

A importância histórica da decisão do STF sobre a progressividade de regime

Sentimento constitucional e contenção do poder punitivo

Christiano Fragoso *

Memorável decisão do STF, no HC 82.959, declarou inconstitucional o art. 2.º, § 1.º da lei 8072/90, que vedava a progressão de regime prisional para crimes hediondos, levando a candente discussão doutrinária, travada sob múltiplos aspectos. Um aspecto, todavia, merece destaque: a importância histórica dessa decisão para o fomento do controle de constitucionalidade das leis penais no Brasil.

Uma visão retrospectiva mostra que tal controle, em matéria penal, tem sido demasiado tímido. No passado, muitas foram as decisões que afirmaram a constitucionalidade de leis penais clamorosamente inconstitucionais. P. ex., o famigerado decreto-lei 898/69 (a lei de segurança nacional da ditadura) estabelecia, nos arts. 65 e 66, injustificável discrimen entre acusação e defesa, quanto à quantidade e ao regime de intimação de testemunhas (o MP devia ter três testemunhas, mas a defesa só podia duas; e as testemunhas do MP eram intimadas, enquanto a defesa tinha o ônus de trazê-las). Em outro exemplo, o decreto-lei n.º 9.070, de 1946, estabelecia que constituía crime o ato do estranho ao grupo em dissídio que aliciava participantes para a greve (art. 14, IV), quando é certo que a Constituição de 1946 preceituava ser a greve um direito. Tais dispositivos foram reputados constitucionais.

Isto decorre, em parte, de que apenas recentemente os penalistas têm trabalhado com o parâmetro metodológico da constitucionalidade das leis, o que, certamente, só ganhou impulso com a Constituição de 1988. **Luis Roberto Barroso** diz, com razão, que a efetividade da Constituição depende da “*cristalização de um sentimento constitucional, resultado último do entranhamento da Lei Maior na vivência diária dos cidadãos*” (*O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas*, 2.ª ed., Renovar, 1993, p. 41). No que toca às disposições penais da Carta Magna, este sentimento constitucional teve desenvolvimento tardio.

De outra parte, o apego a concepções autoritárias quanto aos fins da pena contribui, como pano de fundo, para que grassem exegeses salvacionistas de normas incriminadoras.

Pressupõe-se a legitimidade constitucional de normas incriminadoras, quando o correto seria precisamente o oposto. A política criminal brasileira tem sido exercida por agências do sistema penal influenciadas pelos arautos das oligarquias controladoras da mídia, que insuflam o medo em praticamente todas as camadas sócio-econômicas (do pobre ao rico) e políticas (da esquerda [punitiva, como diz **Maria Lucia Karam**] à direita [penal, como ressalta **Nilo Batista**]). Cria-se um direito penal do terror, com a incumbência inalcançável de ser uma panaceia para supostos males sociais. Esta desmedida expansão do poder punitivo leva a uma política criminal do inimigo e exacerba a seletividade do sistema penal, contribuindo para o imobilismo social. E pior: esse furor de maximização de poder punitivo logra adquirir vestes de saber jurídico, aninhando-se, em busca de legitimação, no seio de teorias de prevenção geral positiva, que vêem a pena como uma medida necessária ao reforço da crença na autoridade do direito, que é argumento inesgotável para o incremento da resposta penal. Por isso, conscientemente ou não, as teorias de prevenção geral positiva são campo fértil à legitimação do discurso punitivista, com a conveniência adicional de que elas renunciavam antecipadamente à comprovação empírica de seus fins anunciados (tentando evitar as críticas que derrubaram as demais teorias). Assim, o poder punitivo fica livre, sem o incômodo de ter que comprovar a consecução prática do fim anunciado.

A doutrina mais esclarecida tem demonstrado que a pena não pode ser usada como meio de reforçar a crença da sociedade no direito, nem tem a incumbência de fazer funcionar a sociedade. Não é com pena que se resolve criminalidade, nem muito menos problemas sociais. Como bem diz **Zaffaroni**, a pena não soluciona conflitos, apenas podendo, quando muito, suspendê-los. Por isso, deve-se trabalhar pela contenção de toda e qualquer disposição permissiva de poder punitivo que não passe pelos filtros de constitucionalidade, legalidade e racionalidade, como era o caso da vedação à

progressividade (que, embora legal, era inconstitucional e irracional).

O discurso punitivista dominante exerce enorme pressão sobre o Judiciário, no sentido de decisões que “*reforcem a crença na autoridade do direito*”. O STF demonstrou, com a decisão ora comentada, que não aceita esse papel de propagandista de uma suposta eficácia da pena. A posição do STF nesta matéria é garantista de direitos individuais e demonstra que o Tribunal não se furtará de trabalhar na contenção de poder punitivo irracional, ainda que contrarie a política criminal midiática.

Nos últimos tempos, houve uma ou outra decisão importante, como, p.ex., aquela que julgou inconstitucional a figura do juiz inquisidor criada pelo art. 3.º da lei 9.034/95 (cf. ADIN 1570/DF, Pleno, Min. Corrêa, DJ 22.10.04, p.4), mas não há dúvida de que, por seu alcance, a decisão quanto à progressão de regime nos crimes hediondos é a mais importante decisão da história do STF relativa a controle de constitucionalidade de leis penais. Espera-se que este tenha sido o começo de amplo trabalho de controle de constitucionalidade, que em outros países (como, p.ex., a Espanha) tem sido realizado muito mais intensamente.

Há muitas disposições penais e processuais penais cuja constitucionalidade pende de discussão: p.ex., a agravação da pena pela reincidência, e a vedação de liberdade provisória para crimes hediondos. O eg. STF mostrou que tem a independência e a coragem necessárias para realizar esse controle. Espera-se que o controle realizado nessa decisão alvissareira seja a mola propulsora para que a Suprema Corte, independente, continue a podar os abusos de uma política criminal irracional, que vem sendo implementada com sacrifício de inúmeros cidadãos.

* **Christiano Fragoso** é professor de Direito Penal na Universidade Cândido Mendes e Coordenador do Núcleo Jovens Penalistas do Grupo Brasileiro da Associação Internacional de Direito Penal