

ICPC – INSTITUTO DE CRIMINOLOGIA E POLÍTICA CRIMINAL

**DOS INSTRUMENTOS INTERNACIONAIS DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS
HUMANOS RATIFICADOS PELO BRASIL E DA SUA INFLUÊNCIA NA
FLEXIBILIZAÇÃO DA CRIMINALIZAÇÃO CONSTITUCIONAL DOS
CRIMES HEDIONDOS**

**CURITIBA
2004**

EZEQUIEL PAULO DA SILVA

**DOS INSTRUMENTOS INTERNACIONAIS DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS
HUMANOS RATIFICADOS PELO BRASIL E DA SUA INFLUÊNCIA NA
FLEXIBILIZAÇÃO DA CRIMINALIZAÇÃO CONSTITUCIONAL DOS
CRIMES HEDIONDOS**

**Monografia apresentada como requisito parcial
para obtenção do título de especialista no Curso
de Pós-Graduação em Direito Penal e
Criminologia do Instituto de Criminologia e
Política Criminal – ICPC.**

Prof. Orientador: Dr. Juarez Cirino dos Santos

**CURITIBA
2004**

***Aos meus pais Ernildo e Zoele
pelo esforço de toda uma vida***

AGRADECIMENTOS

À Deus pelo presente da vida.

Ao professor Juarez Cirino dos Santos pelo constante incentivo ao estudo e pesquisa.

À minha família por compreender as horas de dedicação e esforço para a realização deste trabalho.

À Daniele Cristina das Neves pela companhia das tardes de estudo na Biblioteca Pública do Paraná.

*“Dá instrução ao sábio, e ele se fará mais sábio;
ensina ao justo, e ele crescerá em entendimento.”
Provérbios 9:9.*

BÍBLIA SAGRADA

SUMÁRIO

RESUMO	vii
1 INTRODUÇÃO	1
2 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E DA INCORPORAÇÃO DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS	3
2.1 DOS PRINCÍPIOS QUE REGEM O BRASIL NAS RELAÇÕES INTERNACIONAIS	3
2.2 DA DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS DE 1948 E DOS INSTRUMENTOS INTERNACIONAIS DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS RATIFICADOS PELO BRASIL	7
2.3 DA INCORPORAÇÃO DOS TRATADOS E CONVENÇÕES INTERNACIONAIS DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS E SUA EFICÁCIA DE EMENDAS CONSTITUCIONAIS	13
3 DA CONSTITUCIONALIDADE DA PROIBIÇÃO DA PROGRESSÃO DE REGIME NOS CRIMES HEDIONDOS	19
3.1 DO MODELO DE DIREITO PENAL MÍNIMO E GARANTISTA COMO MATRIZ DA LEGITIMAÇÃO IRRACIONAL DA LEI DOS CRIMES HEDIONDOS	19
3.2 DA CONSTITUCIONALIDADE DA DEFINIÇÃO DOS CRIMES HEDIONDOS PELA LEGISLAÇÃO ORDINÁRIA	24
3.3 DA CONSTITUCIONALIDADE DA PROIBIÇÃO DA PROGRESSÃO DE REGIME NOS CRIMES HEDIONDOS FRENTE À DETERMINAÇÃO CONSTITUCIONAL DE INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA	28

4 DOS INSTRUMENTOS INTERNACIONAIS DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS RATIFICADOS PELO BRASIL E DA SUA INFLUÊNCIA NA FLEXIBILIZAÇÃO DA CRIMINALIZAÇÃO CONSTITUCIONAL DOS CRIMES HEDIONDOS	33
4.1 DA DIGNIDADE DA PESSOA COMO LIMITE À PROIBIÇÃO DA PROGRESSÃO DE REGIME NOS CRIMES HEDIONDOS	33
4.2 DA PROIBIÇÃO DA PROGRESSÃO DE REGIME NOS CRIMES HEDIONDOS FRENTE À BUSCA DA RESSOCIALIZAÇÃO DO CONDENADO	38
4.3 DOS INSTRUMENTOS INTERNACIONAIS DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS RATIFICADOS PELO BRASIL E DA SUA INFLUÊNCIA NA FLEXIBILIZAÇÃO DA CRIMINALIZAÇÃO CONSTITUCIONAL DOS CRIMES HEDIONDOS	42
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS	49
REFERÊNCIAS	51
BIBLIOGRAFIA CONSULTADA	54

RESUMO

A presente monografia foi pensada como instrumento de reflexão sobre a aplicação da pena individualizada e a incorporação dos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos frente ao sistema de leis vigentes no Brasil, eis que sujeito de direitos é o homem, cabendo ao Estado a delimitação de seu poder-dever quanto à aplicação das leis.

Assim, na primeira parte deste trabalho verifica-se a incorporação dos tratados e convenções internacionais de proteção dos direitos humanos na legislação brasileira, observando-se nova Emenda Constitucional que estabelece a equivalência destes tratados às emendas constitucionais.

A Constituição Federal de 1988 é a lei maior do Brasil, com ela fazendo coro toda a legislação infraconstitucional, assegurando-se aos indivíduos direitos fundamentais, através de princípios primários que alicerçam toda a construção do ordenamento jurídico pátrio.

Eis a segunda parte da monografia, pois leis que se dissociam dos princípios constitucionais têm que serem vistas com ressalva, como é o caso da lei dos crimes hediondos, que proíbe a progressão de regime a quem cumpre pena, retrocedendo em muito a evolução do direito penal quanto à individualização e aplicação da pena, a ressocialização do condenado, a diretriz de uma política criminal condizente com um país que escolheu adotar o Estado democrático de direito.

Por fim, a terceira parte do trabalho diz respeito à influência que os instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos ratificados pelo Brasil exercem na flexibilização da criminalização dos crimes hediondos. Discorre-se sobre as consequências que a privação da liberdade causa ao condenado, principalmente quando o agente conhece as realidades do Sistema Prisional como um todo.

Busca-se a reabilitação do delinqüente seguindo-se o modelo de direito penal mínimo de intervenção do Estado, eis que a prisão mais degenera o condenado do que o torna sadio para o convívio social.

Conclui-se que, o desrespeito ao princípio da dignidade humana fere toda a sociedade brasileira, mostra a faceta de um Estado autoritário comprometido com uma elite dominante, que usa o sistema punitivo como controle social.

1 INTRODUÇÃO

A execução penal, bem como as demais fases de individualização da pena, está estritamente vinculada aos princípios e garantias do Estado de direito e à política criminal definida na Constituição. Trata-se, portanto, de assegurar na execução penal, aos condenados, todos os direitos fundamentais invioláveis e indisponíveis, assegurar, enfim, a dignidade humana a todos inerente.

O tratamento individualizado na execução da pena privativa de liberdade deve ter em vista o futuro do sentenciado. Depende, portanto, da adequação de cada condenado ao regime geral, tendo em vista as diversas fases que serão percorridas durante a permanência em presídio, de modo que todos possam aproveitar ao máximo as “vantagens” oferecidas.

Diante desse cenário, não se pode deixar de aludir à flagrante inconstitucionalidade da Lei dos Crimes Hediondos, que impede a progressão de regime de cumprimento de pena e, portanto, inviabiliza a individualização da pena na execução penal.

Afinal, como é sabido, o princípio da individualização da pena importa a análise de cada caso individual e tem por escopo a análise do homem e sua evolução no decorrer do cumprimento da pena imposta. Não permite, portanto, generalização e tampouco vedação de progressão em função do delito cometido ou dos anseios sociais de punição.

Diante desse quadro, o objetivo desse estudo é analisar o modo pelo qual o Direito brasileiro incorpora os instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos, bem como em que sentido estes instrumentos podem contribuir para o reforço do sistema de implementação desses direitos no Brasil, especialmente no que concerne ao sistema de execução penal e à impossibilidade de progressão de regime estabelecida na Lei dos Crimes Hediondos.

Ainda procurar-se-á demonstrar que o reconhecimento de que os seres humanos têm direitos sob o plano internacional implica na noção de que a negação desses mesmos direitos impõe, como resposta, a responsabilização internacional do Estado

Violador. Nesse sentido, os tratados internacionais voltados à proteção dos direitos humanos, ao mesmo tempo em que afirmam a personalidade internacional do indivíduo e endossam a concepção universal dos direitos do homem, acarretam aos Estados que os ratificam obrigações no plano internacional.

Em suma, objetiva-se com este estudo avaliar a dinâmica da interação entre a legislação penal brasileira e o Direito Internacional dos Direitos Humanos, bem como os limites da cidadania e da dignidade humana como aparato internacional para o reforço dos direitos constitucionalmente assegurados no âmbito da Lei dos Crimes Hediondos, eis que adentramos no século da globalização, e necessário se faz estabelecer a ordem das coisas, ou seja, dos direitos a se assegurar às pessoas.

2 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E DA INCORPORAÇÃO DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

2.1 DOS PRINCÍPIOS QUE REGEM O BRASIL NAS RELAÇÕES INTERNACIONAIS

O termo princípio, etimologicamente, deriva do latim (*principium, principii*), traduzindo a idéia de início, origem, base.

O significado da palavra, modernamente, se assenta em duas concepções: primeiro, com o seu significado originário de início, origem, ponto de partida; segundo, com base, fundamento, premissa, causa de um processo qualquer. Nesse sentido, a afirmação de KANT de que “princípio é toda proposição geral que pode servir como premissa maior num silogismo”.¹

Em qualquer ciência existem princípios. Estes dão uma visão geral, traçam o caminho para uma melhor compreensão, e, inegavelmente, estruturam o próprio objeto de estudo. Desse modo, os princípios agregam ao objeto de conhecimento valores fundamentais, dando uma função de validade, podendo-se dizer que são “leis” que regem determinado processo e que não podem ser contrariados sob pena de esvaziamento de todo o processo científico desenvolvido sobre o assunto.

No campo da ciência jurídica, os princípios exercem função de grande relevo, já que orientam, condicionam e disciplinam a interpretação e aplicação das normas jurídicas, inclusive as de índole constitucional. Assim, para Celso Antonio BANDEIRA DE MELLO:

Princípio (...) é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a

¹ CARRAZZA, Roque Antonio. *Curso de Direito Constitucional Tributário*. 12.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1999, p. 30.

racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico.²

Roque ANTONIO CARRAZZA preceitua:

(...) princípio jurídico é um enunciado lógico, implícito ou explícito, que, por sua grande generalidade, ocupa posição de preeminência nos vastos quadrantes do Direito e, por isso mesmo, vincula, de modo inexorável, o entendimento e a aplicação das normas jurídicas que com ele se conectam.³

Por sua vez, o eminente professor Rui PORTANOVA apresenta-nos um conceito citando Agostinho GORDILLO:

(...) o princípio é mais que uma norma; uma diretriz, é um norte do sistema, é um rumo apontado para ser seguido por todo o sistema. Rege a interpretação do sistema e a ele se deve curvar o intérprete, sempre que se vai debruçar sobre preceitos contidos no sistema (...). Os princípios não são meros acessórios interpretativos. São enunciados que consagram conquistas éticas da civilização e, por isso, estejam ou não previstos na lei, aplicam-se cogentemente a todos os casos concretos.⁴

No ordenamento jurídico pátrio, os princípios encontram-se dispostos em uma escala hierárquica, encontrando-se alguns em situação de prevalência sobre os demais – são os princípios jurídicos constitucionais ou primários – que irradiam seus efeitos sobre os outros de menor conotação – os princípios legais e infralegais ou secundários. Estes, de menor qualificação, retiram sua funcionalidade e validade daqueles que lhes são superiores, ou seja, têm como parâmetro os princípios maiores, os de nível constitucional.

Frise-se que não pode haver afronta aos princípios de maior significação, ou seja, aos princípios constitucionais, pois estes é que “dão estrutura e coesão ao edifício

² BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. *Curso de Direito Administrativo*. 8.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1996, p. 545.

³ CARRAZZA, Roque Antonio. *Curso de Direito Constitucional Tributário*. 12.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1999, p. 31-32.

⁴ PORTANOVA, Rui. *Princípios do Processo Civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 13.

jurídico. Nenhuma norma constitucional pode com eles atritar, sob pena de inexistência, nulidade, anulabilidade ou ineficiência”.⁵

Nessa linha de argumentação, Luís Roberto BARROSO acrescenta que os princípios constitucionais:

(...) são o conjunto de normas que espelham a ideologia da Constituição, seus postulados básicos e seus fins. Dito de forma sumária, os princípios constitucionais são as normas eleitas pelo constituinte como fundamentos ou qualificações essenciais da ordem jurídica que institui.⁶

Ante o exposto, depreende-se o papel relevante que exercem os princípios constitucionais como fundamento de um Estado de Direito, devendo-se ressaltar que, a par dos princípios expressamente elencados no texto constitucional, há os princípios implícitos, de igual significação no ordenamento jurídico.

Conforme os ensinamentos de Flávia PIOVESAN:

A Carta de 1988 é a primeira Constituição brasileira a elencar o princípio da prevalência dos direitos humanos, como princípio fundamental a reger o Estado brasileiro nas relações internacionais. Na realidade, trata-se da primeira constituição brasileira a consagrar um universo de princípios a guiar o Brasil no cenário internacional, fixando valores a orientar a agenda internacional do Brasil – iniciativa sem paralelo nas experiências constitucionais anteriores.⁷

Com efeito, nos termos do Título I, da Constituição Federal de 1988, ficam determinados os princípios fundamentais que regem a República Federativa do Brasil nas suas relações internas e internacionais:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

...

II – a cidadania;

III – a dignidade da pessoa humana;

⁵ GOMES CANOTILHO *apud* CARRAZA, Roque Antonio. *Curso de Direito Constitucional Tributário*. 12.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1999, p. 37.

⁶ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. São Paulo: Editora Saraiva, 1996, p. 141.

⁷ PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 5.ed. São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 60-61.

...

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

...

IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Art. 4º A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios:

...

II – prevalência dos direitos humanos (...)

A supracitada autora prossegue:

Até então, as Constituições brasileiras anteriores à de 1988, ao estabelecerem tratamento jurídico às relações internacionais, limitavam-se a assegurar os valores da independência e soberania do país – tema básico da Constituição imperial de 1824 – ou restringiam-se a proibir a guerra de conquista e a estimular a arbitragem internacional – Constituição republicana de 1891 e de 1934 – ou atinham-se a prever a possibilidade de aquisição de território, de acordo com o Direito Internacional Público – Constituição de 1937 – ou, por fim, reduziam-se a propor a adoção de meios pacíficos para a solução de conflitos – Constituições de 1946 e de 1967.⁸

Dessa forma, Flávia PIOVESAN, de maneira brilhante, ensina que, ao romper com a sistemática das Cartas anteriores, a Constituição de 1988 consagrou o primado do respeito aos direitos humanos como paradigma para a ordem internacional.

Para Antônio Augusto CANÇADO TRINDADE:

(...) o consenso generalizado formado hoje em torno da necessidade de internacionalização da proteção dos direitos humanos corresponde a uma manifestação cultural de nossos tempos, juridicamente viabilizada pela coincidência de objetivos entre o direito internacional e o direito interno quanto à proteção da pessoa humana.⁹

Na visão de J. CRETELLA JUNIOR:

Os direitos humanos deverão estar em primeiro plano. (...) Desse modo, tendo o país saído de um regime forte, os constituintes, no Estado de Direito implantado, ressaltaram que o Brasil fundamentará suas relações

⁸ PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 5.ed. São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 62.

⁹ CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. A interação entre o direito internacional e o direito interno na proteção dos direitos humanos. *Arquivos do Ministério da Justiça*. Brasília, Vol. 46, Nº 182, p. 32, jul/dez. 1993.

internacionais nos princípios da independência nacional, com a prevalência dos direitos humanos. Assim, o Brasil tomará posição contra os Estados em que os direitos humanos sejam desrespeitados.¹⁰

Sendo assim, a partir do momento em que o Brasil se propõe a fundamentar suas relações com base na prevalência dos direitos humanos, está reconhecendo a existência de limites à sua noção de soberania estatal.

Conforme Flávia PIOVESAN:

Rompe-se com a concepção tradicional de soberania estatal absoluta, reforçando o processo de sua flexibilização e relativização, em prol da proteção dos direitos humanos. Esse processo é condizente com as exigências do Estado Democrático de Direito constitucionalmente pretendido.

Vale dizer, surge a necessidade de interpretar os antigos conceitos de soberania estatal e não intervenção, à luz de princípios inovadores da ordem constitucional e dentre eles, destaque-se o princípio da prevalência dos direitos humanos. Estes são os novos valores incorporados pelo texto de 1988 e que compõem a tônica do constitucionalismo contemporâneo.

Se para o Estado brasileiro a prevalência dos direitos humanos é princípio a reger o Brasil no cenário internacional, está-se conseqüentemente admitindo a concepção de que os direitos humanos constituem tema de legítima preocupação e interesse da comunidade internacional. Os direitos humanos, nesta concepção, surgem para a Carta de 1988 como tema global.¹¹

2.2 DA DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS DE 1948 E DOS INSTRUMENTOS INTERNACIONAIS DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS RATIFICADOS PELO BRASIL

Pode-se dizer que foi com o processo de universalização dos direitos humanos que os Estados concordaram em submeter ao controle da comunidade internacional o que, até então, era de seu domínio reservado.

A carta da ONU, adotada em 1945, estabelece que os Estados-partes devem promover a proteção dos direitos humanos e liberdades fundamentais.

¹⁰ CRETILLA JUNIOR, J. *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*. Rio de Janeiro: Editora Forense universitária, 1990, vol. 1, p. 172.

¹¹ PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 5.ed. São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 64.

Por direitos humanos, podemos citar o conceito de Dalmo de Abreu DALLARI, para o qual os mesmos representam:

(...) uma forma abreviada de mencionar os direitos fundamentais da pessoa humana. Esses direitos são considerados fundamentais porque sem eles a pessoa humana não consegue existir ou não é capaz de se desenvolver e de participar plenamente da vida.¹²

A Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 vem atestar o reconhecimento universal de direitos humanos fundamentais, os quais são “justamente os direitos humanos consagrados pelo Estado como regras constitucionais escritas”¹³.

Costuma-se sustentar que a Declaração não apresenta força jurídica obrigatória e vinculante. Após a sua adoção, instaurou-se uma larga discussão sobre qual seria a maneira mais eficaz em assegurar o reconhecimento e a observância universal dos direitos humanos nela elencados. Chegou-se a conclusão de que a Declaração deveria ser “juridicizada” sob a forma de tratado internacional, que fosse juridicamente obrigatório e vinculante no âmbito do Direito Internacional.

Esse processo de “juridicização” da Declaração começou em 1949 e foi concluído apenas em 1966, com a elaboração de dois tratados internacionais distintos, o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos¹⁴ e o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais¹⁵, os quais passaram a incorporar os Direitos constantes da Declaração Universal.

Portanto, foi a partir da elaboração destes Pactos que efetivamente formou-se a Carta Internacional dos Direitos Humanos, *International Bill of Rights*, a qual inaugura o sistema global de proteção desses direitos, ao lado do qual já se delineava o sistema regional de proteção.

¹² DALLARI, Dalmo de Abreu. *Direitos Humanos e Cidadania*. São Paulo: Moderna, 1998, p. 7.

¹³ COMPARATO, Fábio Konder. *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 227.

¹⁴ Texto aprovado em 1966 e com entrada em vigor no dia 3 de janeiro de 1976.

¹⁵ Texto aprovado em 1966 e com entrada em vigor no dia 3 de janeiro de 1976.

Segundo Antonio Augusto CANÇADO TRINDADE¹⁶, tem-se reconhecido o caráter complementar de procedimentos “não apenas sob tratados e instrumentos gerais de direitos humanos, mas também sob tratados e instrumentos ‘especializados’ voltados a aspectos específicos da proteção de direitos humanos, a nível global e regional”.

Em suma, nas palavras de José Augusto LINDGREN ALVES:

Os direitos humanos têm caráter peculiar no direito e nas relações internacionais por várias razões. Em primeiro lugar, porque têm como sujeitos não os Estados, mas sim, no dizer de Norberto Bobbio, o homem e a mulher na qualidade de ‘cidadãos do mundo’. Em segundo porque, pelo menos à primeira vista, a interação dos Governos nessa área não visa a proteger interesses próprios. Em terceiro, e indubitavelmente, porque o tratamento internacional da matéria modifica a noção habitual de soberania.¹⁷

Portanto, os ideais de universalidade dos direitos humanos defendidos pela ONU desde sua criação, manifestados com a Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, estão adquirindo uma maior consistência, inobstante a flagrante constatação de desrespeitos em vários pontos do mundo.

Flávia PIOVESAN afirma que “os tratados internacionais, enquanto acordos internacionais juridicamente obrigatórios e vinculantes (*pacta sunt servanda*), constituem a principal fonte de obrigação do Direito Internacional”¹⁸.

Na definição de Louis HENKIN:

O termo “tratado” é geralmente usado para se referir aos acordos obrigatórios celebrados entre sujeitos de Direito Internacional, que são regulados pelo Direito Internacional. Além do termo “tratado”, diversas outras denominações são usadas para se referir aos acordos internacionais. As mais comuns são Convenção, Pacto, Protocolo, Carta, Convênio, como também Tratado ou Acordo Internacional. Alguns termos são usados para

¹⁶ CANÇADO Trindade, Antonio Augusto. *A proteção Internacional dos Direitos Humanos*. São Paulo: Editora Saraiva, 1991, p. 25.

¹⁷ LINDGREN ALVES, José Augusto. *Os direitos humanos como tema global*. São Paulo: Editora Perspectiva, 2003, p. 43.

¹⁸ PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 5.ed. São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 67.

denotar solenidade (por exemplo, Pacto ou Carta) ou a natureza suplementar do acordo (Protocolo).¹⁹

Assim, a primeira regra a ser analisada é a de que os tratados internacionais só se aplicam aos Estados partes, ou seja, aos Estados que expressamente consentiram com a sua adoção, conforme o art. 6º da Convenção de Viena: “Todo Estado possui capacidade para concluir tratados”.

Da mesma forma, os Estados não podem criar obrigações aos Estados que com eles não consentiram, ao menos que preceitos constantes do tratado tenham sido incorporados pelo costume internacional. Como dispõe a Convenção de Viena: “Todo tratado em vigor é obrigatório em relação às partes e deve ser cumprido por elas de boa-fé”.

Acrescenta o art. 27 da Convenção: “Uma parte não pode invocar disposições de seu direito interno como justificativa para o não cumprimento do tratado”.

Nesse contexto, a consagrada professora Flávia PIOVESAN:

Enfatize-se que os tratados são, por excelência, expressão de consenso. Apenas pela via do consenso podem os tratados criar obrigações legais, uma vez que Estados soberanos, ao aceitá-los, comprometem-se a respeitá-los. A exigência de consenso é prevista pelo art. 52 da Convenção de Viena, quando dispõe que o tratado será nulo se a sua aprovação for obtida mediante ameaça ou o uso da força, em violação dos princípios de Direito Internacional consagrados pela Carta da ONU.²⁰

Conforme Guilherme Assis de ALMEIDA e Cláudia PERRONE-MOISÉS:

A Declaração Universal dos Direitos Humanos foi aprovada por unanimidade, com abstenções da Iugoslávia, Polônia, Bielo-Rússia, Tchecoslováquia, Ucrânia e União Soviética, o que mostra que, apesar de existir a consciência da necessidade de se positivar as garantias fundamentais do ser humano, havia certa resistência por parte de alguns Estados quanto aos termos dessa positivação.

(...)

Durante 18 anos, a Declaração foi a única etapa do plano de ação da Comissão de Direitos Humanos que se concretizou. Ela foi acompanhada de

¹⁹ HENKIN, Louis *in* PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 5.ed. São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 68.

²⁰ ALMEIDA, Guilherme Assis de; PERRONE-MOISÉS, Cláudia. *Direito Internacional dos Direitos Humanos*. São Paulo: Editora Atlas, 2002, p. 41.

várias convenções específicas sobre temas de direitos humanos, mas um tratado geral sobre o tema, como previsto para a segunda etapa da Carta Internacional de Direitos Humanos, somente veio a ser aprovado em 1966.
(...)

Na verdade, o tratado de direitos humanos foi desmembrado em dois documentos, os quais foram denominados de Pactos Internacionais de Direitos Humanos.

Pelo tempo transcorrido entre a aprovação da Declaração Universal dos Direitos Humanos e a elaboração dos Pactos Internacionais de Direitos Humanos, bem como pela divisão da matéria em dois tratados, verificamos que os trabalhos preparatórios e o consentimento dos países-membros em relação a sua aprovação não foram tranquilos.²¹

A Declaração de 1948, portanto, foi a forma jurídica encontrada pela comunidade internacional de eleger os direitos essenciais para a preservação da dignidade do ser humano.

Nesse contexto, após breve pesquisa histórica, podemos elencar relevantes instrumentos internacionais de proteção aos direitos humanos de que o Brasil faz parte, dentre eles:

- Protocolo Especial relativo aos Apátridas (Haia, 1930).
- Acordo relativo à Concessão de Título de Viagem para refugiados que estejam sob jurisdição do Comitê Intergovernamental de Refugiados (Londres, 1946).
- Constituição da Organização Internacional dos Refugiados (Nova Iorque, 1946).
- Convenção para a Supressão do Tráfico de Mulheres Maiores (Genebra, 1933), emendado pelo Protocolo assinado em Lake Success, em 12/12/47; e a Convenção para a Supressão do Tráfico de Mulheres e Crianças (Genebra, 1921, emendada pelo Protocolo de Lake Success, assinado em 1947).
- Convenção sobre a Prevenção e Repressão do Crime de Genocídio (Paris, 1948).
- Convenção Interamericana sobre a Concessão dos Direitos Civis à Mulher (Bogotá, 1948).
- Convenção Interamericana sobre a Concessão dos Direitos Políticos da Mulher (Bogotá, 1948).
- Convenção para a Repressão do Tráfico de Pessoas e do Lenocínio e Protocolo Final (Nova Iorque, 1950).

²¹ ALMEIDA, Guilherme Assis de; PERRONE-MOISÉS, Cláudia. *Direito Internacional dos Direitos Humanos*. São Paulo: Editora Atlas, 2002, p. 41.

- Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados (Genebra, 1951).
- Convenção sobre os Direitos Políticos da Mulher (Nova Iorque, 1953).
- Convenção Relativa à Escravatura (Nova Iorque, 1953).
- Convenção Relativa ao Estatuto dos Apátridas (Nova Iorque, 1954).
- Convenção Suplementar sobre Abolição da Escravatura, do Tráfico de Escravos e das Instituições e Práticas Análogas à Escravatura (Genebra, 1956).
- Convenção Internacional sobre Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial (Nova Iorque, 1966).
- Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (Nova Iorque, 1966).
- Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (Nova Iorque, 1966).
- Protocolo sobre o Estatuto dos Refugiados (Nova Iorque, 1967).
- Convenção Americana sobre os Direitos Humanos (São José da Costa Rica, 1969).
- Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres (Nova Iorque, 1979).
- Convenção contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes (Nova Iorque, 1979).
- Convenção Interamericana sobre Conflito de Leis em matéria de Adoção de Menores (La Paz, 1984).
- Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura (Cartagena das Índias, 1985).
- Convenção Interamericana sobre a Restituição Internacional de Menores (Montevideu, 1989).
- Convenção sobre os Direitos das Crianças (Nova Iorque, 1989).
- Convenção sobre a Cooperação Internacional para Proteção de Crianças e Adolescentes em matéria de Adoção (Haia, 1993).
- Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher (Belém, 1994).

2.3 DA INCORPORAÇÃO DOS TRATADOS E CONVENÇÕES INTERNACIONAIS DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS E SUA EFICÁCIA DE EMENDAS CONSTITUCIONAIS

Conforme a Emenda Constitucional 32/2001, decreto legislativo é a espécie normativa destinada a veicular as matérias de competência exclusiva do Congresso Nacional, previstas, basicamente, no art. 49 da Constituição de 1988.

O art. 49 da Constituição de 1988, por sua vez, disciplina que o Congresso Nacional poderá aprovar os tratados e atos internacionais mediante a edição de decreto legislativo, ato que dispensa sanção ou promulgação por parte do Presidente da República. O decreto legislativo, portanto, contém aprovação do Congresso Nacional ao tratado e simultaneamente a autorização para que o Presidente da República ratifique-o em nome da República Federativa do Brasil, por meio da edição de um decreto presidencial.

Em seu art. 84, inciso VIII, a Constituição Federal ainda determina que é da competência privativa do Presidente da República celebrar contratos, convenções e tratados internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional. Consagra-se, assim, a colaboração entre Executivo e Legislativo na conclusão de tratados internacionais, que não se aperfeiçoam enquanto a vontade do Poder Executivo, manifestada pelo Presidente da República não se somar à vontade do Congresso Nacional.

Contudo, há que se enfatizar que, segundo opinião de alguns constitucionalistas brasileiros, anteriormente à Emenda Constitucional nº 45/2004, enquanto os demais tratados internacionais teriam força hierárquica infraconstitucional, os direitos enunciados em tratados internacionais de proteção dos direitos humanos apresentariam natureza de norma constitucional.

Conforme Flavia PIOVESAN, a Constituição de 1988 recepciona os direitos enunciados em tratados internacionais de que o Brasil é parte, conferindo-lhes hierarquia de norma constitucional. Isto é, os direitos constantes nos tratados internacionais integram e complementam o catálogo de direitos constitucionalmente

previsto, o que justifica estender a estes direitos o regime constitucional conferido aos demais direitos e garantias fundamentais.²²

Desta forma, mesmo antes da referida emenda, segundo Flávia PIOVESAN, nossa Carta Política fazia com que os tratados que versassem sobre direitos humanos fossem incorporados em nosso ordenamento com o status de norma constitucional.

A Constituição de 1988 inova, ao incluir, dentre os direitos constitucionalmente protegidos, os direitos enunciados nos tratados internacionais de que o Brasil seja signatário. Ao efetuar tal incorporação, a carta está a atribuir aos direitos internacionais uma hierarquia especial e diferenciada, qual seja, a de norma constitucional.²³

Em suma, Flávia PIOVESAN, em sua consagrada obra sobre os Direitos Humanos, faz substancial síntese da recepção dos tratados sobre direitos humanos nas constituições latino-americanas, destacando, inicialmente:

(...) a Constituição do Peru de 1979, ao determinar no art. 105 que os preceitos contidos nos tratados de direitos humanos têm hierarquia constitucional e não podem ser modificados senão pelo procedimento que rege a reforma da própria constituição.

No mesmo sentido, a Constituição da Argentina, após a reforma constitucional de 1994, passou a dispor no art. 75, inciso 22, que, enquanto os tratados em geral têm hierarquia infraconstitucional, mas supralegal, os tratados de proteção dos direitos humanos têm hierarquia constitucional, complementando os direitos e garantias constitucionalmente reconhecidos.

Por sua vez, a Constituição da Nicarágua de 1986 integra à enumeração constitucional de direitos, para fins de proteção, os direitos consagrados na Declaração Universal dos Direitos Humanos (...). Esta Constituição confere assim hierarquia constitucional aos direitos constantes dos instrumentos internacionais de proteção aos direitos humanos.

Um outro exemplo é a Constituição da Guatemala de 1986, ao prever que os direitos e garantias nela previstos não excluem outros que não figurem expressamente do catálogo constitucional. Este texto adiciona que os tratados de direitos humanos ratificados pela Guatemala têm preeminência sobre o Direito interno, nos termos do art. 46. Nesta mesma direção está a Constituição da Colômbia de 1991, que no art. 93 confere hierarquia especial aos tratados de direitos humanos, ao determinar que estes prevalecem na ordem interna e que os direitos humanos constitucionalmente

²² PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 5.ed. São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 81.

²³ PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 5.ed. São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 52.

consagrados serão interpretados em conformidade com os tratados de direitos humanos ratificados pela Colômbia.²⁴

Ainda que não se atribuisse status de regra constitucional às enunciações de direitos dos tratados internacionais sobre direitos humanos, mesmo assim subsistiria sua força normativa constitucional, pois consubstanciam princípios com carga de normatividade, inclusive como diretriz hermenêutica.

Com o mesmo entendimento se posicionam CINTRA, GRINOVER E DINAMARCO:

A Convenção Americana de Direitos Humanos, devidamente ratificada pelo Brasil, foi integrada ao nosso ordenamento pelo Dec. nº 678, de 6 de novembro de 1992. A partir daí, e nos estritos termos do § 2º do art. 5º da Constituição, (...) os direitos e garantias processuais nela inseridos passaram a ter índole e nível constitucionais, complementando a Lei Maior e especificando ainda mais as regras do ‘devido processo legal’.²⁵

Alexandre de MORAES, por sua vez, entende que:

(...) os compromissos assumidos pelo Brasil em virtude de atos, tratados, pactos ou acordos internacionais de que seja parte, devidamente ratificados pelo Congresso Nacional e promulgados e publicados pelo Presidente da República, apesar de ingressarem no ordenamento jurídico constitucional, não minimizam o conceito de soberania do Estado-povo na elaboração de sua constituição, devendo, pois, sempre serem interpretados com as limitações impostas constitucionalmente.²⁶

Conforme julgamento do Supremo Tribunal Federal:

A questão da executoriedade dos tratados internacionais no âmbito do direito interno - analisado esse tema na perspectiva do sistema constitucional brasileiro - supõe a prévia incorporação desses atos de direito internacional público ao plano da ordem normativa doméstica.²⁷

²⁴ PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 5.ed. São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 96-97.

²⁵ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini & DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 17.ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2001, p. 85.

²⁶ MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 13.ed. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2003, p. 613.

²⁷ (STF - Ministro Celso Mello, ADIn 1480-3-DF, DJU I, 2.8.96, pp. 25.792 a 25.795).

Nesse contexto, duas são as correntes que procuram situar a matéria e que têm gerado controvérsias: de um lado, a teoria monista preconizada por Kelsen, que sustenta produzir a ratificação dos tratados efeitos concomitantes na esfera internacional e interna; de outro lado, a teoria dualista de Triepel, que proclama a coexistência de duas ordens independentes, uma nacional e outra internacional, que reclama um processo de recepção para ter trânsito e aplicabilidade naquela.

No Brasil, desde o julgamento do RE 71.154-PR, tem-se sustentado a prevalência da teoria dualista. Posteriormente, no RE 80.004-SE, a questão foi novamente apreciada, sedimentando-se a jurisprudência nesse sentido.

O fato é que a discussão se alastra desde 1977, quando foi julgado pelo Supremo Tribunal Federal o Recurso Extraordinário nº 80.004-SE (*RTJ* 83/809) em que ficou assentada, por maioria, a tese de que, ante a realidade do conflito entre o tratado internacional e a lei posterior, esta, porque expressão última da vontade do legislador republicano deveria ter sua prevalência garantida pela Justiça.

A conclusão a que chegou o STF, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 80.004-SE foi a de que dentro do sistema jurídico brasileiro, onde tratados e convenções guardam estrita relação de paridade normativa com as leis ordinárias editadas pelo Estado, a normatividade dos tratados internacionais, permite, no que concerne à hierarquia das fontes, situá-los no mesmo plano e no mesmo grau de eficácia em que se posicionam as nossas leis internas.

Inobstante este posicionamento, atualíssimas são as vozes a proclamar a supremacia dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos, frente à própria Constituição Federal, a exemplo da doutrina de Flávia PIOVESAN e de Antônio Augusto CANÇADO TRINDADE, conforme exposto anteriormente.

Entretanto, conforme o Supremo Tribunal Federal, a norma convencional passou a ser considerada como tendo o mesmo status e valor jurídico das demais disposições legislativas internas, pois a Constituição da República, ao tratar da competência do STF, teria colocado os tratados internacionais ratificados pelo Estado brasileiro, no mesmo plano hierárquico das normas infraconstitucionais, aplicando-se

em caso de conflito o princípio geral relativo às normas de idêntico valor, isto é, o critério cronológico, onde a norma mais recente revoga a anterior com ela conflitante.

Dessa forma, o Supremo Tribunal Federal, acompanhado por alguns doutrinadores, tem se manifestado reiteradamente no sentido de não observar qualquer diferença entre tratados que versem sobre relações entre Estados e os que abordam matéria de direitos humanos, afirmando que todos são incorporados ao ordenamento brasileiro com o status de leis infraconstitucionais, pois ao se analisar a Constituição em seu art. 102, III, “b”, onde diz que cabe ao STF julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida declarar a inconstitucionalidade de tratado, chegam à conclusão de que para que se faça o exame da constitucionalidade de tratados, os mesmos devem estar em um grau hierárquico inferior ao da Carta Magna²⁸, como podemos observar nos seguintes pronunciamentos:

Paridade normativa entre atos internacionais e normas infraconstitucionais. Os atos internacionais, uma vez regularmente incorporados ao direito interno, situam-se no mesmo plano de validade e eficácia das normas infraconstitucionais (...) Existe entre tratados internacionais e leis internas brasileiras, mera relação de paridade normativa.²⁹

Os compromissos assumidos pelo Brasil em tratado internacional de que seja parte (§ 2º do art. 5º da Constituição) não minimizam o conceito de soberania do Estado-povo na elaboração da sua Constituição; (...) ³⁰

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA. PRISÃO CIVIL. - Esta Corte, por seu Plenário (HC 72.131), firmou o entendimento de que, em face da Carta Magna de 1988, persiste a constitucionalidade da prisão civil do depositário infiel em se tratando de alienação fiduciária, bem como de que o Pacto de São José da Costa Rica, além de não poder contrapor-se à permissão do artigo 5º, LXVII, da mesma Constituição, não derogou, por ser norma infraconstitucional geral, as normas infraconstitucionais especiais sobre prisão civil do depositário infiel. - Esse entendimento voltou a ser afirmado recentemente, em 27.05.98, também por decisão do Plenário, quando do julgamento do RE 206.482. - Dessa orientação divergiu o acórdão recorrido. - Inconstitucionalidade da interpretação dada ao artigo 7º, item 7, do Pacto de São José da Costa Rica no sentido de derogar o Decreto-Lei 911/69 no

²⁸ Este posicionamento do STF teve início com o julgamento do RE 80.004/SE (STF – Pleno – RE 80.004/SE – Rel. Min. Xavier de Albuquerque, DJ de 29.12.77, p. 9433).

²⁹ (STF – Pleno – ADIN 1480-3/DF – medida liminar – Rel. Min. Celso de Mello, DJ de 18.05.01).

³⁰ (STF – 2ªT. – HC 73044/SP – Rel. Min. Mauricio Corrêa, DJ de 20.09.96, p. 34534).

tocante à admissibilidade da prisão civil por infidelidade do depositário em alienação fiduciária em garantia. - É de observar-se, por fim, que o § 2º do artigo 5º da Constituição não se aplica aos tratados internacionais sobre direitos e garantias fundamentais que ingressaram em nosso ordenamento jurídico após a promulgação da Constituição de 1988, e isso porque ainda não se admite tratado internacional com força de emenda constitucional. Recurso extraordinário conhecido e provido.³¹

Contudo, com a entrada em vigor da Emenda Constitucional nº 45, de 08 de dezembro de 2004, restou superada a posição do Supremo Tribunal Federal, já que o § 3º, do inciso LXXVIII, do art. 5º, da Constituição Federal, determinou que “os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”.

Por fim, ainda cabe ressaltar que, mesmo antes da inserção do § 3º, o § 2º já determinava que “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

³¹ (STF – 1ª T. – RE 355438/ SP – Rel. Min. Moreira Alves).

3 DA CONSTITUCIONALIDADE DA PROIBIÇÃO DA PROGRESSÃO DE REGIME NOS CRIMES HEDIONDOS

3.1 DO MODELO DE DIREITO PENAL MÍNIMO E GARANTISTA COMO MATRIZ DA LEGITIMAÇÃO IRRACIONAL DA LEI DOS CRIMES HEDIONDOS

Desde o momento em que o liberalismo tornou-se o discurso hegemônico na implementação de políticas públicas relacionadas com garantias formais de direitos, o Estado começou a exercitar, dentro de determinados limites legais, as atividades que pudessem assegurar a realização de tais objetivos. Pode-se dizer, então, que esse 'Estado domesticado pelo direito' desenvolveu-se progressivamente alicerçado nas conquistas da cultura burguesa e capitalista nos países centrais do ocidente.³²

Entretanto, as garantias formais dos direitos individuais e políticos não significaram, na prática, sua efetivação.

Desse modo, segundo Rogério Dutra dos SANTOS, os institutos formais que controlam a aplicação prática das políticas estatais (os regulamentos, códigos e constituições):

(...) acabam tendo por função real a legitimação de uma prática raramente consoante com sua programação. Seguramente, podemos afirmar que a perversidade violenta gerada pela incongruência entre a programação normativa e a prática efetiva, aparece como uma das mais nefastas consequências da atuação estatal relativas ao corpo social.³³

Conforme Slavoj ŽIŽEK:

Não se está falando, por óbvio, de que essa violência cause danos só e principalmente à estrutura social, muito pelo contrário, mas sim, e especialmente, a certos 'elementos' que pelo simples fato de existirem, revelam a intrínseca e injusta desigualdade dessa estrutura. À parte os sistemas públicos (como o sistema de saúde, previdência e educação) que deveriam garantir o mínimo de dignidade para aqueles que deles dependem, centraremos o nosso foco de análise no sistema penal, o mais claro exemplo

³² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estado de Direito*. Lisboa: Gradiva, 1990, p. 24.

³³ SANTOS, Rogério Dutra dos. *Introdução crítica ao estudo do sistema penal*. Florianópolis: Diploma Legal, 1999, p. 258.

de violência social organizada. Dessa forma, o que se tentará demonstrar é que a atuação do sistema penal não passa de uma prática política de manutenção e reprodução das desigualdades alicerçada num discurso falacioso.³⁴

Tais idéias são sustentadas na teoria penal garantista de Luigi FERRAJOLI, ideologia que se desenvolveu a partir da matriz política introduzida por Thomas HOBBS no século XVII e desenvolvida de forma parcialmente diferenciada enquanto liberalismo político na Europa Moderna por John LOCKE, Jean-Jacques ROUSSEAU, Barão de MONTESQUIEU, e que é recepcionada, no direito penal, por Cesare BECCARIA, Jeremy BENTHAM e Francesco Carrara.

O garantismo penal desenvolve-se também a partir da matriz neopositivista exposta por HANS Kelsen, a qual foi incorporada na sua íntegra por Norberto BOBBIO (mestre de FERRAJOLI).

FERRAJOLI, por sua vez, propugna pela abolição gradual das penas privativas de liberdade, por lhe parecerem excessiva e inutilmente aflitivas, e se opõe, doutra parte, à idéia de ressocialização ou reeducação por meio da pena. Portanto, fim geral do direito penal, é, segundo FERRAJOLI, “impedir que os indivíduos façam justiça por suas próprias mãos, ou ainda, minimizar ou controlar a violência”³⁵.

Para ele, o direito penal ideal, por assim dizer, em face da exigência de certeza e razão que devem presidir a intervenção do Estado, é necessariamente um modelo de direito penal que represente a um tempo o máximo de bem-estar possível para os não-delinquentes e o mínimo de mal-estar para os delinquentes, modelo que corresponde, assim, a um meio termo entre um modelo máximo de direito penal e o abolicionismo penal: um modelo de direito penal mínimo.

Por “direito penal mínimo” considera um direito penal maximamente condicionado e maximamente limitado, isto é, limitado às situações de absoluta necessidade - pena mínima necessária - , que corresponda, assim, não só ao máximo grau de tutela de liberdade dos cidadãos frente à potestade punitiva do Estado, senão também a um ideal de racionalidade e de certeza, razão pela qual não terá lugar a

³⁴ ZIZEK, Slavoj. *Um mapa da ideologia*. Rio de Janeiro: Contraponto, 1996, p. 105.

³⁵ FERRAJOLI, Luigi *apud* SANTOS, Rogério Dutra dos. *Introdução crítica ao estudo do sistema penal*. Florianópolis: Diploma Legal, 1999, p. 119.

intervenção penal sempre que sejam incertos ou indeterminados os seus pressupostos. E por “garantismo”, a tutela daqueles valores ou direitos fundamentais cuja satisfação, ainda que contra interesses da maioria, é o fim justificador do direito penal: a imunidade dos cidadãos contra a arbitrariedade, das proibições e dos castigos, a defesa dos débeis mediante regras iguais para todos, a dignidade da pessoa do imputado e, por conseguinte garantia de sua liberdade mediante o respeito de sua verdade.³⁶

Em verdade, desde os estudos do teórico francês Michel FOULCALT, está exposto que uma das razões primordiais do sistema penal é a de promover a intolerância sobre uma classe de delinquentes formada artificialmente pelo Estado. Essa intolerância tem como objetivo produzir uma moral fundamentalista no ideário popular, separando rigorosamente o povo da delinquência:

(...) a partir do momento em que a capitalização pôs nas mãos da classe popular uma riqueza investida em matérias-primas, máquinas e instrumentos, foi absolutamente necessário proteger essa riqueza (...) separando nitidamente o grupo de delinquentes, mostrando-os como perigosos não apenas para os ricos, mas também para os pobres, mostrando-os carregados de todos os vícios e responsáveis pelos maiores perigos. Donde o nascimento da literatura policial e da importância, nos jornais, das páginas policiais, das horríveis narrativas de crimes.³⁷

Para Michel FOULCALT, o poder disciplinar significa a fabricação do indivíduo, fabricação de acordo com as necessidades do mercado, uma espécie de ‘ovo de Colombo’ na ordem política, e enquanto tecnologia política, a técnica que assegura a ordenação da multiplicidade humana, não se restringindo às instituições, mas penetrando por todo o corpo social, perfazendo uma revolução na história do espírito humano.

Os recursos de adestramento do poder disciplinar são a vigilância hierárquica, a sanção normalizadora e o exame, conforme a célebre formulação de FOULCALT: a vigilância hierárquica, pela qual técnicas de ver produzem efeitos de poder, é exercida por dispositivos que obrigam pelo olhar, representados por redes verticais de relações de controle; a sanção normalizadora é constituída por uma ordem artificial de punições e

³⁶ FERRAJOLI, Luigi *apud* SANTOS, Rogério Dutra dos. *Introdução crítica ao estudo do sistema penal*. Florianópolis: Diploma Legal, 1999, p. 120-121.

³⁷ FOULCALT, Michel. *Vigiar e Punir*. Petrópolis: Editora Vozes, 1987, p. 177.

recompensas disciplinares, em que a identidade do modelo produz sujeitos homogêneos; o exame, como controle normalizante e ritualizado fundado na vigilância e na sanção, é uma tecnologia de dominação que constitui o indivíduo como objeto de saber e efeito de relações de poder.³⁸

Desse modo, a partir das constatações empíricas proporcionadas pelo estudo de teóricos como FOULCALT, e levando em consideração o desenvolvimento excepcional dos estudos criminológicos a partir da segunda metade deste século, fica comprovada a total incompatibilidade do discurso liberal de proteção da dignidade humana e de todos os direitos a ela inerentes e a realização brutalmente perversa do sistema que teria o condão de realizá-la.

A questão que decorre dessas observações é de que maneira o poder repressivo do Estado pode concretizar-se na sua realização efetiva, ou seja, na prática política concreta dos Estados Constitucionais, já que sua legitimação alicerçou-se na função de efetivação e manutenção de direitos fundamentais protegidos juridicamente através de Cartas Magnas.

Resta claro que tal questão é resumida pela impossibilidade de questionamento sobre a legitimidade “daquelas normas”, ou seja, não sendo possível se chegar ao fundamento de legitimidade da atividade repressiva do Estado, constrói-se uma barreira que acaba impedindo a discussão dos meios e dos fins segundo os quais uma política estatal determinada, violenta na sua atuação, pode vir a ser colocada em xeque.

A constituição lógica da legitimidade formal que implica na incapacidade de questionamento do *locus* pode ser identificada claramente, séculos depois da justificação de HOBBS, no discurso do positivismo jurídico. Uma das obras que sustentam o sistema racional legal é a obra de Hans KELSEN. O jurista constrói a sua teoria a partir do chamado princípio metodológico fundamental: a pureza, que visa livrar de seu campo de estudo a teoria política, a ética, a sociologia e a psicologia, objetivando:

³⁸ FOULCALT, Michel. *Vigiar e Punir*. Petrópolis: Editora Vozes, 1987, p. 153 *apud* SANTOS, Juarez Cirino dos. *Teoria da pena. Fundamentos políticos e aplicação judicial*. Curitiba: ICPC; Editora Lumen Júris, 2005, p. 40.

(...) garantir um conhecimento apenas dirigido ao Direito e excluir deste conhecimento tudo quanto não pertença ao seu objeto, tudo quanto não se possa, rigorosamente, determinar como Direito. Quer isto dizer que ela pretende libertar a ciência jurídica de todos os elementos que lhe são estranhos. Esse é o seu princípio metodológico fundamental.³⁹

O que, para nós, interessa notar de forma especial nesta construção lógica e racional de legitimação é a relação entre a pureza metodológica e a falácia de uma ciência que se diz apenas descritiva, por um lado, e a relação dessa visão das relações sociais de poder com a prática efetiva da atividade repressiva, por outro.

O discurso kelseniano estrutura simbolicamente uma justificação pretensamente racional e desinteressada de como se deve processar o conhecimento do direito. Evita tratar, como se não fosse problema do conhecimento jurídico – e como, de resto, fazem todos aqueles que estão vinculados a uma perspectiva positivista de compreensão da realidade – o problema da complexidade dos elementos sociais e políticos.⁴⁰

Portanto, em KELSEN, o princípio retributivo guia e fundamenta a existência da sanção como elemento essencial para um ordenamento ser considerado social no sentido lato e jurídico no sentido estrito.⁴¹

A retribuição pode, então, aparecer como um fim em si mesmo e se justificar por seu valor axiológico:

A instituição de uma ordem normativa reguladora da conduta dos indivíduos – com base na qual somente pode ter lugar a imputação – pressupõe exatamente que a vontade dos indivíduos cuja conduta se regula seja casualmente determinável e, portanto, não seja livre. Com efeito, a inegável função de uma tal ordem é induzir os homens à conduta por ela prescrita (...) criar, para as vontades dos indivíduos, motivos determinantes de uma conduta conforme as normas.⁴²

Para o modelo de produção que prevaleceu no Brasil – escravismo interno subordinado a relações internacionais capitalistas – a privação da liberdade tinha uma função penal complementar e acessória. O controle social penal se exercia

³⁹ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1995, p. 1.

⁴⁰ SANTOS, Rogério Dutra dos. *Introdução crítica ao estudo do sistema penal*. Florianópolis: Diploma Legal, 1999, p. 286.

⁴¹ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1995, p. 31.

⁴² KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1995, p. 105.

predominantemente através da pena de morte, de penas corporais e de medidas que reproduziam a condição social escrava. Só em 1886 foi abolida a pena de açoites.⁴³

Contudo, vestígios desse sistema, signo de uma formação social autoritária e estamental concentram-se ainda hoje nas práticas penais funcionais das torturas, espancamentos e mortes com as quais grupos marginalizados, pobres e negros costumam ser tratados pela agência executiva do sistema penal.

Por tudo isso, no final do século XIX não tínhamos, no Brasil, uma experiência penitenciária avaliada. Com a república, implantavam-se ao mesmo tempo a ordem burguesa e a pena privativa da liberdade; fábrica e cárcere tardios, porém, enlaçados, num processo histórico bem distinto do europeu.⁴⁴

Portanto, a introdução do *sursis* no Brasil, em 1924, se dá muito mais por efeito da *mímica* jurídica que parece ser legado do colonialismo do que como decorrência de consciente comprovação dos malefícios acarretados pela execução das penas de liberdade.

Enfim, como já dissera von Liszt: ‘Só a pena necessária é justa’; mas, o problema é exatamente saber para quê e para quem as penas são necessárias, quais os fins reais e não ideológicos por elas perseguidos e; quais os sujeitos históricos dessa necessidade.

3.2 DA CONSTITUCIONALIDADE DA DEFINIÇÃO DOS CRIMES HEDIONDOS PELA LEGISLAÇÃO ORDINÁRIA

Conforme preconiza o art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal de 1988: “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”.

⁴³ BATISTA, Nilo. *Punidos e mal pagos: violência, justiça, segurança pública e direitos humanos no Brasil de hoje*. Rio de Janeiro: Editora Revan, 1990, p. 124-125.

⁴⁴ BATISTA, Nilo. *Punidos e mal pagos: violência, justiça, segurança pública e direitos humanos no Brasil de hoje*. Rio de Janeiro: Editora Revan, 1990, p. 125.

A partir daí, tiveram início no Congresso Nacional inúmeros projetos de lei que objetivaram regulamentar o assunto, já que a promulgação da referida Lei de Crimes Hediondos deveria ser uma resposta do direito penal brasileiro à onda de crimes “bárbaros” que estavam assolando a sociedade daquela época.

Acerca dessa trajetória, interessante as observações de Alberto Silva FRANCO:

O que teria conduzido o legislador constituinte a formular o inciso XLIII do art. 5º da CF? O quê estaria por detrás do posicionamento adotado? Nos últimos anos, a criminalidade violenta aumentou do ponto de vista estatístico: o dano econômico cresceu sobremaneira, atingindo seguimentos sociais que até então estavam livres de ataques criminosos; atos de terrorismo político e mesmo de terrorismo gratuito abalaram diversos países do mundo; o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins assumiu gigantismo incomum; a tortura passou a ser encarada como uma postura correta dos órgãos formais de controle social. A partir desse quadro, os meios de comunicação de massa começaram a atuar por interesses políticos subalternos, de forma a exagerar a situação real, formando uma idéia de que seria mister, para desenvolvê-la, uma luta sem quartel contra determinada forma de criminalidade ou determinados tipos de delinqüentes, mesmo que tal luta viesse a significar a perda das tradicionais garantias do próprio Direito Penal e do Direito Processual Penal.⁴⁵

Dessa forma, a Lei 8.072, em sua redação original, passou a vigor a partir de 25 de julho de 1990, classificando quais eram os crimes considerados hediondos no artigo 1º:

Art. 1º - 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 nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940), e de genocídio (arts. 1º, 2º e 3º da Lei nº 2.889, de 1º de outubro de 1956), tentados ou consumados.

⁴⁵ FRANCO, Alberto Silva. *Crimes Hediondos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 75.

Mais tarde, a Lei 8.930, que entrou em vigor em 07 de outubro de 1994, bem como a Lei 9.695, que entrou em vigor em 21 de agosto de 1998, vieram a alterar a Lei dos Crimes Hediondos.

Desta forma, atualmente, os crimes classificados como hediondos são os seguintes:

- 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-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.

Contudo, a questão a ser discutida é que o legislador ordinário não pode ir além do que lhe foi autorizado pelo Poder Constituinte.

Pode-se dizer, com a devida proporcionalidade, que a norma constitucional está para a lei regulamentadora tal qual o decreto está para a lei que lhe exige especificação: contém-se no seu interior, mas não lhe pode contrariar, vai apenas até o limite que a norma de hierarquia superior lhe permite, se coordena sem quebrar a coerência do sistema. Não pode, portanto, a norma regulamentadora ir além da que lhe dá significado, esta contém o princípio, a *ratio*, o *telos* pelo qual aquela está vigendo - indo além do que lhe é autorizado, impossível é admitir-se sua validade.⁴⁶

PONTES DE MIRANDA, aliás, salienta que:

⁴⁶ PINTO NETO, Moysés da Fontoura. Da inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º, da Lei nº 8.072/90. *Neófito Jurídico*. Disponível em: <<http://www.neofito.com.br/artigos/art01/ppenal44.htm>>. Acesso em: 29 jun. 2005.

(...) se a lei, em relação à Constituição, ou o decreto ou regulamento, em relação à lei, reproduz a regra jurídica hierarquicamente superior, com podamento, acréscimo, substituição, ou pontuação deformante, o Poder Legislativo, que editou tal lei, ou o Poder Executivo, que lançou tal decreto ou regulamento, exorbitou das suas funções, e é nulo o que se afasta do texto inserto, deturpando-o.⁴⁷

JORGE MIRANDA, por sua vez, ensina que:

(...) afigura-se que existem dois vícios quanto ao conteúdo dos actos legislativos (em paralelo com os vícios dos actos administrativos): violação de lei constitucional e desvio de poder legislativo - aquela patenteada através da pura e simples contradição entre o objecto e o sentido do acto e a norma constitucional, este na contradição entre o seu fim (havendo discricionariedade do legislador) e o fim ou interesse constitucionalmente assumido.⁴⁸

Não há de se falar, portanto, conforme CANOTILHO, que, a partir da interpretação teleológica da norma principal, a norma inferior regulamentadora tem poderes plenos para especificar, quando apenas lhe é dado colocar em prática, detalhar, conformar o preceito constitucional com a realidade. A conformação de direitos fundamentais não significa que o legislador possa dispor deles; significa apenas a necessidade da lei para “garantir” o exercício de direitos fundamentais.⁴⁹

Diante do exposto, é crucial a observação de que a individualização da pena não pode ser definida pela Lei Ordinária. Diz-se, apenas, que esta deve regulá-la; fornecer condições para que seja colocada em prática.

A individualização da pena, portanto, não é um poder outorgado do Legislador constituinte ao Poder Legislativo, mas sim um direito fundamental previsto no art. 5º da Constituição Federal de 1988.

Nesse sentido, não é outra a lição de Alberto Silva FRANCO: “(...) embora a Carta Magna afirme que a ‘lei regulará a individualização da pena’, força é convir que

⁴⁷ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários à Constituição de 1967*. Tomo III. São Paulo: Editora RT, 1967, p. 312.

⁴⁸ MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo II. Coimbra: Editora Coimbra, 1996, p. 344-345.

⁴⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Livraria Almedina, 1998, p. 1132.

a lei pode dar parâmetros para a atuação judicial, mas não poderá, de modo algum, obstar que se realize a individualização punitiva”.⁵⁰

Salienta, com razão, JORGE MIRANDA, que:

(...) os órgãos de fiscalização da constitucionalidade devem raciocinar não tanto com base em juízos lógico-formais quanto em juízos valorativos, procurando soluções constitucionais adequadas; e há de ser através destes juízos, descendo ao fundo das coisas e não se contentando com quaisquer aparências, que os órgãos de fiscalização devem apreciar a constitucionalidade das leis concretizadoras de normas constitucionais programáticas ou, por exemplo, das que se contendam com os princípios da igualdade e da proporcionalidade e com os limites e restrições a direitos fundamentais.⁵¹

3.3 DA CONSTITUCIONALIDADE DA PROIBIÇÃO DA PROGRESSÃO DE REGIME NOS CRIMES HEDIONDOS FRENTE À DETERMINAÇÃO CONSTITUCIONAL DE INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA

A interpretação do sistema normativo que rege a imposição, determinação e execução da pena deve ser feita à luz da Constituição e, portanto, não pode ter conseqüências diversas que a consecução plena da liberdade e da igualdade, da cidadania e da dignidade da pessoa humana.

A política criminal deve, assim, estar refletida na norma, e essa relação existente entre política criminal e lei penal deve se estender a todo o processo de criminalização.

Não só o de criação da norma (criminalização primária), senão também o de aplicação da norma (criminalização secundária). O que significa que a visão crítica político-criminal não só alcança as normas (penais, processuais, penitenciárias, etc.), senão as instâncias concretas em que atuam os operadores sociais, isto é, a polícia, o processo penal, o sistema penitenciário, os diferentes organismos auxiliares (assistentes sociais, psicólogos, psiquiatras, médicos, etc.). Todos esses aspectos formam uma unidade. Tanto é assim que só ter uma boa lei ainda não significa nada. Ademais de um corpo coerente de leis policiais, penais, processuais e penitenciárias, se requer instâncias, instituições e operadores sociais que funcionem em coerência com os princípios político-criminais que os

⁵⁰ FRANCO, Alberto Silva. *Crimes Hediondos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 141.

⁵¹ MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo II. Coimbra: Editora Coimbra, 1996, p. 346.

inspiram e que não são outros que os do Estado social e democrático de direito.⁵²

Daí extrai-se que um sistema penal garantista é incompatível com leis penais que suspendam ou excepcionem o sistema de direitos e garantias constitucionalmente consagrado e que confirmem um direito de violência ao Estado. Ademais, o respeito à dignidade da pessoa humana impõe uma limitação fundamental à qualidade e quantidade da pena, configurando o rechaço às penas privativas de liberdade excessivamente longas.

Aí se afirma, segundo Carmem Silvia de Moraes BARROS⁵³, não só a vinculação do juiz da execução à legalidade, como se propõe a efetivar durante a execução da pena os princípios do direito penal garantista, evitando-se que a pena seja instrumento de vulneração de outros direitos fundamentais distintos daqueles por ela atingidos. Vincula-se também a execução penal aos fins que tem a pena no Estado de Direito, excluindo-se qualquer objetivo de segregação.

Ainda que decorrência lógica das garantias constitucionais, enfatiza o legislador na Lei de Execução Penal a necessidade de observância dos princípios da jurisdicionalidade (art. 2º), da legalidade, da liberdade e da igualdade (art. 3º e parágrafo único), da individualização, da personalidade e da proporcionalidade (arts. 5º e 6º) e da humanidade das penas (art. 40).

O princípio da individualização da pena, por sua vez, abrange os princípios da personalidade e da proporcionalidade; a personalidade determina que a pena seja dirigida àquela pessoa individualmente considerada, não podendo ultrapassá-la; que todo aquele que cumpre pena privativa de liberdade seja devidamente identificado e registrado e que sejam consignados os motivos da prisão, a autoridade que a determinou, a hora e o dia em que se deu a entrada no sistema prisional.

A Lei de Execução Penal, no art. 5º, estabelece que os condenados *serão classificados, segundo os seus antecedentes e personalidade, para orientar a*

⁵² RAMÍREZ, Juan J. Bustos e MALARÉE, Hernán Hormazábal. *Lecciones de derecho penal* in BARROS, Carmem Silvia de Moraes. *A individualização da pena na execução penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 111.

⁵³ BARROS, Carmem Silvia de Moraes. *A individualização da pena na execução penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 128.

individualização da execução penal. O art. 6º especifica que elaborará programa individualizador e acompanhará a execução das penas privativas de liberdade e restritivas de direitos, devendo propor, à autoridade competente, as progressões e regressões dos regimes, bem como as conversões.

Contudo, a redação original da Lei dos Crimes Hediondos, em seu artigo 2º determinou que, além dos crimes hediondos, os crimes de prática de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, e o terrorismo, se equiparam aos crimes hediondos e, em seu parágrafo primeiro determina que *a pena por crime previsto neste artigo será cumprida integralmente em regime fechado.*

Ocorre que o princípio da individualização da pena, na execução penal, determina que deve adequar-se a pena ao homem. Assim, impedir a progressão do regime fechado é forma de obstar a correta aplicação da garantia que tem todo preso de ver sua pena corretamente individualizada.

Conforme Marcio Gai VEIGA:

Considerando que a progressão de regime é uma das formas de individualização da pena privativa de liberdade em sua fase executória, e que esta individualização é garantida pela Constituição Federal, em princípio, a lei de crimes hediondos, ao vedar a progressão de regimes seria materialmente inconstitucional, embora tal aspecto, no plano formal já tenha sido amplamente debatido perante os Tribunais Superiores.⁵⁴

Corroborando tal entendimento, Alberto Silva FRANCO:

Pena executada, com um único e uniforme regime prisional, significa pena desumana, porque inviabiliza um tratamento penitenciário racional e progressivo; deixa o recluso sem esperança alguma de obter a liberdade antes do termo final do tempo de sua condenação e, portanto, não exerce nenhuma influência psicológica positiva no sentido de seu reinserimento social; e, por fim, desampara a própria sociedade na medida em que devolve o preso à vida societária após submetê-lo a um processo de reinserção às avessas, ou seja, a uma dessocialização.⁵⁵

⁵⁴ VEIGA, Marcio Gai. Lei de Crimes Hediondos: uma abordagem crítica. *Jus Navigandi*, Teresina, a. 7, n. 61, jan. 2003. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=3637>>. Acesso em: 25 jun. 2005.

⁵⁵ FRANCO, Alberto Silva. *Crimes Hediondos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 166.

Veja-se que o legislador constituinte determinou que a individualização da pena deve ser observada quando da elaboração de norma penal e, dessa forma, a lei que generaliza a aplicação da pena, desconsiderando a individualidade do agente, será inconstitucional.

Alberto Silva FRANCO ainda prossegue:

(...) lei ordinária que estabeleça pena fixamente determinada na sua quantidade, ou que impeça a discricionariedade vinculada do juiz na sua aplicação ou não permita a atividade judicial concretizadora na sua execução, é lei inaceitável, do ponto de vista constitucional.⁵⁶

Assim, é flagrante a inconstitucionalidade do dispositivo da Lei 8.072/90 que impede a progressão de regime de cumprimento de pena, inviabilizando a individualização da pena na execução penal e contrariando o preceito constitucional que garante o direito à pena individualizada. Ao vedar a progressão de regime de cumprimento de pena, a Lei de Crimes Hediondos volta aos primórdios do Direito Penal para relevar o crime e ignorar por completo o homem.

Dar por prevalentes os interesses sociais na execução penal é negar vigência ao princípio da individualização da pena e às garantias constitucionais e usar o preso para dar satisfação à sociedade, ignorando sua individualidade e dignidade.

Contudo, o STJ, em sua jurisprudência dominante⁵⁷, considera que:

A lei dos crimes hediondos - Lei 8.072/1990 -, ao estabelecer no seu art. 2º, par. 1º, que os delitos nela arrolados devem ser punidos sob o rigor do regime fechado integral, embora dissonante do sistema preconizado no CP - arts. 33/36 - e da Lei de Execuções Penais, que preconizam a execução da pena privativa de liberdade de forma progressiva, não afronta o texto constitucional, pois a Carta Magna conferiu ao legislador ordinário competência para dispor sobre a individualização da pena (art. 5º, XLVI), situando-se aquele diploma legal na linha filosófica do estatuto maior, que estabeleceu princípios rigorosos no trato dos crimes hediondos (art. 5º, XLIII).⁵⁸

⁵⁶ FRANCO, Alberto Silva. *Crimes Hediondos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 163.

⁵⁷ (STJ – RE 265321/GO, DJU 12.02.2001, p. 149; STJ – HC 12768/RS, DJU 23.10.2000, p. 152; STJ – RE 90171/SP, SEXTA TURMA, DJU 12.08.1997, p. 36287 e RT VOL.: 00745 PG: 00528; STJ – RE 91852/MG, DJU 05.05.1997, p. 17139 e RT VOL.: 00742 PG: 00591; STJ – RE 92640/ES, DJU 03.03.1997, p. 4719 e LEXSTJ VOL.: 00095 PG: 00342; STJ - RO em HC 5115/RN, DJU 20.05.1996, p. 16742; STJ – RE 59288/SP, DJU 23/10/1995 PG: 35720 e RSTJ VOL.: 00076 PG: 00268).

⁵⁸ (STJ – RE 90171/SP, Publ. DJU 12.08.1997, p. 36287 e RT VOL.: 00745 PG: 00528).

O Supremo Tribunal Federal⁵⁹, por sua vez, entende que à lei ordinária compete fixar os parâmetros dentro dos quais o julgador poderá efetivar ou a concreção ou a individualização da pena, entendendo ser constitucional o referido ordenamento.

Marco Aurélio MENDES DE FARIA MELLO é um dos partidários da inconstitucionalidade do dispositivo que veda a progressão de regime na Lei de crimes hediondos:

Destarte, tenho como inconstitucional o preceito do § 1º do art. 2º da Lei 8.072/90, no que dispõe que a pena imposta pela prática de qualquer dos crimes nela mencionados será cumprida, integralmente, no regime fechado. Com isto, concedo parcialmente a ordem, não para ensejar ao paciente qualquer dos regimes mais favoráveis, mas para reconhecer-lhe, porque cidadão e acima de tudo pessoa humana, os benefícios do instituto geral que é o da progressão do regime de cumprimento da pena, providenciando o Estado os exames cabíveis.⁶⁰

Da mesma forma, o ex-ministro do Superior Tribunal de Justiça, Luiz Vicente CERNICCHIARO, demonstrou-se favorável à referida inconstitucionalidade:

Individualização de pena significa ensejar ao juiz definir a qualidade e quantidade da pena, nos limites da cominação legal. Imperativo de justiça e de boa aplicação da sanção penal. Inconstitucional, por isso, lei ordinária impor, inflexivelmente que a pena 'será cumprida integralmente em regime fechado'.⁶¹

⁵⁹ (STF – HC 69657/SP; STF – HC 76479, DJU 08.05.98, p. 04; STF – HC 78124, DJU 18.12.98, p. 51; STF – HC 71031, DJU 10.06.94, p. 14789; STF – HC 71206, DJU 24.06.94, p. 16636; STF – HC 71182, DJU 26.08.94, p. 21891; STF – HC 71653, DJU 10.03.95, p. 04881; STF – HC 71994, DJU 09.06.95, p. 17231; STF – RE 187567, DJU 06.10.95, p. 33146; STF – HC 72567, DJU 23.02.96, p. 03624; STF – HC 72363, DJU 31.10.96, p. 42014; STF – HC 74566, DJU 07.03.97, p. 05403; STF – HC 70616, DJU 04.04.97, p. 10519; STF – HC 74697, DJU 27.06.97, p. 30229; STF – HC 76217, DJU 06.03.98, p. 04; STF – HC 76949, DJU 14.08.98, p. 06; STF – HC 76608, DJU 09.10.98, p. 02; STF – HC 77076, DJU 20.11.98, p. 03; STF – HC 77132, DJU 27.11.98, p. 08; STF – HC 77828, DJU 27.11.98, p. 10; STF – HC 78166, DJU 16.04.99, p. 06; STF – HC 78247, DJU 21.05.99, p. 04; STF – HC 78417, DJU 21.05.99, p. 11).

⁶⁰ (HC 74.689-6/SP, DJU 27.06.97, p. 30228).

⁶¹ (RE 48719/SP, Sexta Turma do STJ, Rel. Luiz Vicente CERNICCHIARO, DJU 17.10.1994, p. 27921).

4 DOS INSTRUMENTOS INTERNACIONAIS DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS RATIFICADOS PELO BRASIL E DA SUA INFLUÊNCIA NA FLEXIBILIZAÇÃO DA CRIMINALIZAÇÃO CONSTITUCIONAL DOS CRIMES HEDIONDOS

4.1 DA DIGNIDADE DA PESSOA COMO LIMITE À PROIBIÇÃO DA PROGRESSÃO DE REGIME NOS CRIMES HEDIONDOS

Sem adentrarmos, ainda, o problema do significado que se pode atribuir à dignidade da pessoa humana, cumpre ressaltar, desde já, que a idéia do valor intrínseco da pessoa humana deita raízes já no pensamento clássico e no ideário cristão.

(...) O fato é que tanto no Antigo quanto no Novo Testamento podemos encontrar referências no sentido de que o ser humano foi criado à imagem e semelhança de Deus, premissa da qual o cristianismo extraiu a consequência de que o ser humano - e não apenas os cristãos - é dotado de um valor próprio e que lhe é intrínseco, não podendo ser transformado em mero objeto ou instrumento.⁶²

Já, no âmbito do pensamento jusnaturalista dos séculos XVII e XVIII, a concepção a dignidade da pessoa humana, assim como a idéia do direito natural em si, passou por um processo de racionalização, mantendo-se, todavia, a noção fundamental da igualdade de todos os homens em dignidade e liberdade.

Mas, é justamente no pensamento de KANT que a doutrina jurídica mais expressiva ainda hoje parece estar identificando as bases de uma fundamentação e, de certa forma, de uma conceituação da dignidade humana.

Assim, à luz do que dispõe a Declaração Universal da ONU, bem como considerando os entendimentos colacionados em caráter exemplificativo, verifica-se que o elemento nuclear da noção de dignidade da pessoa humana parece continuar sendo reconduzido - e a doutrina majoritária conforta esta conclusão - primordialmente à matriz Kantiana, centrando-se, portanto, na autonomia e no direito de autodeterminação da pessoa (de cada pessoa). Nesta mesma linha de entendimento, Gomes CANOTILHO refere que o

⁶² SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 29-30.

princípio material que subjaz à noção de dignidade da pessoa humana consubstancia-se 'no princípio antrópico que acolhe a idéia pré-moderna e moderna da *dignitas-hominis* (*Pico della Mirandola*), ou seja, do indivíduo conformador de si próprio e da sua vida segundo o seu próprio projeto espiritual (*plastes et fctor*).⁶³

O valor moral da dignidade da pessoa humana foi consagrado como valor constitucional na Declaração de Direitos de Virgínia, que precedeu a Constituição americana de 1787, e na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, que resultou da Revolução Francesa. Neste aspecto, ambos os documentos se fundamentavam nas doutrinas de LOCKE, MONTESQUIEU e ROUSSEAU influenciadas pela noção humanista de reserva da integridade e da potencialidade do indivíduo.⁶⁴

Com o passar do tempo, a figura da Constituição, nas suas principais aparições, preservou o provimento à dignidade humana e englobou gradativamente outros valores e outros desideratos mais amplos do que aqueles iniciais, assumindo a função de garantia dos interesses sociais e de limitação do poder econômico até adquirir, nos tempos atuais, um caráter programático e democrático voltado para a concretização dos valores por ela enunciados.

Apesar de ser possível sua dedução dos textos constitucionais mais antigos que tutelavam as liberdades fundamentais, a expressa positivação do ideal da dignidade da pessoa humana é bastante recente. Em verdade, somente a partir da Segunda Guerra Mundial, a dignidade da pessoa humana passou a ser reconhecida expressamente nas Constituições, notadamente, após ter sido consagrada pela Declaração Universal da ONU de 1948.

Conforme Flávia PIOVESAN:

O valor da dignidade humana impõe-se como núcleo básico e informador do ordenamento jurídico brasileiro, como critério e parâmetro de valoração a orientar a interpretação e compreensão do sistema constitucional instaurado em 1988. A dignidade humana e os direitos e garantias fundamentais vêm a constituir os princípios constitucionais que incorporam

⁶³ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 2.ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 45.

⁶⁴ KRIELE, Martin. *Libertação e Iluminismo político: uma defesa da dignidade do homem*. São Paulo: Editora Loyola, 1983, p. 47-54.

as exigências de justiça e dos valores éticos, conferindo suporte axiológico ao sistema jurídico brasileiro. Os direitos e garantias fundamentais passam a ser dotados de uma especial força expansiva, projetando-se por todo o universo constitucional e servindo como critério interpretativo de todas as normas do ordenamento jurídico nacional.⁶⁵

Registre-se, neste contexto, o significado da formulação adotada pelo nosso Constituinte de 1988, ao referir-se à dignidade da pessoa humana como fundamento da República do nosso Estado Democrático de Direito. Ressalte-se, ainda, que a positivação do princípio da dignidade da pessoa humana é, como habitualmente lembrado, relativamente recente, ainda mais em se considerando as origens remotas a que pode ser reconduzida a noção de dignidade.

Dessa forma, quando utilizamos a expressão proteção pela dignidade, estamos nos referindo à função do princípio da dignidade humana no contexto dos limites dos direitos fundamentais. De outra parte, igualmente consagrado o reconhecimento da existência daquilo que a doutrina germânica denominou de “limites dos limites”, isto é, de determinadas restrições à atividade limitadora no âmbito dos direitos fundamentais, justamente com o objetivo de coibir eventual abuso que pudesse levar ao seu esvaziamento ou até mesmo à sua supressão.

É justamente nesse contexto que o princípio da dignidade humana passa a ocupar lugar de destaque, notadamente pelo fato de que, ao menos para alguns, o conteúdo em dignidade da pessoa humana acaba por ser identificado como constituindo o núcleo essencial dos direitos fundamentais.

A título meramente exemplificativo, com o objetivo de ilustrar a idéia da dignidade da pessoa como limite à atividade restritiva do legislador e, de modo especial, para evidenciar a relação entre a dignidade e o núcleo essencial dos direitos fundamentais, reportamo-nos ao já citado Aresto do Tribunal Constitucional de Portugal, relatado pelo Conselheiro Vítor Nunes de Almeida, onde restou julgada inconstitucional a previsão legal da penhora de parte da pensão do devedor, mesmo na hipótese de esta ser equivalente ao salário mínimo nacional, já que, para o Tribunal, em tais hipóteses, o encurtamento através da penhora, mesmo de uma parte dessas pensões - parte essa que, em outras circunstâncias, seria perfeitamente razoável, como no caso das pensões de valor acima do salário mínimo nacional -, constitui um sacrifício excessivo e desproporcionado do direto

⁶⁵ PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 5.ed. São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 319.

do devedor e pensionista, na medida em que este vê o seu nível de subsistência básico descer abaixo do mínimo considerado necessário para uma existência com dignidade que a Constituição garante. Na jurisprudência pátria, a título meramente ilustrativo, citamos o emblemático Acórdão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, relatado pelo Desembargador Adão Sérgio do Nascimento Cassiano, consignando que o fiador, mesmo diante de disposição legal prevendo tal possibilidade, não pode ter o imóvel que lhe serve de moradia penhorado e expropriado em face de direitos patrimoniais do credor, notadamente quando existem outros meios para assegurar o crédito.⁶⁶

Assim, percebe-se, desde logo, que a concretização do princípio da dignidade da pessoa humana incumbe aos órgãos estatais, especialmente, contudo, ao legislador, encarregado em edificar uma ordem jurídica que atenda às exigências do princípio. Em outras palavras, o princípio da dignidade da pessoa humana impõe ao Estado, além do dever de respeito e proteção, a obrigação de promover as condições que viabilizem e removam toda sorte de obstáculos que estejam a impedir as pessoas de viverem com dignidade.

No Brasil, país cuja trajetória constitucional foi bastante conturbada e cuja realidade política esteve sempre sob o jugo de períodos ditatoriais poucas vezes atenuados, o ideal de proteção da dignidade da pessoa humana somente foi reconhecido formalmente na ordem positiva com a promulgação da Constituição de 1988. O advento da nossa Constituição foi louvável tanto em razão de seus nobres objetivos quanto por sua natureza compromissória e sincrética de inspiração salientemente democrática. O texto constitucional consagrou o valor da dignidade da pessoa humana como princípio máximo e o elevou, de maneira incontestada, à uma categoria superlativa em nosso ordenamento, na qualidade de norma jurídica fundamental.⁶⁷

E é nos casos práticos que a afirmação do caráter dirigente da Constituição revela sua importância e seu significado mais salientes, na medida que todo o desenvolvimento da sociedade passa a ser submetido aos valores de ordem constitucional.

⁶⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 122.

⁶⁷ BOLDRINI, Rodrigo Pires da Cunha. A proteção da dignidade da pessoa humana como fundamentação constitucional do sistema penal. *Jus Navigandi*, Teresina, a. 7, n. 66, jun. 2003. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=4171>>. Acesso em: 02 jul. 2005.

Assim, uma das consequências práticas desse reconhecimento é que diretrizes como, por exemplo, a proteção da dignidade humana deixam de ser meras sugestões filosófico-axiológicas para se tornarem imperativos fáticos em toda amplitude do Direito projetado na sociedade.

Portanto, a dignidade da pessoa humana pode ser vista como *unidade de valor* de uma ordem constitucional e, principalmente, como unidade de valor para os direitos fundamentais. Neste aspecto, a dignidade da pessoa humana assumiria seu caráter axiológico-constitucional, funcionando como um paradigma das liberdades constitucionais e dos direitos fundamentais, e como elemento de integração e de hierarquização hermenêutico-sistemática de todo o ordenamento jurídico.

Nesse cenário, conforme Rodrigo Pires da Cunha BOLDRINI:

O sistema penal – como fruto de uma opção político-criminal oriunda de um modelo jurídico-político de Estado fundado na dignidade como valor máximo – passa a ser um dos “*loci*” de materialização da axiologia constitucional e, especificamente, de realização desse valor da dignidade humana.

Assim, em razão desse processo de concretização constitucional, o sistema penal – considerado como toda a estrutura organizada para o exercício do “*jus puniendi*” – deve manifestar em seu bojo a necessária influência axiológico-normativa ditada pela Constituição e deve evidenciar uma estrutura que tenha verdadeiramente os valores constitucionais – sobretudo o valor da dignidade do homem – como um limite, um paradigma e uma finalidade.

O sistema penal, além de ser um dos ambientes de concretização deve ser também o resultado de uma alquimia sistemática com fundamento constitucional. Por isso, não é só a Constituição que se projeta no sistema penal, mas é também o sistema penal que se fundamenta na Constituição (vetor sistema penal-Constituição).

Neste aspecto de fundamentos, o sistema penal ideal deve ‘emprestar’ os valores constitucionais para si e com base neles moldar sua estrutura específica que – conseqüentemente – manifestará as feições da ideologia constitucional que lhe embasou.⁶⁸

A dignidade da pessoa humana, assim, é a pedra angular sobre a qual deve ser construído todo o monumento do sistema penal. O princípio constitucional da proteção e da promoção da dignidade do homem é a célula-mãe desse sistema e, por isso,

⁶⁸ BOLDRINI, Rodrigo Pires da Cunha. A proteção da dignidade da pessoa humana como fundamentação constitucional do sistema penal. *Jus Navigandi*, Teresina, a. 7, n. 66, jun. 2003. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=4171>>. Acesso em: 02 jul. 2005.

também seu fundamento máximo.⁶⁹ Além de fundamento, o ideal humanitário passa a ser considerado como uma ‘*unidade axiológico-penal*’ funcionando como um paradigma geral e imperativo na dinâmica do sistema penal, desde a escolha da política criminal até a execução das consequências jurídicas do delito, passando pelo processo legislativo penal e por todos os fatores envolvidos com a aplicação da ordem penal.

Ademais, no âmbito penal, tanto o princípio da dignidade quanto a necessidade da prevalência dos direitos humanos tornam-se os elementos de hermenêutica penal e os fatores de habilitação do sistema punitivo, além de desempenharem as funções de limites do “*jus puniendi*” e de finalidades prestacionais do Estado ora realizadas por meio da atividade punitiva.

4.2 DA PROIBIÇÃO DA PROGRESSÃO DE REGIME NOS CRIMES HEDIONDOS FRENTE À BUSCA DA RESSOCIALIZAÇÃO DO CONDENADO

A finalidade primordial da pena não pode ser outra senão a ressocialização do infrator. Óbvio que não se alcança este objetivo na estrutura atualmente apresentada, com um contingente prisional muito além da capacidade dos estabelecimentos existentes, sem contar que estes, em sua grande maioria, estão em situação de precariedade absoluta, não oferecendo as mínimas condições necessárias.

Conforme Maria de Nazaré Silva GOUVEIA DOS SANTOS:

Esta tarefa está distante de nossa realidade devido às deficiências do nosso sistema penitenciário, e somente se tornará possível, primeiramente, quando o sentenciado tiver a consciência do erro praticado e deliberadamente assumir sua culpa, depois, com o efetivo acompanhamento do processo de execução, assegurando ao preso os direitos que lhes são indissociáveis. Sem estas condições, a execução penal será sempre forma de segregação e discriminação, já que a ressocialização do condenado não passará de fantasia oficial.⁷⁰

⁶⁹ CARVALHO, Márcia Dometila Lima. *Fundamentação constitucional do direito penal*. Porto Alegre: Fabris, 1992, p. 24-28.

⁷⁰ GOUVEIA DOS SANTOS, Maria de Nazaré Silva. *A atuação do Juiz da Execução Penal na preservação dos direitos do preso: um desafio a ser vencido*. Disponível em: <www.mj.gov.br/Depen/institucional/pdf/publicacoes/maria_de_nazare> Acesso em: 02 julho 2005.

A história da punição no Brasil, durante a colonização, submeteu-se, inicialmente, às legislações oriundas de Portugal, denominadas Ordenações Afonsinas, seguindo-se as Manuelinas (1514) e, por fim, as Filipinas (1603). Nesse período, a pena de prisão era tida somente como medida cautelar e não como sanção autônoma, exacerbando-se as sanções corporais e infamantes, notadamente a pena de morte.

A República, por sua vez, trouxe a legislação penal de 1890, passando a prever em seu artigo 41 que não mais haveria penas infamantes e que a privação da liberdade não poderia exceder o limite de 30 anos.

No período de 1930 a 1945, algumas inovações foram somadas à legislação penal brasileira, como a prisão simples para apenar as contravenções penais, a aplicação da pena de multa e a criação das penas “*acessórias*”, como a perda de função pública e a interdição de direitos. Além disso, o Código Penal de 1940, instituiu o sistema duplo binário, prevendo a medida de segurança.

No período que perdurou de 1964 a 1979, o Ministro Nélson Hungria foi incumbido de elaborar o anteprojeto do novo Código Penal, trazendo ao bojo da nova legislação ideais de prevenção geral. Esse Código entrou em vigor em 1970, mas foi modificado em 1973 e revogado em 1978. Em 1977, a Lei 6.416 trouxe ao Estatuto Penal idéias liberais que, para a corrente mais conservadora, ocasionou morosidade da justiça, impunidade e o aumento desenfreado da criminalidade.⁷¹

No ano de 1984, proclamou-se a Lei 7.209, que alterava a Parte Geral do Código Penal, adotando entre outras inovações, as modalidades de penas conhecidas como alternativas por não privarem a liberdade do condenado. No mesmo ano entrou em vigor a Lei 7.210, que tratava da Execução Penal, ampliando os direitos dos réus.

Neste sentido, saliente-se a exposição de motivos da Lei 7.209, editada em 1984:

Uma política criminal orientada no sentido de proteger a sociedade terá de restringir a pena privativa de liberdade aos casos de reconhecida necessidade, como meio eficaz de impedir a ação criminógena cada vez

⁷¹ PIMENTA, Vladia Lelia Pesce. *Da pena de prisão às penas alternativas – lei 9.714/98*. Disponível em: <www.suigeneris.pro.br>. Acesso em: 02 julho 2005.

maior do cárcere. Esta filosofia importa obviamente na busca de sanções outras para os delinquentes sem periculosidade ou menos graves. Não se trata de combater ou condenar a pena privativa de liberdade como resposta penal básica ao delito. Assim, como no Brasil, a pena de prisão se encontra no âmago dos sistemas penais de todo o mundo. O que por ora se discute é a sua limitação aos casos de reconhecida necessidade.

Por sua vez, já no seu Título I, a Lei 7.210/84 prescreve os seus objetivos fundamentais. Diz o art. 1º: *“A execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado”*. Diz ainda no art. 3º: *“Ao condenado e ao internado serão assegurados todos os direitos não atingidos pela sentença ou pela Lei”*. Parágrafo único – *“Não haverá qualquer distinção de natureza racial, social, religiosa ou política”*. E ainda o seu art. 4º: *“O Estado deverá recorrer à cooperação da comunidade nas atividades de execução da pena e da medida de segurança”*.

Entretanto, o perfil punitivo permaneceu quase que inalterado após a reforma de 1984, apresentando tímida e inócua modificação no campo prático. Em virtude disso, na última década instaurou-se um amplo movimento no sentido de que ocorram mudanças concludentes nas modalidades sancionatórias dos estatutos repressivos, pugnando-se pela aplicação de penas que não privem a liberdade, já que a prisão tornou-se reconhecidamente ineficaz.

Em suma, a pena de prisão gera revolta, avilta e corrompe os princípios e valores do condenado que, após submeter-se ao cárcere, certamente voltará a delinquir. Trata-se de uma subcultura que dessocializa e faz com que o detento recuse definitivamente as normas da sociedade, como relatou Heleno Cláudio FRAGOSO⁷², ao destacar que a prisão representa um trágico equívoco histórico, constituindo a expressão mais característica do vigente sistema de justiça criminal. Só sendo válido pleitear que ela seja reservada exclusivamente para os casos em que não houver, no momento, outra solução.

⁷² FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Pena*; Parte Geral. 15.ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1995.

Nesse sentido, são preciosas as palavras do Prof. Ney Moura TELES, que aqui ficam perpetuadas:

A privação da liberdade não intimida e, o que é mais grave, não só não recupera o condenado, com também o transforma negativamente. Não podia ser diferente, pois não se ensina a viver em liberdade, respeitando os valores sociais, suprimindo a liberdade do educando. É como desejar ensinar um bebê a caminhar, atando-lhe as pernas. Ele jamais vai conseguir. O caminho é o da limitação, cada vez maior, da presença do Direito Penal na vida das pessoas. Somente quando a lesão ao bem jurídico mais importante for muito grave é que o Direito Penal deve ser chamado.⁷³

Isto posto, percebemos aqui claramente uma distorção, haja vista que o próprio sistema penitenciário não possibilita o homem preso de ressocializar-se, pois seus mais remotos direitos não são respeitados. Conforme Fernanda Magalhães MARCIAL:

Neste contexto, são fatos modernos e recentes da realidade do Sistema Penitenciário:

- cadeias Públicas segregam presos a serem condenados e com condenações definitivas, em virtude da inexistência de vagas nas poucas penitenciárias em atividade;
- a superlotação dos estabelecimentos penais em atividade, acarreta a violência sexual entre os presos, a presença de tóxico, a falta de higiene que ocasionam epidemias gastrointestinais etc;
- presos condenados a regime semi-aberto recolhem-se a Cadeia pública para repouso noturno, gerando revolta entre os demais que não gozam de tal benefício, pela inexistência de um grande número de Colônias Agrícolas;
- doentes mentais, mantidos nas cadeias, contribuem para o aumento da revolta dos presos, os quais têm que suportar a perturbação durante o dia e no repouso noturno, de tais doentes;
- as condições em que se encontram os estabelecimentos penais em atividade (superlotação, falta de higiene, tóxico, violências sexuais) não fazem mais do que incentivarem ao crime;
- um em cada três presos está em situação irregular, ou seja, deveriam estar em presídios, mas encontram-se confinados em delegacias ou em cadeias públicas;
- de 10% a 20% dos presos brasileiros podem estar contaminados com o vírus da AIDS;
- a maioria dos presos cumpre penas de quatro a oito anos de reclusão, por crimes como: roubos, furtos, tráfico de drogas etc;
- para solucionar o problema da superlotação dos presídios, seria necessário construir 145 novos estabelecimentos, a um custo de 1,7 bilhões de Reais;

⁷³ TELES, Ney Moura. *Direito Penal*. 2.ed. São Paulo: Editora Atlas, 1997, vol. 1, p. 39.

- os crimes mais comuns no Sul e Sudeste do Brasil são de roubo e furto, enquanto que no Amazonas e no Acre o crime mais comum é o tráfico de drogas. Alagoas é o estado onde há mais presos por homicídio. Chegam ao número expressivo de 56,8% da massa carcerária;

- já no Nordeste e Centro - Oeste, a maioria das prisões ocorre por assassinato;

- hoje o número de detentos na Prisão Federal dos EUA é de 628.000, aproximadamente, sendo que 90% possuem pena de, no mínimo, 8 anos. A população carcerária aumentou de 7% desde 1988;

- o Governo da Suécia despende US\$ 61.000 dólares/ano por preso;

- o Governo dos EUA destina US\$ 25.000 a 30.000 dólares/ano para a manutenção da prisão e salário para o prisioneiro; sendo que, a prisão de Massachusetts, Oeste da Virgínia, recebe algo em torno de US\$ 140.000;

- o Governo do Brasil destina US\$ 4.300 dólares/ano a cada preso. Cerca de 6 vezes menos que o americano;

- o Presídio de Cascavel/PR recebe R\$ 0,14 mensais, para manutenção, alimentação, limpeza e “salário” para o prisioneiro! Mesmo com este absurdo, os presos não se queixam da alimentação e ainda ressaltam: ‘comemos melhor do que muita gente lá fora. Aqui tem carne todos os dias’ (o que é uma realidade fática!);

- O referido Presídio encontra-se em péssimas condições de administração, contando apenas com 1 funcionário público - o carcereiro. O restante dos ajudantes no cárcere, num total de 8 são presos considerados de ‘confiança’.

Tudo isto gera consequências drásticas, que não cumprem, nem de longe, com o objetivo de reintegrá-los e ressocializá-los à sociedade.⁷⁴

Enfim, mesmo sendo a nossa Lei de Execuções Penais considerada uma das mais avançadas do mundo, certamente não propicia a reeducação e ressocialização da população carcerária.

4.3 DOS INSTRUMENTOS INTERNACIONAIS DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS RATIFICADOS PELO BRASIL E DA SUA INFLUÊNCIA NA FLEXIBILIZAÇÃO DA CRIMINALIZAÇÃO CONSTITUCIONAL DOS CRIMES HEDIONDOS

A Organização das Nações Unidas surge, logo após o término da Segunda Guerra Mundial, com a missão essencial de impedir que as atrocidades verificadas

⁷⁴ MARCIAL, Fernanda Magalhães. Os direitos humanos e a ética aplicada ao sistema penitenciário. *Jus Navigandi*, Teresina, a. 8, n. 132, 15 nov. 2003. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=4458>>. Acesso em: 02 jul. 2005.

quando deste conflito voltem a ocorrer e, para tanto visa assegurar condições jurídicas mínimas de convívio na ordem internacional.

Um de seus campos de atuação vem a ser a proteção aos Direitos Humanos, sendo estes todas as garantias jurídicas fundadas na dignidade humana e sendo seus titulares todos os seres humanos.

Nesse contexto, a Declaração de 1948 foi a forma jurídica encontrada pela comunidade internacional de eleger os direitos essenciais para a preservação da dignidade do ser humano. Em sua real dimensão, esse documento deve ser visto como um libelo contra toda e qualquer forma de totalitarismo.

Conforme Guilherme Assis de ALMEIDA e Cláudia PERRONE-MOISÉS, seus 30 artigos têm como meta dois pontos essenciais que se complementam mutuamente: “incrustar o respeito da dignidade humana na consciência da comunidade universal e evitar o ressurgimento da idéia e a prática a descartabilidade do homem, da mulher e da criança”.⁷⁵

No seu Art. I, a supracitada Declaração estabelece que “Todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotadas de razão e consciência e devem agir em relação umas às outras com espírito de fraternidade”.

Portanto, ao declarar que todas as pessoas nascem livres e iguais, a Declaração Universal dos Direitos Humanos realiza-se basicamente por meio do reconhecimento da inerente dignidade do ser humano, o que significa dizer que o reconhecimento da dignidade surge com o fato do nascimento de um ser humano; esse reconhecimento pela comunidade internacional do direito à dignidade e do “direito a ter direitos” devem acompanhar o homem ao longo de toda a sua existência.

No seu art. VII, a Declaração Universal dos Direitos Humanos ainda dispõe que “Todos são iguais perante a lei e têm direito, sem qualquer distinção, a igual proteção da lei. Todos têm direito a igual proteção contra qualquer discriminação que viole a presente Declaração e contra qualquer incitamento a tal discriminação”.

⁷⁵ ALMEIDA, Guilherme Assis de; PERRONE-MOISÉS, Cláudia. *Direito Internacional dos Direitos Humanos*. São Paulo: Editora Atlas, 2002, p. 13-14.

Sendo assim, é facilmente perceptível que a Carta de 1948 proíbe a discriminação com referência aos homens e mulheres entre si; do Estado contra eles e elas e; dos homens e mulheres perante a lei.

Essa tutela internacional a que se refere a Declaração é obra do conjunto o Direito Internacional dos Direitos Humanos. A primeira e inegável mudança trazida pela Declaração é a transformação da pessoa humana em sujeito de direito na ordem internacional.

Segundo Pierre Marie DUPUY:

A afirmação que a pessoa humana possui como tal direitos próprios, oponíveis ao Estado da qual se origina, diferencia-se radicalmente das regras ordinárias estabelecidas em direito internacional, que, geralmente, são concernentes à organização das relações entre Estados ou instituições interestatais.⁷⁶

A Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, decididamente, é uma ordem ética da sociedade universal dos cidadãos da Terra. Assim, o processo de internacionalização dos direitos humanos, conjugado com o processo de multiplicação desses direitos, resultou em um complexo sistema internacional de proteção, marcado pela coexistência do sistema geral e do sistema especial de proteção.

É neste cenário que se apresentam a Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as formas de discriminação racial; a Convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher; a Convenção sobre os Direitos da Criança; a Convenção sobre a Tortura e outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes, dentre outros importantes instrumentos internacionais.

O Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos foi adotado pela Resolução nº 2.200-A da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 16 de dezembro de 1966. No Brasil, foi aprovado pelo Decreto Legislativo nº 226, publicado em 13 de dezembro de 1991. Após, foi ratificado em 24 de janeiro de 1992 e promulgado pelo Decreto nº 592, publicado em 7 de julho de 1992, quando entrou em vigor. O artigo sétimo do

⁷⁶ DUPUY, Pierre Marie. *Droit international public*. Paris: Dalloz, 1995, p. 157.

referido Pacto determina que “ninguém poderá ser submetido a tortura, nem a penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes (...)”.

O art. 10 do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos ainda dispõe que: “1. Toda pessoa privada de sua liberdade deverá ser tratada com humanidade e respeito à dignidade inerente à pessoa humana. (...) 3. O regime penitenciário consistirá em um tratamento cujo objetivo principal seja a reforma e reabilitação moral dos prisioneiros (...)”.

O Brasil ainda ratificou a Convenção contra a Tortura e outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes em 28 de setembro de 1989. O art. 16 da referida Convenção assim estabelece: “1. Cada Estado-parte se comprometerá a proibir, em qualquer território sob sua jurisdição, outros atos que constituam tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes (...)”.

Ao lado do sistema global, surge o sistema regional de proteção dos direitos humanos, que busca internacionalizar os direitos humanos no plano regional, particularmente na Europa, América e África.

O instrumento de maior importância no sistema interamericano é a Convenção Americana de Direitos Humanos, também denominada Pacto de San José da Costa Rica. Este pacto foi assinado pelo Brasil em 25 de setembro de 1992 e promulgado pelo decreto nº 678, publicado em 09 de novembro de 1992, quando entrou em vigor. Em seu art. 5º determina:

1. Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua integridade física, psíquica e moral.
2. **Ninguém deve ser submetido a torturas, nem a penas ou tratos cruéis, desumanos ou degradantes. Toda pessoa privada da liberdade deve ser tratada com o respeito devido à dignidade inerente ao ser humano.**
3. A pena não pode passar da pessoa do delinquente.
4. Os processados devem ficar separados dos condenados, salvo em circunstâncias excepcionais, a ser submetidos a tratamento adequado à sua condição de pessoas não condenadas.
5. Os menores, quando puderem ser processados, devem ser separados dos adultos e conduzidos a tribunal especializado, com a maior rapidez possível, para seu tratamento.
6. **As penas privativas da liberdade devem ter por finalidade essencial a reforma e a readaptação social dos condenados.**

Outros Congressos das Nações Unidas também ocuparam relevante destaque para a transformação da política punitiva nos sistemas repressivos mundiais. Estes eventos, em geral, clamavam pela aplicação de medidas não-privativas de liberdade, ensejando o respeito à dignidade humana e o propósito de reabilitar o delinqüente. Alguns exemplos podem ser destacados como a Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem (Bogotá, 1948), a Convenção Européia para a Garantia dos Direitos Humanos (1950), além dos congressos ocorridos em Genebra (1955), Londres (1960), Estocolmo (1975), Gênova (1975), Caracas (1980), Milão (1985), Havana (1990) e Cairo (1995).

O Congresso de Havana, ocorrido em 1990, foi o responsável pela edição das Regras de Tóquio, que ficaram conhecidas como a Constituição Mundial das Medidas Não-Privativas de Liberdade, apesar de não constituírem tratado ou lei internacional. Essas Regras emanaram de um projeto realizado pelo Instituto da Ásia e do Extremo Oriente para prevenção do delito e tratamento do delinqüente, em estreita cooperação com especialistas do mundo inteiro. Foi apresentado ao Comitê do 8º Congresso, na data de 27/08/90, que recomendou denominá-lo como Regras de Tóquio.⁷⁷

Essas Regras estabelecem as diretrizes mínimas para o tratamento do delinqüente, tendo como objetivo precípuo sua reabilitação sem que se faça necessário remetê-lo à prisão. Consignam ainda que a prisão, além de dispendiosas ao erário público, ocasionam prejuízos ainda mais graves, pois não reabilitam o condenado para o convívio social e afastam-no bruscamente da família, da sociedade e do trabalho, deixando de promover a reparação do mal causado à sociedade e estimulando as possibilidades da reincidência.

Entre as premissas norteadas pelas Regras de Tóquio, estão também o incentivo aos princípios da doutrina penal moderna estimulando o intervencionismo Estatal mínimo no direito penal e a busca pela gradativa descriminalização, despenalização e descarceirização de determinadas condutas. Desta forma, os seus ideais tem como pretensão frear a tendência punitiva tirânica do Estado, estabelecendo equilíbrio entre os interesses da vítima (reparação do dano), da sociedade (segurança e prevenção do

⁷⁷ PIMENTA, Vladia Lelia Pesce. *Da pena de prisão às penas alternativas – lei 9.714/98*. Disponível em: <www.suigeneris.pro.br>. Acesso em: 02 julho 2005.

delito) e do condenado (ressocialização, processo legal e respeito a sua dignidade). Objetiva também a participação de toda sociedade na execução penal e na recuperação do condenado, rompendo com o ideal conservador de que o delito é uma situação anômala.

Isto posto, é de se considerar que, com as Regras de Tóquio, a relação de responsabilidade do delinqüente deixou de ser exclusivamente bilateral, como se ele tivesse uma dívida com o Estado para alcançar o plano multilateral, repercutindo a aplicação e execução da pena a todos os envolvidos no conflito: delinqüente, sociedade, Estado e vítima.

Além de versar sobre as regras mínimas para aplicação de medidas não privativas de liberdade, as Regras de Tóquio também ilustram a preocupação com o respeito ao princípio da legalidade, para que se evite a arbitrariedade na aplicação, fiscalização ou execução destas modalidades punitivas. Nesta esteira, ressalta que as punições alternativas não podem expor o réu a perigo, ameaçá-lo em sua saúde física ou mental ou submetê-lo como mera cobaia a experiências médicas ou psicológicas. Da mesma forma, consigna que as penas não podem agredir a dignidade do condenado ou constituir intromissão à sua privacidade e a sua família, não sendo admissível que se trate o condenado como objeto de controle, submetendo-o à técnicas de vigilância de que não tenha prévio conhecimento.

Face à dimensão alcançada pelas Regras de Tóquio, muito embora não revelem força de lei, são, inegavelmente, uma importante fonte norteadora da política criminal punitiva para o novo milênio e a violação a tais princípios por qualquer nação, implica na reprovação no âmbito interno e internacional. De qualquer forma, o acolhimento aos ditames das Regras de Tóquio, não afasta a incidência de outras regras que visem proteger os direitos de tratamento dos delinqüentes, uma vez que, como regras mínimas, disciplinam o essencial.

Em resumo, as Regras de Tóquio dispõem, em suas assertivas, que a pena de prisão deve ser utilizada em extrema *ratio*, ou seja, como derradeira medida. Porém, outros aspectos foram ainda abordados, como o incentivo à participação social na aplicação da pena para complementar a ação da justiça, bem como o respeito aos

princípios constitucionais da reserva legal, duplo grau de jurisdição e a fixação de elementos que norteiam a execução.

No entanto, embora tenham representado uma grande difusão para a aplicação de medidas não privativas de liberdade, as Regras de Tóquio ainda esbarram no descrédito, pois lançam o desafio de romper com a consagrada pena de prisão e somente a experiência prática poderá comprovar a eficácia dos resultados propostos. Nesta esteira, o doutrinador Heleno Cláudio FRAGOSO:

Não é fácil avaliar os resultados das medidas alternativas ao encarceramento. Essa avaliação, como sempre, é feita com critérios modestos, que têm por base a reincidência. É óbvio que os custos são incomparavelmente menores. Nos países que mantêm serviços de supervisão para liberados condicionalmente e para condenados favorecidos com a suspensão condicional, estima-se que o custo dessas medidas é um décimo do que apresenta o encarceramento, podendo alcançar um trigésimo em programas de trabalho. Pesquisas, tendo por base o critério de reincidência, revelam que os programas comunitários não oferecem piores resultados do que a prisão. Conhecendo-se os defeitos da pena privativa de liberdade, pode-se avaliar as vantagens que advêm de qualquer solução que os evite.⁷⁸

Portanto, por estarem tais documentos em vigor no ordenamento jurídico brasileiro, ou seja, positivados, cabe agora a efetiva implantação dos direitos neles assegurados, ou seja, estamos diante daquilo que Norberto BOBBIO defende, em seu livro *A Era dos Direitos*⁷⁹, como o atual problema de todo o Direito Internacional dos Direitos Humanos: sua efetivação.

Essas ações parecem essenciais para a verdadeira reinserção do Brasil, na condição de Estado Democrático de Direito, no cenário internacional de proteção dos direitos humanos.

⁷⁸ FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal*; Parte Geral. 15.ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1995, p. 306.

⁷⁹ BOBBIO, Norberto. *A Era dos direitos*. 10.ed. Rio de Janeiro: Editora Campus, 1992.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

É absolutamente indiscutível a idéia de que a função de controle social recebeu, ao longo das décadas, e continua recebendo, mais cuidados do que a função de proteção social, confundindo-se, não por ingenuidade ou descuido, estas duas interfaces no sistema penal.

Numa sociedade como a brasileira, que evoluiu à sombra de uma lógica social, política e econômica de exclusão, aplicando a idéia de que os direitos são concedidos e não conquistados, caracterizando-se, por isso, como uma sociedade de matriz autoritária, esta constatação ganha peso e importância.

Infelizmente, a tendência dominante de nossa jurisprudência de primeiro e de graus superiores ainda não se orienta por esse paradigma de raciocínio jurídico fundado no respeito à dignidade humana. Em razão disso, pode-se dizer que ainda há muito calvário social, político e econômico a ser experimentado pelo povo brasileiro, subordinado a uma ordem jurídica visivelmente comprometida com os interesses dos setores dominantes.

Portanto, a razão estava com FERRAJOLI quando afirmou ser a história das penas mais horrível e infamante para a humanidade que a própria história dos delitos, porque enquanto o delito tende a ser uma violência ocasional, impulsiva e, em alguns casos, obrigatória, a violência da pena é organizada por muitos contra um. Sendo assim, o sistema de execução da pena privativa de liberdade no Brasil configura uma das maiores violações aos direitos humanos no mundo contemporâneo, representando modelo de selvageria organizada.

Nesse contexto, é flagrante e vergonhosa a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei 8.072/90, já que a fixação do regime carcerário inteiramente fechado, pelo cometimento de crime hediondo, agride de forma brutal não só a Constituição de 1988, mas também todos os outros Tratados e Convenções Internacionais de Direitos Humanos ratificados pelo Brasil, porque impede ao magistrado que considere as diferenças no caso concreto.

Ao declarar, no inciso XLVI do art. 5º da Constituição de 1988 que “a lei regulará a individualização da pena” a Lei Maior está a dizer que o legislador está impedido de editar texto que inviabilize ao juiz considerar as singularidades do fato e as condições pessoais do autor, para que a pena possa vir a ser reflexo da justa medida, conciliando-se, assim, a igualdade de todos perante a lei e na lei com as diferenças, presentes na natureza e nas sociedades humanas.

Ademais, a modernidade, fortalecida pelo pensamento kantiano de racionalidade e autonomia, elege, também, o seu modelo referencial de humanidade. A dignidade, enquanto qualidade intrínseca do ser humano, é a grande contribuição da modernidade.

Contudo, infelizmente, a insistente tendência jurisprudencial brasileira a declarar constitucional a proibição de progressão de regime nos crimes hediondos rege-se por um modelo de ser humano decapitado e diminuído, porque exclui grande parte da humanidade e consegue pensar os seres humanos isolados e abstraídos de contextos sociais.

REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, Guilherme Assis de; PERRONE-MOISÉS, Cláudia. *Direito Internacional dos Direitos Humanos*. São Paulo: Editora Atlas, 2002.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. *Curso de Direito Administrativo*. 8.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1996.
- BARROS, Carmem Silvia de Moraes. *A individualização da pena na execução penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.
- BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. São Paulo: Editora Saraiva, 1996.
- BATISTA, Nilo. *Punidos e mal pagos: violência, justiça, segurança pública e direitos humanos no Brasil de hoje*. Rio de Janeiro: Editora Revan, 1990.
- BOBBIO, Norberto. *A Era dos direitos*. 10.ed. Rio de Janeiro: Editora Campus, 1992.
- BOLDRINI, Rodrigo Pires da Cunha. A proteção da dignidade da pessoa humana como fundamentação constitucional do sistema penal. *Jus Navigandi*, Teresina, a. 7, n. 66, jun. 2003. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=4171>>. Acesso em: 02 jul. 2005.
- CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. A interação entre o direito internacional e o direito interno na proteção dos direitos humanos. *Arquivos do Ministério da Justiça*. Brasília, Vol. 46, Nº 182, p. 27-54, jul/dez. 1993.
- _____. *A proteção Internacional dos Direitos Humanos*. São Paulo: Saraiva, 1991.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. Coimbra: Almedina, 1993.
- _____. *Estado de Direito*. Lisboa: Gradiva, 1990.
- _____. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Livraria Almedina, 1998.
- CARVALHO, Márcia Dometila Lima. *Fundamentação constitucional do direito penal*. Porto Alegre: Fabris, 1992.
- CARVALHO, Salo de. *Crítica à Execução Penal. Doutrina, Jurisprudência e Projetos Legislativos*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Júris, 2002.

- CARRAZZA, Roque Antonio. *Curso de Direito Constitucional Tributário*. 12.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1999.
- CINTRA, Antonio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini & DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 17.ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2001.
- CRETELLA JUNIOR, J. *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*. Rio de Janeiro: Editora Forense universitária, 1990, v. 1.
- COMPARATO, Fábio Konder. *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2001.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. *Direitos Humanos e Cidadania*. São Paulo: Moderna, 1998.
- DUPUY, Pierre Marie. *Droit international public*. Paris: Dalloz, 1995.
- FILHO, Vladimir Brega. *Direitos Fundamentais na Constituição de 1988*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002.
- FOULCALT, Michel. *Vigiar e Punir*. Petrópolis: Editora Vozes, 1987.
- FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal; Parte Geral*. 15.ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1995.
- FRANCO, Alberto Silva. *Crimes Hediondos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.
- GOUVEIA DOS SANTOS, Maria de Nazaré Silva. *A atuação do Juiz da Execução Penal na preservação dos direitos do preso: um desafio a ser vencido*. Disponível em: <www.mj.gov.br/Depen/institucional/pdf/publicacoes/maria_de_nazare> Acesso em: 02 julho 2005.
- KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1995.
- KRIELE, Martin. *Libertação e Iluminismo político: uma defesa da dignidade do homem*. São Paulo: Editora Loyola, 1983.
- LINDGREN ALVES, José Augusto. *Os Direitos Humanos Como Tema Global*. São Paulo: Editora Perspectiva, 2003.
- MARCIAL, Fernanda Magalhães. Os direitos humanos e a ética aplicada ao sistema penitenciário. *Jus Navigandi*, Teresina, a. 8, n. 132, 15 nov. 2003. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=4458>>. Acesso em: 02 jul. 2005.

- MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo II. Coimbra: Editora Coimbra, 1996.
- MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 13.ed. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2003.
- PIMENTA, Vladia Lelia Pesce. *Da pena de prisão às penas alternativas – lei 9.714/98*. Disponível em: <www.suigeneris.pro.br>. Acesso em: 02 julho 2005.
- PINTO NETO, Moysés da Fontoura. Da inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º, da Lei nº 8.072/90. *Neófito Jurídico*. Disponível em: <<http://www.neofito.com.br/artigos/art01/ppenal44.htm>>. Acesso em: 29 jun. 2005.
- PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 5.ed. São Paulo: Max Limonad, 2002.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários à Constituição de 1967*. Tomo III. São Paulo: Editora RT, 1967.
- PORTANOVA, Rui. *Princípios do Processo Civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.
- SANTOS, Juarez Cirino dos. *Teoria da pena. Fundamentos políticos e aplicação judicial*. Curitiba: ICPC; Editora Lumen Júris, 2005.
- SANTOS, Rogério Dutra dos. *Introdução crítica ao estudo do sistema penal*. Florianópolis: Diploma Legal, 1999.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.
- TELES, Ney Moura. *Direito Penal*. 2.ed. São Paulo: Editora Atlas, 1997, vol. 1.
- VEIGA, Marcio Gai. Lei de Crimes Hediondos: uma abordagem crítica. *Jus Navigandi*, Teresina, a. 7, n. 61, jan. 2003. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=3637>>. Acesso em: 25 jun. 2005.
- ZIZEK, Slavoj. *Um mapa da ideologia*. Rio de Janeiro: Contraponto, 1996.

BIBLIOGRAFIA CONSULTADA

BECCARIA, Cesare. *Dos Delitos e das Pena*. São Paulo: Hemus Editora Limitada, 1983.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*; parte geral. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2003, v. 1.

_____. *Tratado de Direito Penal*; parte especial. São Paulo: Saraiva, 2003, v. 3.

BITTAR, Eduardo C. B. *Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática da monografia para os cursos de direito*. São Paulo: Saraiva, 2001.

CARDOSO, Reynaldo Fransozo. *Manual de Direito Penal*; Parte Geral. São Paulo: Editora eletrônica: Terá Dorea (IBDC), 2001.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Aurélio Século XXI: o dicionário da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Editora Nova Fronteira, 1999.

LEITE, Eduardo Oliveira de. *A monografia jurídica*. 3.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *A Criminologia da Repressão*. 1.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

_____. *A Moderna Teoria do Fato Punível*. 3.ed. Curitiba: Editora Fórum, 2004.

_____. *As Raízes do Crime*. 1.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

SILVA, José Geraldo da; LAVORENTI, Wilson; GENOFRE, Fabiano. *Leis Penais Especiais Anotadas*. 6.ed. Campinas: Millennium Editora, 2004.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro*; Parte Geral. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.