Constitucional, como é o caso do STF, fazem com que a ponderação das conseqüências seja irrenunciável. Entretanto, mais uma vez deixa de expor as possíveis conseqüências a serem ponderadas para que seja feita então a revisão jurisprudencial.

O ministro Eros Grau, por sua vez, apesar de ressaltar as mudanças na realidade, as quais serviriam de motivo para a mudança na jurisprudência, argumenta pela inconstitucionalidade da proibição de progressão de regime a partir do confronto entre o dispositivo legal que a estabelece (§ 1º do artigo 2º da Lei nº8.072/90) e os dispositivos constitucionais do inciso XLVI e XLVII do artigo 5º (respectivamente individualização da pena e proibição da imposição de penas cruéis), e do inciso III do artigo 1º da Constituição Federal (dignidade da pessoa humana).

Desse modo, não fica claro porque tão somente em 2006 (ano do julgamento do HC 82.595) a proibição da progressão de regime afrontaria a

individualização da pena, a dignidade da pessoa humana, e a proibição da imposição de penas cruéis, e antigamente não o fizesse. Os princípios considerados prejudicados pela vedação da progressão de regime já existiam à época das decisões anteriores, assim como tinham hierarquia constitucionais.

Tendo em vista as explicações proferidas pelos dois ministros, ainda assim deve-se considerar que ao ser questionada a constitucionalidade de certo ato normativo perante o Poder Judiciário, o objetivo almejado não é outro senão manter uma unidade no ordenamento jurídico vigente, de acordo com o texto constitucional. Dessa maneira, pressupõe-se que a análise feita pelo STF acerca da constitucionalidade do dispositivo legal apresentado deva se pautar na relação entre este e a Constituição Federal, já que é exatamente entre eles que deve ocorrer a adequação esperada.

A Lei nº 8.072 foi promulgada em 1990. Já em 1993, a constitucionalidade de seu §1º do artigo 2º foi questionada duas vezes perante o Excelso Tribunal, decidindo-se pela sua conformidade com nossa Carta Política. Em 1998, e em 2002, o mesmo entendimento foi comprovado. Dessa maneira, é cabível a dúvida sobre como, em 2007, o dispositivo legal que já havia diversas vezes tido sua constitucionalidade afirmada, deixou de ser assim considerado, sem que tenha nem ele, nem a Constituição (no que se relacionava ao dispositivo questionado) mudado com o passar dos anos.

6. CONCLUSÃO

Conforme explicitado no capítulo metodológico, a produção desse trabalho se deu com a consciência da multiplicidade de fatores com potencial influência em uma alteração jurisprudencial. Desse modo, o maior escopo seria tão somente excluir alguns fatores, para com isso serem explicitados aqueles que mais influenciaram a mudança na jurisprudência pesquisada.

A partir da classificação e sistematização dos votos pelos argumentos nele utilizados, ficaram expressas algumas características da mudança na jurisprudência no caso da vedação à progressão de regime de pena aos condenados por crimes hediondos.

Primeiramente, não houve qualquer mudança constitucional significativa para a alteração jurisprudencial. Nos artigos em que a Constituição Federal de 1988 trata da vedação da progressão de pena, da individualização da pena, e dos crimes hediondos nada foi alterado após a publicação da Lei nº8.072/90 e até o julgamento do HC nº82.959. Mais importante do que isso, não foi citada nenhuma alteração no texto constitucional por nenhum ministro durante os julgamentos analisados.

Apesar de haverem ocorrido mudanças sociais, político-criminais e penitenciárias na realidade a qual a Lei dos Crimes Hediondos se destinava, ou seja, no Brasil, essas transformações só foram levantadas por um ministro que votou no julgamento em que a alteração jurisprudencial ocorreu. Daí pode-se concluir que tal consideração não foi fundamental ao resultado do julgamento, e conseqüentemente, da alteração jurisprudencial.

No que diz respeito a mudanças no ordenamento jurídico brasileiro como um todo, apesar da Lei da Tortura conter consideráveis relações com a questão da vedação da progressão de regime, como foi outrora comentado, sua importância não foi suficiente para alterar a jurisprudência já consolidada na época de sua promulgação.

Com exceção de uma, a fundamentação dos argumentos proferidos pelos ministros ao longo dos julgamentos nos quais o Plenário do STF decidiu sobre a vedação à progressão de regime, além de haverem sido usadas para justificar tanto a constitucionalidade quanto a inconstitucionalidade do dispositivo legal questionado, foram apresentadas

pelos ministros em todos os acórdãos pesquisados, não havendo assim qualquer argumento novo no julgamento do HC nº82.959 que tenha sido significativo ao resultado do acórdão.

Da mesma maneira, com exceção do ministro Gilmar Mendes, cujo voto no julgamento do HC82.959 foi emblemático para a alteração jurisprudencial, nenhum dos ministros mudou seu entendimento ao longo da alteração jurisprudencial, apesar de sete deles terem participado de suas duas fases. Exclui-se com isso a possibilidade da alteração jurisprudencial ter acontecido a partir da alteração dos entendimentos dos ministros.

Com isso, só resta considerar que no julgamento do HC nº82.959 haviam quatro ministros novos no Plenário do STF, que não tinham até então votado sobre a vedação à progressão de regime naquele tribunal. Desses quatro somente 1 (um) votou pela constitucionalidade do dispositivo legal que a prescrevia, diferentemente de seus predecessores que votaram todos pela constitucionalidade da vedação à progressão no último julgamento analisado que participaram.

A partir de tais considerações, tendo em vista as ressalvas feitas no início do capítulo, podemos concluir que a mudança na composição dos ministros integrantes do Plenário do STF foi fundamental à alteração jurisprudencial estudada. Se não foi a principal causa, certamente foi uma das mais importantes.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Franco, Alberto Silva. *Do princípio da mínima intervenção ao princípio da máxima intervenção*. São Paulo, Revista Portuguesa de Ciência Criminal, ano 6, fasc. 2º, 1996, p. 175/187.

Bitencourt, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal – Parte Geral 1*. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

Gomes, Luiz Flávio. “*STF admite progressão de regime nos crimes hediondos*”. <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8181>, 2006.

Franco, Alberto Silva. *Crimes Hediondos*. 5.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

Oliveira, Olga Maria B. Aguiar de. *Monografia Jurídica – Orientações Metodológicas para o Trabalho de Conclusão de Curso*. 2.ed. Porto Alegre: Síntese, 2002.

Eco, Umberto. *Como se faz uma tese*. São Paulo: Perspectiva, 2005.