

GABRIELA RUBIN TOAZZA

**A busca da racionalidade e da segurança jurídica no
Estado Democrático de Direito:** um estudo dos
precedentes judiciais que levaram a declaração de
inconstitucionalidade do regime integralmente fechado para
os crimes hediondos a partir do direito como integridade de
Ronald Dworkin

DISSERTAÇÃO DE MESTRADO

Programa de Mestrado em Direito

Curitiba

Julho de 2012

Gabriela Rubin Toazza

A busca da racionalidade e da segurança jurídica no Estado Democrático de Direito: um estudo dos precedentes judiciais que levaram a declaração de inconstitucionalidade do regime integralmente fechado para os crimes hediondos a partir do direito como integridade de Ronald Dworkin

Dissertação de Mestrado

Dissertação apresentada ao Programa de Pós Graduação em Direito da UNIBRASIL como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito

Orientadora: Prof^a. Dr^a. Estefânia Maria de Queiroz Barboza

Curitiba

Julho de 2012

Gabriela Rubin Toazza

A busca da racionalidade e da segurança jurídica no Estado Democrático de Direito: um estudo dos precedentes judiciais que levaram a declaração de inconstitucionalidade do regime integralmente fechado para os crimes hediondos a partir do direito como integridade de Ronald Dworkin

Dissertação apresentada ao Programa de Pós Graduação em Direito da UNIBRASIL como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito aprovada pela Comissão Examinadora abaixo assinada:

Prof^a. Dr^a. Estefânia Maria de Queiroz Barboza
Orientadora

Prof^a. Dr^a. Vera Karam de Chueiri
Convidada – UFPR

Prof. Dr. Paulo Ricardo Schier
Convidado – UNIBRASIL

Curitiba, 14 de julho de 2012.

Agradecimentos

São muitos os agradecimentos que merecem ser feitos ao final desta etapa em que muitos sonhos e projetos precisaram ser adiados. Tentamos, da nossa maneira, suspendê-los para que ao final a vida retome o seu curso natural. Apesar de tantos afazeres, como mulheres que somos, buscamos atender, com o mesmo zelo e cuidado, o trabalho, a família e os amigos. No decorrer destes dois anos muitos momentos de introspecção foram necessários para que este projeto chegasse ao seu termo. Assim, em que pese o nosso desejo de estar presente, muitos momentos de convívio, com aqueles que tanto amamos, foram substituídos por instantes de estudo e de reflexão.

Porém, mais uma etapa chega ao final. E, inicialmente, meus agradecimentos são para as pessoas que fazem a vida realmente valer a pena: meu companheiro nesta jornada da vida, meu amor, Johnny, pois, estando próximo soube compreender os momentos de dificuldade com seu amor e atenção.

Aos meus amados pais, Cezar e Delise, a quem sempre agradeço pelo incentivo, compreensão, exemplo de vida e amor, pois, mesmo distantes nunca me deixaram desamparada do seu afeto e carinho.

Aos meus queridos irmãos, Diogo e Felipe, que apesar da distância sempre estiveram presentes compreendendo a importância do meu esforço.

Ao Luiz Paulo Mauhs e à Neusa Mauhs pelo carinho e presença.

Agradeço, também, os meus professores que ao longo destes dois anos estiveram presentes na minha formação acadêmica sempre incentivando a leitura e propiciando que novos caminhos fossem descobertos. Ao professor Paulo Ricardo Schier pelas provocações em sala de aula e pela capacidade que possui de conduzir os seus alunos a transformarem os seus

sonhos em projetos acadêmicos. E, em especial, agradeço à minha orientadora, professora Estefânia Maria de Queiroz Barboza, pelo conhecimento e confiança.

Agradeço às amigas Fernanda Schaefer Rivabem e Andreza Cristina Baggio, exemplos de solidariedade e de compreensão, pela amizade, confiança e torcida.

Resumo

Toazza, Gabriela Rubin; Barboza, Estefânia Maria de Queiroz. **A busca da racionalidade e da segurança jurídica no Estado Democrático de Direito:** um estudo dos precedentes judiciais que levaram a declaração de inconstitucionalidade do regime integralmente fechado para os crimes hediondos a partir do direito como integridade de Ronald Dworkin, 2012, 220p. Dissertação de Mestrado – Programa de Mestrado em Direito das Faculdades Integradas do Brasil – UNIBRASIL.

No presente estudo busca-se explicar como acontece o mecanismo de interpretação dos direitos e garantias fundamentais a partir da teoria desenvolvida por Ronald Dworkin utilizando-se como tema propulsor a progressão de regime nos crimes hediondos. A escolha deste autor decorre do fato de que, através do desenvolvimento da sua teoria, busca-se a coerência e a racionalidade do sistema, bem como, a segurança jurídica, pois, o poder Judiciário passou a ser o protagonista das principais decisões morais e políticas do país. Para Dworkin a tarefa de realizar a leitura moral dos direitos e garantias fundamentais é do poder Judiciário, sendo que este se encontra imune às pressões sofridas pelo poder Legislativo. Desta forma é necessário que o poder Judiciário assuma o seu papel de principal garantidor dos direitos e garantias fundamentais e enfrente as decisões que se referem, em especial, aos casos difíceis. Para tanto parte-se de uma análise da legislação constitucional e penal brasileira que fundamenta a impossibilidade de existência no sistema brasileiro do regime integralmente fechado. Na segunda parte estuda-se a doutrina dos precedentes judiciais a partir da busca pela integridade no direito brasileiro a fim de que se garantam a estabilidade jurídica e a racionalidade nas decisões que envolvam a jurisdição constitucional brasileira. Já na terceira parte analisam-se os julgados do Supremo Tribunal Federal que levaram a declaração de inconstitucionalidade do regime integralmente fechado buscando-se a aproximação com a doutrina dos precedentes judiciais e a necessidade de integridade para que haja segurança jurídica.

Palavras-chave: Dworkin. Direito como integridade. Crimes Hediondos. Regime Integralmente Fechado. Direitos Humanos. Precedentes judiciais.

Abstract

Toazza, Gabriela Rubin; Barbosa, Estefânia Maria de Queiroz. **The search for the rationality and the legal security in the democratic state of law**: a study of judicial precedents that led to the declaration of unconstitutionality of the closed prison system for the heinous crimes from law as integrity of Ronald Dworkin, 2012, 220p. Master's Dissertation – Master Program in Law at Faculdades Integradas do Brasil – UNIBRASIL.

This work aims to explain how the interpretation mechanism of rights and underlying liens happen based on the theory developed by Ronald Dworkin, taking as main theme the system progression in the heinous crimes. This author was chosen due to the development of his theory that seeks for coherence and the rationality as well the legal security, once the Judiciary power has become the leading figure of the major moral and political decisions of the country. For Dworkin, the Judiciary power has the assignment to make the moral reading of the rights and the underlying guarantees, once it is immune to the pressures experienced by the Legislative power. This way, it is necessary that the Judiciary power faces its role of major guarantor of the rights and underlying liens and deals with the decisions that are particularly related to the hard cases. So, first it is done an analysis of the Brazilian constitutional and penal law which underlies the impossibility to exist the closed prison system in Brazil. In the second section, the judicial precedents doctrine is studied and related to the search for integrity in the Brazilian law, in order to ensure the juridical stability and the rationality in the decisions that implicate the Brazilian constitutional jurisdiction. In the third section, the judged by the Brazilian Supreme Federal court, which led to the declaration of unconstitutionality of the closed prison system, are analyzed, searching for a forthcoming with the judicial precedents doctrine and the requirements for integrity in order to have juridical security.

KEY-WORDS: Dworkin. Law as integrity. Heinous crimes. Closed Prison System. Human Rights. Judicial Precedents.

Introdução

Ronald Dworkin desenvolveu uma teoria de interpretação baseada na integridade do sistema jurídico objetivando com isso a busca de coerência e racionalidade. Dworkin percebeu que para muitos casos concretos a legislação não apresenta solução, assim, há espaço para o julgador que terá várias opções para solucioná-lo e, portanto, a sua busca reside exatamente no fato de que deve haver um mecanismo de justificação nas decisões. A teoria desenvolvida aplica-se, especialmente, aos denominados casos difíceis¹, porém, nada impede que seja aplicada a todas as situações em que o juiz encontrar dificuldades para julgar.

O estudo da teoria elaborada por Dworkin mostra-se relevante quando é possível verificar muitas interpretações para um mesmo caso concreto, ou seja, é salutar que se questione a forma e o modo utilizado, especialmente, pelo Supremo Tribunal Federal para a solução de muitos casos controversos que se apresentam para julgamento.

A busca da coerência e da racionalidade nas decisões judiciais no Estado Democrático brasileiro constitui-se no grande objetivo deste trabalho. Isso se deve ao fato de que, atualmente, o Supremo Tribunal Federal tem se deparado cada vez mais com os denominados casos difíceis² e dentre estes se podem citar a interrupção da gestação no caso de fetos anencéfalos, as pesquisas com células-tronco embrionárias, a união homoafetiva, as cotas raciais. Desta forma, o Tribunal conquistou um espaço definitivo na mídia brasileira e um papel relevante como o grande ator político da atualidade.

¹ “Os casos difíceis se apresentam, para qualquer juiz, quando sua análise preliminar não fizer prevalecer uma entre duas ou mais interpretações aceitáveis, perguntando-se qual delas apresenta em sua melhor luz, do ponto de vista da moral política, a estrutura das instituições e decisões da comunidade – suas normas públicas como um todo”. DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**, p.306.

² Para entender um exemplo de caso difícil ver o caso *Riggs vs. Palmer* em: DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**, p. 36.

A presente pesquisa apresenta-se justificada a partir do momento em que se passa a buscar um método de interpretação capaz de fornecer coerência ao sistema jurídico, em especial, quando se está pretendendo assegurar-se direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição Federal de 1988 e que merecem a proteção do Estado, pois, este deve assegurá-las a fim de proteger a própria essência e a existência do Estado Democrático de Direito brasileiro.

O método preconizado por Dworkin objetiva fundamentar as decisões judiciais em princípios³, pois, são estes que orientam e trazem diretrizes para busca da coerência em todo o sistema. Assim, confirma-se ser possível que se interprete fundando-se em princípios para a garantia da sobrevivência da própria democracia e não, apenas, em argumentos de política. O mecanismo proposto por Dworkin repousa na análise dos direitos fundamentais como princípio fundamental para a garantia da efetivação destes na sociedade.

A partir do direito como integridade é que Dworkin estabelece que seu método não possui, apenas, função hermenêutica e sim, também, é responsável pela busca de coerência e segurança jurídica. Para tanto, ele passa a compreender a tarefa de interpretar e de aplicar o direito ao caso concreto como um romancista que escreve o próximo capítulo da sua obra, ou seja, aproxima a tarefa do jurista à do escritor⁴. Assim, cada juiz ao proferir uma nova decisão deve considerá-la como parte de um todo devendo observar os capítulos anteriores para que o seu e os subsequentes possam obedecer a

³ “Os argumentos de princípio são argumentos destinados a estabelecer um direito individual; os argumentos de política são argumentos destinados a estabelecer um objetivo coletivo. Os princípios são proposições que descrevem direitos; as políticas são proposições que descrevem objetivos”. DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**, p. 141.

⁴ “Proponho que podemos melhorar nossa compreensão do Direito comparando a interpretação jurídica com a interpretação em outros campos do conhecimento, especialmente a literatura. Também suponho que o Direito, sendo mais bem compreendido, propiciará um entendimento melhor do que é a interpretação em geral”. DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**, p. 217.

uma lógica e tenham coerência entre si⁵. Obedece-se, assim, à lógica de olhar para o passado para escrever o futuro.

Os juízes, em muitas situações, precisarão decidir casos difíceis e a melhor decisão, para Dworkin, é a que está relacionada aos fatos anteriores na medida em que devem considerar o direito como um conjunto coerente de princípios que versam sobre justiça, equidade e devido processo legal. O direito como integridade pressupõe que "as proposições jurídicas são verdadeiras se constam, ou se derivam, dos princípios de justiça, equidade e devido processo legal que oferecem a melhor interpretação construtiva da prática jurídica da comunidade⁶". Ou seja, Dworkin relaciona a função de julgar com a função dos legisladores afirmando que estes podem fundar as suas decisões justificando-as no bem-estar social, porém, aqueles precisam utilizar argumentos que decorram de princípios a fim de garantir a segurança jurídica.

Esta segurança decorre, na teoria desenvolvida por Dworkin, através da necessidade de revisão dos precedentes judiciais que formam, em cadeia, o romance que pressupõe a racionalidade e a coerência de um sistema jurídico. Dworkin ressalta que o respeito à integridade não significa o engessamento do sistema, muito pelo contrário, o seu objetivo é fazer com que os motivos determinantes estejam presentes nas decisões posteriores quer repedindo-a ou superando-a.

No âmbito do Direito Penal há muitos aspectos que merecem relevo, em especial, após o advento da Constituição Federal de 1988, que trouxe em seu bojo os direitos e garantias fundamentais que devem ser protegidos em sua plenitude pelo Supremo Tribunal Federal, em especial.

⁵ "Ao decidir o novo caso, cada juiz deve considerar-se como parceiro de um complexo empreendimento em cadeia, do qual essas inúmeras decisões, estruturas, convenções e práticas são a história; é seu trabalho continuar essa história no futuro por meio do que ele faz agora". DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**, p. 238.

⁶ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**, p. 212.

No ano de 1990 passou a vigorar no cenário legislativo brasileiro uma nova lei: a lei dos crimes hediondos⁷ (Lei nº 8.072/90). Esta lei, inicialmente, surgiu objetivando a normatização do inciso XLII, do artigo 5º, da Constituição Federal brasileira de 1988 que dispôs: “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 hediondos⁸, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem⁹”.

O estudo específico da legislação concernente aos crimes hediondos deve-se ao fato de que, inicialmente, a lei trouxe no parágrafo 2º do art. 2º (“a pena por crimes previstos neste artigo será cumprida em regime integralmente fechado¹⁰”) uma proibição de que os condenados por crimes hediondos não teriam direito à progressão de regime, ou seja, deveriam cumprir a integralidade de suas penas no regime integralmente fechado.

Buscar-se-á verificar se na tarefa de julgar exercida pelo Supremo Tribunal Federal nos julgados que levaram a revogação de parte da Lei nº. 8.072/90 que impossibilitava a progressão de regime nos crimes hediondos houve coerência no sistema a partir da teoria da interpretação

⁷ São considerados hediondos os seguintes crimes, todos tipificados no Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, consumados ou tentados: I - homicídio (art. 121), quando praticado em atividade típica de grupo de extermínio, ainda que cometido por um só agente, e homicídio qualificado (art. 121, § 2º, I, II, III, IV e V); II - latrocínio (art. 157, § 3º, in fine); III - extorsão qualificada pela morte (art. 158, § 2º); IV - extorsão mediante seqüestro e na forma qualificada (art. 159, caput, e §§ 1º, 2º e 3º); V - estupro (art. 213, caput e §§ 1º e 2º); VI - estupro de vulnerável (art. 217-A, caput e §§ 1º, 2º, 3º e 4º); VII - epidemia com resultado morte (art. 267, § 1º). VII-A – (VETADO) VII-B - falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais (art. 273, *caput* e § 1º, § 1º-A e § 1º-B, com a redação dada pela Lei nº 9.677, de 2 de julho de 1998). Parágrafo único. Considera-se também hediondo o crime de genocídio previsto nos arts. 1º, 2º e 3º da Lei nº 2.889, de 1º de outubro de 1956, tentado ou consumado”. Disponível em <www.planalto.gov.br>. Acesso em 28 de junho 2012.

⁸ Acerca da conceituação de crime hediondo: “[...] assim é que o próprio texto constitucional, no inciso citado, diz que hediondos serão aqueles crimes definidos em lei. Nasceu, assim, a Lei de nº. 8.072, de 25 de julho de 1990, como resposta ao mandamento constitucional”. MONTEIRO, Antonio Lopes. **Crimes hediondos: texto, comentários e aspectos polêmicos**. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 16.

⁹ Disponível em <www.planalto.gov.br>. Acesso em 28 de junho 2012.

¹⁰ Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em 14 de junho de 2012.

desenvolvida por Dworkin¹¹. Verificar-se-á se houve diálogo entre as decisões anteriores ou se houve uma transcendência dos motivos determinantes o que levou a superação dos precedentes anteriores.

Assim, no primeiro capítulo deste trabalho demonstrar-se-ão os princípios constitucionais que sustentam a inconstitucionalidade do referido dispositivo legal, bem como, sua falta de coerência e de racionalidade com o sistema jurídico. Na fase de execução da pena dever-se-ia respeitar a possibilidade de que cada condenado pudesse, a partir de requisitos estabelecidos pela legislação, progredir de regime e assim aproximar-se das finalidades da pena como, por exemplo, a ressocialização. Ainda na primeira parte far-se-á uma análise da lei nº 8.072/90 conjugada com o sistema jurídico em que a mesma se encontra inserida.

Na segunda parte do referido trabalho explorar-se-á a teoria da interpretação de Dworkin especificamente a construção do direito como integridade, bem como, a formação, a vinculação e a superação dos precedentes. Ainda, demonstrar-se-á que a formação do romance em cadeia, idealizado por Dworkin é uma das alternativas para que se busque a racionalidade e a coerência nas decisões judiciais.

Finalmente, na terceira parte, far-se-á a análise das decisões que levaram o Supremo Tribunal Federal a considerar inconstitucional a impossibilidade de progressão de regime nos crimes hediondos, bem como, buscar-se-á vincular este aspecto com a teoria desenvolvida por Ronald Dworkin, ou seja, de que há necessidade de que o tribunal posicione-se conjuntamente e não com opiniões individuais de cada um dos ministros.

Assim, compreender verdadeiramente o processo decisório do Supremo Tribunal Federal não é meramente estudar o seu aspecto formal. O que se busca é compreender como os ministros votam objetivando-se que o tribunal possa exercer um controle democrático muito mais cuidadoso nas suas

¹¹ Salieta-se que esta proibição já não vigora desde 29 de março de 2007.

decisões. Ou seja, apenas realizando-se a leitura detalhada dos denominados casos difíceis é que se verificará que há dificuldade no estabelecimento de coerência, clareza e racionalidade e que em muitas situações há, inclusive, dificuldade em se encontrar a linha argumentativa de cada uma das decisões.

Parte I

A legislação constitucional e penal brasileira e a inconstitucionalidade da vedação de progressão de regime nos crimes hediondos

1 – Os princípios constitucionais penais aplicáveis à individualização da pena:

O primeiro princípio desenvolvido neste capítulo é o princípio constitucional da individualização da pena. O objetivo do seu estudo é analisar a sua relevância para a busca de coerência e de racionalidade no sistema jurídico brasileiro a partir de uma perspectiva de que a teoria de interpretação desenvolvida por Ronald Dworkin, e que será objeto de estudo na parte II deste trabalho, pressupõe a necessidade de diálogo entre a norma jurídica (em especial os princípios) e as decisões judiciais.

Assim, a Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 18 de setembro de 1946, estabeleceu no capítulo II, denominado “dos Direitos e Garantias Individuais”, em seu artigo 141 § 29 que “a lei penal regulará a individualização da pena [...]”¹¹. Desta forma, com a Constituição de 1946 o princípio da individualização da pena passou a constar, expressamente, do ordenamento jurídico constitucional brasileiro.

Já a Constituição da República Federativa do Brasil de 1967, em seu capítulo IV (Dos Direitos e Garantias Individuais), trazia no artigo 150, § 3º, expressa previsão do princípio da individualização da pena: “a Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: § 13 – [...] A lei regulará a individualização da pena”¹².

¹¹ Informação disponível no site <www.planalto.gov.br>. Acesso em 31 de março de 2012.

¹² Informação disponível no site <www.planalto.gov.br>. Acesso em 31 de março de 2012.

Na sequência, a Constituição Federal de 1988, dispôs no inciso XLVI do artigo 5º que “a lei regulará a individualização da pena¹³” prevendo a necessidade de que a pena seja individualizada¹⁴ para cada um dos condenados, ou seja, traz em seu bojo, expressamente, o princípio da individualização da pena.

Este princípio¹⁵ é um dos principais balizadores do Estado Democrático de Direito¹⁶ pois, exige que a individualização da pena realize-se em três fases distintas: fase legislativa, fase judicial e na fase da execução da

¹³ Informação disponível no site <www.planalto.gov.br>. Acesso em 14 de junho de 2012.

¹⁴ “Individualizar significa tornar individual uma situação, algo ou alguém, quer dizer particularizar o que antes era genérico, tem o prisma de especializar o geral, enfim, possui o enfoque de, evitando a estandardização, distinguir algo ou alguém, dentro de um contexto. A individualização da pena tem o significado de eleger a justa e adequada sanção penal, quanto ao montante, ao perfil e aos efeitos penderes sobre o sentenciado, tornando-o único e distinto dos demais infratores, ainda que coautores ou mesmo corréus. Sua finalidade e importância é a fuga da padronização da pena, da “mecanizada” ou “computadorizada” aplicação da sanção penal, que prescindida da figura do juiz, como ser pensante, adotando-se em seu lugar qualquer programa ou método que leve à pena pré-estabelecida, segundo um modelo unificado, empobrecido e, sem dúvida, injusto”. NUCCI, Guilherme de Souza. **Individualização da Pena**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 30. No mesmo sentido ver: NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal: parte geral: parte especial**. 7. ed. rev, atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 86/403.

¹⁵ “Os princípios constitucionais são aqueles que guardam os valores fundamentais da ordem jurídica. Isto só é possível na medida em que estes não objetivam regular situações específicas, mas sim desejam lançar a sua força sobre todo o mundo jurídico. Alcançam os princípios esta meta à proporção que perdem o seu caráter de precisão de conteúdo, isto é, conforme vão perdendo densidade semântica, eles ascendem a uma posição que lhes permite sobressair, pairando sobre uma área muito mais ampla do que uma norma estabelecida de preceitos. Portanto, o que o princípio perde em carga normativa ganha como força valorativa a espalhar-se por cima de um sem-número de outras normas”. BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros Editores, 2010, p. 221.

¹⁶ Importante esclarecer, brevemente, que “O Estado de Direito, mais do que um conceito jurídico, é um conceito político que vem à tona no final do século XVIII, início do século XIX. Ele é fruto dos movimentos burgueses revolucionários, que àquele momento se opunham ao absolutismo, ao Estado de Polícia. Surge como idéia força de um movimento que tinha por objetivo, subjugar os governantes à vontade legal, porém, não de qualquer lei. [...] Assim, passa o Estado a ter suas tarefas limitadas basicamente à manutenção da ordem, à proteção da liberdade e da propriedade individual. É a idéia de um Estado mínimo que de forma alguma interviesse na vida dos indivíduos, a não ser para o cumprimento de suas funções básicas; fora isso, deveriam vigor as regras do mercado, assim como a livre contratação. [...] O conceito de Estado Democrático não é um conceito formal, técnico, em que se dispõe um conjunto de regras relativas à escolha dos dirigentes políticos. A democracia, pelo contrário, é algo dinâmico, em constante aperfeiçoamento, sendo válido dizer que nunca foi plenamente alcançada. Diferentemente do Estado de Direito – que, no dizer de Otto Mayer, é o direito administrativo bem ordenado – no Estado Democrático importa saber a que normas o Estado e o próprio cidadão estão submetidos. Portanto, no entendimento de Estado Democrático deve ser levado em conta o perseguir certos fins, guiando-se por certos valores, o que não ocorre de forma tão explícita no Estado de Direito, que se resume em submeter-se às leis, sejam elas quais forem”. BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros Editores, 2010, p. 225/226.

pena. Assim, “a individualização da pena, ou seja, a aplicação da pena deve ajustar-se à situação de cada imputado¹⁷”. Nas palavras de Luiz Régis Prado:

Exigência impostergável do Estado democrático e social de Direito – “a lei regulará a individualização da pena” (art. 5º, XLVI, CF) -, o princípio da individualização da pena abarca três momentos distintos e complementares, a saber: o legislativo, o judicial e o executório. A determinação legal da pena consiste na fixação abstrata da sanção penal e de seus respectivos marcos. A determinação judicial da pena, a seu turno, refere-se ao estabelecimento, pelo juiz, da espécie de pena aplicável, de seu quantitativo, do regime de sua execução, e também de sua possível substituição ou suspensão condicional. Por derradeiro, cumpre fazer alusão à determinação administrativa ou executória da pena. Aplicada esta pelo juiz, passa-se à sua execução, na qual se atende às exigências de retribuição e de prevenção geral e especial. A individualização da pena é consequência necessária dos princípios da legalidade e de humanidade¹⁸.

Na fase legislativa desse princípio, deve o legislador primar pela elaboração de leis que visem ao respeito a este princípio constitucional, ou seja, a legislação deve buscar o seu cumprimento efetivo estabelecendo condutas e sanções que obedeçam aos critérios estabelecidos pela individualização da penal.

A fase judicial da individualização da pena é a que se encontra mais visível no ordenamento jurídico, pois, o artigo 59 do Código Penal prevê o método trifásico para a aplicação da pena criminal. Por este método o juiz de direito precisa balizar a incidência da sanção penal em oito circunstâncias que são conhecidas como circunstâncias judiciais¹⁹.

¹⁷ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 34ª edição revista e atualizada. São Paulo: Malheiros Editores, 2011, p. 441.

¹⁸ PRADO Luiz Régis. **Curso de direito penal brasileiro, parte geral: artigos. 1º a 120**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 575/576.

¹⁹ LUISI, Luiz. **Os princípios constitucionais penais**, p. 38. “O ordenamento jurídico confere ao juiz o poder de aplicar a pena. Trata-se de saber para que fim esse poder foi atribuído ao juiz. Parece claro que o juiz possui esse poder para atuar o fim próprio do Direito Penal, que é, como vimos, o de prevenir a prática de crimes. Conquanto se costume falar em “arbítrio judicial”, em realidade, o juiz não exerce aqui um poder arbitrário, mas sim um poder discricionário. Isso significa que o juiz não pode aplicar a pena, dentro dos parâmetros legais, segundo seu arbítrio. [...] O juiz está adstrito à aplicação da pena justa. O que separa o arbítrio da discricionariedade é a obrigação de motivar a aplicação da pena. [...] A individualização da pena é assegurada pela vigente CF (art. 5º, inc. XLVI), que determina ao juiz que ofereça motivação na sua sentença”. FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal: parte geral**. Rio de Janeiro: Forense, 1993, p. 320/345. Ver também: LUISI, Luiz. **Os princípios constitucionais penais**, p. 38.

Essas circunstâncias estão previstas no artigo 59 do Código Penal Brasileiro e compõem a primeira fase de individualização da pena realizada pelo magistrado. São denominadas de circunstâncias judiciais a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social, a personalidade do agente, os motivos, as circunstâncias, as consequências e o comportamento do agente. Constitui-se na primeira análise realizada pelo magistrado após concluir pela necessidade de condenação. Fundando-se nelas o magistrado estabelecerá a pena base e seguirá para a análise das circunstâncias agravantes e atenuantes, bem como, majorantes e minorantes, obedecendo, assim, ao princípio constitucional da individualização da pena.

Esta fase da individualização da pena é, sem dúvidas, a que mais suscita questionamentos acerca da discricionariedade do juiz no momento da fixação da pena. “A individualização judiciária, embora as regras que a devam orientar estejam na lei, enseja ao juiz uma indiscutível discricionariedade²⁰”.

Porém, é possível perceber-se que o ato do magistrado de aplicar a pena ao caso concreto está vinculado aos parâmetros previamente estabelecidos pelo legislador na norma penal. Ao juiz permite-se que faça as suas escolhas desde que permaneça adstrito ao que já está previsto em lei e que satisfaça as exigências mínimas previstas na legislação penal. Desta forma, o princípio da individualização da pena está presente na legislação brasileira, pois, procura atender ao princípio da dignidade da pessoa humana, ou seja, pena digna será a estabelecida através da obediência a critérios mínimos descritos tanto na Constituição Federal como na legislação de natureza penal.

O princípio constitucional da individualização da pena proíbe que a fixação da pena seja matemática²¹. Ou seja, o julgador deve fixar a pena

²⁰ LUISI, Luiz. **Os princípios constitucionais penais**, p. 38.

²¹ “A individualização fundamentada da pena é dever do juiz, seja para fixá-la no mínimo, seja para estabelecê-la em patamares superiores à base e até para dar uma satisfação legítima à sociedade, demonstrando que soube dar a cada um o que é seu, princípio basilar de justiça, não equiparando os desiguais. Por isso, caso a pena seja estabelecida no patamar mínimo, sem a devida fundamentação, deve o órgão acusatório recorrer, pugnando pela sua nulidade,

dentre os patamares mínimos e máximos já previamente estabelecidos pelo legislador na norma penal²².

É necessário que o magistrado individualize a pena para cada um dos réus, ainda, que sejam coautores ou que, aparentemente, a pena possa ser similar para todos os agentes. “O princípio da individualização da pena exige estreita correspondência entre a responsabilização da conduta do agente e a sanção a ser aplicada, de maneira que a pena atinja as suas finalidades de prevenção e repressão²³”.

Ou seja, a prevenção de futuros crimes pode ser atingida utilizando-se da finalidade da pena conhecida como prevenção que se subdivide em prevenção geral e prevenção especial²⁴. Pela prevenção geral pode-se compreender a norma geral e abstratamente cominada que possui como possíveis destinatários todas as pessoas que se sentem atemorizadas

por infringência a preceito constitucional, que é a obrigatoriedade de motivação. NUCCI, Guilherme de Souza”. **Individualização da Pena**, p. 345.

²² Para Nilo Batista “a individualização legal da pena, através da criteriosa cominação – o que supõe uma distribuição ponderada de penas (mantendo correspondência com a maior ou menor gravidade dos crimes), limites (mínimo e máximo) claramente fixados para cada crime, e um nítido sistema de atenuação/agravação -, abre perspectivas para a fértil mobilidade da individualização judicial, com a consideração *daquela* conduta humana na aplicação da pena, e garante em tese os limites e o sentido da individualização administrativa, quando deveria ocorrer, na execução da pena, a mais próxima e frutuosa consideração *daquele* homem. A individualização da pena tem, no Brasil, o *status* de garantia individual (art. 5º, inc. XLVI CR). A clareza na cominação da pena, desse modo, expande os efeitos do princípio da legalidade, impedindo sua violação no nível da aplicação e da execução, sem negar – antes, reafirmando, pela positividade jurídica – a idéia de individualização”. BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**, p. 80/81. No mesmo sentido: FERREIRA, Pinto. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 153.

²³ MORAES, Alexandre. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**. São Paulo: Atlas, 2004, pág. 327.

²⁴ Sobre a função da pena no Estado Democrático de Direito: “No pensamento sempre lúdico de Mir Puig, fiel ao modelo de um Estado social e democrático de Direito, a pena há de cumprir uma missão (política) de regulação ativa da vida social que assegure o seu funcionamento satisfatório mediante a proteção dos bens de todas as pessoas. Tal perspectiva supõe a necessidade de se conferir às sanções penais a função de prevenir os delitos. Ao Estado social – que não deve se converter em autoritário, mas se manter democrático e de direito – impõe-se a obrigação de respeitar uma série de limites no sentido de que a prevenção será exercida em benefício e sob o controle de todos os cidadãos”. DOTTI, René Ariel. **Bases alternativas para o sistema de penas**. 2. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998, p. 326. Expondo a sua crítica acerca da finalidade da pena baseada na prevenção: “O meio pelo qual se pretende alcançar a prevenção geral é o exemplo e, seguindo a via exemplificativa, se chegará à repressão intimidatória e, por último, à vingança. Quando se elege o caminho da prevenção geral, o passo da repressão exemplar à vingança é muito sutil e difícil de identificar”. ZAFFARONI, Eugênio Raúl e PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 95.

com a possibilidade de aplicação da norma penal, assim, deixariam de cometer crimes diante da hipótese de aplicação de uma sanção penal. Já pela prevenção especial tem-se como significado a incidência da norma penal diretamente sobre o autor do delito para que este compreenda a desnecessidade de realização de condutas que atentem contra a norma penal.

Ressalta-se, também, que a pena possui dentre as suas finalidades a retribuição e a ressocialização. O significado da finalidade da pena enquanto retribuição repousa no fato de que se está impondo um mal justo contra um mal injusto. Para CIRINO a sobrevivência da função da pena enquanto retribuição, nos dias atuais, não possui explicação plausível: “a pena como expiação de culpabilidade lembra suplícios e fogueiras medievais, concebidos para purificar a alma do condenado; a pena como compensação de culpabilidade atualiza o impulso da vingança do ser humano, tão velho quanto o mundo²⁵”.

Desta forma pode-se compreender que a pena, ao menos teoricamente, possui funções já previamente estabelecidas pela norma jurídica penal, porém, que dificilmente concretizam-se no dia a dia. Conforme observa Juarez Cirino:

Assim, a pena criminal significa retribuição equivalente do crime nas sociedades capitalistas – fundadas no valor de troca medidas pelo tempo (a) de trabalho social necessário, na economia e, por isso, (b) de liberdade pessoal suprimida, no Direito -, que não pode ser justificada pelas teorias preventivas isoladas ou unificadas da pena criminal, como valores de uso atribuídos à retribuição equivalente da pena criminal. Porém, não é possível ignorar: a pena como retribuição equivalente do crime exprime um Direito Penal desigual, como programa de criminalização seletiva de marginalizados sociais do mercado de trabalho, orientado por indicadores sociais negativos (pobreza, desemprego, etc.) que ativam estereótipos, preconceitos, idiosincrasias pessoais e todo o sistema ideológico internalizado dos agentes de controle social, cuja natureza emocional menos ou mais inconsciente contribui deformar os mecanismos psíquicos dos protagonistas do sistema penal, excluindo ou reduzindo a função de critério de racionalidade atribuído à dogmática penal²⁶.

Já na fase executória da individualização da pena deverá o Estado possibilitar aos condenados que cumpram as penas impostas em suas

²⁵ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal: parte geral**. Curitiba: ICPC: Lúmen Juris, 2007, p. 456.

²⁶ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal: parte geral**. Curitiba: ICPC: Lúmen Juris, 2007, p. 489.

sentenças respeitando-se as situações que envolvem a individualização para cada um deles. “A individualização executória da pena é consequência natural da adoção do princípio constitucional da individualização da pena. Por isso, a progressão de regime [...] decorrência natural da individualização executória²⁷”.

É na fase da execução penal que o princípio constitucional da individualização da pena concretiza-se, pois, a pena efetivamente incidirá sobre o indivíduo que se manteve insensível em relação à cominação legal²⁸. Desta forma para que se possa compreender melhor o amplo sistema de cominação legal é importante que se estabeleça a relação existente entre pena e legalidade. Ou seja, a pena somente poderá ser imposta quando houver previsão legal anterior à prática do fato. Porém, além deste aspecto mais amplo referente à legalidade, há que se mencionar o fato de que a lei penal somente poderá retroagir quando de alguma forma trazer um benefício ao agente.

O pressuposto da legalidade é um dos princípios mais importantes para o direito penal, pois, é dele que decorre a noção de segurança jurídica, assim, a incidência de uma determinada norma de natureza penal somente poderá ocorrer caso haja uma prévia cominação legal. O seu estudo possui grande relevância no presente trabalho, pois, a necessidade de existência prévia da norma penal com a sua respectiva sanção constitui-se em garantia constitucional que implicará na impossibilidade de retroatividade de norma penal que não beneficie o réu. Tema este que será tratado nas partes subsequentes em que se demonstrará a necessidade de obediência à legalidade como pressuposto para a existência do direito como integridade.

²⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal: parte geral: parte especial**, pág. 86/403.

²⁸ Explicando o princípio da individualização da pena na fase executória: “quem individualiza a execução é tanto o juiz como o próprio pessoal que integra o sistema penitenciário. Desde logo, observe-se que os condenados devem ser classificados de acordo com os seus antecedentes e personalidade (art. 5º da LEP – Lei 7.210/84). Inclusive na fase executiva, cada preso merece tratamento distinto. Os iguais devem ser tratados igualmente; os desiguais devem receber cuidados desiguais. Isso sem prejuízo da vigência da proporcionalidade em cada caso concreto”. BIANCHINI, Alice. MOLINA, Antônio Garcia Pablos e GOMES, Luiz Flávio. **Direito penal: introdução e princípios fundamentais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 402.

Quanto à origem do princípio da legalidade há divergências doutrinárias em relação à qual legislação teria incorporado-o inicialmente. Alguns sustentam que o seu surgimento remonta à época do Direito Romano²⁹, porém, outros entendem que foi a Carta Magna inglesa, de 1215, quem primeiro consagrou-o³⁰.

A Magna Carta de 1215 em sua cláusula 39 dispunha que os homens deveriam ser julgados segundo a lei vigente. “A cláusula 39, geralmente apontada como o coração da Magna Carta, desvincula da pessoa do monarca tanto a lei como a jurisdição. Os homens livres devem ser julgados pelos seus pares e de acordo com a lei da terra³¹”.

Já havia na obra de *Beccaria* referências ao princípio da legalidade em que se verificava a busca pela necessidade de que a lei estabelecesse quais seriam os crimes e as suas respectivas penas como uma das formas de garantia dos indivíduos frente ao poder punitivo pertencente ao Estado. Nas palavras de Beccaria:

²⁹ Neste sentido: FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal**: parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 1993, p. 89.

³⁰ “Alguns autores pretendem que o mencionado princípio tenha sido conhecido no mundo romano. Muitos o vislumbram na Carta Magna inglesa, imposta pelos nobres ao rei João Sem Terra, em 1215. A grande maioria dos autores entendem [...] que o princípio da legalidade se encontra consagrado na cláusula 39 da Magna Carta inglesa de 1215, ao dispor que nenhum homem pode ser preso ou privado de sua propriedade a não ser pelo julgamento de seus pares, ou pela lei da terra. E autores eminentes há que afirmam, de certo modo, a existência do mencionado postulado na Carta Magna outorgada por D. Afonso, rei de Leão e Galícia, em 1188. No entanto, a leitura dos textos romanos, bem como da Carta Magna inglesa e da ordenação de D. Afonso, não fornece elementos para se poder afirmar que em tais documentos estivesse consagrado plenamente o postulado da Reserva Legal. A verdade é que somente após a obra de *Cesare Beccaria*, e por sua direta inspiração, na Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 26 de agosto de 1789, é que aparece o princípio em causa, de forma incontroversa, adquirindo feição de garantia dos direitos humanos”. LUISI, Luiz. **Filosofia do Direito: ensaios**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1993, p. 147.

³¹ Ver: COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 82/85.

Um erro tão comum quanto contrário ao fim social, que é o sentimento da própria segurança, consiste em deixar ao magistrado executor das leis o arbítrio de prender um cidadão, de tirar a liberdade a um inimigo sob pretextos frívolos e de deixar um amigo impune apesar dos mais fortes indícios de culpabilidade. A prisão é uma pena que, por necessidade e diversamente de qualquer outra, deve preceder a declaração do delito; contudo, esse caráter distintivo não lhe tira o outro essencial, a saber, que somente a lei pode determinar os casos em que o homem merece uma pena. Assim, a lei apontará os indícios de um delito que impõem a custódia do réu, sujeitando-o a um interrogatório e a uma pena. O clamor público, a fuga, a confissão extrajudicial, o depoimento de um cúmplice, as ameaças e a constante inimizade com a vítima, e corpo de delito e indícios semelhantes são provas suficientes para prender um cidadão; mas essas provas devem ser estabelecidas pela lei e não pelos juízes³².

Também a Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 26 de agosto de 1789 estabeleceu a necessidade de respeito à legalidade e à anterioridade da lei³³ em seu artigo 8º: “a lei só deve estabelecer as penas estritas e evidentemente necessárias e ninguém pode ser punido senão em virtude de uma lei estabelecida e promulgada anteriormente ao delito e legalmente aplicada³⁴”.

Ressalta-se que já na Constituição Política do Império do Brasil³⁵, de 25 de março de 1824, no título 8º, havia previsibilidade do princípio da legalidade e da retroatividade das leis: “I. Nenhum Cidadão póde ser obrigado a fazer, ou deixar de fazer alguma cousa, senão em virtude da Lei. III. A sua disposição não terá efeito retroactivo”³⁶.

³² BECCARIA, Cesare. *Dos Delitos e das Penas*. Tradução Lucia Guidicini e Alessandro Berti Contessa. São Paulo: Fontes, 2000.

³³ Sobre a importância dos princípios da legalidade e da anterioridade ver: MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência**. São Paulo: Atlas, 2007.

³⁴ Disponível em: <<http://www.historianet.com.br/>>. Acesso em 1º/11/2011. Sobre a importância da Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão: “A finalidade é, em última análise, proteger os direitos do homem contra atos do Governo, e é expressa a menção ao Poder Legislativo e ao Poder Executivo. O objetivo é de caráter pedagógico: instruir os indivíduos dos seus direitos fundamentais, “recordando-os” deles”. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos humanos fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 22.

³⁵ “A Constituição do Império ensejou significativos avanços na área criminal, provocando a elaboração de um novo código, substitutivo das velhas Ordenações do Reino (Código Filipino), que, aprovado em dezembro de 1830, sob o título de “Código Criminal do Império do Brasil”, chegou a exercer influência em legislações penais alienígenas, a exemplo do código espanhol, servindo, ainda, de modelo a vários outros códigos latino-americanos, sob a influência do Iluminismo, de Beccaria e Bentham”. CARVALHO, Márcia Dometila Lima de. **Fundamentação Constitucional do Direito Penal**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1992, p. 18.

³⁶ Disponível em: www.planalto.gov.br acesso em 22 de março de 2012.

Em relação à normatização do princípio da legalidade no ordenamento jurídico penal pode-se dizer que se encontrava presente, ainda que timidamente, e não da forma como se conhece nos dias de hoje, no Código Criminal do Império³⁷, que foi publicado no dia 08 de janeiro de 1831, que estabelecia no artigo 1º “Não haverá crime, ou delicto (palavras sinonimas neste Código) sem uma Lei anterior, que o qualifique” e em seu artigo 33 que “nenhum crime será punido com penas, que não estejam estabelecidas nas leis, nem com mais, ou menos daquellas, que estiverem decretadas para punir o crime no gráo maximo, médio, ou minimo, salvo o caso, em que aos Juizos se permittir arbítrio³⁸”.

O Código Penal de 1890³⁹ (Decreto nº 847 de 11 de outubro de 1890) surgiu com a proclamação da República em 15 de novembro de 1889 e, também, trouxe expressa a previsão legal de que “ninguém poderá ser punido por facto que não tenha sido anteriormente qualificado crime, e nem com penas que não estejam previamente estabelecidas⁴⁰”.

A Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 24 de fevereiro de 1891, previu em seu título I, da Organização Federal, Disposições Preliminares: “art. 11 é vedado aos Estados, como à União: 3º) prescrever leis retroativas. Art. 34 - Compete privativamente ao Congresso Nacional: 23º) legislar sobre o direito [...] criminal da República⁴¹”.

³⁷ Inicialmente, no período colonial, as Ordenações Afonsinas, Manuelinas e Filipinas vigoravam na época das capitâneas hereditárias e não previam a existência do princípio da legalidade: “na realidade, a lei penal aplicada ao Brasil àquela época era a contida nos 143 títulos do livro V das Ordenações Filipinas, promulgadas por Filipe II, em 1603. Orientava-se no sentido de uma ampla e generalizada criminalização e de severas punições. Predominava, dentre as penas, as de morte. Outras espécies eram: as penas vis (açoite, corte de membro, galés); degredo; multa; e a pena-crime arbitrária, que ficava a critério do julgador, já que inexistente o princípio da legalidade. O delito era confundido com pecado ou vício; a medida da pena vinculava-se à preocupação de conter os maus pelo terror e a sua aplicação dependia da qualidade das pessoas. Essa legislação, de rigor excessivo, teve grande longevidade, pois regeu a vida brasileira por mais de dois séculos”. PRADO, Luiz Régis. **Curso de direito penal brasileiro, parte geral: arts. 1º a 120**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 140/141.

³⁸ Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em 03 out. 2011. Sobre a importância do Código Criminal do Império ver: ZAFFARONI, Eugênio Raúl e PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral**. São Paulo, p. 191.

³⁹ Acerca das críticas ao Código Penal de 1890 ver: FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal**. A Nova Parte Geral. Rio de Janeiro: Forense, 1993, p. 60.

⁴⁰ Disponível em: <www6.senado.gov.br>. Acesso em 23 out.2011.

⁴¹ Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em 22 de março de 2012.

A Constituição de 1934⁴² destacou no artigo 113 que as pessoas somente estarão obrigadas a fazer ou deixar de fazer alguma coisa em virtude de lei, bem como, que a lei penal só retroagiria em benefício do réu: “2) Ninguém será obrigado a fazer, ou deixar de fazer alguma coisa, senão em virtude de lei. 27) A lei penal só retroagirá quando beneficiar o réu⁴³”.

A Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 10 de novembro de 1937⁴⁴, em relação aos direitos e garantias individuais, no artigo 122, item 13, assegurava que “não haverá penas corpóreas perpétuas. As penas estabelecidas ou agravadas na lei nova não se aplicam aos fatos anteriores⁴⁵”. A Carta Constitucional de 1937 nunca chegou a vigorar, pois, dependia de um plebiscito que jamais se realizou.

Posteriormente, passou a vigorar a Constituição denominada de “Constituição dos Estados Unidos do Brasil”, que encerrou os seus trabalhos em setembro de 1946, no Capítulo II (dos direitos e garantias fundamentais) e em seu artigo 141 dispôs que “§ 2º Ninguém pode ser obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei. § 29 -

⁴² “[...] Constituiu-se, assim, a Carta Magna de 1934, no grande marco dos direitos sociais no Brasil, por influência da Constituição Alemã, de *Weimar*, de 1917, e das que lhe seguiram. Ficaram conhecidos como direitos da 2ª geração, que complementam os direitos fundamentais da 1ª geração, filhos da Revolução Francesa. Os direitos da 2ª geração descendem por sua vez do socialismo e são, nada mais, nada menos, créditos dos indivíduos em relação ao Estado, sendo pois direitos de caráter econômico-sociais e culturais, visando a materializar os direitos meramente formais. Viveu pouco tempo a Constituição de 1934, decepada, que foi, pelo golpe de Estado de 1937, outorgador de uma nova Carta, que não rejeitou, contudo, os direitos econômico-sociais, conservados na ordem econômica imposta”. CARVALHO, Márcia Dometila Lima de. **Fundamentação Constitucional do Direito Penal**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1992, p. 20. Em igual sentido: BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros Editores, 2010, p.176-178.

⁴³ Disponível em: www.planalto.gov.br. Acesso em 22 de março de 2012.

⁴⁴ “Em 10.11.1937, o Brasil se vê colocado debaixo de uma nova Carta outorgada. [...] À Constituição Democrática e Social de 1934 sucede esta de 1937, inspirada no modelo fascista e, em consequência, de cunho eminentemente autoritário, o que fica visível – dentre muitos outros dispositivos -, no art. 73, que arrola as competências do chefe máximo da Nação. [...] Vê-se assim que são postas em derrocada as vigas mínimas que poderiam sustentar um Estado democrático e um Estado de Direito. Trata-se, portanto, de documento destinado exclusivamente a institucionalizar um regime autoritário. Não havia a divisão dos poderes, embora existissem o Executivo, o Legislativo e o Judiciário, visto que esses últimos sofriram nítidos amesquinhamentos. [...] A Constituição, portanto, era na verdade uma tomada de posição do Brasil no conflito ideológico da época pela qual ficava nítido que o País se inseria na luta contra os comunistas e contra a democracia liberal”. BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros Editores, 2010, p. 179-182.

⁴⁵ Disponível em <www.planalto.gov.br>. Acesso em 22 de março de 2012.

A lei penal regulará a individualização da pena e só retroagirá quando beneficiar o réu⁴⁶.

Porém, em 1948, a Declaração Universal dos Direitos Humanos estabeleceu em seu artigo XI, 2, que “ninguém poderá ser culpado por qualquer ação ou omissão que, no momento, não constituam delito perante o direito nacional ou internacional, Também não será imposta pena mais forte do que aquela que, no momento da prática, era aplicável ao ato delituoso”. Acerca do surgimento do Princípio da Legalidade e da sua relevância jurídica explica Luiz Luisi:

Nas suas modernas manifestações, em termos de direito positivo, o princípio da Reserva Legal foi, mais imediatamente, uma consequência dos postulados e das motivações sociais e políticas inspiradoras do iluminismo. Toda doutrina é, indiscutivelmente, produto de um determinado quadro histórico. E o enciclopedismo nasceu, como reação ao absolutismo, com a preocupação de dar ao Homem ante o Estado uma situação axiologicamente prioritária. Daí a formulação de uma concepção da sociedade que se funda no reconhecimento da autonomia do indivíduo humano, isto é, na concepção do ser humano, como fim em si, para usarmos a conhecida e imortal enunciação de Emanuel Kant⁴⁷.

Em 1964 o país viu-se diante de um golpe militar que “provocou rudes ferimentos na Constituição de 1946, substituída pela Carta de 1967, refletora dos movimentos retroativos ocorridos a partir daquela época⁴⁸”. Assim, instaurou-se uma nova ordem constitucional no país e a Constituição de 1964⁴⁹ estabeleceu em seu capítulo IV (dos direitos e garantias fundamentais),

⁴⁶ “A Constituição de 1946 é uma Constituição Republicana, Federativa e Democrática. Por força do Princípio Republicano tem-se a origem popular de todo o poder que é exercido por mandatários do povo sem eu nome e por período certo. [...] Em matéria de direitos individuais retoma-se o rol já constante da Constituição de 1934, mas agregam-se-lhe alguns dispositivos de muita importância: é o caso do § 4º do art. 141, que assegura o acesso incondicionado ao Poder Judiciário ao afirmar que nenhuma lesão de direito individual poderá ser subtraída à sua apreciação. Trata-se, sem dúvida, de garantia de grande alcance que compõe um dos pilares sobre os quais se erige o Estado de Direito”. BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros Editores, 2010, P. 187-194.

⁴⁷ LUISI, Luiz. **Filosofia do Direito: ensaios**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1993, p. 149.

⁴⁸ CARVALHO, Márcia Dometila Lima de. **Fundamentação Constitucional do Direito Penal**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1992, p. 21.

⁴⁹ Foi uma Constituição centralizadora. Trouxe para o âmbito federal uma série de competências que antes pertenciam a Estados e Municípios. Reforçou os poderes do Presidente da República. Na verdade poderíamos afirmar que a despeito do Texto Constitucional afirmar a existência de três Poderes, no fundo existia um só, que era o Executivo [...] Sem embargo, a Constituição de 1967 foi uma tentativa de agasalhar princípios de uma Constituição Democrática, conferindo um rol de direitos individuais, liberdade de

artigo 150, que “§ 2º - Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei. § 16 - A instrução criminal será contraditória, observada a lei anterior quanto ao crime e à pena, salvo quando agravar a situação do réu⁵⁰”.

Porém, a situação no País agravava-se, em especial, com a oposição, que através dos movimentos estudantis, organizava passeatas com o objetivo de denunciar as mazelas do regime que se apresentava, bem como, pressionar para que uma nova Assembléia Constituinte fosse convocada objetivando a elaboração de uma nova Constituição. O governo nacional que por força de todos esses movimentos editou em 13 de dezembro de 1968 o Ato Institucional nº 5⁵¹. Para Celso Ribeiro Bastos o AI-5 representou:

Esse Ato marca-se por um autoritarismo ímpar do ponto de vista jurídico, conferindo ao Presidente da República uma quantidade de poderes de que muito provavelmente poucos déspotas na história desfrutaram, tornando-se marco de um novo surto revolucionário, dando a tônica do período vivido na década subsequente. Criava-se uma situação confusa porque era preciso compatibilizar o Ato n. 5, com a própria Constituição de 1967 por ele mantida, o que não era fácil, dado que muitas vezes suas disposições eram profundamente contraditórias. O Ato Institucional nº 5 fundava uma nova ordem jurídica, igualando-se à própria Constituição de 1967⁵².

Ainda pouco antes de encerrar o seu governo, a Junta Militar, promulgou uma emenda à Constituição de 1967 e o artigo 1º passou a vigorar com a seguinte redação: “§ 2º ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei. § 16. A instrução criminal será contraditória, observada a lei anterior, no relativo ao crime e à pena, salvo quando agravar a situação do réu⁵³”.

iniciativa, mas no qual, a todo o instante, se sente a mão do Estado autoritário que a editou. BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros Editores, 2010, p. 198.

⁵⁰ Disponível em <www.planalto.gov.br>. Acesso em 27 de março de 2012.

⁵¹ Para acessar o conteúdo do Ato Institucional nº 5 de 13 de dezembro de 1968 ver: <www.planalto.gov.br>.

⁵² BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros Editores, 2010, p. 199.

⁵³ Disponível em <www.planalto.gov.br>. Acesso em 30 de março de 2012.

Deve-se mencionar, também, a Convenção Americana de Direitos Humanos⁵⁴ (também conhecida como Pacto de San José da Costa Rica), da qual o Brasil é um dos países signatários, e que traz em seu bojo no artigo 9^o⁵⁵ dispositivo prevendo o princípio da legalidade. Assim, a Constituição Federal de 1988 não deixou qualquer dúvida acerca da obrigatoriedade de obediência a este princípio⁵⁶.

Através deste pequeno apanhado histórico verifica-se que ao longo de sua história política o Brasil passou por diversos momentos que resultaram ora em proteção aos direitos humanos ora em restrições. Assim, percebe-se que a amplitude de proteção oferecida pelos princípios da individualização da pena e da legalidade também esteve relacionada ao momento histórico pelo qual esteve imerso o país levando, assim, a compreensão do direito como sistema vinculado à proteção da dignidade da pessoa humana.

Em 1988 renovaram-se as esperanças com o ressurgimento do Estado Democrático de Direito e a promulgação da Constituição Federal em 05 de outubro do mesmo ano⁵⁷. Desta forma, o princípio da legalidade, também

⁵⁴ O Pacto de San José da Costa Rica foi promulgado pelo Brasil em 06 de novembro de 1992 pelo Decreto nº 678. A Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) foi adotada no âmbito da Organização dos Estados Americanos, em São José da Costa Rica, em 22 de novembro de 1969, e entrou em vigor internacionalmente em 18 de julho de 1978, na forma do segundo parágrafo de seu art. 74. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em 03 de julho de 2012.

⁵⁵ O artigo 9º da Convenção Americana de Direitos Humanos prevê o Princípio da legalidade e da retroatividade: “Ninguém poderá ser condenado por atos ou omissões que, no momento em que foram cometidos, não constituam delito, de acordo com o direito aplicável. Tampouco poder-se-á impor pena mais grave do que a aplicável no momento da ocorrência do delito. Se, depois de perpetrado o delito, a lei estipular a imposição de pena mais leve, o delinquente deverá dela beneficiar-se”. Disponível em: <www.pge.sp.gov.br> acesso em 27 de out. 2011.

⁵⁶ Sobre a relação entre o princípio da legalidade e da anterioridade ver: NUCCI, Guilherme de Souza. **Código penal comentado**. – 9. ed. rev., atual. e ampl. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 43.

⁵⁷ “A Constituição de 1988 surgiu, renovando as esperanças do povo brasileiro e pondo fim a um logo período de anestesiamento democrático do País. O Estado Social de Direito ressurgiu como Estado Democrático, pretendendo resgatar o desgaste sofrido, através das influências renovadoras recebidas de além-mar (Espanha – Portugal – Alemanha). Não se furtou, entretanto, aos compromissos liberalistas, que, se mantidos em equilíbrio com os compromissos com a socialidade e a solidariedade social, poderá permitir que sejam alcançados os objetivos apregoados (artigo 3º)”. CARVALHO, Márcia Dometila Lima de. **Fundamentação Constitucional do Direito Penal**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1992, p. 22.

conhecido como princípio da reserva legal⁵⁸, encontra-se previsto no inciso XXXIX, do artigo 5º da Constituição Federal brasileira de 1988 expressando que “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”. Pode-se considerar, ainda, como consectário do princípio da legalidade a regra da anterioridade descrita no inciso XL, do artigo 5º, da Constituição Federal brasileira⁵⁹. Ou seja, resta claro que somente poderá haver crime⁶⁰ e pena quando houver prévia cominação legal.

Assim, a Constituição Federal de 1988, ao prever os direitos e garantias fundamentais do cidadão, não poderia deixar de contemplar esse

⁵⁸ Para Luiz Régis Prado o princípio da legalidade confunde-se com o princípio da reserva legal: “O Direito Penal moderno se assente em determinados princípios fundamentais, próprios do Estado democrático de Direito, entre os quais sobreleva o da legalidade dos delitos e das penas, da reerva legal ou da intervenção legalizada, que enunciado no art. 1º do Código Penal, tem base constitucional igualmente expressa (art. 5º, XXXIX, CF)”. PRADO, Luiz Régis. **Curso de direito penal brasileiro, parte geral: arts. 1º a 120**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 140. No mesmo sentido ver: MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade**. São Paulo: Saraiva, 2012. Porém, José Alexandre de Moraes distingue legalidade de reserva legal: “O princípio da legalidade é de abrangência mais ampla do que o princípio da reserva legal. Por ele fica certo que qualquer comando jurídico impondo comportamentos forçados há de provir de uma das espécies normativas devidamente elaboradas conforme as regras de procedimento legislativo constitucional. Por outro lado, encontramos o princípio da reserva legal. Este opera de maneira mais restrita e diversa. Ele não é genérico e abstrato, mas, concreto. Ele incide tão-somente sobre os campos materiais especificados pela constituição. Se todos os comportamentos humanos estão sujeitos ao princípio da legalidade, somente alguns estão submetidos à reserva da lei.. Este é, portanto, de menor abrangência, mas de maior densidade ou conteúdo, visto exigir o tratamento de matéria exclusivamente pelo Legislativo, sem participação normativa do Executivo. A Constituição Federal estabelece essa reserva de lei, de modo absoluto ou relativo. Assim, temos a reserva legal absoluta quando a norma constitucional exige para a sua integral regulamentação a edição de lei formal, entendida como *ato normativo emanado do Congresso Nacional elaborado de acordo com o devido processo legislativo constitucional*. Por outro lado, temos a reserva legal relativa quando a Constituição Federal, apesar de exigir edição de lei formal, permite que esta fixe tão-somente parâmetros de atuação para o órgão administrativo, que poderá complementá-la por ato infralegal, sempre, porém, respeitados os limites ou requisitos estabelecidos pela legislação”. MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2004, p. 72. Na mesma direção: SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**, p. 423.

⁵⁹ “O art. 5º, XXXIX, da CF/88, contém, em verdade, duas normas e máximas básicas: *nullum crimen sine lege* e *nulla poena sine lege*. Não há crime sem lei anterior e, igualmente, não há pena sem lei precedente que a comine. Em outros termos, a prática de um ato, ainda que reprovável de todos os pontos de vista, somente poderá ser reprimida penalmente e houver lei prévia que considere a conduta como crime. A fórmula “não há pena” explícita que a sanção criminal, a pena ou a medida de segurança somente poderão ser aplicadas se previamente previstas em lei”. MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 329.

⁶⁰ No âmbito de proteção do inciso XXXIX, do artigo 5º, da Constituição Federal de 1988, encontram-se inseridos os crimes, as contravenções e as infrações administrativas. Entende-se por crimes aqueles em que a legislação penal comina pena de reclusão ou de detenção. Já as contravenções penais encontram-se previstas no Decreto-lei nº 3.688/41 em que a norma comina pena de prisão simples.

princípio que representa uma das conquistas da sociedade nos Estados de Direito⁶¹ contra o arbítrio do Estado cujas atividades estão sujeitas exclusivamente à lei.

O respeito ao princípio da legalidade possui dentre os seus principais objetivos evitar justamente os abusos que ocorreram ao longo da história do Brasil e que, por vezes, suprimiram-no, no todo ou em parte, da legislação constitucional brasileira. Ele assegura que os parâmetros fixados em lei sejam efetivamente respeitados⁶², ou seja, a elaboração de normas em matéria criminal compete, exclusivamente, à lei sem exceções. “Os princípios da reserva legal e da anterioridade no âmbito penal exigem a existência de lei formal devidamente elaborada pelo Poder Legislativo, por meio das regras de processo legislativo constitucional⁶³”.

Significa que a segurança jurídica está expressa na Constituição Federal, ou seja, ninguém poderá ser punido sem que haja uma descrição da conduta e da sanção, previamente à ocorrência do fato, descrita em lei. “O princípio da legalidade, base estrutural do próprio Estado de direito, é também a pedra angular de todo o direito penal que aspire à segurança jurídica. [...] Garante que o cidadão não será submetido à coerção penal distinta daquela predisposta na lei⁶⁴”.

⁶¹ Alexandre de Moraes reafirmando a importância do Princípio da Legalidade estabelece que essa previsão é tradicional nas Constituições que caracterizam os Estados de Direito, e foi consagrada pelo art. 8º da Declaração francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 26-8-1789, com a seguinte redação: “A lei apenas deve estabelecer penas estritas e evidentemente necessárias, e ninguém pode ser punido senão em virtude de uma lei estabelecida e promulgada antes do delito e legalmente aplicada”. MORAES, Alexandre. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**, p. 260.

⁶² “A garantia da legalidade (art. 5º, II e XXXIX, CF/88) tem claro sentido de impedir que alguém seja punido por um fato que, ao tempo do cometimento, não era delito, ou de impedir que ao condenado seja aplicada uma pena mais grave do que aquela legalmente prevista ao tempo da realização do fato delituoso. Posto que esse – e não outro – é o objeto da proscricção da lei penal *ex post facto*, o princípio geral da irretroatividade da lei penal reconhece uma importante exceção, consistente na admissão de efeito retroativo da lei penal mais benigna”. ZAFFARONI, Eugênio Raúl e PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 199. Sobre a importância do princípio da legalidade para o Estado Democrático de Direito brasileiro ver também: BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**, p. 65.

⁶³ MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência**, p. 222.

⁶⁴ BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**, p. 67.

Pode-se compreender o princípio da legalidade com uma finalidade dúplici, ou seja, ao mesmo tempo em que se promove um marco entre o Estado Absolutista e o Estado de Direito este princípio concede aos indivíduos a segurança jurídica necessária para conter quaisquer desmandos que possam decorrer do Poder Legislativo ou do Poder Judiciário⁶⁵.

Salo de Carvalho explica que “o princípio da legalidade pode ser dividido em duas regras de legitimação (formal ou substancial). A legalidade ampla vincularia o crime à lei penal [...]; o princípio da legalidade estrita definiria regras semânticas de qualificação da conduta punível⁶⁶”. Nas palavras de Henrique Bacigalupo pode-se compreender a consequência prática do princípio da legalidade:

Ninguna sentencia condenatoria se puede dictar aplicando una pena que so este fundada en una lei previa, es decir, una ley en la que el hecho imputado ao autor sea amenazado com pena. Em outras palabras, el razonamiento judicial debe comenzar com la ley, pues sólo de esa manera la condena se podrá fundar em la ley penal⁶⁷.

O princípio da legalidade possui quatro desdobramentos. O primeiro refere-se a impossibilidade de retroatividade da lei penal, exceto em caso de beneficiar o réu; o segundo diz respeito à impossibilidade dos costumes criarem novos tipos e novas penas, bem como, de agravarem a situação do réu; o terceiro refere-se à utilização da analogia em direito penal que só é permitida quando for em *bonam partem*; e o quarto significa a necessidade de que as leis penais devem ser claras e precisas. Esses desdobramentos decorrem da sua função principal que é a de segurança

⁶⁵ “A sua significação é dúplici. De um lado apresenta o marco avançado do Estado de Direito, que procura julgar os comportamentos, quer individuais, quer dos órgãos estatais, às normas jurídicas das quais as leis são a suprema expressão. Nesse sentido, o princípio da legalidade é de transcendental importância para vincar as distinções entre o Estado constitucional e o absolutista, este último de antes da Revolução Francesa. Aqui havia lugar para o arbítrio. Com o primado da lei cessa o privilégio da vontade caprichosa do detentor do poder em benefício da lei, que se presume ser a expressão da vontade coletiva. De outro lado, o princípio da legalidade garante o particular contra os possíveis desmandos do Executivo e do próprio Judiciário. Instaura-se, em consequência, uma mecânica entre os poderes do Estado, da qual resulta ser lícito apenas a um deles, qual seja o Legislativo, obrigar aos particulares”. BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros Editores, 2010, p. 293. No mesmo sentido ver: BACIGALUPO, Enrique. **Princípios de Derecho penal: parte general**, Madrid: Akal Ediciones, 1994, p. 34.

⁶⁶ CARVALHO, Salo de. **Pena e Garantias**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2008, p. 86.

⁶⁷ BACIGALUPO, Enrique. **Princípios de Derecho penal: parte general**, Madrid: Akal Ediciones, 1994, p. 33.

jurídica⁶⁸: “o Princípio da Legalidade costuma ser enunciado por meio da expressão latina *nullum crimem, nulla poena sine lege*, esta última construída por Feuerbach, no começo do século XIX⁶⁹”.

Pelo princípio da legalidade pode-se entender que há direitos que o Estado não precisa outorgar aos indivíduos porque já lhes são inerentes, assim, o mesmo Estado possui o poder de estabelecer determinados limites a estes direitos, porém, “tudo o que não está proibido está permitido⁷⁰”. Os desdobramentos existentes no âmago do princípio da legalidade visam atribuir mais segurança jurídica aos indivíduos limitando⁷¹ o *jus puniendi* estatal. Nas palavras de Bacigalupo:

⁶⁸ “Para a aplicação das penas, o Estado se autolimita, possibilitando aos magistrados a aplicação de sanções tão-somente àqueles que realizam condutas descritas como crimes por leis anteriores ao seu cometimento, e nos limites qualitativos e quantitativos, também fixados por uma lei prévia. Como consequência se garantem os cidadãos contra o arbítrio e a prepotência judicial, e se dá aos partícipes do Estado a certeza em torno de quais são as condutas apenadas, bem como, a prerrogativa de não serem eliminados ou restringidos certos direitos – e a pena consiste na eliminação ou restrição de direito – que, pelas condições do contrato social, fundante da sociedade política, não podem ser violentados, mas devem ser protegidos e assegurados pelo Estado”. LUISI, Luiz. **Filosofia do Direito: ensaios**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1993, p. 150. No mesmo sentido ver: MORAES, Alexandre. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**, p. 259 e CARVALHO, Márcia Dometila Lima de. **Fundamentação Constitucional do Direito Penal**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1992, p. 54/55.

⁶⁹ “Que significa, em outras palavras, que a elaboração das normas incriminadoras e das respectivas sanções constitui matéria reservada ou função exclusiva da lei. Embora Feuerbach tenha tido o mérito da construção da fórmula latina, além de dar-lhe uma fundamentação jurídico-penal, não só política, o certo é que esse princípio já se encontra na *Magna Carta Libertatum* (século XIII), no *Bill of Rights* das colônias inglesas da América do Norte e na *Déclaration des Droits de l’Homme et du Citoyen*, da Revolução Francesa, de onde se difundiu para os demais países”. TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios Básicos do Direito Penal**, pág. 21/22.

⁷⁰ COSTA JR., Paulo José da Costa e COSTA, Fernando José da. **Curso de Direito Penal**, pág. 75.

⁷¹ “Não se pode ignorar ainda que o direito penal tem um papel importante de garantidor dos direitos fundamentais frente ao arbítrio realizado pelo Estado ou pelo indivíduo, já que lhe cabe delimitar os pressupostos e limites da intervenção penal e processual, assim como os direitos e deveres da vítima e do próprio réu. O direito e processo penal traçam os lindes do *jus puniendi*, seja quanto aos poderes, deveres e direitos do Estado, seja quanto aos do réu, seja quanto aos da vítima. Por meio do direito penal previnem-se também eventuais reações públicas ou privadas arbitrárias, mesmo que em caráter precário”. QUEIROZ, Paulo. **Funções do direito penal: legitimação versus deslegitimação do sistema penal** – 3. ed. rev. e atual. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 119.

La ley penal tiene una función decisiva em la garantía de la libertad. Esa función suele expresarse em la máxima *nullum crimen nulla poena sine lege*. Esto quiere decir que sin una ley que lo haya declarado previamente punible ningún hecho puede merecer una pena del derecho penal. La jerarquía constitucional de este precepto es hoy em día indiscutida. No sólo rige respecto de las sanciones propiamente penales, sino de toda sanción (inclusive las administrativas y disciplinarias) que pueda aplicarse por una lesión del ordenamiento jurídico. De esta manera el principio *nulla poena sine lege* o principio de legalidad adquiere carácter fundamental em el derecho penal como principio constitucional y como principio propiamente penal, Independiente de cualquier teoría de la pena. La consecuencia práctica de este principio es la siguiente: ninguna sentencia condenatoria se puede dictar aplicando una pena que no esté fundada em una ley previa, es decir, una ley em la que el hecho imputado al autor sea amenazado com pena. Em otras palabras, el razonamiento judicial debe comenzar com la ley, pues sólo de esa manera la condena se podrá fundar em la ley penal⁷².

O primeiro desdobramento, que merece amplo destaque, é o que indica que apenas a lei prévia poderá instituir crimes e penas, ou seja, nos Estados de Direito as leis posteriores que, de qualquer modo fundamentem ou agravem a pena, não podem atingir situações anteriores a sua vigência. “A proibição de retroatividade da lei penal é o principal fundamento político do princípio da legalidade, regido pela fórmula *lex praevia*, que incide sobre a norma de conduta e sobre a sanção penal do tipo legal⁷³”.

A regra da anterioridade está prevista no inciso XL, do artigo 5º da Constituição Federal: “a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu⁷⁴”. “Temos aqui a função “histórica” do princípio da legalidade, que surgiu

⁷² BACIGALUPO, Enrique. **Principios de Derecho penal: parte general**, Madrid: Akal Ediciones, 1994, p. 32/22.

⁷³ SANTOS, Juarez Cirino. **Direito Penal: parte geral**. Curitiba: ICPC: Lumen Juris, 2007, p. 20/21. No mesmo sentido: BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: parte geral**. 16ª edição revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 183.

⁷⁴ “Os princípios da anterioridade e da legalidade penal consagram direito fundamental não submetido à possibilidade de restrição expressa. Ressalvadas as questões associadas a problemas estritamente técnico-jurídicos, como aquele referente à lei temporária ou à definição do *tempus delicti*, não está o legislador autorizado a proceder a qualquer intervenção que reduza o âmbito de aplicação desse direito. É verdade que alguns sistemas jurídicos admitem a mitigação desse princípio em situações excepcionais. É interessante, a propósito, lembrar que a Corte Constitucional alemã reconheceu a possibilidade de afastamento do princípio da anterioridade penal no caso dos assassinatos ou lesões corporais perpetrados por agentes policiais da antiga Alemanha Oriental contra pessoas que tentavam ultrapassar o muro (*Mauerchützen*). Invocou-se, nesse caso, possível conflito entre o princípio da anterioridade e a idéia de justiça material, que teria sido vilipendiada gravemente por um ilícito estatal extremo”. MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 341. Ver também: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra, Portugal: Livraria Almedina, 2003, p. 255/256.

exatamente para reagir contra leis *ex post facto*. Tudo que se refere ao crime e tudo que se refira à pena não pode retroagir em detrimento do acusado⁷⁵.

Quando se dispõe acerca da retroatividade de lei penal mais benigna supõe-se, de imediato, que se trata de um “presente” do Estado ao criminoso que irá beneficiar-se de uma nova lei que ao tempo do fato sequer estava em vigor. Porém tal noção revela-se completamente equivocada, pois, se o Estado formula novas leis, seja na configuração de crimes ou na determinação de penas, significa que estas novas leis são coerentes com a nova realidade social e com as exigências de justiça devendo, assim, aplicarem-se aos fatos ocorridos anteriormente e durante a sua vigência. Explicando a retroatividade da lei penal mais benéfica com as palavras de Heleno Cláudio Fragoso:

A lei nova mais favorável se aplica não só nos casos em que deixa de se considerar o fato como delituoso (*abolitio criminis*), como também se de qualquer outra forma favorecer o agente (art. 2º e seu parágrafo único, CP). Não era essa a formação original do CP de 1940. A anterior disposição do nosso CP somente mandava aplicar a lei nova mais favorável amplamente, nos casos de *abolitio criminis* ou de cominação de pena mais benigna. Nos demais casos, nosso direito anterior limitava a aplicação da lei nova mais benigna aos casos que ainda não estivessem definitivamente julgados. As limitações de nossa lei anterior, porém, não prevaleciam, diante da amplitude do princípio constitucional (cf. art. 5º, XL, CF)⁷⁶.

A lei de natureza penal⁷⁷ não poderá atingir fatos anteriores a sua vigência, exceto, quando beneficiar o réu. E diga-se que esta consiste na única exceção possível de retroatividade da lei penal prevista no inciso XL, do artigo 5º da Constituição Federal. Portanto, pode-se afirmar que, de regra, a lei

⁷⁵ BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**, p. 69.

⁷⁶ FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal**. A Nova Parte Geral. Rio de Janeiro: Forense, 1993, p. 101/102.

⁷⁷ Considera-se lei de natureza penal: “lei penal é aqui o estado jurídico total de que a pena depende. A expressão *Lei penal* compreende, portanto, não apenas os tipos de delitos descritos nas normas incriminadoras, como também as normas contidas na parte geral, pertencentes ao direito penal material (tentativa, participação, culpabilidade, exclusão de culpa e de antijuridicidade, etc). Excluem-se as disposições relativas às medidas de segurança, bem como as normas de caráter processual existentes no CP. As leis processuais têm aplicação imediata. Impõem-se, no entanto, o respeito ao princípio do juiz natural, que é garantia do direito de liberdade do cidadão, incluindo-se na cláusula genérica do art. 5º, inc. LXXVII, § 2º, da Constituição Federal”. FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal**. A Nova Parte Geral. Rio de Janeiro: Forense, 1993, p. 102.

penal não retroage, exceto, quando esta trazer benefícios ao agente⁷⁸. “Vê-se, assim, que, a despeito da reprovabilidade geral da conduta, do ponto de vista ético, é preciso que, para a configuração de crime sob a perspectiva constitucional, ela esteja contemplada em lei penal anterior que a defina⁷⁹”.

O Supremo Tribunal Federal, já foi provocado a julgar situações em que se objetivava a criminalização de uma determinada conduta. Porém, à época da sua prática o fato não constituía crime, ou seja, não havia previsão legal de que tal situação configurasse crime. Um destes casos julgados pelo Supremo - em que o mesmo posicionou-se pela atipicidade da conduta diante da ausência de norma jurídica penal que tipificasse o fato narrado na denúncia como crime – é o descrito no Inquérito n. 1.879-1, DJU 10.9.2003, cuja relatora foi a Ministra Ellen Gracie, julgado pelo Pleno do Supremo:

EMENTA: Supressão de documento (CP, art. 305). Violação do painel do Senado. A obtenção do extrato de votação secreta, mediante alteração nos programas de informática, não se amolda ao tipo penal previsto no art. 305 do CP, mas caracteriza o crime previsto no art. 313-B da Lei 9989, de 14.07.2000. Impossibilidade de retroação da norma penal a fatos ocorridos anteriormente a sua vigência (CF, art. 5º, XL). Extinção da punibilidade em relação ao crime de violação de sigilo funcional (CP, art. 325). Denúncia rejeitada por atipicidade da conduta⁸⁰.

Decidiu-se acerca da conduta descrita na denúncia pelo Ministério Público Federal como “violação do painel do Senado” em que se imputava a prática dos crimes descritos nos artigos 305 e 325 na forma do

⁷⁸ “A regra da não-retroatividade da lei penal remonta ao Direito Canônico. São extremamente imprecisas as passagens invocadas para reconhecê-la no Direito Romano, que apresenta numerosos exemplos de leis com efeito retroativo. Os praxistas formularam e desenvolveram o princípio segundo o qual a lei penal não retroage para punir fato anteriormente impunível, fixando inclusive a regra da retroatividade da lei mais benigna, quando não houvesse coisa julgada. A irretroatividade da lei penal foi aclamada com a afirmação, no século das Luzes, do princípio do *nullum crimen nulla poena sine lege*. A retroatividade da lei mais benigna, no entanto, encontrou, na intangibilidade da coisa julgada, importante limitação, reconhecida por numerosas legislações e autores. Carrara, por exemplo, indicava para os casos definitivamente julgados, o caminho da graça, como forma de resolver a injustiça decorrente do aparecimento de lei mais benigna”. FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal**. A Nova Parte Geral. Rio de Janeiro: Forense, 1993, p. 100.

⁷⁹ MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 333.

⁸⁰ STF – INQ. 1879-1 – Rel. Ministra Ellen Gracie – DJU 07.05.2004. Disponível em: <www.stf.gov.br>. Acesso em 17 de março de 2012. Em igual sentido vide STF - INQ. 1145 – Rel. Ministro Gilmar Mendes – DJU 03.04.2008. Disponível em: www.stf.gov.br acesso em 18 de março de 2012 em que o Supremo Tribunal Federal, rejeitou a denúncia, por maioria, decidindo pela atipicidade da conduta descrita nos autos como “cola eletrônica”.

artigo 69 todos do Código Penal aos parlamentares Antônio Carlos Magalhães e José Roberto Arruda, bem como, à servidora pública Regina Célia Peres Borges. Ou seja, tipificou-se a conduta dos parlamentares e da servidora como se estivesse prevista nos artigos acima descritos.

O Supremo Tribunal Federal reconheceu, por unanimidade, a atipicidade das condutas descritas nos artigos 305 e 325 do Código Penal, pois, a conduta narrada na denúncia pelo Ministério Público Federal só passou a configurar crime com a criação do artigo 313-B que foi inserido no Código Penal pela Lei nº 9.983, que foi publicada em 14 de julho de 2000, porém, só entrou em vigor noventa dias após a data da sua publicação. Em seu voto a Relatora Ministra Ellen Gracie afirmou encontrar-se a fundamentação para o afastamento da tipicidade em decorrência da ausência de previsão legal, bem como, da impossibilidade de retroatividade da lei posterior que passou a tipificar a conduta⁸¹.

Na situação acima narrada os fatos descritos na peça acusatória pelo Ministério Público Federal não estavam previstos na legislação penal, ou seja, em conformidade com o princípio da legalidade só haverá crime quando houver lei anterior que defina o fato como típico. Em que pese, posteriormente, passar a vigorar norma de natureza penal que tipificou a conduta descrita na peça vestibular, esta não pode retroagir para alcançar fatos anteriores a sua vigência conforme prevê o inciso XL, do art. 5º, da Constituição Federal.

⁸¹ Ver: STF – INQ. 1879-1 – Rel. Ministra Ellen Gracie – DJU 07.05.2004. Disponível em: <www.stf.gov.br>. Acesso em 17 de março de 2012. Em relação à ausência de tipicidade de que se refere ao artigo 325 do Código Penal: “[...] Tampouco o vejo quanto o art. 325, que enuncia crime próprio contra a violação de dever de ofício, ou seja, do dever, que tem o funcionário público, de não revelar dado sigiloso que conheça por força de suas atribuições legais. Esse dever funcional – que ele viola no cometimento do crime – não lhe permite transferir a terceiro o conhecimento que lhe vem do exercício mesmo de suas funções. E a doutrina dá, a respeito, exemplo diático de atipicidade: o funcionário indiscreto – mas não precisa ser “indiscreto”, o adjetivo pode ser curto – que não inclua, entre as suas atribuições, obter conhecimento de certo dado sigiloso, evidentemente não comete o crime quando lhe tem acesso por indiscrição. Pode cometer outra coisa, mas esse crime não comete”. STF – INQ. 1879-1 – Ministro Cezar Peluso – DJU 07.05.2004. Disponível em: <www.stf.gov.br>. Acesso em 17 de março de 2012.

Apenas a lei que beneficia o agente é que poderá retroagir. Esta é aquela que traz em seu bojo qualquer situação que o favoreça como, por exemplo, diminuição da quantidade de pena de um determinado crime, alteração da espécie de pena para um determinado crime, criação ou acréscimo de causas que atenuem ou minorem a pena, redução do prazo prescricional dos crimes, estabelecimento de um regime de cumprimento de pena menos rigoroso, dentre outras possibilidades.

A verificação da lei penal que mais beneficie o agente deve ser realizada sempre no âmbito do caso concreto, ou seja, não se recomenda que esta verificação ocorra a partir de um juízo abstrato. “A lei mais benigna será aquela que, de qualquer forma e tendo em vista a situação concreta, revela-se mais favorável ao agente no que concerne ao crime ou à pena⁸²”.

A análise do corolário do princípio da legalidade relativo à retroatividade da lei penal mostra-se relevante no presente trabalho, pois a decisão do Supremo Tribunal Federal que entendeu pela inconstitucionalidade do regime integralmente fechado para os crimes hediondos significou analisar a possibilidade e a impossibilidade de retroatividade da legislação que modificou a lei nº 8.072/90.

Para fins de verificação de retroatividade da lei de natureza penal é necessária a fixação do tempo do crime. Este está descrito no artigo 4º do Código Penal: “considera-se praticado o crime no momento da ação ou omissão, ainda que outro seja o momento do resultado⁸³”. Existem três teorias que versam acerca do tempo do crime: atividade, resultado, ubiquidade ou mista. A primeira considera tempo do crime o momento da ação ou da omissão, ainda, que outro seja o momento do resultado e foi à opção do Código Penal brasileiro⁸⁴. Portanto, a lei penal que estiver em vigor na data da

⁸² MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 335.

⁸³ Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em 22 de março de 2012.

⁸⁴ A teoria do resultado considera tempo do crime o momento do resultado não importando o momento em que ocorreu a ação ou a omissão. Já a teoria da ubiquidade ou mista considera tempo do crime tanto o momento da ação ou omissão como o momento do resultado. Ver:

ação ou da omissão será aplicada ao fato em decorrência da adoção, pelo Código Penal brasileiro, da teoria da atividade⁸⁵.

O segundo desdobramento do princípio da legalidade diz respeito à utilização do costume ou do Direito Consuetudinário em matéria penal⁸⁶. O costume não pode ser utilizado para a criação ou revogação de novas normas penais, porém, funciona como auxiliar no processo de interpretação possuindo função subsidiária e constituindo-se em fonte formal imediata do Direito Pena⁸⁷.

Assim, somente a lei escrita (elaborada a partir do processo que se encontra previsto na Constituição Federal) poderá criar novos crimes e novas penas sendo vedado ao costume tal função⁸⁸. “O *princípio da legalidade* proíbe o *costume* como fundamento da criminalização e de punição das condutas, porque exige *lex scripta* para os tipos legais e as sanções penais⁸⁹”. Porém, o costume pode ser utilizado ora no auxílio da interpretação dos tipos

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios Básicos do Direito Penal**. São Paulo: Saraiva. 15ª tiragem, 2010, p. 32.

⁸⁵ É importante ressaltar que a regra do artigo 4º do Código Penal não se aplica às leis excepcionais e temporárias que possuem dispositivo próprio (artigo 3º do Código Penal) e sim apenas às leis cujo prazo de vigência é indeterminado. Leis excepcionais são aquelas que passam a vigorar em função de uma situação determinada (enchentes, guerras, terremotos) permanecendo em atividade enquanto perdurar a situação que motivou a sua criação. Já às leis temporárias são aquelas editadas com prazo de vigência determinado e, portanto, dotadas de autorrevogação. Ver: PRADO, Luiz Régis. **Curso de direito penal brasileiro, parte geral: arts. 1º a 120**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 233 e NUCCI, Guilherme de Souza. **Código penal comentado**. – 9. ed. rev., atual. e ampl. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 74.

⁸⁶ “Da afirmação de que só a lei pode criar crimes e penas resulta, como corolário, a proibição da invocação do direito consuetudinário para a fundamentação ou a agravação da pena, como ocorreu no direito romano e medieval. Não se deve, entretanto, cometer o equívoco de supor que o direito costumeiro esteja totalmente abolido do âmbito penal. Tem ele grande importância para a elucidação do conteúdo dos tipos. Além disso, quando opera como causa de exclusão de ilicitude (causa supralegal), de atenuação da pena ou da culpa, constitui verdadeira fonte do direito penal. Nessas hipóteses, como é óbvio, não se fere o Princípio da Legalidade por não se estar piorando, antes melhorando, a situação do agente do fato”. TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios Básicos do Direito Penal**, p. 25.

⁸⁷ Para que uma determinada regra de conduta transforme-se em costume são necessários dois elementos: a constância e a uniformidade, ou seja, é preciso que haja reiteração de condutas e que estas se repitam sem que haja variações de fundo. Há autores, ainda, que consideram a necessidade da existência de um terceiro elemento para que uma regra de conduta transforme-se em costume: a convicção de sua necessidade jurídica. Sobre este assunto ver: BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: parte geral**. 16ª edição revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 162/163.

⁸⁸ BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**, p. 70. Ver também: NUCCI, Guilherme de Souza. **Código penal comentado**, p. 59.

⁸⁹ SANTOS, Juarez Cirino. **Direito Penal: parte geral**, p. 22.

penais ou, ainda, no âmbito das excludentes da ilicitude⁹⁰. Desta forma não há que se falar em ofensa ao Princípio da Legalidade porque a sua utilização está voltada para beneficiar o agente e não para tornar mais grave a sua situação penal.

Ainda, há que se mencionar que há muito é vedado aos tribunais⁹¹ à criação de novos tipos e de novas penas sendo que esta atribuição pertence ao Poder Legislativo nos Estados de Democráticos de Direito tratando-se de uma conquista da sociedade que com isso recuperou a segurança jurídica e a estabilidade em matéria criminal, ou seja, é a verdadeira noção de reserva da lei⁹².

Nilo Batista fala em “reserva absoluta” e “reserva relativa” da lei para aprofundar o entendimento de dispositivos constitucionais mais concernentes à reserva legal. Por reserva absoluta entende-se que a norma penal só pode resultar dos debates parlamentares, ou seja, somente a norma emanada do Poder Legislativo teria legitimidade para a criação de normas penais. Já a concepção da reserva relativa estabelece que monopólio da criação de normas em matéria penal não pode estar restrito ao Poder Legislativo, ou seja, é “cabível que o legislador estabeleça estruturas gerais e

⁹⁰ PRADO, Luiz Régis. **Curso de direito penal brasileiro, parte geral: arts. 1º a 120**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 199.

⁹¹ Inclusive no sistema inglês ao Poder Judiciário é vedada a criação de normas de natureza penas: “historicamente o sistema inglês (direito anglo-saxão) que é composto pelo *common law* (direito criado pelos tribunais) e do *statue law* (direito legislado à nossa maneira) a faculdade de criar delitos pelos tribunais foi gradualmente abandonada, ainda que se reconhecesse que os tribunais tinham um resíduo de sua antiga atribuição; em 1972 a Câmara dos Lordes “rejeitou unanimemente a existência de um poder residual nas cortes para criar novos delitos ou ampliar os existentes, e tornar puníveis condutas do tipo anteriormente não submetido a pena” (Cross and Jones), a partir do que a criação analógica de delitos já não tem vigência na Grã-Bretanha”. ZAFFARONI, Eugênio Raúl e PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral**, p. 154.

⁹² Já afirmava Beccaria que a função de estabelecer crimes e penas deveria ser exclusivamente ao legislador: “a primeira consequência que se tira desses princípios é que apenas as leis podem indicar as penas de cada delito e o que o direito de estabelecer leis penais não pode ser senão da pessoa do legislador, que representa toda a sociedade ligada por um contrato social. Ora, o magistrado, que é parte dessa sociedade, não pode com justiça aplicar a outro partícipe dessa sociedade uma pena que não esteja estabelecida em lei; e a partir do momento em que o juiz se faz mais severo do que a lei, ele se torna injusto, pois aumenta um novo castigo ao que já está prefixado. Depreende-se que nenhum magistrado pode, mesmo sob o pretexto do bem público, aumentar a pena pronunciada contra o crime de um cidadão”. BECCARIA, Cesar. **Dos Delitos e das Penas**. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 20. Foi Montesquieu, ao dispor sobre a separação dos poderes, quem passou a compreender que o estabelecimento dos crimes e das penas deveria ser tarefa confiada ao Poder Legislativo: sobre este assunto ver: FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1993, p. 90.

diretrizes, a serem complementadas, as primeiras com observância das segundas, pelo regulamento⁹³.

É o que prevê a Constituição Federal brasileira no art. 22: “compete privativamente à União legislar sobre: I - direito civil, comercial, penal [...]”; art. 48: cabe ao Congresso Nacional, com a sanção do Presidente da República, não exigida esta para o especificado nos artigos. 49, 51 e 52, dispor sobre todas as matérias de competência da União⁹⁴.

Como terceiro corolário do princípio da legalidade tem-se a análise da analogia no âmbito do Direito Penal. Analogia “é um processo de auto-integração, criando-se uma norma penal onde, originalmente, não existe⁹⁵”. Pode-se, de maneira bastante simples, conceituar a analogia como a incidência da norma penal sobre um fato, não previsto em lei, mas, que guarda uma relação de semelhança com aquele em que há previsão legal. “[...] no direito teríamos analogia quando o jurista atribuisse a um caso que não dispõe de expressa regulamentação legal na(s) regra(s) prevista(s) para um caso semelhante⁹⁶”.

É evidente que nem o mais cuidadoso e diligente legislador conseguirá prever nas normas jurídicas todas as possibilidades de ocorrências fáticas, assim, é certo que todos os sistemas apresentam lacunas que precisam ser preenchidas. “A miopia do legislador impede-o de prever os vários tipos de delito que a realidade fenomênica ensejará. Por isso, qualquer sistema de *jus positum* irá fatalmente apresentar lacunas⁹⁷”.

⁹³ BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**, p. 73.

⁹⁴ Disponível em <www.planalto.gov.br>. Acesso em 1º de abril de 2012.

⁹⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. **Código penal comentado**, p. 54. Objetivando distinguir analogia de interpretação: “a analogia distingue-se da interpretação, porque constitui um processo de integração da ordem legal, e não meio de esclarecer o conteúdo da norma. Através da analogia aplica-se a lei à hipótese por ela não prevista, invocando-se, substancialmente, o chamado argumento a *pari razione*. Há aplicação analógica quando a norma se estende a caso não previsto, mas semelhante, em relação ao qual existem as mesmas razões que fundamentam a disposição legal. A analogia distingue-se da interpretação extensiva, porque nesta não falta a vontade da lei, mas tão-somente a expressão verbal que a ela corresponda. A aplicação analógica não encontra apoio na disposição da lei”. FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal**: parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 1993, p. 85.

⁹⁶ BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**, p. 74.

⁹⁷ COSTA JR., Paulo José da Costa e COSTA, Fernando José da. **Curso de Direito Penal**, pág. 71.

É possível perceber-se que se acaso a analogia for utilizada para fundamentar ou agravar a pena ter-se-á uma ofensa ao Princípio da Legalidade e à segurança jurídica, justamente, pela desobediência à anterioridade da lei⁹⁸. Conforme explica Heleno Cláudio Fragoso:

A analogia é recurso indispensável, em face da existência de lacunas aparentes no direito positivo. No direito penal, todavia, sofre ela as limitações impostas pelo princípio da reserva legal (*nullum crimen, nulla poena sine lege*), inscrito no art. 1º do nosso código vigente. Não é possível aplicar analogicamente a lei penal para criar novas figuras de delito ou para contemplar penas ou medidas de segurança que não estejam taxativamente previstas, ou para agravar a situação do réu (*analogia in malam partem*)⁹⁹.

Assim é admissível a utilização da analogia em direito penal desde que seja *in bonam partem* (o direito penal classifica a utilização da analogia, também, com a expressão *in malam partem* que significa em prejuízo do réu o que é vedado, justamente, pela incidência do Princípio da Legalidade), ou seja, em benefício do réu. Conforme Henrique Bacigalupo:

La teoría y la practica admiten em forma generalmente unánime que una consecuencia fundamental del principio de legalidad es la prohibición de la analogia. Um amplio consenso científico estima que la prohibición de la analogia sólo rige cuando se trate de la llamada analogia in malam partem, es decir, la que resulte extensiva de la punibilidad. La analogia in bonam partem, por el contrario, estaría legitimada em la interpretación de la ley penal. Por tanto, uma interpretación que extendiera analógicamente las circunstancias atenuantes o excluyentes de la responsabilidad sería inobjetable¹⁰⁰.

Finalmente, o último dos desdobramentos do princípio da legalidade significa uma imposição à legislação penal: esta deve ser certa, clara, não deixar margem a dúvidas ou a duplas interpretações. “A função de garantia individual exercida pelo princípio da legalidade estaria seriamente

⁹⁸ “Proíbe, ainda, o princípio da legalidade o emprego da analogia em relação às normas incriminadoras. Exclui-se, assim, a possibilidade de aplicação analógica das normas que definem crimes e estabelecem sanções, para abranger casos por elas não expressamente contemplados (*nullum crimen nulla poena sine lege scripta*). O mesmo vale para as medidas de segurança. A aplicação analógica compromete a segurança do indivíduo em face do poder punitivo do Estado, que o princípio visa garantir, como conquista democrática liberal. Exemplo de violação deste aspecto do princípio da reserva legal encontramos o Decreto-Lei nº. 4.166 baixado pela ditadura de Vargas, em 11 de março de 1942 (sobre indenização de danos de guerra), que expressamente autorizava o recurso à analogia (art. 5º, § 3º)”. FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal: parte geral**. Rio de Janeiro: Forense, 1993, p. 94/95. Sobre este assunto ver: BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**, p. 75.

⁹⁹ FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal: parte geral**. Rio de Janeiro: Forense, 1993, p. 86.

¹⁰⁰ BACIGALUPO, Enrique. **Principios de Derecho penal: parte general**, Madrid: Akal Ediciones, 1994, p. 38. Sobre este assunto ver também: TOLEDO, Francisco de Assis. **Principios Básicos do Direito Penal**, pág. 27. Em igual sentido: COSTA JR., Paulo José da Costa e COSTA, Fernando José da. **Curso de Direito Penal**, pag. 72.

comprometida se as normas que definem os crimes não dispusessem de clareza denotativa na significação dos seus elementos, inteligível por todos os cidadãos¹⁰¹”. Já afirmava Beccaria:

Desejais prevenir os crimes? Fazei leis simples e claras; e esteja o país inteiro preparado a armar-se para defendê-las, sem que a minoria de que falamos se preocupe constantemente em destruí-las. Que elas não favoreçam qualquer classe em especial; protejam igualmente cada membro da sociedade; tema-as o cidadão e trema apenas diante delas. O temor que as leis inspiram é saudável, o temor que os homens inspiram é uma fonte nefasta de delitos¹⁰².

Porém, em muitas situações, o legislador, consciente de que é impossível prever todas as hipóteses, elabora tipos penais abertos e, por vezes, flexíveis o que representa um retrocesso para as conquistas obtidas pelo Estado Democrático de Direito em matéria penal¹⁰³. A ausência de precisão em matéria penal gera insegurança jurídica, pois, deixa ao julgador um imenso arbítrio no momento de decidir e isso decorre da imprecisão do legislador que deixa incerta a esfera de licitude da conduta. Nas palavras de Heleno Cláudio Fragoso:

[...] A incriminação vaga e indeterminada faz com que, em realidade, não haja lei definindo como delituosa certa conduta, pois entrega, em última análise, a identificação do fato punível ao arbítrio do julgador. [...] A violação do princípio da legalidade por essa via tem sido comum nos crimes políticos. [...] Outros exemplos vamos encontrar em leis nazistas que incriminavam, ao tempo da guerra, “o rompimento da força defensiva do Estado” ou “o comportamento danoso ao povo¹⁰⁴”.

¹⁰¹ BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**, p. 78. No mesmo sentido: “A reserva legal penal contempla, igualmente, o princípio da determinabilidade ou da precisão do tipo penal (*lex scripta*). O indivíduo há de ter condições de saber o que é proibido ou permitido. Embora não se possa impedir a utilização de conceitos jurídicos indeterminados ou cláusulas gerais, é certo que o seu uso não deve acarretar a não determinabilidade objetiva das condutas proibidas”. MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 331.

¹⁰² BECCARIA, Cesar. **Dos Delitos e das Penas**. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 102

¹⁰³ “O problema de toda a lei penal parece ser a inevitabilidade de certo nível de indefinição: as palavras da lei são objeto de interpretações diferentes, porque os juízos de valor enunciados não admitem descrições *neutras* – e qualquer tentativa semelhante seria monótona ou ridícula: como descrever o conceito de *injúria*, por exemplo? Seja como for, o *princípio da legalidade* pressupõe o mínimo de *determinação* das proibições ou comandos da lei penal – em geral, conhecido como *princípio da taxatividade*, mas indissociável do *princípio da legalidade*, como exigência de certeza da lei -, cuja ausência inviabiliza o conhecimento das proibições e rompe a constitucionalidade da lei penal, regida pela fórmula *lex certa*”. SANTOS, Juarez Cirino. **Direito Penal: parte geral**, 2007, p. 23.

¹⁰⁴ FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal: parte geral**. Rio de Janeiro: Forense, 1993, p. 95/96.

Ou seja, leis indeterminadas e imprecisas são insuficientes para a proteção da sociedade e não conseguem limitar o *ius puniendi*¹⁰⁵ estatal, pois, autorizam os juízes a realizarem interpretações valorativas. Gerando-se, assim, insegurança jurídica entre os indivíduos.

Esses tipos penais que são vazados de expressões genéricas e imprecisas podem ser geradores de perigo para a sociedade, justamente, em face das indeterminações contidas que podem levar a interpretações completamente imprevisíveis. Há vários exemplos¹⁰⁶ na legislação brasileira capazes de demonstrar que o legislador tem buscado a elaboração de tipos penais abertos¹⁰⁷ e imprevisíveis gerando, assim, insegurança jurídica e sujeitando os indivíduos ao arbítrio estatal: “a exigência de normas penais de teor preciso e unívoco decorre do propósito de proteger o cidadão do arbítrio judiciário, posto que fixado com a certeza necessária a esfera do ilícito penal¹⁰⁸”.

¹⁰⁵ Explicando que o Estado detém o monopólio do direito de punir traduzido na expressão *ius puniendi*: “há quem afirme que embora o Estado tenha monopolizado a “repressão”, o direito de castigo não pertenceria só a ele, senão também aos indivíduos, associações, assembleias, etc. No entanto, atualmente, isso não é nem pode ser assim. O processo histórico de aparecimento da “pena pública” e o de consolidação do Estado moderno, que monopolizou frente a outras instituições e poderes sociais o recurso da coação física, parecem corroborá-lo. O *ius puniendi* é intransferível, indelegável e não susceptível de ser compartilhado por uma pluralidade de titulares”. BIANCHINI, Alice. MOLINA, Antônio Garcia Pablos e GOMES, Luiz Flávio. **Direito penal: introdução e princípios fundamentais**, p. 216-217.

¹⁰⁶ Dentre eles se destaca a Lei nº 10.792/2003 que estabeleceu a possibilidade de detentos permanecerem em regime disciplinar diferenciado justificando tal prática com sanções para as quais não há previsão de tipos e que se constituem em cláusulas gerais valorativas: “mais recentemente a Lei nº 10.729/2003, ao criar o regime disciplinar diferenciado de cumprimento de pena, viola flagrantemente o princípio da legalidade penal, criando, disfarçadamente, uma sanção penal cruel e desumana sem tipo penal definido correspondente. A tipicidade legal exige que a norma contenha a descrição hipotética de comportamento proibido com alguma precisão, como forma de impedir o poder indiscriminado de atribuir a alguém uma punição legal sem uma correspondente infração penal. É intolerável que o legislador ordinário possa criar tipos tão vagos e imprecisos como “alto risco para a ordem e segurança para o estabelecimento penal” ou “recaiam fundadas suspeitas de envolvimento ou participação” (art. 52 §§ 1º e 2º), sem declinar que “tipo de conduta” poderia criar o referido “alto risco” ou caracterizar “suspeitas fundadas”, como sugere aquele diploma legal”. BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: parte geral**, p. 43. Ver também: NUCCI, Guilherme de Souza. **Código penal comentado**, p. 53.

¹⁰⁷ Por tipo penal aberto compreendem-se aqueles que dependem da interpretação de um juiz para que sejam completamente compreendidos e aplicados (exemplo: crime de rixa – art. 137 do Código Penal).

¹⁰⁸ LUISI, Luiz. **Os princípios constitucionais penais**, p. 19.

Os tipos penais quando instituem crimes e penas devem procurar manter o máximo de objetividade não se permitindo a utilização de termos vagos ou dúbios que suscitem incertezas tanto para aquele que aplica a lei como para os destinatários da lei penal. “A norma, para que venha a converter-se numa proibição-comando [...] haverá de ser determinada, dotada de contornos claros e precisos, satisfazendo, assim, as exigências racionais de certeza¹⁰⁹”.

Um importante estudo acerca do princípio da legalidade reside em sua aplicação no âmbito da execução penal. E o primeiro dos debates suscitados acerca desta possibilidade ou impossibilidade remonta à natureza jurídica da execução penal. Sim, pois, há quem afirme que por se tratar de mera atividade administrativa não poderia estar atrelada ao Princípio da Legalidade. Em que pese tais argumentos, no Estado de Direito brasileiro, todos os atos administrativos são passíveis de controle. Tal discussão, portanto, é irrelevante. Assim, “a maior garantia é a jurisdicionalização da execução, isto é, o controle jurisdicional dos atos da execução. A maior garantia da legalidade na execução penal se faz pela jurisdicionalização da execução penal, isto é, pela intervenção judicial com poder de decidir conflitos entre o condenado e a administração penitenciária¹¹⁰”.

Os princípios da legalidade e da individualização da pena, já apresentados, demonstram com clareza que todas as normas de natureza penal devem apresentar-se de tal forma que a coerência prevista no sistema constitucional e penal faça-se presente. Ou seja, a dignidade da pessoa

¹⁰⁹ COSTA JR., Paulo José da Costa e COSTA, Fernando José da. **Curso de Direito Penal**, p. 77. No mesmo sentido: MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 541.

¹¹⁰ A mesma autora defende que “o controle da legalidade na execução penal ocorre através de órgão, pois, pela primeira vez na legislação brasileira há uma sistematização dos órgãos encarregados da execução, através da sua enumeração e da previsão de suas atribuições. Para a referida autora o único dos órgãos que não possui nenhuma função de controle da legalidade na execução penal é o patronato. O artigo 61 da Lei nº 7.210/84 prevê quais são os órgãos da execução penal: São órgãos da execução penal: I - o Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária; II - o Juízo da Execução; III - o Ministério Público; IV - o Conselho Penitenciário; V - os Departamentos Penitenciários; VI - o Patronato; VII - o Conselho da Comunidade; VIII - a Defensoria Pública”. CASTILHO, Ela Wiecko V de. **Controle da legalidade na execução penal** (reflexões em torno da jurisdicionalização). Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988, p. 69.

humana¹¹¹, como princípio basilar de todo o ordenamento jurídico brasileiro, pressupõe a necessidade de existência de normas coerentes com estes princípios e, também, com a regra da proporcionalidade. Assim, consideram-se proporcionais as sanções penais aplicadas que guardem relação com a gravidade da infração praticada pelo agente (assunto que será tratado a seguir) garantindo-se, desta forma, a valoração eficiente do princípio da dignidade da pessoa humana.

O princípio da proporcionalidade¹¹² assume grande relevância no Estado de Direito orientando todos os ramos do direito, porém, maior importância dá-se à sua aplicação no âmbito do Direito Penal. “Quer dizer que as penas devem ser harmônicas com a gravidade da infração penal cometida, não tendo cabimento o exagero, nem tampouco a extrema liberalidade na cominação das sanções nos tipos penais incriminadores¹¹³”. Conforme já explicava Beccaria acerca da importância do respeito à proporcionalidade no âmbito penal:

O interesse geral não é apenas que se comentem poucos crimes, mas ainda que os crimes mais prejudiciais à sociedade sejam os menos comuns. Os meios de que se utiliza a legislação para impedir os crimes devem, portanto, ser mais fortes à proporção que o crime é mais contrário ao bem público e pode tornar-se mais frequente. Deve, portanto, haver uma proporção entre os crimes e as penas. [...] Se for estabelecido um mesmo castigo, a pena de morte, por exemplo, para aquele que mata um faisão e para quem mata um homem ou falsifica um documento importante, em pouco tempo não se procederá a mais nenhuma diferença entre esses crimes. [...] Bastará, pois, que o legislador sábio estabeleça divisões principais na divisão das penas proporcionadas aos crimes e que, principalmente, não aplique os menores castigos aos maiores delitos¹¹⁴.

A sanção imposta precisa ser proporcional à gravidade do crime praticado pelo agente. Não se admite que seja atribuída a um crime de

¹¹¹ O princípio da dignidade da pessoa humana, em matéria penal, encontra-se formalizado no princípio da humanidade que significa a abolição pelo Estado Democrático de Direito brasileiro das penas e dos tratamentos desumanos e cruéis. Ver: SANTOS, Juarez Cirino. **Direito Penal: parte geral**, p. 27-28.

¹¹² “O princípio da proporcionalidade em sentido estrito (ou princípio da avaliação) tem por objeto a otimização das possibilidades jurídicas, ao nível da criminalização secundária, do ponto de vista da proporcionalidade dos meios (pena criminal) em relação aos fins propostos (proteção de bens jurídicos), também formulado em forma interrogativa: a pena criminal cominada e/ou aplicada (considerada meio adequado e necessário, ao nível da realidade) é proporcional em relação à natureza e extensão da lesão abstrata e/ou concreta do bem jurídico?” SANTOS, Juarez Cirino. **Direito Penal: parte geral**, p. 27.

¹¹³ NUCCI, Guilherme de Souza. **Código penal comentado**, p. 47.

¹¹⁴ BECCARIA, Cesar. **Dos Delitos e das Penas**. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 69/70.

menor importância uma pena elevada e a um crime de grande relevância uma sanção mais branda. Tais aspectos repousam na necessidade de obediência à proporcionalidade, pois, “não teria sentido [...] prever pena de multa a um homicídio doloso, como também não se vê como razoável a aplicação de pena privativa de liberdade elevada a quem, com a utilização de aparelho sonoro em elevado volume, perturba o sossego de seu vizinho¹¹⁵”.

Faz-se necessária a proporção entre a pena aplicada e a natureza e importância do bem jurídico que a norma penal protege a fim de evitarem-se penas excessivas ou desproporcionais. A gravidade do crime praticado relaciona-se com a relevância do bem jurídico tutelado e são esses fatores que devem mensurar a aplicação da sanção ao agente.

O princípio da proporcionalidade pode ser entendido sob dois aspectos diferentes um deles denominado de proporcionalidade abstrata e outro de proporcionalidade concreta. A proporcionalidade abstrata está vinculada ao legislador e ao momento em que este criminaliza as condutas e prevê as sanções objetivando a proteção dos bens jurídicos. “Neste aspecto, a proposta de hierarquização da lesão de bens jurídicos é essencial para adequar as escalas penais ao princípio da proporcionalidade abstrata¹¹⁶”.

Já a proporcionalidade concreta relaciona-se à atividade judicial momento este em que o magistrado aplica a pena ao caso concreto precisando avaliar a relação entre gravidade do crime/lesão ao bem jurídico tutelado e a pena aplicada. A relação entre o princípio da proporcionalidade e o princípio da individualização da pena é evidente, pois, apenas será proporcional a pena cuja qual tenha sido previamente individualizada quer seja pelo legislador quer seja pelo juiz de direito ao aplicar a pena ao caso concreto.

¹¹⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. **Individualização da Pena**, p. 38.

¹¹⁶ SANTOS, Juarez Cirino. **Direito Penal: parte geral**, p.28. Ver também: BIANCHINI, Alice. MOLINA, Antônio Garcia Pablos e GOMES, Luiz Flávio. **Direito penal: introdução e princípios fundamentais**, p. 398.

Grande parte da doutrina localiza a natureza constitucional do princípio da proporcionalidade junto à dignidade da pessoa humana, ou seja, só a pena proporcional poderá ser igualmente digna. Pois, caso a pena aplicada ao agente não seja proporcional à infração por ele cometida estar-se-á ferindo o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. Porém, a maior dificuldade deste princípio reside no fato de descobrir-se qual critério deverá ser utilizado pelo aplicador do direito para medir a proporcionalidade da sanção aplicada. Acerca da adoção de um critério seguem-se as palavras de Bianchini, Molina e Gomes:

Aqui conta não só a gravidade intrínseca do fato pelo grau de desvalor do resultado e da ação (número e entidade dos bens jurídicos afetados, relevância do dano ocasionado, periculosidade da ação e desvalor da intenção do autor, expressada no fato, etc.), senão também a sua gravidade extrínseca, isto é, o perigo de frequência de seu cometimento e conseqüente alarme social, ponto que se pode incluir no desvalor objetivo da ação, se bem que tudo isso só pode ser avaliado com prudência¹¹⁷.

A proporcionalidade e a individualização da pena encontram-se vinculadas à impossibilidade de imposição de penas desumanas ou cruéis. O *Bill of Rights*, de 1628, já trazia em seu bojo à proibição das penas inusitadas ou cruéis: “que não devem ser exigidas cauções excessivas, nem impostas multas excessivas, nem infligidas penas inusitadas ou cruéis¹¹⁸”. A Declaração Universal dos Direitos Humanos¹¹⁹, adotada e proclamada pela Resolução nº 217 A da Assembléia Geral das Nações Unidas, em 10 de dezembro de 1948, já previa em seu artigo V que “ninguém será submetido à tortura, nem a tratamento ou castigo cruel, desumano ou degradante”.

¹¹⁷ BIANCHINI, Alice. MOLINA, Antônio Garcia Pablos e GOMES, Luiz Flávio. **Direito penal: introdução e princípios fundamentais**, p. 398.

¹¹⁸ COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 97.

¹¹⁹ Flávia Piovesan explica a importância histórica da Declaração Universal dos Direitos Humanos: “a Declaração de 1948 vem a inovar ao introduzir a chamada concepção contemporânea de direitos humanos, marcada pela universalidade e indivisibilidade desses direitos. Universalidade porque clama pela extensão universal dos direitos humanos, sob a crença que a condição de pessoa é o requisito único para a titularidade de direitos, considerando o ser humano um ser essencialmente moral, dotado de unicidade existencial e dignidade, esta como valor intrínseco à condição humana. Indivisibilidade porque a garantia dos direitos civis e políticos é condição para a observância dos direitos sociais, econômicos e culturais e vice-versa. Quando um deles é violado, os demais também o são. Os direitos humanos compõem, assim, uma unidade indivisível, interdependente e inter-relacionada, capaz de conjugar o catálogo de direitos civis e políticos com o catálogo de direitos sociais, econômicos e culturais”. PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e justiça internacional: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano**. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 13.

A Constituição Federal de 1988 prevê que o Estado de Direito brasileiro pautará a aplicação da pena dentro de parâmetros que não sejam ofensivos e nem desumanos, ou seja, aos indivíduos que cometeram crimes devem ser aplicadas as mesmas regras que pautam a vida em sociedade, pois, praticar um crime não significa, necessariamente, que a pessoa deva receber tratamentos desumanos ou degradantes¹²⁰.

Assim, o respeito aos princípios da legalidade, da individualização da pena, da humanidade (dignidade da pessoa humana) e da proporcionalidade significa entender que a proibição de progressão de regime nos crimes hediondos constitui-se em ofensa explícita ao sistema o que se constitui em quebra da sua integridade.

Desta forma, a incidência do princípio da humanidade está vinculada não, apenas, ao Poder Legislativo, mas, também, ao Poder Judiciário, que não pode aplicar penas que excedam a previsão legal por entender que um fato mereça uma reprimenda maior. “Entendemos que o princípio da humanidade das penas tem vigência absoluta e que não deve ser violado nos casos concretos, isto é, que deve reger tanto a ação legislativa como a ação judicial [...]”¹²¹.

Este princípio pressupõe que o Estado retire do seu sistema todas as penas consideradas como desumanas e cruéis incluindo-se o respeito à integridade física do detento. “Significa que o direito penal deve pautar-se pela benevolência, garantindo o bem-estar da coletividade, incluindo-se o dos condenados. Estes não devem ser excluídos da sociedade [...] tratados como se não fossem seres humanos”¹²². Esta foi uma das razões que levaram o Supremo Tribunal Federal a concluir pela inconstitucionalidade do regime

¹²⁰ Nilo Batista explica que “o princípio da humanidade, que postula da pena uma racionalidade e uma proporcionalidade que anteriormente não se viam, está vinculado ao mesmo processo histórico de que se originaram os princípios da legalidade, da intervenção mínima e até mesmo – sob o prisma da “danosidade social” – o princípio da lesividade”. BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**, p. 99.

¹²¹ ZAFFARONI, Eugênio Raúl e PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral**, p. 157.

¹²² NUCCI, Guilherme de Souza. **Código penal comentado**, p. 44.

integralmente fechado tema este que será desenvolvido na última parte deste trabalho.

No atual sistema de penas previsto na legislação pátria não há espaço para penas e tratamentos cruéis e degradantes, porém, já se conviveu com a pena capital conforme expõe Heleno Cláudio Fragoso:

Mantida pelo Código Criminal do Império, a pena capital desde 1855 não mais foi executada, tendo sido abolida pelo CP de 1890. A ditadura de 1937 tentou reintroduzi-la, incluindo na Carta Constitucional outorgada (art. 122, inc. 13) dispositivo que autorizava a imposição do último suplício por determinados crimes políticos e pelo homicídio cometido por motivo fútil e com extremos de perversidade. O Decreto-Lei nº 86, de 20 de janeiro de 1938, autorizava o Tribunal de Segurança Nacional a impor a pena de morte, que todavia, não foi incluída em nenhuma lei penal, com exceção do Direito Penal Militar, para tempo de guerra¹²³.

A Convenção Americana sobre Direitos Humanos¹²⁴, da qual o Brasil é signatário, estabeleceu em seu parágrafo 2º, artigo 5º que “ninguém deve ser submetido a torturas, nem a penas ou tratos cruéis, desumanos ou degradantes. Toda pessoa privada de liberdade deve ser tratada com o respeito devido à dignidade inerente ao ser humano¹²⁵”.

Desta forma, há previsão constitucional de que “não haverá penas de morte¹²⁶, salvo em caso de guerra declarada¹²⁷, nos termos do art. 84, XIX”, “de caráter perpétuo”, de “trabalhos forçados”, de “banimento¹²⁸”,

¹²³ FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal**: parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 1993, p. 283/284.

¹²⁴ Também conhecida pelo nome de Pacto de San José da Costa Rica que foi assinada em 22 de novembro de 1969, na cidade de San José, na Costa Rica e, posteriormente, ratificada pelo Brasil em 1992. Para maiores esclarecimentos ver: <www.planalto.gov.br>.

¹²⁵ Disponível em <www.pge.sp.gov.br>. Acesso em 27 out. 2011.

¹²⁶ Explicando a desnecessidade e a gravidade da aplicação da pena capital: “a pena de morte expressa a exacerbação do poder de punir. Aplicada reiteradamente quando o ofendido podia, a seu bel-prazer, castigar o ofensor. Ainda hoje, contudo, consta de várias legislações, embora haja evidente demonstração de redução cada vez maior, tendente a ser suprimida. A reação social é contra a pena capital. Todas as vezes em que há execução, ainda que se guarde cautela para reduzir o sofrimento físico, generalizando-se os protestos internacionais. Os casos de autorização estão ficando cada vez mais reduzidos”. CERNICCHIARO, Luiz Vicente. JR, Paulo José da. **Direito Penal na Constituição**. 3. ed. rev. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995, pág. 128.

¹²⁷ “A pena de morte, no Brasil, é restrita aos casos de guerra declarada, com a cautela de resposta à agressão estrangeira, autorizada pelo Congresso Nacional ou por ele referendada, quando ocorrida no intervalo das sessões legislativas (art. 5º, XLVII, c/c o art. 84, XIX)”. CERNICCHIARO, Luiz Vicente. JR, Paulo José da. **Direito Penal na Constituição**, p. 128.

¹²⁸ “A Constituição refere-se a banimento como espécie de pena que não poderá ser instituída no país. Generalizada no passado, hoje, encontra repulsa em todos os Estados democráticos. O banimento privava para sempre os réus dos direitos de cidadão brasileiro e os inibia

“cruéis” (art. 5º, XLVII). Inclusive o art. 5º, inciso, XLIX prevê que deve ser assegurado ao preso o respeito à integridade física e moral. “A vigente Constituição Federal é expressa quanto á proibição da pena de morte, bem como quanto às de caráter perpétuo, de trabalhos forçados, de banimento ou cruéis (art. 5º, XLVII)¹²⁹”.

Porém, nem sempre, o tratamento concedido às penas desumanas e degradantes no direito brasileiro foi da forma como se conhece na atualidade. Assim, o princípio da humanidade guarda estreita relação com o estabelecido pela Constituição Federal de 1988 em relação aos crimes hediondos: o regime integralmente fechado. No decorrer das próximas páginas demonstrar-se-á que a possibilidade do cumprimento da pena em regime integralmente fechado representa clara ofensa aos princípios aqui apresentados, inclusive, ao princípio da humanidade (que se encontra inserido no âmbito de proteção do princípio da dignidade pessoa humana), pois, a submissão do condenado a uma pena em que há impossibilidade de progressão de regime é submetê-lo a uma pena cruel sendo que tal forma de apenamento é vedada pela Constituição Federal de 1988.

E dentre a mais grave de todas as penas pode-se citar a pena que condena o indivíduo à morte. No sistema penal brasileiro havia previsão legal de imposição da pena morte no Código Criminal do Império¹³⁰. Porém, o Código Penal de 1890 deixou de prevê-la¹³¹. A Constituição de 1891 aboliu as

perpetuamente de habitar território do Império. O degredo obrigava os réus de residir no lugar destinado pela sentença, sem poder sair dele durante o tempo que a mesma lhes marcasse. Era vedado destinar lugar compreendido dentro da comarca em que morasse o ofendido. O desterro obrigava os réus a sair dos termos dos lugares do delito, da sua principal residência, e da residência principal do ofendido, e a não entrar em algum deles durante o tempo marcado na sentença”. CERNICCHIARO, Luiz Vicente. JR, Paulo José da. **Direito Penal na Constituição**, p. 138/139.

¹²⁹ FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal**: parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 1993, p. 284.

¹³⁰ Para acessar o conteúdo referente ao tratamento concedido à pena de morte pelo Código Criminal do Império ver os artigos 34-43: disponível em <www.planalto.gov.br>.

¹³¹ O Código Penal de 1890 previu as seguintes espécies de penas em seu artigo 43: “a) prisão celular; b) banimento; c) reclusão; d) prisão com trabalho obrigatorio; e) prisão disciplinar; f) interdição; g) suspensão e perda do emprego publico, com ou sem inhabilitação para exercer outro; e h) multa”. O artigo art. 46 dispunha que “o banimento privará o condenado dos direitos de cidadão brasileiro e o inibirá de habitar o territorio nacional, emquanto durarem os efeitos da pena. O banido que voltar ao paiz será condemnado a reclusão até trinta annos, si

penas de galés e de banimento, bem como, a pena de morte (exceto em tempo de guerra), respectivamente, declarando, expressamente, nos parágrafos 20 e 21, do artigo 72¹³². Mas, a ditadura de 1937 tentou reintroduzi-la no país através da Constituição outorgada, no mesmo ano, em seu artigo 13¹³³. No decorrer do período em que o país esteve imerso na ditadura militar, em que o Congresso Nacional foi dissolvido e que se passou a legislar utilizando-se decretos, os Atos Institucionais de número 13 e 14, que passaram a vigorar no dia 05 de setembro de 1969, reimplantaram a pena de banimento no Brasil¹³⁴.

Desta forma, resta ressaltar que é impossível a coexistência do sistema democrático com a imposição de penas cruéis e tratamentos degradantes, bem como, pode-se verificar que os regime ditatoriais buscam a sua plenitude com a negação dos direitos e garantias fundamentais, especialmente, no que se refere à inobservância ao princípio da humanidade. Para Flávia Piovesan “não há direitos humanos sem democracia, tampouco democracia sem direitos humanos. Vale dizer, o regime mais compatível com a proteção dos direitos humanos é o democrático¹³⁵”. No mesmo sentido a Declaração Universal de 1948 reafirmou que a democracia é o regime adequado para o desenvolvimento dos direitos humanos:

antes não readquirir os direitos de cidadão”. Disponível em <www6.senado.gov.br>. Acesso em 23 out. 2011.

¹³² “Fica abolida a pena de galés e a de banimento judicial”; “fica, igualmente, abolida a pena de morte, reservadas as disposições da legislação militar em tempo de guerra”. Disponível em <www.planalto.gov.br>. Acesso em 23 out. 2011.

¹³³ Disponível em <www.planalto.gov.br>. Acesso em 08 de abril de 2012.

¹³⁴ Para acessar o conteúdo dos Atos Institucionais nº 13 e 14, especialmente, os artigos 1º e 2º ver: <www.planalto.gov.br>. Neste sentido: “As ditaduras tem irrecusável pendor para a pena de morte. Disso tivemos experiência recente. A ditadura militar que se instalou no país com o Ato Institucional nº 5, em 1968, reintroduziu a pena de morte para os crimes políticos, alterando a Constituição Federal (art. 150 § 11) através do Ato Institucional nº 14, de 05 de setembro de 1969. A pena de morte nunca foi aplicada definitivamente pela Justiça Militar. A Emenda Constitucional nº 11, de 18 de outubro de 1978, revogando os atos institucionais revogou novamente a pena de morte para os crimes políticos, mantendo-a, apenas, como é tradicional em nosso direito, para a legislação penal militar, aplicável em caso de guerra externa”. FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal**: parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 1993, p. 284.

¹³⁵ PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e justiça internacional: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano**, p. 14.

Outro traço saliente da Declaração Universal de 1948 é a afirmação da democracia como único regime político compatível com o pleno respeito aos direitos humanos (arts. XXI e XXIX, alínea 2). O regime democrático já não é, pois, uma opção política entre muitas outras, mas a única solução legítima para a organização do Estado¹³⁶.

Com o advento da Constituição Federal de 1988 as penas e os tratamentos cruéis e degradantes foram, definitivamente, banidos do sistema jurídico brasileiro não persistindo nenhum resquício que possibilite a um juiz de direito submeter um condenado a situações que atentem contra a sua dignidade¹³⁷. O princípio da humanidade está intrinsecamente vinculado ao princípio da individualização da pena, pois, proíbe que os juízes condenem os réus a penas que já foram, declaradamente, abolidas do sistema atual. Luiz Luisi refere-se ao fato de que:

Não se pode esquecer que é através da pena que a sociedade responde às agressões que sofre com o cometimento de um delito. E, como decorrência não se pode deixar de enfatizar que o indeclinável respeito ao princípio da humanidade não deve obscurecer a natureza aflitiva da sanção penal.

Este princípio possui essencial importância no âmbito da execução penal¹³⁸, pois, é nesta fase que muitos arbítrios ocorrem apesar da expressa proibição da aplicação de tratamentos desumanos e degradantes que

¹³⁶ COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 234.

¹³⁷ Ressalta-se, ainda, que o Brasil é signatário do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (o Congresso Nacional aprovou o texto do referido diploma internacional por meio do Decreto Legislativo n. 226(1), de 12 de dezembro de 1991, passando a vigorar, para o Brasil, em 24 de abril de 1992 e promulgado pelo Decreto nº 592 - de 6 de julho de 1992) que prevê, em seus artigos 6º, 7º e 10, a proibição da tortura e dos tratamentos ou penas cruéis, desumanas ou degradantes, bem como, recomenda a não utilização da pena de morte por considerá-la como resquício da função retributiva da pena. Informações disponíveis em <<http://portal.mj.gov.br>>. Acesso em 02 de abril de 2012. Sobre o mesmo tema: “quanto à pena de morte, percebe-se, nitidamente, que a sua admissão no Pacto representou uma espécie de compromisso provisório entre os Estado que ainda a mantêm e os que já a aboliram. [...] No que tange às penas degradantes ou cruéis, é geralmente admitido que entram nessa categoria todas as mutilações, tais como o decepamento da mão do ladrão, prescrito na sharia muçulmana, e a castração de condenados por crimes de violência sexual, constante de algumas legislações ocidentais. No tocante à pena de prisão generaliza-se, em todas as partes do mundo, a convicção de que ela só se legitima em casos excepcionais, e que ela deve, por conseguinte, ser substituída, na medida do possível, por outras formas penais, mas adaptadas à natureza do crime e à personalidade do criminoso”. COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 2007, p.297/301.

¹³⁸ “[...] pois, não é segredo que as condições carcerárias no Brasil são, em grande parte, deixadas ao abandono, gerando estabelecimentos infectos e lotados, sem qualquer salubridade, o que, na prática, não deixa de se configurar em autêntica crueldade. Cabe, pois, ao juiz da execução penal zelar para que o cumprimento da pena se faça de modo humanizado, podando os excessos causados pelas indevidas medidas tomadas por ocupantes de cargos no Poder Executivo, cuja atribuição é a construção e administração dos presídios”. NUCCI, Guilherme de Souza. **Individualização da Pena**, p. 41.

incide, inclusive, na fase de cumprimento de pena. “O princípio da humanidade não se limita a proibir a abstrata cominação e aplicação de penas cruéis ao cidadão livre, mas proíbe também a concreta execução cruel de penas legais ao cidadão condenado¹³⁹”.

Em que pese a Constituição Federal brasileira prever, dentre as garantias e direitos fundamentais do cidadão, expressamente, a proibição das penas e tratamento desumanos e degradantes não se ficou livre de legislações que procuram resgatar períodos em que tais direitos foram segregados: é o que aconteceu com o regime integralmente fechado imposto aos condenados por crimes hediondos de 1990 até 2007 (ano em que houve a alteração legislativa, porém, a declaração de inconstitucionalidade já havia ocorrido em 2006). No decorrer deste período perdurou no Brasil um sistema de cumprimento de penas que se pode classificar dentre um dos mais desumanos e cruéis que já vigoraram no país enquanto Estado Democrático de Direito¹⁴⁰.

A seguir demonstrar-se-á o contexto em que surgiu a legislação que proibia os condenados por crimes hediondos de progredirem de regime, bem como, os motivos que levaram o Supremo Tribunal Federal a reconhecer a inconstitucionalidade de tal dispositivo. Insta salientar que os argumentos desenvolvidos pelo Supremo foram argumentos de princípios (estes já explicitados acima) que na teoria da interpretação de Dworkin devem ser utilizados para a solução dos casos difíceis (assunto este que será enfrentado na parte II).

2 – O caminho percorrido pela legislação brasileira para a construção da possibilidade de reconhecimento da progressão de regime nos crimes hediondos.

¹³⁹ SANTOS, Juarez Cirino. **Direito Penal: parte geral**, p. 30.

¹⁴⁰ Em 29 de março de 2007 entrou em vigor a Lei nº 11.464 em que o artigo 2º da Lei nº 8.072/90 passou a vigorar com a seguinte redação: “§ 1º A pena por crime previsto neste artigo será cumprida inicialmente em regime fechado. § 2º A progressão de regime, no caso dos condenados aos crimes previstos neste artigo, dar-se-á após o cumprimento de 2/5 (dois quintos) da pena, se o apenado for primário, e de 3/5 (três quintos), se reincidente [...]”. Disponível em <www.planalto.gov.br>. Acesso em 10 de maio de 2012.

A Constituição Federal de 1988 estabeleceu no inciso XLII, do artigo 5º que “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 omitirem¹⁴¹”. Desta forma, firmou-se a necessidade de criação de regime jurídico diverso para os crimes denominados de hediondos¹⁴², pois, trata-se de uma norma de eficácia limitada¹⁴³, ou seja, que necessita de uma lei ordinária para discriminar quais são as condutas passíveis de serem consideradas hediondas.

O legislador ordinário elaborou, assim, a lei dos crimes hediondos (Lei nº 8.072/90) que passou a vigorar no dia 25 de julho de 1990 com o propósito de dar efetividade à previsão constitucional - nessa lei estão previstos quais crimes são considerados hediondos no artigo 1º¹⁴⁴. Porém, o objetivo primordial da nova lei já se encontrava expresso: endurecer o tratamento para aqueles que cometessem os crimes enumerados pela lei como hediondos. “Logo, a lei 8.072/90 teria nascido com o objetivo de elevar penas,

¹⁴¹ Disponível em: www.planalto.gov.br. Acesso em 23 de junho de 2012.

¹⁴² Assim, “crime hediondo no Brasil, não é o que se mostra repugnante, asqueroso, sórdido, depravado, abjeto, horroroso, horrível, por sua gravidade objetiva, ou por seu modo ou meio de execuções, ou pela finalidade que presidiu ou iluminou a ação criminoso, ou pela adoção de qualquer critério válido, mas o crime que, por um verdadeiro processo de colagem, foi rotulado como tal pelo legislador ordinário, uma vez que não em nível constitucional nenhuma linha mestra dessa figura criminoso”. MORAES, Alexandre. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**, p. 269. No mesmo sentido: NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis penais e processuais penais comentadas**, p. 605.

¹⁴³ As normas de eficácia limitada são aquelas que não produzem seus efeitos de imediato, tão logo a Constituição seja promulgada, necessitando, assim, de uma lei infraconstitucional. São conhecidas, também, como normas de aplicabilidade mediata ou reduzida.

¹⁴⁴ “São considerados hediondos os seguintes crimes, todos tipificados no Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, consumados ou tentados: I - homicídio (art. 121), quando praticado em atividade típica de grupo de extermínio, ainda que cometido por um só agente, e homicídio qualificado (art. 121, § 2º, I, II, III, IV e V); II - latrocínio (art. 157, § 3º, in fine); III - extorsão qualificada pela morte (art. 158, § 2º); IV - extorsão mediante seqüestro e na forma qualificada (art. 159, caput, e §§ 1º, 2º e 3º); V - estupro (art. 213, caput e §§ 1º e 2º); VI - estupro de vulnerável (art. 217-A, caput e §§ 1º, 2º, 3º e 4º); VII - epidemia com resultado morte (art. 267, § 1º). VII-A – (VETADO) VII-B - falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais (art. 273, caput e § 1º, § 1º-A e § 1º-B, com a redação dada pela Lei nº 9.677, de 2 de julho de 1998). Parágrafo único. Considera-se também hediondo o crime de genocídio previsto nos arts. 1º, 2º e 3º da Lei nº 2.889, de 1º de outubro de 1956, tentado ou consumado”. Disponível em <www.planalto.gov.br>. Acesso em 30 out.2011.

impedir benefícios e impor maior aspereza no trato com essa espécie de delinquência¹⁴⁵.

Dentre os dispositivos inovadores desta legislação, um deles destacou-se desde o princípio, passando a gerar grandes questionamentos e polêmicas: a impossibilidade dos condenados por crimes hediondos progredirem de regime, pois, em seu bojo previu uma nova forma de cumprimento da pena privativa de liberdade instituindo, assim, o regime “integralmente fechado” criando-se assim um subsistema específico¹⁴⁶.

O Brasil, por ter ratificado a Convenção Americana sobre Direitos Humanos em 1992, que dispôs em seu artigo 5º item 6 que “as penas privativas de liberdade devem ter por finalidade essencial a reforma e a readaptação social dos condenados¹⁴⁷”, não poderia ter introduzido em seu sistema jurídico norma que impeça a reinserção social dos apenados¹⁴⁸. O Estado possui vários mecanismos de controle social e dentre eles a imposição de uma sanção penal constitui-se na mais severa forma de exercer este controle conforme explica Heleno Cláudio Fragoso:

O sistema punitivo do Estado constitui o mais rigoroso instrumento de controle social. A conduta delituosa é a mais grave forma de transgressão de normas. A incriminação de certos comportamentos destina-se a proteger determinados bens e interesses, considerados de grande valor para a vida social. [...] O sistema punitivo do Estado destina-se, portanto, à *defesa social* na forma que essa defesa é entendida pelos que têm o poder de fazer as leis. Esse sistema opera através da mais grave sanção jurídica, que é a *pena*, juntamente com a medida de segurança, em casos especiais¹⁴⁹.

¹⁴⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis penais e processuais penais comentadas**, p. 594.

¹⁴⁶ “ZAFFARONI, Eugênio Raúl, BATISTA, Nilo, ALAGIA, Alejandro, SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal brasileiro: primeiro volume**. Rio de Janeiro: Revan, 2003, 2ª edição, pág. 323/324.

¹⁴⁷ Disponível em <www.pge.sp.gov.br>. Acesso em 27 out. 2011.

¹⁴⁸ Explicando que a adoção do regime integralmente fechado contraria a finalidade de ressocialização: “a execução integral da pena, em regime fechado, de acordo com o § 1º, do art. 2º, da Lei 8.072/90, contraria de imediato ao modelo tendente à ressocialização do delinquente e bem presta à pena um caráter exclusivamente expiatório ou retributivo, a que não se afeiçoam nem o princípio constitucional da humanidade da pena, nem as finalidades a ela atribuídas pelo Código Penal (art. 59) e pela Lei de Execução Penal (art. 1º). A oposição a um regime prisional de liberação progressiva do condenado e de sua preparação para uma vida futura em liberdade significa a renúncia ao único instrumento capaz de tornar racional e, desse modo, tolerável – pelo menos enquanto não for formulada uma outra resposta penal idônea a substituí-la – a pena privativa de liberdade e de justificar, até certo ponto, o próprio sistema penitenciário”. SILVA FRANCO, Alberto. **Crimes hediondos**. SP: RT, 2000, pág. 166/167.

¹⁴⁹ FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal**. A Nova Parte Geral. Rio de Janeiro: Forense, 1993, p. 275.

O § 2º do art. 2º da referida lei estabeleceu que “a pena por crimes previstos neste artigo será cumprida em regime integralmente fechado¹⁵⁰”. Ou seja, é necessário que se indague ao legislador ordinário se a Constituição Federal conferiu tamanha autorização para o estabelecimento do regime integralmente fechado aos crimes hediondos eliminando-se assim qualquer possibilidade de progressão de regime¹⁵¹.

Assim, esta análise perpassa, é evidente, pela verificação da existência de um núcleo essencial que funciona como limitador da atuação do Poder Legislativo. Ou seja, é perceptível que o legislador ordinário ao prever o cumprimento da pena para os crimes hediondos em regime integralmente fechado afetou de maneira considerável o núcleo essencial dos direitos fundamentais, mais precisamente os princípios constitucionais da individualização da pena, da legalidade e da humanidade (que emanam no princípio da dignidade da pessoa humana), que contêm em seu bojo a possibilidade de progressão de regime mediante o cumprimento de determinados requisitos. Explicando a existência do núcleo essencial nos direitos fundamentais e a sua importância no Estado Democrático de Direito seguem-se as considerações de Gilmar Mendes:

Independentemente da filiação a uma das teorias sobre a identificação desse conteúdo essencial, é certo que o modelo adotado na Lei nº. 8.072/90 faz tabula rasa do direito à individualização no que concerne aos chamados crimes hediondos. A condenação por prática de qualquer desses crimes haverá de ser cumprida integralmente em regime fechado. O núcleo essencial desse direito, em relação aos crimes hediondos, nos termos da disposição legal anteriormente vigente, é consideravelmente afetado. Na espécie, é certo que a forma eleita pelo legislador elimina toda e qualquer possibilidade de progressão de regime e, por conseguinte, transforma a idéia de individualização, enquanto aplicação da pena em razão de situações concretas, em maculatura¹⁵².

Visível que tal disposição (“regime integralmente fechado”) é contrária¹⁵³ ao princípio constitucional da individualização da pena, ao princípio

¹⁵⁰ Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em 14 de junho de 2012.

¹⁵¹ MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 561.

¹⁵² MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 561.

¹⁵³ Em sentido oposto: MORAES, Alexandre. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**, p. 272.

da legalidade ou da reserva legal e ao sistema progressivo¹⁵⁴ no qual está formulado todo o sistema de execução da pena (previsto no § 2º do art. 33 do Código Penal e no art. 112 da Lei nº 7.210/1984 – Lei de Execução Penal), bem como, à dignidade da pessoa humana.

Ou seja, apesar da existência de autorização constitucional para que lei ordinária dispusesse acerca dos denominados crimes hediondos, a Lei nº 8.072/1990 desrespeitou o sistema de cumprimento de penas vigente no país. Esse sistema é denominado de progressivo, pois, o sentenciado inicia o cumprimento da sua pena privativa de liberdade em um regime mais rigoroso e, gradativamente, passa a cumprir parte da sua pena em um regime menos rigoroso. Além disso, tornou impossível a efetivação da garantia constitucional da individualização da pena. “Nosso CP adotou um sistema progressivo, que se destina a estimular o bom comportamento do preso, mantendo a disciplina e a ordem nas prisões¹⁵⁵”. Nas palavras de Bianchini, Molina e Gomes:

A proibição da progressão de regime nos crimes hediondos viola claramente esse princípio da individualização da pena. A Constituição Federal mandou que o legislador estabelecesse critérios de individualização da pena. No caso da lei dos crimes hediondos o legislador bloqueou a atividade individualizadora do juiz. Isso significa afetar o núcleo essencial do direito. O legislador não pode agir dessa maneira¹⁵⁶.

Desta forma não há possibilidade de coexistência no sistema penal brasileiro, fundado no princípio da legalidade, de uma norma contrária ao pressuposto fundamental da execução da pena, qual seja, a possibilidade de progressão de regime.

¹⁵⁴ “Em consonância com o sistema progressivo adotado pela lei pátria aplicada a pena pelo juiz da sentença, deve ele, obedecendo aos critérios estabelecidos em lei, fixar o regime inicial de seu cumprimento. Durante a execução, porém, o condenado poderá ser transferido para regime menos severo se seu mérito indicar a progressão. A doutrina, em geral, sempre teve grandes dificuldades em aceitar a proibição da progressão nos chamados “crimes hediondos”. Nossa contrariedade à proibição da progressão é mais abrangente, pois, além de violar o sistema progressivo de cumprimento de pena e desprezar o objetivo ressocializador atribuído à sanção penal, e, por extensão, a individualização da pena, ignora a política criminal admitida e recomendada pelo Estado Democrático de Direito”. BITENCOURT, Cezar Roberto, **Tratado de Direito Penal: parte geral**, p. 491.

¹⁵⁵ FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal**. A Nova Parte Geral. Rio de Janeiro: Forense, 1993, p. 295.

¹⁵⁶ BIANCHINI, Alice. MOLINA, Antônio Garcia Pablos e GOMES, Luiz Flávio. **Direito penal: introdução e princípios fundamentais**, p. 402.

O princípio constitucional da individualização da pena é uma garantia conquistada pela sociedade e que faz parte do Estado Democrático de Direito em que se vive, em especial, encontra-se localizada na Constituição Federal como um dos corolários do princípio da dignidade da pessoa humana. Não há dúvidas de que este preceito que impossibilitou a progressão de regime, para todas as pessoas que cometem crimes hediondos, é inconstitucional por ferir esta garantia constitucional fato este que o legislador ordinário deixou de considerar quando da elaboração da referida lei. Muitos são os requisitos analisados pelo juiz de direito para fixar o regime inicial de cumprimento de pena.

O artigo 33¹⁵⁷ do Código Penal (Decreto-Lei nº 2.848 de 07 de dezembro de 1940) estabelece alguns critérios para que o juiz determine o regime inicial de cumprimento da pena e dentre eles destacam-se: a espécie de pena privativa de liberdade, a quantidade de pena recebida e o fato de o réu ser primário ou reincidente. Deverá o juiz, também, levar em consideração as circunstâncias do artigo 59 do Código Penal.

Ou seja, o juiz - após realizar toda a dosimetria da pena objetivando a viabilização do princípio constitucional da individualização da pena – deverá estabelecer o regime inicial de cumprimento da pena e não o regime único de cumprimento de pena. Analisando-se a lei dos crimes hediondos (Lei nº. 8.072/1990) verifica-se que o legislador ordinário atribuiu aos condenados por crimes hediondos um regime único de cumprimento de suas penas: o regime fechado. Desta forma, impede-se aos sentenciados a progressão de regime e, conseqüentemente, a possibilidade de individualizar-se a pena tanto na fase judicial como na fase de execução penal, pois,

¹⁵⁷ “A pena de reclusão deve ser cumprida em regime fechado, semi-aberto ou aberto. A de detenção, em regime semi-aberto, ou aberto, salvo necessidade de transferência a regime fechado. § 2º - As penas privativas de liberdade deverão ser executadas em forma progressiva, segundo o mérito do condenado, observados os seguintes critérios e ressalvadas as hipóteses de transferência a regime mais rigoroso: a) o condenado a pena superior a 8 (oito) anos deverá começar a cumpri-la em regime fechado;b) o condenado não reincidente, cuja pena seja superior a 4 (quatro) anos e não exceda a 8 (oito), poderá, desde o princípio, cumpri-la em regime semi-aberto;c) o condenado não reincidente, cuja pena seja igual ou inferior a 4 (quatro) anos, poderá, desde o início, cumpri-la em regime aberto.§ 3º - A determinação do regime inicial de cumprimento da pena far-se-á com observância dos critérios previstos no art. 59 deste Código”. Disponível em <www.planalto.gov.br>. Acesso em 30 out. 2011.

possibilitar ao condenado a progressão de regime significa a realização plena da dignidade da pessoa humana. Neste sentido Bitencourt:

Nossa contrariedade à proibição da progressão de regime é mais abrangente, pois além de violar o sistema progressivo de cumprimento de pena e desprezar o objetivo ressocializador atribuído à sanção penal, e, por extensão, a individualização da pena, ignora a política criminal admitida e recomendada pelo Estado Democrático de Direito¹⁵⁸.

Isso se deve ao fato, em especial, da adoção do sistema progressivo para a execução da pena expresso no parágrafo 2º, do artigo 33 do Código Penal: “[...] as penas privativas de liberdade deverão ser executadas em forma progressiva [...]” e, também, no artigo 112 da Lei nº 7.210/84: “a pena privativa de liberdade será executada em forma progressiva¹⁵⁹”.

O sistema progressivo da execução pena pretende oferecer ao sentenciado a possibilidade de, gradativamente, buscar, por méritos próprios, um regime de cumprimento de pena menos rigoroso e que o beneficie na busca pelo restabelecimento da sua vida em sociedade. “Como parte da individualização executória da pena, deve haver progressão de regime, forma de incentivo à proposta estatal de reeducação e ressocialização do sentenciado¹⁶⁰”. Tal determinação segue a orientação do princípio constitucional da individualização da pena que se estende, inclusive, à fase executória¹⁶¹.

Para progredir de regime, segundo o artigo 112 da lei de execução penal (Lei nº, 7.210/84), o agente deve ter cumprido, ao menos, 1/6 da pena no regime anterior e ostentar atestado de bom comportamento

¹⁵⁸ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**, p. 481.

¹⁵⁹ Disponível em: www.planalto.gov.br. Acesso em 14 de junho de 2012.

¹⁶⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. **Código penal comentado**, p. 321.

¹⁶¹ “É por isso que se pode afirmar que a individualização, provocada pelo sistema progressivo, possui as características próprias do tronco comum do processo individualizador que se inicia na atividade do legislador, passa pela ação do juiz e se finda, ao atingir o nível máximo de concreção, na execução penal. Excluir, portanto, o sistema progressivo, também denominado 'sistema de individualização científica', da fase de execução é impedir que se faça valer, nessa fase, o princípio constitucional da individualização da pena. Lei ordinária que estabeleça regime prisional único, sem possibilidade de nenhuma progressão, atenta, portanto, contra tal princípio, de indiscutível embasamento constitucional”. SILVA FRANCO, Alberto. **Crimes hediondos**, pág. 166.

carcerário emitido pelo diretor do estabelecimento penal em que se encontra detido.

Há duas espécies de pena privativa de liberdade: a reclusão e a detenção¹⁶². Aquela está reservada aos delitos que ofendem bens jurídicos mais relevantes para o Estado Democrático de Direito e significa que o réu poderá iniciar o cumprimento da sua pena em qualquer um dos três regimes previstos no Código Penal: fechado, semiaberto ou aberto. Os crimes cuja ofensa ao bem jurídico tutelado não seja tão relevante quanto o é na reclusão a lei comina a detenção que pressupõe que o condenado, de regra, não iniciará o cumprimento da sua pena no regime fechado e sim, apenas, nos regimes semiaberto ou aberto.

O sistema penal brasileiro está vinculado à fixação pelo juiz, no momento da sentença penal condenatória, de um dos três regimes previstos no Código Penal no parágrafo 1º, do artigo 33¹⁶³: fechado, semiaberto ou aberto. Dentre as características de cada um dos regimes destacam-se o local de cumprimento da pena: no regime fechado será na penitenciária, no regime semiaberto na colônia penal agrícola ou industrial e no regime aberto na casa de albergado ou em estabelecimento similar.

Assim, toda a individualização da pena pauta-se pela fixação do regime inicial de cumprimento de pena e pelo sistema progressivo que permite ao condenado à reinserção social. A Lei de Execução Penal (Lei nº 7.210/1984) “[...] previu fossem as penas privativas de liberdade executadas

¹⁶² Na redação original do Código Penal de 1940 havia previsão de diferenças objetivas entre a reclusão e a detenção: “O CP de 1940, prevendo as penas de reclusão e de detenção, fixava regime diferente para a primeira, que deveria iniciar-se por um isolamento facultativo, não superior a três meses, que era uma reminiscência do *solitary system*. Estabeleceu, também a nossa lei anterior, em sua redação original, que os reclusos deveriam cumprir pena separados dos detentos. Essas disposições nunca foram cumpridas. Havia também uma diferença de particular relevo: o condenado à pena de reclusão, em regra, não podia ser beneficiado com a suspensão condicional da pena (*sursis*), diversamente do condenado à pena de detenção, o que não era possível se se tratasse de condenado à pena de reclusão. [...] A pena de reclusão deve ser cumprida em regime fechado, semi-aberto ou aberto. A pena de detenção, em regime semi-aberto ou aberto, salvo necessidade de regressão a regime fechado”. FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal**: parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 1993, p. 294.

¹⁶³ Disponível em <www.planalto.gov.br> acesso em 30 de out. 2011.

em forma progressiva, segundo o mérito do condenado¹⁶⁴”. Assim, a lei dos crimes hediondos, ao prever a impossibilidade de progressão de regime, é inconstitucional por ferir explicitamente o princípio da individualização da pena¹⁶⁵.

A inconstitucionalidade da impossibilidade da progressão de regime ficou muito mais evidente com o advento da lei de tortura (Lei nº 9.455/97) que regulamentou o crime de tortura. Considera-se tortura “qualquer método de submissão de uma pessoa a sofrimento atroz, físico ou mental, contínuo e ilícito, para a obtenção de qualquer coisa ou para servir de castigo por qualquer razão¹⁶⁶”.

Ressalta-se que o crime de tortura é equiparado aos crimes hediondos conforme previsão constitucional, no inciso XLIII, do artigo 5º - “a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura [...] e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem¹⁶⁷”. A tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e o terrorismo são infrações penais que, na essência, são tão ou mais hediondas que os crimes descritos no rol do art. 1º da lei dos crimes hediondos (Lei 8.072/90), assim não há justificativa que possa ser suficiente para defender a impossibilidade de progressão de regime nos crimes hediondos.

A Constituição Federal estabeleceu, assim, a igualdade de tratamento entre os crimes hediondos e os crimes de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e terrorismo, pois, equiparou-os em relação à

¹⁶⁴ COSTA JR., Paulo José da Costa e COSTA, Fernando José da. Curso de Direito Penal, p. 206. Nesse mesmo sentido: BITENCOURT, Cezar Roberto. **Op. cit.**, p. 525/526.

¹⁶⁵ Nesse sentido: “por muitos foi apontada, com acerto, a inconstitucionalidade desse dispositivo legal, por ferir o princípio da individualização da pena, agasalhado expressamente no art. 5º, inciso XLVI, da Constituição Federal”. JR., Paulo José da Costa e COSTA, Fernando José da. **Op. cit.**, p. 206. Igualmente: “[...] somos contrários à imposição de qualquer tipo de *pena-padrão* ou *regime-padrão* (pelo legislador ou pelo juiz), já que tal situação não permite ao magistrado diferenciar réus e condenados, afetando, pois, a indispensável individualização da pena e de seu cumprimento”. NUCCI, Guilherme de Souza. **Código penal comentado**, p. 324.

¹⁶⁶ NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis penais e processuais penais comentadas**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 1004.

¹⁶⁷ Disponível em <www.planalto.gov.br> acesso em 14 de junho de 2012.

danosidade social¹⁶⁸ impossibilitando-se, assim, que o legislador ordinário previsse regime jurídico diferenciado para estes delitos.

Porém, no dia 07 de abril de 1997 passou a vigorar no Brasil a lei de tortura (Lei nº 9.455) que definiu os crimes de tortura e deu outras providências. Já em seu artigo 1º, parágrafo 7º, estabeleceu que “o condenado por crime previsto nesta Lei, salvo a hipótese do § 2º, iniciará o cumprimento da pena em regime fechado¹⁶⁹”.

A partir da vigência da referida lei iniciaram-se os debates acerca da inconstitucionalidade da impossibilidade de progressão de regime nos crimes hediondos precisamente pelo fato de que a Constituição Federal estabeleceu tratamento igualitário entre estes crimes e o de tortura. Assim, verifica-se com isso “a primeira fissura legislativa nessa hermética disciplina jurídica ocorreu com a Lei de Tortura (Lei nº 9.455/97), que passou a permitir a progressão de regime nos crimes de tortura¹⁷⁰”. No mesmo sentido explica Gilmar Ferreira Mendes:

De outro lado, a previsão da Lei nº. 9.455/97 quanto à possibilidade de progressão no crime de tortura (§ 7º do art, 1º), se não têm caráter revogatório da Lei nº 8.072/90, parece indicar, também, a desnecessidade da medida enquanto instrumento de combate à criminalidade. Como explicar, com algum grau de plausibilidade, que o crime de tortura, considerado de especial gravidade nos termos da Constituição, tal como os crimes hediondos (CF, art. 5º, XLIII) possa ter a progressão de regime expressamente admitida e os demais crimes considerados hediondos estejam excluídos desse benefício?¹⁷¹

A lei de tortura (Lei nº 9.455/97) estabeleceu novo tratamento para o cumprimento das penas possibilitando a progressão de regime, por certo, considerando-se a equiparação entre os crimes de tortura e os “crimes hediondos” dever-se-ia permitir a interpretação extensiva, inclusive, retroativamente¹⁷², pois, concedeu tratamento diferenciado e mais benéfico a

¹⁶⁸ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: parte geral**, p. 528.

¹⁶⁹ Disponível em <www.planalto.gov.br>. Acesso em 12 de janeiro de 2012.

¹⁷⁰ BIANCHINI, Alice. MOLINA, Antônio Garcia Pablos e GOMES, Luiz Flávio. **Direito penal: introdução e princípios fundamentais**, p. 402.

¹⁷¹ MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 564.

¹⁷² Explicando que não há uniformidade nos sistema penal com a coexistência da impossibilidade de progressão de regime nos crimes hediondos e a sua possibilidade para o

uma situação em que a própria Constituição Federal consignou tratamento uniforme.

Assim, com o advento dessa lei que previu que os condenados iniciem o cumprimento das suas penas no regime fechado trouxe um argumento inquestionável para fundamentar e sustentar a inconstitucionalidade da impossibilidade de progressão de regime nos crimes hediondos. Há um tratamento desuniforme, pois, de um lado está à impossibilidade de progressão de regime nos crimes hediondos e do outro o regime progressivo para o crime de tortura. “O ordenamento jurídico é composto por um sistema harmônico e racional de normas, eventuais e aparentes contradições devem encontrar solução adequada no próprio sistema, através das regras de hermenêutica [...]”¹⁷³.

Desta forma, determinante era saber se a proibição da progressão de regime nos crimes hediondos era inconstitucional ou não, especialmente, diante do tratamento que a lei conferiu ao crime de tortura. Nas palavras de Bianchini, Molina e Gomes:

Se a Constituição brasileira constitui um longo trilho por onde devem transitar todos os vagões da legislação infraconstitucional, a questão sempre foi saber se esse “vagão” da impossibilidade de progressão de regime (nos crimes hediondos) foi construído dentro ou fora do trilho. Constitui ou não mais um caso de antinomia da lei frente à Constituição?¹⁷⁴

Apesar da doutrina que, desde o advento da referida lei (§ 2º do art. 2º da Lei nº 8.072/90), corroborada pela possibilidade de progressão de regime nos crimes de tortura, sempre pregar a sua inconstitucionalidade os tribunais, em sua maioria, continuavam decidindo pela sua constitucionalidade deixando, assim, de conceder tratamento isonômico a referida questão. “Difusamente, alguns poucos juízes do país com base no princípio da

crime de tortura: “Não se pode ignorar, por outro lado, que a disciplina do cumprimento de pena constante dos dois diplomas legais é conflitante, ou, na linguagem que estamos utilizando, é desuniforme: de um lado proíbe a progressão de regime para os crimes hediondos, terrorismo (ainda não tipificado) e tráfico de entorpecentes (Lei nº 8.072/90); de outro lado, admite o regime progressivo para o crime de tortura (Lei nº 9.455/97). Contudo, como ordenamento jurídico é composto de um sistema harmônico e racional de normas, eventuais e aparentes contradições devem encontrar solução adequada no próprio sistema, através das regras de hermenêutica e dos princípios gerais do direito”. BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: parte geral**, p. 491.

¹⁷³ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: parte geral**, p. 528.

¹⁷⁴ BIANCHINI, Alice. MOLINA, Antônio Garcia Pablos e GOMES, Luiz Flávio. **Op. cit.**, 402.

razoabilidade (CF, art. 5º, LIV), flexibilizaram o texto legal para, em casos concretos, afastar o seu rigor¹⁷⁵.

Porém, estes posicionamentos constituíam-se em decisões isoladas, pois, o Supremo Tribunal Federal manteve seu posicionamento pela impossibilidade de progressão de regime nos crimes hediondos, ainda, que com o advento da lei que regulamentou o crime de tortura¹⁷⁶.

Objetivando sedimentar o seu posicionamento e por um fim às expectativas daqueles que aguardavam com ansiedade o reconhecimento da inconstitucionalidade do regime integralmente fechado, especialmente, após o advento da lei de tortura (Lei nº. 9.455/97), o Supremo Tribunal Federal, editou a súmula nº 698 com a seguinte redação “*não se estende aos demais crimes hediondos a admissibilidade de progressão no regime de execução da pena aplicada ao crime de tortura*”¹⁷⁷. Com esta súmula objetivou sepultar definitivamente qualquer esperança de manifestação favorável da Suprema Corte à possibilidade de progressão de regime nos crimes hediondos.

Sumulando o entendimento de que não havia possibilidade de progressão de regime nos crimes hediondos, o Supremo Tribunal Federal, ratificou o seu posicionamento de que estes crimes devem possuir tratamento diferenciado em relação ao crime de tortura, apesar, do conteúdo expresso no inciso XLIII, do artigo 5º, da Constituição Federal conceder tratamento uniforme para ambos os delitos.

O objetivo da edição da referida súmula foi cessar as discussões e debates acerca do tratamento isonômico concedido pela Constituição Federal - entre os crimes hediondos e o crime de tortura - que

¹⁷⁵ BIANCHINI, Alice. MOLINA, Antônio Garcia Pablos e GOMES, Luiz Flávio. **Op. cit.**, p. 402.

¹⁷⁶ “Tentou-se (sobretudo a partir de Cernicchiaro, no STJ) estender sua incidência para todos os crimes hediondos. Mas mais uma vez o STF trancou qualquer esperança de liberdade para os autores de crimes hediondos. Firmou jurisprudência no sentido de que a lei de tortura só se aplica à tortura. Assim, de um modo geral, entretanto, até 2004, seguiu-se a férrea posição do STF: crimes hediondos não permitem progressão de regime”. BIANCHINI, Alice. MOLINA, Antônio Garcia Pablos e GOMES, Luiz Flávio. **Op. cit.**, p. 402. Ressalta-se que somente em 2006 o Supremo Tribunal Federal declarou inconstitucional a impossibilidade de progressão de regime nos crimes hediondos tema este que será enfrentando na parte III deste trabalho.

¹⁷⁷ Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em 12 de dezembro de 2011.

ensejava um levante favorável à possibilidade de progressão de regime, também, nos crimes hediondos. Ou seja, o Supremo Tribunal Federal buscava, claramente, pacificar o seu entendimento e sepultar as esperanças de muitos que buscavam o reconhecimento da inconstitucionalidade do referido dispositivo.

Todo o sistema de execução da pena, no direito brasileiro, está vinculado ao sistema progressivo (conforme esclarece a Exposição de Motivos da Lei de Execução Penal¹⁷⁸), ou seja, a construção perpassa pelas funções da pena, em especial, a prevenção especial¹⁷⁹, buscando oferecer aquele que se encontra na fase de cumprimento de pena a possibilidade de, aos poucos, retomar o convívio em sociedade.

Antes da prevenção especial há a prevenção geral¹⁸⁰. “Característica do ordenamento jurídico que primeiro salta aos olhos é a sua finalidade preventiva: antes de punir, ou como punir, quer evitar o crime¹⁸¹”. Quando a prevenção geral falhar busca-se a prevenção especial. “Falhando essa ameaça ou esse apelo transforma-se a pena abstratamente cominada, com a sentença criminal, em realidade concreta, e passa, na fase de execução,

¹⁷⁸ “Fiel aos objetivos assinados ao dinamismo do procedimento executivo, o sistema atende não somente aos direitos do condenado, como também, e inseparavelmente, aos interesses da defesa social. O mérito do sentenciado é o critério que comanda a execução progressiva, mas o Projeto também exige o cumprimento de pelo menos um sexto do tempo de pena no regime inicial ou anterior. Com esta ressalva, limitam-se os abusos a que conduz a execução arbitrária das penas privativas de liberdade em manifesta ofensa aos interesses sociais. Através da progressão, evoluiu-se de regime mais rigoroso para outro mais brando (do regime fechado para o semiaberto; do semiaberto para o aberto)”. Disponível em <www.planalto.gov.br>. Acesso em 04 de janeiro de 2012.

¹⁷⁹ “O § 6º do art. 5º da Convenção Americana de Direitos Humanos estabelece que a finalidade essencial das penas privativas de liberdade deve ser a “reforma e a readaptação social dos condenados”. Em geral, podemos afirmar que estes objetivos são os de toda a prevenção especial penal que se dirija ao criminalizado”. ZAFFARONI, Eugênio Raúl e PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral**, p. 99.

¹⁸⁰ “La única manera de legitimar el poder punitivo reconociendo - o pasando por alto subestimando - la selectividad es apelando ao valor meramente simbólico de la pena y a su consiguiente funcionalidad como prevención geral positiva, pues ésta puede cumplirse aunque la pena opere em muy contados casos y hasta em ninguno respecto de ciertos delitos [...] Aunque suelen mostarse como desarrollos modernos y contemporâneos, lo cierto es que el valor simbólico de la pena y la prevención general positiva no lo son y menos aún son posmodernos, sino que las actuales tesis al respecto representan una vuelta a los discursos sustentados em el siglo XVI [...]”. ZAFFARONI, Eugenio Raul. **El enemigo em el derecho penal**. Buenos Aires: Ediar, 2009, p. 86.

¹⁸¹ TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**, p. 163.

a atuar sobre a pessoa do condenado¹⁸²". Nas palavras de Juarez Cirino explicando as duas dimensões da função da pena denominada de prevenção: a geral e a especial:

A execução do programa de prevenção especial ocorreria em duas dimensões simultâneas, pelas quais o Estado espera evitar crimes futuros do criminoso: por um lado, a prevenção especial negativa de segurança social através da neutralização (ou da inocuização) do criminoso, consistente na incapacitação do preso para praticar novos crimes contra a coletividade social durante a execução da pena; por outro lado, a prevenção especial positiva de correção (ou de ressocialização, ou de reeducação, etc.) do criminoso, realizada pelo trabalho de psicólogos, sociólogos, assistentes sociais e outros funcionários da ortopedia moral do estabelecimento penitenciário, durante a execução da pena¹⁸³.

Ou seja, o ordenamento jurídico brasileiro construiu todo o sistema de execução da pena fundando na progressividade, ou seja, é necessário que cada um dos réus (fase processual) ou condenado (fase executória) tenha a sua pena individualizada de acordo com critérios objetivos, pois, será através desta individualização que se conseguirá atingir os objetivos preconizados pelo princípio da dignidade da pessoa humana.

O princípio da individualização da pena e o sistema progressivo são complementares, pois, não há possibilidade de individualizar-se o cumprimento da pena sem que haja a possibilidade da progressão¹⁸⁴. É necessário que se tenha a consciência de que o sistema deve manter a cadência necessária para que através das normas busquem-se entendimentos capazes de corroborar a sistemática especificada na Constituição Federal, no Código Penal e na Lei de Execução Penal.

Desta feita é possível estabelecer-se que o ordenamento jurídico não pode afastar-se dos preceitos constitucionais, em especial, dos princípios previstos na Declaração dos Direitos (Constituição Federal): o

¹⁸² TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**, p.121.

¹⁸³ SANTOS, Juarez Cirino. **Direito Penal: parte geral**, pág. 459.

¹⁸⁴ "A proibição de progressão de regime nos crimes hediondos viola claramente esse princípio da individualização da pena. A Constituição Federal mandou que o legislador estabelecesse critérios de individualização da pena. No caso das leis dos crimes hediondos o legislador bloqueou a atividade individualizadora do juiz. Isso significa afetar o núcleo essencial do direito. O legislador não pode agir dessa maneira". BIANCHINI, Alice, **Direito penal: introdução e princípios fundamentais**, pág. 402. Em igual sentido: PRADO, Luiz Régis. **Curso de direito penal brasileiro**, parte geral, p. 512/513.

sistema é único e não é possível a convivência de decisões (e de leis) que estejam afastadas desta linguagem. Explicando a necessidade da cadência entre o Código Penal e a Constituição Federal:

O jurista estará capacitado a deduzir das relações lógico-formais entre o Código Penal e a Constituição um controle de “legitimidade” das normas do primeiro, baseado na subordinação; aqui se encontrará a teoria dos limites constitucionais. Porém, a mediação do texto constitucional – visto aqui como *grundnorm* – não deveria desobrigá-lo de levantar a inserção política e social do princípio examinado, como procedimento que não deve ser estranho à construção do saber jurídico¹⁸⁵.

Somente em 23 de fevereiro de 2006 o Supremo Tribunal Federal, julgando o Habeas Corpus nº. 82.959, proveniente de São Paulo, em que foi relator o Ministro Marco Aurélio (acompanhado pelos Ministros Carlos Britto, Cezar Peluso, Gilmar Mendes, Eros Grau e Sepúlveda Pertence), com voto histórico do Ministro Gilmar Mendes, reconheceu a inconstitucionalidade do parágrafo 1º, ao artigo 2º, da Lei nº 8.072/90 (lei dos crimes hediondos). Vencidos os Ministros Carlos Velloso, Joaquim Barbosa, Ellen Gracie, Celso de Mello e Nelson Jobim.

O principal argumento utilizado pelo Supremo Tribunal Federal para reconhecer a referida inconstitucionalidade foi o desrespeito ao princípio da individualização da pena¹⁸⁶. “Afastou-se o óbice legal para a progressão de regime nos crimes hediondos, entendendo-se que a lei feria o princípio constitucional da individualização da pena; cuidava-se [...] de “vagão” fora do trilho, logo, não possuía validade¹⁸⁷”.

¹⁸⁵ BATISTA, Nilo. Temas de direito penal. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1984, pag. 113/114. No mesmo sentido: “el derecho penal ocupa una posición de segundo rango em el ordenamiento jurídico, igual que el civil, el administrativo, etc. Por encima de él está el derecho constitucional, que establece las condiciones bajo las cuales el Estado Ebe ejercer el poder sancionador. Estas limitaciones son de dos clases: *formales*, es decidir, referidas a los aspectos exteriores, y *materiales*, referidas a su contenido”. BACIGALUPO, Enrique. **Principios de Derecho penal: parte general**, Madrid: Akal Ediciones, 1994, p.29.

¹⁸⁶ “Pensamos ter agido com integral acerto o Pretório Excelso, pois somos contrários à imposição de qualquer tipo de *pena-padrão* ou *regime-padrão* (pelo legislador ou pelo juiz), já que tal situação não permite ao magistrado diferenciar réus e condenados, afetando, pois, a indispensável individualização da pena e de seu cumprimento”. Em idêntico posicionamento: “dois aspectos fundamentais merecem destaque nesse julgamento tão esperado pela comunidade jurídica especializada: (a) o reconhecimento do *sistema progressivo* e da individualização da pena como direitos e garantias fundamentais, e (b) a eficácia *erga omnes* da declaração de inconstitucionalidade em *controle difuso ou aberto* (art. 102, I, a, CF), limitada pelo efeito *ex nunc*, é bem verdade”. BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: parte geral**, p. 529.

¹⁸⁷ BIANCHINI, Alice. MOLINA, Antônio Garcia Pablos e GOMES, Luiz Flávio. **Op. Cit**, p. 402.

O efeito concedido pelo Supremo à decisão, em controle difuso¹⁸⁸ de constitucionalidade, foi *erga omnes*. “Aplicou, por analogia, o disposto na lei nº 9868/99, artigo 27, que se refere a julgamento de hipóteses e *controle concentrado ou abstrato de constitucionalidade*¹⁸⁹”. Sobre o efeito *erga omnes* da decisão nas palavras de Gilmar Mendes:

A amplitude conferida ao controle abstrato de normas e a possibilidade de que se suspenda, liminarmente, a eficácia de leis ou atos normativos, com eficácia geral, contribuíram, certamente, para que se quebrantasse a crença na própria justificativa desse instituto, que se inspirava diretamente numa concepção de separação de poderes – hoje necessária e inevitavelmente ultrapassada. Se o Supremo Tribunal pode, em ação direta de inconstitucionalidade, suspender, liminarmente, a eficácia de uma lei, até mesmo de uma Emenda Constitucional, porque haveria a declaração de inconstitucionalidade, proferida no controle incidental, valer tão somente para as partes?¹⁹⁰

O que ocorreu, em verdade, foi a transcendência dos motivos determinantes, pois, o Supremo Tribunal Federal, que até então reconhecia a constitucionalidade do regime integralmente fechado fundado no argumento de que tal norma não significava ofensividade ao princípio da individualização da pena, pois, a Constituição Federal estabeleceu no art. 5º, inciso XLIII, a possibilidade de tratamento diferenciado aqueles que praticarem um crime hediondo, considerou que o legislador ordinário está autorizado a estabelecer um tratamento mais gravoso para os crimes hediondos, porém, não poderá submeter os que cometem crimes hediondos à impossibilidade de individualizarem-se às suas penas.

¹⁸⁸ “Também conhecido como controle por via de exceção ou defesa, caracteriza-se pela permissão a todo e qualquer juiz ou tribunal realizar no caso concreto a análise sobre a compatibilidade do ordenamento jurídico com a Constituição Federal. A idéia do controle de constitucionalidade realizado por todos os órgãos do Poder Judiciário nasceu no caso Madison versus Marbury (1803) em que o juiz Marshall da Suprema Corte Americana afirmou que é próprio da atividade jurisdicional interpretar e aplicar a lei. E ao fazê-lo, em caso de contradição entre a legislação e a Constituição, o tribunal deve aplicar esta última por ser superior a qualquer lei ordinária do Poder Legislativo. [...] No Brasil, a possibilidade de controle difuso de constitucionalidade existe desde a primeira Constituição Republicana de 1891. [...] Ressalte-se, ainda, que o Supremo Tribunal Federal, sob inspiração norte-americana, nasceu com o papel de intérprete máximo da Constituição republicana, e o controle difuso de constitucionalidade instalou-se de forma efetiva no Brasil, com a Lei Federal nº. 221, de 1894, que concedeu competência aos juízes e tribunais para apreciarem a validade das leis e regulamentos e deixarem de aplicá-las aos casos concretos, se fossem manifestamente inconstitucionais”. MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2011, p. 742.

¹⁸⁹ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: parte geral**, p. 530.

¹⁹⁰ MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade**, p. 266.

Podem-se enumerar os motivos determinantes da decisão histórica do Supremo que reconheceu a inconstitucionalidade do regime integralmente fechado para os crimes hediondos. Inicialmente o Supremo entendia que o regime integralmente fechado era constitucional, pois, o princípio da individualização da pena não se aplicava na fase executória e, além disso, entendia que a Constituição Federal havia previsto a possibilidade de que os crimes hediondos recebessem tratamento diferenciado e, conseqüentemente, inexistiam determinações acerca da proibição da imposição de um regime integralmente.

Posteriormente, houve a superação deste entendimento caracterizando-se, assim, a transcendência dos motivos determinantes. Desta forma, passou a entender que havia ofensa ao princípio constitucional da individualização da pena e ao princípio da dignidade da pessoa humana, pois, o sistema penal é caracterizado pela possibilidade de progressão e em caso de impedimento há ofensa à dignidade. Ou seja, a Constituição Federal especificou sim a possibilidade de que os crimes hediondos recebam tratamento diferenciado em relação aos demais crimes, porém, não se trata de uma carta em branco para o legislador ordinário e sim que este imponha regras que estejam em conformidade com o sistema.

Os processos que ainda se encontram em fase de julgamento (seja em primeiro grau ou em fase recursal) também podem ser atingidos por esta decisão e os réus beneficiados pela progressão de regime após a verificação do preenchimento dos requisitos pelo juiz de direito. Também a presente decisão concedeu ao julgado efeito *ex nunc*, ou seja, sem possibilidade de atingir os fatos já julgados anteriormente, ou seja, nunca retroage. A declaração de inconstitucionalidade do regime integralmente fechado para os crimes hediondos gerou efeitos para todos os casos (que deverão ser apreciados individualmente, ou seja, caso a caso), exceto, para aqueles cujas penas já estiverem extintas.

Com este julgado, após um longo período de análises acerca da constitucionalidade ou da inconstitucionalidade do regime integralmente fechado para os crimes hediondos¹⁹¹, o Supremo Tribunal reconheceu o tratamento uniforme dado pela Constituição Federal aos crimes hediondos e ao crime de tortura autorizando, assim, a progressão de regime e declarando a inconstitucionalidade do parágrafo 2º, do artigo 1º, da Lei 8.072/90 pela ofensa, explícita, ao princípio constitucional da individualização da pena e à dignidade da pessoa humana:

Repetindo um provecto refrão popular diríamos: água mole em pedra dura tanto bate até que fura! Quantas celeumas, quantas discussões em torno da (im)possibilidade de progressão de regime nos crimes hediondos. Finalmente o STF reconheceu mais um “vagão” inconstitucional fora do trilho. A proibição da progressão de regime é nada mais nada menos que expressão do Direito Penal do inimigo (de Jakobs), que sustenta a tese de que alguns criminosos devem ser tratados não como cidadãos, sim, como inimigos. Também o legislador ordinário passou a admitir essa progressão, nos termos da Lei 11.464/2007¹⁹².

Posteriormente, minimizando, definitivamente, os efeitos causados pelo parágrafo 2º, do artigo 1º, da Lei nº 8.072/90, e seguindo a orientação do Supremo Tribunal Federal entrou em vigor a Lei nº 11.464 no dia 29 de março de 2007, sepultando, definitivamente o referido dispositivo.

Assim, o artigo 2º da lei dos crimes hediondos (Lei nº 8.072/90) passou a vigorar com a seguinte redação em seu parágrafo 1º: “a pena por crime previsto neste artigo será cumprida inicialmente em regime fechado¹⁹³”. Já seu parágrafo 2º passou a conter a seguinte redação: “a progressão de regime, no caso dos condenados aos crimes previstos neste artigo, dar-se-á após o cumprimento de 2/5 (dois quintos) da pena, se o apenado for primário, e de 3/5 (três quintos), se reincidente¹⁹⁴”.

¹⁹¹ Nesse sentido: “somente após dezesseis anos de vigência do nefasto regime fechado integral é que o Pleno do Supremo Tribunal Federal [...] declarou a sua inconstitucionalidade. E, aqui, há uma curiosidade que merece registro: o writ foi impetrado pelo próprio paciente que se encontrava preso, o pastor Oséas de Campos, [...] tendo postado a petição de habeas corpus ao STF com um selo postal reutilizado”. DELMANTO, Celso. **Código Penal Comentado**, p. 212.

¹⁹² BIANCHINI, Alice. MOLINA, Antônio Garcia Pablos e GOMES, Luiz Flávio. Op. cit., p. 403.

¹⁹³ Disponível em <www.planalto.gov.br>. Acesso em 12 de junho de 2012.

¹⁹⁴ Disponível em <www.planalto.gov.br>. Acesso em 12 de junho de 2012.

Esta lei está em sintonia com a decisão do Supremo Tribunal Federal e com o princípio constitucional da individualização da pena, da legalidade, da humanidade, da proporcionalidade e da dignidade da pessoa humana, pois, permite ao julgador escolher a sanção justa para cada réu de acordo, é claro, com os padrões previamente fixados pelo legislador. Foi desta forma que a nova lei agiu, ou seja, estabeleceu parâmetros para que o juiz possa escolher a sanção sem, no entanto, determinar padronizações que sempre são indesejáveis e nefastas, especialmente, em matéria penal.

Além disso, a nova lei fixou prazos diversos para a progressão de regime. O artigo 112 da Lei de Execução Penal (Lei 7.210/84) estabelece que o réu deverá cumprir, ao menos, 1/6 da pena, no regime anterior, para que possa pleitear a progressão de regime. A redação determinada pela nova lei, além de autorizar a progressão de regime, trouxe os prazos de 2/5 – se réu primário – e 3/5 – se réu reincidente ressalvado, é evidente, a necessidade de Atestado de Bom Comportamento Carcerário emitido pelo diretor do estabelecimento em que se encontra recolhido.

Ressalta-se que em obediência aos artigos 2º e 4º do Código Penal e inciso XL, do artigo 5º, da Constituição Federal e conforme já exposto anteriormente, a lei penal só poderá retroagir em benefício do réu, assim, os novos prazos para a progressão de regime somente se aplicam aos réus que tenham cometido crimes hediondos após 29 de março de 2007. A nova redação trouxe prazos maiores e é esta a razão segundo a qual estes prazos não se aplicam retroativamente. Sendo assim, aos réus que tenham praticado crimes hediondos anteriormente a 29 de março de 2007 aplica-se a fração de 1/6 prevista no art. 112 da lei de execução penal (lei nº. 7210/84) para a progressão de regime.

Desta feita, é visível que esta lei trouxe duas inovações para os crimes hediondos: (a) instituiu o regime inicialmente fechado e (b) alterou os prazos para progressão de regime. Ou seja, é “absolutamente lógico: as infrações penais consideradas hediondas e outras a estas equiparadas

precisam ter um tratamento legislativo diferenciado, mais rigoroso, sem, no entanto, ofender-se preceito constitucional¹⁹⁵”.

Com o estudo dos principais princípios constitucionais (individualização da pena, legalidade, proporcionalidade e humanidade – dignidade da pessoa humana) que foram utilizados pelo Supremo Tribunal Federal como argumento para reconhecer a inconstitucionalidade do regime integralmente fechado para os crimes hediondos e com a análise do caminho percorrido pela legislação passar-se-á, na parte II, a compreender a teoria desenvolvida por Ronald Dworkin.

O objetivo do estudo nesta primeira parte foi demonstrar, com clareza e objetividade, os argumentos que são capazes de sustentar, no Estado Democrático de Direito Brasileiro, o sistema desenvolvido por Dworkin denominado de direito como integridade. Para a construção do direito como integridade é necessário que os precedentes judiciais desenvolvam-se a partir da idéia de um romance que é escrito pelos juízes mantendo-se a coerência e a racionalidade com as decisões anteriores, bem como, com todo o sistema. Na parte II demonstrar-se-á o mecanismo desenvolvido por Ronald Dworkin para a busca de coerência no sistema jurídico, em especial, quando se trata da análise e solução de casos difíceis.

¹⁹⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis penais e processuais penais comentadas**, p. 607.

Parte II

O Direito como Integridade: a formação de um romance em cadeia através do sistema de precedentes judiciais no Estado Democrático de Direito brasileiro

Este capítulo objetiva expor, a partir da teoria dos precedentes judiciais idealizada por Ronald Dworkin, como o Poder Judiciário passou a ter um importante papel na solução dos casos difíceis¹⁹⁶ (citam-se como exemplos: a interrupção de fetos anencéfalos, a progressão de regime nos crimes hediondos, as pesquisas de células-tronco, a demarcação de terras indígenas, a união homoafetiva) nos últimos anos.

Com a compreensão da teoria desenvolvida por Ronald Dworkin passar-se-á a compreender a necessidade de encontrar-se um critério capaz de conferir ao poder Judiciário coerência e racionalidade às suas decisões. Assim, verificar-se-á que a tese do direito como integridade poderá ser aplicada ao sistema judiciário brasileiro para que as decisões do Supremo Tribunal Federal sejam escritas como um romance cadeia em que a análise dos precedentes judiciais é imprescindível seja mantê-los ou para superá-los.

Assim, os tribunais precisam posicionar-se sobre os casos difíceis¹⁹⁷. A tarefa de dizer o direito e de realizar a leitura moral dos direitos e garantias fundamentais constitui-se em um dos papéis mais relevantes no contexto da sociedade atual. Ou seja, compete ao poder Judiciário a complexa tarefa de aplicar o direito ao caso concreto: “um juiz que não é pressionado pelas demandas da maioria política, que gostaria de ver seus interesses

¹⁹⁶ “Esta questão da originalidade judicial evidencia-se nos casos em que as regras existentes parecem indeterminadas, ambíguas, ou, mesmo, em que nenhuma regra, explicitamente, parece disponível; isto é, nos chamados casos difíceis (*hard cases*) onde, tradicionalmente, opera-se a discricionariedade do juiz”. CHUEIRI, Vera Karam de. **Filosofia do Direito e modernidade**: Dworkin e a possibilidade de um discurso instituinte de direitos. Curitiba: J.M., 1995, p. 77

¹⁹⁷ “Os casos difíceis se apresentam, para qualquer juiz, quando sua análise preliminar não fizer prevalecer uma entre duas ou mais interpretações aceitáveis, perguntando-se qual delas apresenta em sua melhor luz, do ponto de vista da moral política, a estrutura das instituições e decisões da comunidade – suas normas públicas como um todo”. DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**, p.306.

protegidos pelo direito, encontra-se, portanto, em uma melhor posição para avaliar o argumento¹⁹⁸. Nas palavras de Luiz Roberto Barroso:

[...] decisões judiciais são influenciadas por fatores múltiplos. Tribunais não são guardiães de um direito que não sofre o influxo da realidade, das maiorias políticas e dos múltiplos atores de uma sociedade plural. [...] E o Supremo Tribunal Federal, como a generalidade das cortes constitucionais, não vive fora do contexto-político institucional sobre o qual a sua atuação repercute. Diante disso, o papel e as motivações da Corte sofrem a influência de fatores como, por exemplo: a preservação e, por vezes, a expansão de seu próprio poder; a interação com outros Poderes, instituições ou entes estatais; e as consequências práticas de seus julgados, inclusive e notadamente, a perspectiva de seu efetivo cumprimento¹⁹⁹.

A cada dia a importância do poder Judiciário na solução de conflitos faz-se mais necessária. Isso se deve ao fato de que as relações humanas tornaram-se tão complexas que apenas a intervenção do Poder Legislativo já não é mais suficiente, pois, tornou-se tarefa das mais difíceis prever nas normas jurídicas todos os conflitos que emergem da sociedade²⁰⁰.

O poder Judiciário tem passado por grandes transformações nos últimos anos no estado brasileiro, em especial, o Supremo Tribunal Federal. Talvez esta mudança perpasse, justamente, pelo próprio tribunal e pelos seus ministros que vem buscando a redução dos casos de atuação do Supremo. É o que se verifica com a Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro 2004, a súmula vinculante e os casos de repercussão geral. Ou seja, a busca do Supremo Tribunal Federal é pela redução dos casos julgados para que a Corte aproxime-se do modelo do *commow law* privilegiando os casos denominados como difíceis²⁰¹.

¹⁹⁸ DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 134.

¹⁹⁹ BARROSO, Luis Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 431.

²⁰⁰ Cita-se como exemplo a decisão do Supremo Tribunal Federal que reconheceu, por unanimidade de votos, a união estável para casais do mesmo sexo, no dia 05 de maio de 2011. “Para o ministro Ayres Britto, atual presidente do STF e relator das duas ações (ADI 4277 e ADPF 132) que discutiam o tema, da mesma forma que a Constituição proíbe a discriminação das pessoas em razão da sua espécie masculina ou feminina, o faz em função da respectiva preferência sexual”. Disponível em <www.stf.jus.br>. Acesso em 06 de julho de 2012.

²⁰¹ Basta verificar o número de julgamentos realizados pelo Supremo Tribunal Federal. Em 1940 foram 1.807. Em 1950: 3.371. Em 1960: 5.747. Em 1970: 6.486. Em 1980: 9.007. Em 1990: 16.449. Em 2000: 86.138. Em 2005: 103.700. Em 2010: 103.869. Em 2011: 97.380. Disponível em <www.stf.gov.br>. Acesso em 17 de dezembro de 2011.

Sendo assim, Dworkin defende que os tribunais precisam posicionar-se sobre casos difíceis²⁰². A tarefa de dizer o Direito e de realizar a leitura moral dos direitos e garantias fundamentais constitui-se em um dos papéis mais relevantes no contexto da sociedade atual. Desta forma, este importante papel não pode ter como destinatário, apenas, o Poder Legislativo. Inevitavelmente os conflitos tornarem-se mais comuns, o acesso à informação e a multiculturalidade também propiciaram o surgimento de situações que o legislador, por mais cauteloso que seja, não consegue prever.

Dworkin defende que o Poder Judiciário detém as características ideais para decidir sobre casos polêmicos. Os tribunais não estão imunes às pressões e as dificuldades do dia a dia, porém, conseguem decidir com mais imparcialidade do que o Poder Legislativo. O Poder Legislativo é o destinatário de todas as pressões que surgem da sociedade e do próprio governo. Dworkin sustenta que deixar os casos difíceis para que os tribunais decidam não afetará a democracia, muito pelo contrário, fortalece-a. O sistema idealizado por Dworkin poderá solucionar, inclusive, os casos difíceis como explica Daniela Ikawa:

Nessa linha, o sistema abrange não apenas direitos, deveres e princípios históricos, emanados tanto de leis escritas quanto de precedentes, mas também aqueles que decorrem da aplicação de princípios convencionais ou não convencionais de justiça. É por não se restringir ao aspecto histórico ou institucional que abarca mesmo os casos difíceis²⁰³.

Isso não significa que o poder Judiciário possa tomar o papel do Poder Legislativo, ou seja, o judiciário não foi eleito pelo povo e, portanto, não possui legitimidade para decidir sobre o que melhor interessa para a sociedade, mas, possui legitimidade plena para proteger, eficazmente, os direitos e as garantias fundamentais previstas na Constituição Federal de

²⁰² Sobre o que é um caso difícil vide DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**, p.306. Explicando como os juízes devem agir diante de casos difíceis: “assim, impera a moralidade pessoal do juiz – enquanto membro de uma instituição que comporta uma teoria política – através da sua argumentação baseada em princípios e a moralidade institucional contida no precedente. Ambas constituem-se em ingredientes indispensáveis para o julgamento político dos juízes”. CHUEIRI, Vera Karam de. **Filosofia do Direito e modernidade**: Dworkin e a possibilidade de um discurso instituinte de direitos, p. 77.

²⁰³ IKAWA, Daniela R. Hart, Dworkin e discricionariedade, p. 09.

1988²⁰⁴. Explicando como ocorre a atuação criativa do poder Judiciário sem que isso signifique intervir na esfera de competência do poder Legislativo Luis Roberto Barroso:

A Constituição não pode pretender ocupar todo o espaço jurídico em um Estado democrático de direito. Respeitadas as regras constitucionais e dentro das possibilidades de sentido dos princípios constitucionais, o Legislativo está livre para fazer as escolhas que lhe pareçam melhores e mais consistentes com os anseios da população que o elegeu. O reconhecimento de que juízes e tribunais podem atuar criativamente em determinadas situações não lhe dá autorização para se sobrepor ao legislador, a menos que esse tenha incorrido em inconstitucionalidade. Vale dizer: havendo lei válida a respeito, é ela que deve prevalecer. A preferência da lei concretiza o princípio da separação de poderes, da segurança jurídica e da isonomia²⁰⁵.

Assim, esses casos chegarão até os tribunais que deverão, invariavelmente, posicionar-se acerca de um determinado tema, pois, provocados que foram pela sociedade para a realização criativa de proteção dos direitos e garantias fundamentais. Para Mauro Cappelletti este é um dos grandes marcos divisórios entre o sistema do *common law* e do *civil law*, ou seja, o número de processos julgados e de decisões proferidas pelas Cortes nos sistemas do *common law* e do *civil law* e, em especial, nas Cortes dos Estados Unidos da América e na House of Lords do direito inglês é infinitamente inferior ao número de casos julgados pelas cortes constitucionais dos países que adotam o sistema do *civil law*²⁰⁶:

²⁰⁴ “Nessa linha, as decisões judiciais estão preocupadas principalmente com direitos individuais ou de grupo e não com a delimitação do bem comum, papel a ser deixado ao sistema político-democrático. Estão preocupadas, por fim, com princípios de justiça que levem em consideração o indivíduo, tornando necessária a análise do futuro e não unicamente do passado, na figura dos precedentes”. IKAWA, Daniela R. Hart, Dworkin e discricionariedade. *Lua Nova*, n. 61, 2004. Disponível em <<http://www.scielo.br/pdf/ln/n61/a06n61.pdf>>. Acesso em 17 de fevereiro de 2012, p.104.

²⁰⁵ BARROSO, Luis Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 444/445.

²⁰⁶ “Um instituto como o *writ of certiorari* que concede às cortes dos Estados Unidos e de outros países do “*Common Law*”, um poder semelhante de escolha, é, portanto excluído enquanto contrário à aquele princípio tradicional. E se mostra significativo que recente tentativa ocorrida na Alemanha com vistas a atribuir ao *Bundesgerichtshof* poder em alguma medida análogo tenha sido considerada inconstitucional pelo Tribunal Constitucional Federal”. CAPPELLETTI, Mauro. **Juizes legisladores?** Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Fabris, 1993, p. 118.

[...] Tradicionalmente nos países de “*Civil Law*”, pois radicado em multicentenária história de desconfiança na discricionariedade dos poderes públicos, e do judiciário em particular. Esse princípio tende a excluir a possibilidade de os tribunais superiores recusarem-se a decidir todos os recursos regularmente levados ao seu julgamento, escolhendo decidir, apenas, aqueles que suscitam questões de maior relevância geral e pareçam de maior gravidade à Corte. Decorre disso que, em princípio, as cortes superiores da Europa continental, encontram-se afogadas por um grande número de recursos por decidir, daí resultando também o grande número de juízes e a pluralidade das seções. As decisões anualmente emitidas contam-se por milhares, quando não por dezenas de milhares. Mostra-se óbvio que tão elevado número de decisões compromete inevitavelmente a qualidade, esmero e coerência dos pronunciamentos e, em última análise, a própria autoridade da jurisprudência daqueles tribunais²⁰⁷.

Em conformidade com a teoria da interpretação desenvolvida por Dworkin faz-se necessária a criação de um mecanismo capaz de garantir coerência e racionalidade ao sistema que, conseqüentemente, gerará a sensação de segurança jurídica. Assim, a adoção pelos tribunais da doutrina dos precedentes justifica-se, principalmente, para garantir à comunidade o respeito à integridade, à uniformidade, aos costumes, aos princípios gerais do direito e à equidade concedendo-se, assim, a segurança jurídica com a busca da moralidade política. E para Dworkin quem deve realizar a leitura moral²⁰⁸ dos direitos e garantias fundamentais é o Poder Judiciário. Nas palavras de Dworkin:

A leitura moral, assim, insere a moralidade política no próprio âmago do direito constitucional. Mas a moralidade política é intrinsecamente incerta e controversa; por isso, todo sistema de governo de incorpora tais princípios às suas leis tem de decidir quem terá autoridade suprema para compreendê-los e interpretá-los. No sistema norte-americano atual, essa autoridade cabe aos juízes e, em última instância, aos juízes da Suprema Corte.²⁰⁹

Dworkin não defende a estagnação, ou seja, a preocupação de que a sua teoria poderá levar ao engessamento do Poder Judiciário ou que a

²⁰⁷ CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Fabris, 1993, p. 117-119.

²⁰⁸ O direito como integridade pede que os juízes admitam, na medida do possível, que o direito é estruturado por um conjunto coerente de princípios sobre a justiça, a equidade e o devido processo legal adjetivo, e pede-lhes que os apliquem nos novos casos que se lhes apresentem, de tal modo que a situação de cada pessoa seja justa e equitativa segundo as mesmas normas. Esse estilo de deliberação judicial respeita a ambição que a integridade assume, a ambição de ser uma comunidade de princípios. A integridade não recomenda o que seria perverso, que deveríamos todos ser governados pelos mesmos objetivos e estratégias políticas em todas as ocasiões. DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**, p. 291.

²⁰⁹ DWORKIN, Ronald. **O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana**. p. 02.

sociedade já saberá antecipadamente como o tribunal irá pronunciar-se são argumentos facilmente atacáveis. A sua teoria objetiva, justamente o contrário, ou seja, que o tribunal decida, se necessário, contrariamente às decisões anteriores, mas, que busque nos precedentes os princípios que permearam esses julgados a fim de que se possa garantir a racionalidade, a coerência, a integridade e a segurança jurídica, ainda, que haja a superação de um precedente.

Assim, o estudo da equidade, dos princípios gerais do direito e da coerência nas decisões judiciais é essencial para a obtenção da integridade do direito, pois, estes princípios são capazes de sustentar os veredictos que se baseiam em precedentes judiciais.

1 - A realização da leitura moral dos direitos e garantias fundamentais e a sua compatibilização com o sistema do *judicial review* no âmbito do direito brasileiro.

O sistema baseado na *judicial review* significa a possibilidade do controle da constitucionalidade ser exercido pelo Poder Judiciário ou por uma Corte Superior. Nos países em que vigora o sistema do *civil law* o Poder Legislativo assume a máxima autoridade, em especial, naqueles em que as Constituições foram elaboradas após um longo período de estagnação sob a influência de regimes autoritários e antidemocráticos restabelecendo-se assim, o regime democrático²¹⁰. Nesses países impera a tradição legislativa o que não significa que vigora a supremacia do legislativo e sim que o direito decorre do texto escrito. “O direito em vigor nas Nações latinas e latino-americanas, assim também como no restante da Europa continental, funda-se, primordialmente, em enunciados normativos elaborados através de órgãos legislativos próprios²¹¹”.

²¹⁰ “Cabe, nesse sentido, distinguir dois tipos de ordenamento jurídico, o da *tradição romanística* (nações latinas e germânicas) e o da tradição anglo-americana (*common law*). A primeira caracteriza-se pelo primado do processo legislativo, com atribuição de valor secundário às demais fontes do direito. A tradição latina ou continental (*civil law*) acentuou-se especialmente após a Revolução Francesa, quando a lei passou a ser considerada como a única expressão autêntica da Nação, da vontade geral”. REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 142.

²¹¹ REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 142.

Já nas nações em que o sistema vigente é o *common law*—Inglaterra, Estado Unidos, Nova Zelândia – o direito é revelado pela análise dos costumes, dos princípios gerais do direito e da equidade. Assim, o direito revela-se muito mais pelos usos e costumes reconhecidos pelos tribunais do que pelo trabalho realizado pelo Parlamento (porém, isso não significa que não se fale em Supremacia do Parlamento), ou seja, perfilha-se em precedentes judiciais²¹².

O sistema brasileiro foi influenciado pelas tradições romanísticas, ou seja, pela adoção da codificação, pelo sistema do *civil law*, em que a lei descende do Poder Legislativo. Um dos grandes movimentos codificadores ocorreu na França, com a Revolução Francesa²¹³, em que os direitos fundamentais, reconhecidos como aqueles naturais ao indivíduo, foram efetivamente reconhecidos, tornando-os imutáveis, imprescritíveis e eternos. “A Revolução Francesa consagrou politicamente um conjunto de princípios perfeitamente estruturados, sob a égide do jusnaturalismo racionalista dos séculos XVII e XVIII²¹⁴”.

O grande objetivo foi, realmente, a codificação, pois, para os revolucionários, todas as legislações anteriores eram imperfeitas, imprecisas e inacabadas, pois, originavam-se do poder soberano (Estado absolutista) e, assim, era necessário que essas normas fossem reconstruídas buscando-se no Estado e no direito natural a sua fonte precípua.

²¹² Explicando o sistema do *common law*: “[...] Temos a tradição dos povos anglo-saxões, nos quais o Direito se revela muito mais pelos usos e costumes e pela jurisdição do que pelo trabalho abstrato e genérico dos parlamentos. Trata-se, mais propriamente, de um Direito misto, costumeiro e jurisprudencial. Se, na Inglaterra, há necessidade de saber-se o que é lícito em matéria civil ou comercial, não há um código de comércio ou civil que o diga, através de um ato de manifestação legislativa. O Direito é, ao contrário, coordenado e consolidado em precedentes judiciais, isto é, segundo uma série de decisões baseadas em usos e costumes prévios”. REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 142.

²¹³ Ver: BARROSO, Luis Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 47.

²¹⁴ COELHO, Luís Fernando. **Lógica jurídica e interpretação das leis**. Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 225.

O Código Civil francês, elaborado por uma comissão de juristas, presidida por Napoleão Bonaparte, é um clássico exemplo de adoção da norma como única fonte legislativa e representa a busca do estado francês pela segurança decorrente da codificação. Após revoluções e um grande período de incertezas buscou-se na codificação dos direitos fundamentais a tão almejada segurança jurídica conforme explica Luís Fernando Coelho:

O Código Civil representou para o pensamento francês daquela época a concretização desse ideal jusnaturalista. [...] Era tido como o código do universo civilizado [...] ali se achava o resumo da moral do mundo, era a carta da moral imperecível, do direito civil, que tanto servia de regra para a França como de modelo para todas as Nações do mundo. Era, pois o código imortal²¹⁵.

É neste contexto que surge a Escola da Exegese em que a lei é considerada a única fonte possível do direito. Não se utilizam como fontes o costume, os princípios gerais do direito ou a equidade. Ao intérprete compete, apenas, repetir o que já está expresso na norma, ou seja, é o predomínio da interpretação literal ou gramatical em que o intérprete torna-se “escravo da lei”. A fidelidade ao texto legal é pressuposto necessário de todas as decisões judiciais. É o culto à lei e ao rigor excessivo do seu texto e do seu significado. A escola da exegese assume uma postura “ultralegalista e a consequência mais relevante desse espírito é que toda a solução jurídica não seria mais do que a conclusão de um silogismo, onde a premissa maior é a lei, e a menor o enunciado do caso concreto²¹⁶”. Nas palavras de Mauro Cappelletti compreende-se o significado do formalismo para o direito:

Em todas as suas expressões, o formalismo pretendia acentuar o elemento da *lógica* pura e mecânica no processo jurisdicional, ignorando ou encobrindo, ao contrário, o elemento voluntarístico, discricional da *escolha*. Típico de todas essas revoltas foi, ao contrário, o reconhecimento do caráter fictício da concepção da interpretação, de tradição justiniana e montesquiniana, como atividade puramente cognoscitiva e mecânica e, assim, do juiz como mera e passiva inanimada “boca da lei”. Sublinharam essas escolas de pensamento a ilusão da idéia de que o juiz se encontra na posição de “declarar” o direito de maneira não criativa, apenas com os instrumentos da lógica dedutiva, sem envolver, assim, em tal declaração a sua valoração pessoal²¹⁷.

²¹⁵ COELHO, Luís Fernando. **Lógica jurídica e interpretação das leis**. Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 226.

²¹⁶ COELHO, Luís Fernando. **Lógica jurídica e interpretação das leis**. Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 229.

²¹⁷ CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Fabris, 1993, p. 32/33.

Com a Escola da Exegese busca-se a criação de um sistema imune às lacunas, pois, o juiz deve, apenas, interpretar e aplicar a lei sendo-lhe vedada a possibilidade de criação do direito. “O Judiciário recebe pouco destaque na Constituição francesa, que se refere a *l’autorité judiciaire* mais como um departamento especializado do que como um verdadeiro poder²¹⁸.” O sistema de interpretação das normas previsto pela Escola da Exegese é dominante dos países de tradição romano-germânica conforme explica Luis Roberto Barroso:

Nos países de tradição romano-germânica, a principal fonte do direito são as normas jurídicas escritas, os enunciados normativos. Interpretar é, sobretudo, atribuir sentido a textos normativos, conectando-os com fatos específicos e com a realidade subjacente. A interpretação gramatical funda-se nos conceitos contidos na norma e nas possibilidades semânticas das palavras que integram o seu relato. [...] Os conceitos e as possibilidades semânticas do texto figuram como ponto de partida e como limite máximo da interpretação. O intérprete não pode ignorar ou torcer o sentido das palavras, sob pena de sobrepor à retórica à legitimidade democrática, à lógica e à segurança jurídica. A cor cinza pode compreender uma variedade de tonalidades entre o preto e o branco, mas não é vermelha nem amarela²¹⁹.

No sistema positivista o juiz é um mero aplicador de leis e, em caso de lacunas, deverá integrá-las utilizando-se da discricionariedade, pois, deverá descobrir o direito aplicável ao caso concreto. Assim, verifica-se que mesmo no sistema positivista ao juiz é permitido que se utilize da discricionariedade para decidir as situações em que não haja previsão legal²²⁰. Porém, Dworkin rejeita essa idéia, pois, para ele o sistema jurídico não seria um sistema fechado de normas e os direitos e garantias fundamentais

²¹⁸ BARROSO, Luis Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 52.

²¹⁹ BARROSO, Luis Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 314/315.

²²⁰ “Parece estranho que o positivismo jurídico, - o qual limita a decisão judicial à simples aplicação das regras -, possa permitir uma atuação discricionária do juiz, aceitando que ele, em certos casos, decida como entender melhor. Mas a idéia positivista de reduzir o direito às regras, sendo que os direitos individuais seriam apenas *backgroundrights* para a aplicação das mesmas, resultaria em dois resultados distintos: de um lado, o juiz simplesmente aplicaria a lei ao caso, sem maiores questionamentos; de outro, em caso de uma lacuna na lei, o juiz deveria “descobrir” (discricionariamente) o direito aplicável ao caso”. CHUEIRI, Vera Karam de; SAMPAIO, Joanna Maria de Araújo. Como levar o Supremo Tribunal Federal a sério: sobre a Suspensão de Tutela Antecipada n. 91. **Revista Direito GV**, São Paulo, 5(1), jan./jun.2009, p. 052.

funcionam como influências para que o julgador possa ter elementos suficientes e necessários para a solução, em especial, dos casos difíceis²²¹.

Assim, pode-se compreender que no positivismo jurídico está-se diante da discricionariedade do julgador, pois, o juiz ao deparar-se com uma lacuna na norma, deverá encontrar o direito que pode ser aplicado ao caso concreto na própria legislação²²² (ressalta-se que Dworkin nega a discricionariedade no direito como integridade). Desta forma é importante definir-se a quem compete à tarefa de realizar a leitura moral da Constituição e, conseqüentemente, dos direitos e garantias fundamentais.

A leitura moral da Constituição (da Declaração dos Direitos) apresenta-se como uma alternativa coerente e sensata quando se busca no princípio da integridade a razão para fundamentar as decisões dos juízes. Transformar direitos abstratos em concretos não é uma tarefa simples, porém, delegá-la ao Poder Legislativo pode ser ainda mais devastador em algumas situações. Para CAPPELLETI, muitas vezes, os legisladores, não conseguem afastar-se da influência do poder econômico o que pode ser nefasto para a democracia:

²²¹ CHUEIRI, Vera Karam de. **Filosofia do Direito e modernidade**: Dworkin e a possibilidade de um discurso instituinte de direitos. Curitiba: J.M., 1995, p. 86.

²²² “Dworkin não propõe, por conseguinte, a completude da lei, ou a impossibilidade de discricionariedade em sentido forte, nos moldes que um formalista propô-la-ia, vendo na regra positivada a totalidade dos casos a serem resolvidos pelo direito. Apresenta frente ao formalista um único ponto em comum: acredita que a lei cobre todos os casos, sem lacunas. Diverge do formalista por identificar a lei como muito mais do que a regra positivada. Identifica-a, aliás, como mais do que todas as regras sociais ou convencionais. Essa distinção é relevante para o estudo da discricionariedade, porque irá ressaltar as razões pelas quais Dworkin não aceita a discricionariedade em sentido forte, razões bem diversas daquelas do formalista. DWORKIN não só critica e refuta as teorias positivista e utilitarista do direito, especial embora não exclusivamente nas suas versões anglo-americanas, como também, o pressuposto de que não ocorre comunicação (interdependência) entre elas, ou seja, de que seus caminhos não se entrecruzam”. IKAWA, Daniela R. Hart, Dworkin e discricionariedade. **Lua Nova**, n. 61, 2004. Disponível em <<http://www.scielo.br/pdf/ln/n61/a06n61.pdf>>. Acesso em 17 de fevereiro de 2012, p.106.

Consideram-se, por exemplo, os amplos domínios do chamado direito econômico, nos quais, muito frequentemente, os legisladores têm demonstrado a sua incapacidade de resistir às tentações da demagogia e de saber se empenhar em séria e equilibrada valoração de custos e benefícios. Parece lícito arguir que nessas áreas os juízes seriam menos vulneráveis tanto às pressões da genérica demagogia eleitoral de caça aos votos, quanto às prioridades mais específicas e concretas, impostas pelos interesses locais ou corporativos, às quais, pelo contrário, os “políticos” encontram-se, às vezes, inexoravelmente ligados²²³.

Desta forma, os direitos e garantias fundamentais constantes da Constituição Federal de 1988 são dotados de abstração e se constituem em princípios com uma grande carga axiológica. “No âmbito do Direito Constitucional ocidental, são adotados Textos Constitucionais abertos a princípios, dotados de elevada carga axiológica, com destaque para o valor da dignidade da pessoa humana²²⁴”.

É o que ocorre com os direitos sociais que exigem do Estado ações permanentes para que possam ser efetivados, diferentemente, dos direitos tradicionais. E é desta exigência, de uma presença maior do Estado para garantir estes direitos, que se pode verificar o aumento da atuação judicial visando, justamente, a proteção e a efetivação destes direitos²²⁵. “[...] Nessas

²²³ CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Fabris, 1993, p. 89.

²²⁴ PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e direito constitucional internacional**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 81. No mesmo sentido BARROSO: “A doutrina pós positivista se inspira na revalorização da razão prática, na teoria da justiça e na legitimação democrática. Nesse contexto, busca ir além da legalidade estrita, mas não despreza o direito posto; procura empreender uma leitura moral as Constituição e das leis, mas sem recorrer a categorias metafísicas. No conjunto de idéias ricas e heterogêneas quem procuram abrigo nesse paradigma em construção, incluem-se a reentronização dos valores na interpretação jurídica, com o reconhecimento de normatividade aos princípios e de sua diferença qualitativa em relação às regras; a reabilitação da razão prática e da argumentação jurídica; a formação de uma nova hermenêutica; e o desenvolvimento de uma teoria de direitos fundamentais edificada sobre a dignidade da pessoa humana”. BARROSO, Luis Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 271/272.

²²⁵ Explicando que os direitos sociais necessitam de uma maior intervenção do Estado para a efetivação da sua proteção: “Diversamente dos direitos tradicionais, para cuja proteção requer-se apenas que o estado não permita a sua violação, os direitos sociais – como o direito à assistência médica e social, à habitação, ao trabalho – não podem ser simplesmente “atribuído” ao indivíduo. Exigem eles, ao contrário, permanente ação do Estado, com vistas a financiar subsídios, remover barreiras sociais e econômicas, para, enfim, promover a realização dos programas sociais, fundamentos desses direitos e das expectativas por eles legitimadas”. CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Fabris, 1993, p. 41.

novas áreas abertas à atividade do juiz haverá, em regra, espaço para mais elevado grau de discricionariedade e, assim, de criatividade [...]”²²⁶.

Assim, verifica-se que a Constituição Federal de 1988 estabeleceu os direitos e garantias fundamentais para que estes funcionem como limitadores do Poder Legislativo, ou seja, este possui legitimidade para elaborar as normas jurídicas (legitimidade esta outorgada pela Carta Constitucional), pois, seus integrantes foram eleitos de forma democrática e direta, porém, sua atuação está limitada pelos direitos fundamentais. “[...] bem como, dá a competência ao Poder Judiciário, cujo poder é legitimado de forma indireta, a controlar os atos legislativos que contrariem formalmente os direitos fundamentais”²²⁷. É neste instante que é possível visualizar-se uma das razões que levou o Supremo Tribunal Federal a considerar o regime integralmente fechado para os crimes hediondos, que vigorou no Brasil de 1990 até 2006, ter sido considerado inconstitucional: há na Constituição Federal uma limitação à atuação do Poder Legislativo que não foi devidamente respeitada pelo legislativo quando da elaboração da lei dos crimes hediondos (Lei nº. 8.072/90) (esclarece-se que o enfrentamento deste tema será realizado na parte III deste trabalho).

Consequentemente, a leitura moral da Constituição, em especial, dos direitos e garantias do cidadão, permite aos juízes que estão distantes das pressões sofridas pelo Poder Legislativo, decidir apoiados nos mais profundos legados que fundamentam a democracia²²⁸. Dworkin expõe os

²²⁶ CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Fabris, 1993, p. 42.

²²⁷ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Jurisdição constitucional: entre constitucionalismo e democracia.** Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 156.

²²⁸ Na parte III deste trabalho verificar-se-á a aplicação do direito como integridade à possibilidade de progressão de regime nos crimes hediondos. Este foi um dos casos considerados difíceis julgados pelo Supremo Tribunal Federal. Será possível verificar-se que o Poder Legislativo ao elaborar a lei dos crimes hediondos (Lei nº 8.072/90) buscou atender, também, à sociedade que a época pleiteava o endurecimento do tratamento dado aos réus que cometessem crimes considerados mais graves. Assim, a decisão final coube ao Poder Judiciário que, imune às pressões sofridas pelo legislativo, julgou com argumentos baseados em princípios. Neste sentido: “François Furet disse que a evolução mais importante da teoria da democracia depois da Segunda Guerra Mundial foi a contínua transição de um sistema democrático majoritário para um sistema comunitário, no qual os direitos básicos de homens e mulheres são determinados por juízes a partir de uma constituição escrita e abstrata”.

seus argumentos justificando a possibilidade de que a leitura moral, realizada pelo poder Judiciário, produz debates muito mais significativos do que aqueles que precedem o momento de elaboração de uma norma jurídica:

No debate público generalizado que precede ou sucede uma decisão judicial, a qualidade da discussão pode ser melhor e a contribuição do cidadão pode ser mais cuidadosa e mais genuinamente movida pela idéia de bem público do que na guerra política que culmina com uma votação do legislativo ou mesmo com um plebiscito²²⁹.

Ou seja, o fato de que quem irá decidir acerca da constitucionalidade ou da inconstitucionalidade das normas elaboradas pelo Poder Legislativo é a Corte Suprema não significa o enfraquecimento da Democracia. É o que ocorreu no Brasil com o julgamento, por exemplo, da inconstitucionalidade do regime integralmente fechado para os crimes hediondos (tema este que será analisado na parte III deste trabalho) sem que isso representasse o enfraquecimento do regime democrático. Não se pode afirmar que o Poder Judiciário não está legitimado a agir pelo fato de não ter sido escolhido pelo povo. Pois, os seus integrantes são escolhidos pelo Presidente da República, no Brasil, o que caracteriza uma forma de interferência política e, ainda, uma aproximação com a Suprema Corte norte-americana, ou seja, esses julgadores são escolhidos por pessoas que foram eleitas em processo democrático legítimo²³⁰. Nesse sentido,

DWORKIN, Ronald, **O Direito da Liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana**, p.113.

²²⁹ DWORKIN, Ronald, **O Direito da Liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana** p. 46. Ainda: “A leitura moral, em si mesma, não é um programa ou estratégia intrinsecamente liberal nem intrinsecamente conservadora”. DWORKIN, Ronald, **O Direito da Liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana** p. 03.

²³⁰ Explicando o fato de que os juizes da Suprema Corte norte-americana são nomeados pelo Presidente dos Estados Unidos o que torna a *Supreme Court* diferente das Cortes ordinárias europeias: “Existe, além disso, também o fato de que os juizes daquela Corte – como, de resto, mesmo os das outras, *Federal Courts* americanas – não são como são, ao invés, usualmente, os juizes das Cortes ordinárias europeias, magistrados “de carreira”, mas são nomeados *ad hoc* pelo Presidente dos Estados Unidos “by and whit the advice and consent of bthe Senate” (art. II, secção 2ª da Constituição U.S.A.), pelo que, no modo mesmo de sua escolha, pode facilmente refletir-se a exigência de não esquecer o caráter particular de sua funções”. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. Tradução de Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Fabris, 1984, p. 93.

Parece bem evidente que a noção de democracia não pode ser reduzida a uma simples idéia de majoritária. Democracia, como vimos, significa também participação, tolerância e liberdade. Um judiciário razoavelmente independente dos caprichos, talvez momentâneos, da maioria, pode dar uma grande contribuição à democracia; e para isso em muito pode colaborar um judiciário suficientemente ativo, dinâmico e criativo, tanto que seja capaz de assegurar a preservação do sistema de *checks and balances*, em face do crescimento dos poderes políticos, e também controles adequados perante os outros centros de poder (não governativos ou quase-governativos), tão típicos das nossas sociedades contemporâneas²³¹

Não há que se falar em impossibilidade de que os juízes realizem a leitura moral da Constituição no Estado Democrático de Direito, pois, a sua atuação sempre será mais próxima da realidade social e da população sendo sensível às suas necessidades²³², porém, isso não significa que o poder Judiciário deve seguir a vontade da comunidade, pois, muitas vezes este interesse está em desacordo com os direitos e garantias fundamentais previstas na Constituição Federal. Foi o que aconteceu com a decisão que tornou inconstitucional o regime integralmente fechado, pois, a sociedade espera um tratamento penal muito mais rigoroso para aqueles que praticam crimes hediondos²³³. A função dos juízes constrange-os, no dia a dia,

²³¹ CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Fabris, 1993, p. 107.

²³² Foi o que ocorreu, recentemente, com a decisão do Supremo Tribunal Federal em autorizar o aberto de fetos anencéfalos: “a decisão da maioria dos ministros do Supremo Tribunal Federal (STF) de legalizar a interrupção da gravidez de feto anencéfalo não encerra a polêmica sobre o tema. O resultado foi comemorado por defensores da prática nesses casos, mas também causou reações contrárias. [...] Com o placar de 8 votos favoráveis e 2 contrários, o STF decidiu que a mulher que optar por interromper a gravidez em caso de feto com anencefalia poderá se submeter à intervenção cirúrgica, o ato não será considerado aborto criminoso. A decisão não é obrigatória, por isso as mulheres que preferirem podem dar continuidade à gestação”. Disponível em <<http://agenciabrasil.etc.com.br/>>. Acesso em 14 de abril de 2012.

²³³ Em notícia veiculada, em 15 de abril de 2012, no site do STJ, acerca do envio de sugestões pela população, por ocasião da reforma no Código Penal, verifica-se claramente que a população predente o endurecimento do tratamento penal concedido aqueles que cometem crimes, inclusive, com a aplicação de prisão perpétua, castração química e até pena de morte: “Desde a instalação da comissão de reforma do Código Penal, em novembro do ano passado, o Senado Federal vem recebendo sugestões populares ao anteprojeto que está sendo elaborado por juristas e que dirá o que é crime no país, quais as penas e como elas devem ser cumpridas. Até esta semana, foram quase 2.500 participações, a maioria pedindo o aumento de penas, a criminalização de novas condutas e o endurecimento da lei penal. “O clamor pelo endurecimento das leis reflete o pensamento da sociedade sobre a segurança pública no Brasil.” [...] O aumento do período máximo de encarceramento – hoje, 30 anos – para 40, 50 anos ou prisão perpétua também figurou em dezenas de sugestões. Um morador de Juazeiro (BA) disse: “*Sugiro penas mais firmes, como por exemplo, castração química de estupradores e pedófilos. Também a instauração da prisão perpétua para todos os crimes hediondos.*” De Santa Maria (RS), um morador opinou em sentido semelhante: “*Aumentar a pena máxima para*

a estar frente a frente com a realidade, pois, são chamados a decidir casos que envolvem pessoas, ou seja, é a vida real que se apresenta.²³⁴ Para Dworkin: “Nos termos da prática jurídica vigente, a Suprema Corte tem o poder de declarar nula uma lei do Congresso ou de uma legislatura estadual se considerar que tal lei entra em choque com tais disposições²³⁵”.

Ocorre que partir do instante em que o poder Judiciário passa a decidir sobre questões que envolvam os direitos e garantias fundamentais é uma tendência natural da sociedade em dividir os juízes²³⁶ em conservadores e liberais atribuindo-se, desta forma, o fato de que às suas decisões já estariam influenciadas pelos valores por eles seguidos e por isso já se saberia qual seria o veredito. Para CAPPELLETTI os juízes são, em sua maioria e, em especial, os juízes da Suprema Corte, conservadores²³⁷.

Assim, a realização da leitura moral compete ao Poder Judiciário. Há aqueles que procuram apresentar alternativas à leitura moral da

50 anos ou para prisão perpétua. Acabar com absurda progressão da pena que equivale à quase impunidade. Progressão só depois de cumprir 85% da pena.” Disponível em: www.stf.gov.br. Acesso em 03 de julho de 2012.

²³⁴ CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Fabris, 1993, p. 105.

²³⁵ DWORKIN, Ronald. **Uma Questão de Princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 284.

²³⁶ “Os juízes cujas convicções políticas são conservadoras naturalmente interpretam os princípios constitucionais abstratos de maneira conservadora. [...] Os juízes cujas convicções são mais liberais tendem naturalmente a interpretar os mesmos princípios de maneira liberal”. DWORKIN, Ronald, **O Direito da Liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana** p. 03.

²³⁷ “A história, segundo penso, provou que essa observação, no máximo, contém meia verdade. Os juízes, como todas as outras pessoas e grupos no mundo, podem ser progressistas e ativistas, ou conservadores e até reacionários, em consequência de muitas circunstâncias, entre as quais, obviamente, os sistemas de educação jurídica e de seleção judiciária. É verdade, como vimos, que os juízes profissionais, especialmente os mais velhos, e assim de regra justamente os das cortes superiores, demonstram ser pouco sensíveis às finalidades sociais, tipicamente perseguidas pelo moderno *welfare state*”. CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Fabris, 1993, p. 90/91. Apesar da opinião de CAPPELLETTI de que os juízes da Corte sejam, em sua maioria conservadores, o Supremo Tribunal Federal, ao julgar a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4277 e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132, reconheceu a união estável para casais do mesmo sexo. “Os ministros Luiz Fux, Ricardo Lewandowski, Joaquim Barbosa, Gilmar Mendes, Marco Aurélio, Celso de Mello e Cezar Peluso, bem como as ministras Cármen Lúcia Antunes Rocha e Ellen Gracie, acompanharam o entendimento do ministro Ayres Britto, pela procedência das ações e com efeito vinculante, no sentido de dar interpretação conforme a Constituição Federal para excluir qualquer significado do artigo 1.723 do Código Civil que impeça o reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar”. Disponível em <www.stf.jus.br>. Acesso em 17 de março de 2012.

Constituição reforçando a idéia de que ela é ofensiva à democracia, pois, estar-se-ia delegando à minoria a decisão sobre assuntos extremamente relevantes para a sociedade, ou seja, os casos difíceis, que se constituiria em um ato antidemocrático “o entusiasmo pela leitura moral dentro de uma estrutura política que atribui aos juízes a suprema autoridade em matéria de interpretação é elitista, antipopulista, antirrepublicano e antidemocrático²³⁸”. Porém, Dworkin escreve que: “os críticos da leitura moral da Constituição dizem que essa leitura dá aos juízes o poder absoluto de impor suas convicções morais ao grande público²³⁹”. Nas palavras de Ikawa:

Já Dworkin procura traçar uma teoria normativa de lei apta não apenas a identificar a lei, mas também a justificá-la moralmente do melhor modo possível. Para esse filósofo, contudo, tanto a justificação quanto a identificação da lei só podem ser feitas com o auxílio, dentre outros, da moral. A principal preocupação de Dworkin é afastar a possibilidade da edição, por parte do juiz, de leis novas, *ex post facto*, desconsiderando, desse modo, direitos individuais pré-existentes²⁴⁰.

Dentre estas críticas destaca-se a que entende correta a leitura moral, porém, nega aos juízes a autoridade suprema de fazê-la deixando reservada ao povo esta tarefa²⁴¹. Já a estratégia “originalista²⁴²” não admite a leitura moral entendendo que os dispositivos da Declaração dos Direitos devem ser interpretados respeitando-se as expectativas que os próprios autores tinham acerca de sua aplicação, ou seja, os legisladores que são os

²³⁸ DWORKIN, Ronald, **O Direito da Liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana** p. 09.

²³⁹ DWORKIN, Ronald, **O Direito da Liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana** p.03.

²⁴⁰ IKAWA, Daniela R. Hart, Dworkin e discricionariedade. **Lua Nova**, n. 61, 2004. Disponível em <<http://www.scielo.br/pdf/ln/n61/a06n61.pdf>>. Acesso em 17 de fevereiro de 2012, p.106.

²⁴¹ “Os adversários da leitura moral afirmam que, como a leitura moral deixa as decisões políticas mais fundamentais a cargo de uma elite de profissionais de direito, ela enfraquece a noção de comunidade perante o povo e rouba deste a noção de que todos estarão juntos no mesmo barco. No debate público generalizado que precede ou sucede uma decisão judicial, a qualidade da discussão pode ser melhor e a contribuição do cidadão pode ser mais cuidadosa e mais genuinamente movida pela idéia de bem público do que na guerra política que culmina com uma votação do legislativo ou mesmo com um plebiscito”. DWORKIN, Ronald, **O Direito da Liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana** p. 44.

²⁴² “A leitura moral insiste em que a Constituição significa o que seus autores quiseram dizer. O Originalismo insiste em que ela significa o que eles queriam que sua linguagem fizesse, e isso, como eu já disse, é uma coisa completamente diferente. Segundo o originalismo os grandes dispositivos da Declaração de Direitos não devem ser interpretados como exposições dos princípios morais abstratos que eles descrevem de fato, mas como referências, em código ou disfarçadas, aos pressupostos e expectativas que os próprios autores tinham acerca da correta aplicação daqueles princípios”. DWORKIN, Ronald, **O Direito da Liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana** p. 20.

responsáveis pela elaboração dos textos legais. Há quem afirme que “a partir da democracia, que sustenta que as instituições democráticas, tal como o poder legislativo, tem mais probabilidade do que os tribunais de chegar a resultados mais bem fundamentados sobre os direitos morais dos indivíduos²⁴³”.

Porém tal argumento é facilmente afastado pelo fato de que os juízes decidem baseando-se em princípios, na teoria elaborada por Dworkin, assim, não haverá espaço para a discricionariedade: “os tribunais, inclusive a Suprema Corte, devem decidir blocos de casos com base em princípios, em vez de responder fragmentariamente a um conjunto em constante alteração de pressões políticas²⁴⁴”.

A leitura moral²⁴⁵ permite aos juízes que fundamentem as suas decisões em princípios, ou seja, “a leitura moral explica por que a fidelidade à Constituição e ao direito exige que os juízes façam juízos atuais de moralidade política e encoraja assim a franca demonstração das verdadeiras bases desses juízos, [...] fundamentados em princípios, que permitam ao público participar da discussão²⁴⁶”.

Ressalta-se que a leitura moral destina-se às normas constitucionais que apresentam um grau significativo de abstratidade e não em relação às regras que não possuem nenhum caráter de abstração. Assim, a Constituição Federal de 1988, especialmente, em seus artigos 5º a 7º, estabeleceu direitos fundamentais que expressam princípios morais os quais se apresentam como limitadores da atuação estatal²⁴⁷.

²⁴³ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 225.

²⁴⁴ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 225.

²⁴⁵ O Supremo Tribunal Federal vem realizando a leitura moral da Constituição e isto se verifica, por exemplo, no caso Ellwanger em que o Supremo procurou buscar a moralidade política da sociedade brasileira que justificou o reconhecimento do crime de racismo como inafiançável e imprescritível (art. 5º, inciso XLII, da Constituição Federal: “a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei”). Disponível em <www.planalto.gov.br>. Acesso em 08 de março de 2012.

²⁴⁶ DWORKIN, Ronald, **O Direito da Liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana** p. 57.

²⁴⁷ “Os princípios, ao contrário das regras, por constituírem exigências de otimização, permitem o balanceamento de valores e interesses consoante o seu peso e a ponderação de outros princípios eventualmente conflitantes. Por isso, em caso de conflito *entre princípios*, esses podem ser objeto de ponderação, de harmonização, pois eles contêm apenas exigências ou *standarts* que, em primeira linha, devem ser realizados”. SCHIER, Paulo Ricardo. **Filtragem**

Os juízes não decidirão fundados no que consideram certo ou errado, justo ou injusto, mas, precisarão respeitar princípios que regem todo o sistema jurídico e isso afetará, inclusive, as responsabilidades dos cidadãos que “podem ser mais capazes de exercer as responsabilidades morais da cidadania quando as decisões finais saem do âmbito da política comum e ficam a cargo dos tribunais, cujas decisões supostamente dependem de princípios [...]”²⁴⁸. Foi o que aconteceu com a decisão do Supremo que considerou inconstitucional o regime integralmente fechado para os crimes hediondos. Os argumentos utilizados foram todos de princípios, em especial, os que se referem à individualização da pena, proporcionalidade, legalidade, humanidade que agregam, enfim, a dignidade da pessoa humana.

A leitura moral não significa, apenas, a busca da satisfação dos direitos e garantias previstos na Constituição Federal, com base no que almejavam os constituintes no momento em que a elaboraram, mas, pressupõe que o poder Judiciário funde as suas decisões em princípios que se encontram, também, implícitos na Constituição Federal, bem como, na busca pelos princípios e fundamentos que motivaram decisões anteriores. Ou seja, a integridade apresenta-se como pressuposto da leitura moral já que esta deve ser coerente com a história, os princípios gerais do direito e a equidade. Para Dworkin as decisões que envolvem casos difíceis devem ser fundamentadas em princípios que já tenham sido utilizados como pressupostos em decisões anteriores. É o que se verificará na parte III em que se vincularão os princípios estudados na parte I com o direito como integridade de Dworkin. Explica-se o modelo fundado na integridade com as palavras de Dworkin:

Constitucional: construindo uma nova dogmática jurídica. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1999, p. 125. Ainda explicando a diferença entre regras e princípios: “Os princípios possuem uma dimensão que as regras não têm – a dimensão do peso ou da importância. Quando os princípios se inter cruzam (por exemplo, a política de proteção ao compradores de automóveis se opõe aos princípios de liberdade de contrato), aquele que vai resolver o conflito tem de levar em conta a força relativa de cada um. Esta não pode ser, por certo, uma mensuração exata e o julgamento que determina que um princípio ou uma política particular é mais importante que outra frequentemente será objeto de controvérsia. Não obstante, essa dimensão é uma parte integrante do conceito de um princípio, de modo que faz sentido perguntar que peso ele tem ou quão importante ele é”. DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 42/43.

²⁴⁸ DWORKIN, Ronald, **O Direito da Liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana** p. 47.

[...] diz respeito a princípios, e não exige nenhuma forma simples de coerência em termos políticos. A integridade exige que as normas públicas da comunidade sejam criadas e vistas, na medida do possível, de modo a expressar um sistema único e coerente de justiça e equidade na correta proporção. [...] A integridade é uma norma mais dinâmica e radical do que parecia de início, pois incentiva um juiz a ser mais abrangente e imaginativo em sua busca de coerência com o princípio fundamental²⁴⁹.

A possibilidade de realização da leitura moral perpassa pela análise dos sistemas de *commow law* e do *civil law*. Nos países em quem impera o sistema do *commow law* esta leitura é realizada pelo Poder Judiciário já nas Nações em que vige o sistema do *civil law* a lei decorre da atuação do Poder Legislativo e, ao Poder Judiciário estaria reservada, apenas, uma atividade meramente mecanizada de aplicação da lei ao caso concreto. Ou seja, a atuação dos tribunais ficaria enfraquecida, justamente, pelo fato considerar-se que a segurança jurídica está relacionada às leis codificadas e que sejam de conhecimento da população. Desta forma, defende-se a impossibilidade de que, nos países em que se adota o sistema do *civil law*, o juiz possa realizar a atividade de leitura moral dos direitos e garantias fundamentais, bem como, de criar o direito²⁵⁰. Porém, atualmente, ainda que o país esteja vinculado ao sistema do *civil law* ao poder Judiciário é reservada a importante tarefa de realizar a leitura moral dos direitos e garantias fundamentais.

Assim, para Barroso, o modelo ideal é o que ocupa uma posição intermediária entre o modelo que se constitui na impossibilidade de utilização de argumentos de natureza políticas, nos julgamentos e, sim, apenas, de categorias e princípios próprios do direito do modelo denominado

²⁴⁹ DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**, p. 264-266.

²⁵⁰ “Certa Constituições criam um órgão com a função específica de controlar os atos legislativos, editados ou a serem editados (daí a distinção entre o controle *a posteriori*, no primeiro caso, e prévio, no segundo. É um sistema predominante em países europeus. Nestes, dominados durante muito tempo por um sistema absoluto de governo, reunindo a figura do monarca, em certas épocas, a totalidade das funções estatais, uma vez implantada a separação dos poderes, por força inicialmente da Revolução Francesa, e depois da eclosão de movimentos políticos idênticos em outros países, houve sempre uma aguda susceptibilidade a tudo que pudesse, segundo eles, de alguma maneira, enfraquecer o rigor da doutrina implantada. Dessa maneira, afigurava-se-lhes incompatível com o sistema instaurado que um outro Poder, o Judiciário, pro exemplo, viesse a anular atos ou imiscuir-se nas funções próprias do Legislativo”. BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros Editores, 2010, p. 554.

por, alguns autores, de realismo jurídico²⁵¹ ou de modelo cético em que se “descrê da autonomia do direito em relação à política e aos fenômenos sociais em geral²⁵²”.

Assim, o modelo ideal traria elementos constantes de cada um dos modelos descritos acima, ou seja, o direito deve manter a sua autonomia em relação à política, porém, trata-se de uma autonomia relativa. As decisões judiciais frequentemente refletirão os valores dos próprios juízes (morais, pessoais e ideológicos), bem como, aqueles que se referem à política institucional. Ao longo dos tempos, em especial durante a vigência do modelo positivista, o direito negava o fato de que as decisões judiciais pudessem ser influenciadas por outros fatores, porém, atualmente, o direito precisa preocupar-se em manter a integridade²⁵³ e a coerência do sistema.

Isso se deve ao fato de que nos países em que há prevalência do sistema do *civil law* as Constituições rígidas²⁵⁴ e escritas funcionam como limites à atuação do Poder Judiciário. “As constituições escritas são, tomando-se o critério do modo de elaboração, dogmáticas, no sentido de que a sua elaboração se faz em um instante preciso, para expressar um sistema de dogmas político e preciso²⁵⁵”. A rigidez das constituições decorre de uma dificuldade maior para a sua alteração diferentemente do que acontece com as

²⁵¹ Sobre a concepção denominada de realismo jurídico, v. Luis Roberto Barroso, **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**, 2011, p. 427.

²⁵² BARROSO, Luis Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 427.

²⁵³ Explicando o modelo ideal de direito como integridade: “especificamente, o direito como integridade pede aos juízes que assumam este ideal protestante de que o direito é estruturado sobre um coerente conjunto de princípios relativos à justiça, à equidade e ao *processual due process*, obrigando o seu cumprimento. Estes princípios serão buscados na prática jurídica – no conjunto das decisões políticas coletivas – que os juízes interpretam para que, eles próprios, cheguem a uma decisão que ao mesmo tempo, se ajuste e justifique tais práticas”. CHUEIRI, Vera Karam de. **Filosofia do Direito e modernidade: Dworkin e a possibilidade de um discurso instituinte de direitos**. Curitiba: J.M., 1995, p. 131/132.

²⁵⁴ “Rígidas, as que não podem ser modificadas da mesma maneira que as leis ordinárias. Demandam um processo de reforma mais complicado e solene. Quase todos os Estados modernos aderem a esta forma de Constituição, notadamente os do espaço atlântico. Variável, porém, é o grau de rigidez apresentado. As Constituições flexíveis são aquelas que não exigem nenhum requisito especial de reforma. Podem, por conseguinte, ser emendadas ou revistas pelo mesmo processo que se emprega para fazer ou revogar a lei ordinária. País típico de Constituição flexível é a Inglaterra.” BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 23ª edição atualizada e ampliada. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 83/84.

²⁵⁵ MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 72.

demais normas jurídicas. Sobre as características das constituições rígidas Celso Ribeiro Bastos:

As constituições rígidas procuram assegurar a sua supremacia por meio de um sistema destinado a controlar a constitucionalidade das leis, sendo dois os seus momentos principais: em primeiro lugar, a identificação do ato, ou comportamento, inconstitucional. E, num segundo momento, negar-lhe eficácia jurídica²⁵⁶.

Não se pode confundir rigidez constitucional com Constituição escrita: “uma constituição, no conceito formal, há que ser escrita e rígida, e o máximo que se pode extrair daí é que as constituições juridicamente rígidas são necessariamente escritas. Mas nem toda constituição escrita é rígida²⁵⁷”. Ou seja, nas Constituições não escritas o princípio da supremacia da Constituição também está presente.

Nos sistemas orientados pelo *civil law* a separação dos poderes²⁵⁸ define funções específicas para cada um destes poderes: Executivo, Legislativo e Judiciário. “Na França, desde a Revolução, levou-se às últimas consequências a idéia de separação dos Poderes no tocante ao Judiciário, objeto de desconfianças históricas”.²⁵⁹ No Brasil, compete ao poder

²⁵⁶ BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros Editores, 2010, p. 564.

²⁵⁷ SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 7ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 41.

²⁵⁸ Explicando o significado da separação dos poderes no Estado democrático de direito: “A função de criar normas jurídicas, instituindo direitos e obrigações, foi atribuída pela Constituição, predominantemente e preferencialmente, ao Poder Legislativo. Ainda que, presentes determinados pressupostos, possam os outros poderes exercer competências normativas ou criadoras do Direito em concreto, devem eles ceder á deliberação legislativa válida. Nesse passo, a avaliação da validade não pode tornar-se uma forma velada de o magistrado substituir as escolhas políticas do legislador pelas suas próprias. Não cabe ao Judiciário declarar a invalidade de norma que lhe pareça *a melhor* ou *a mais conveniente*. A declaração de inconstitucionalidade deve ser sempre a última opção, preservando-se o ato que seja passível de compatibilização com a ordem constitucional, ainda quando apreça, ao juiz, equivocado do ponto de vista político. Isso é o que decorre do princípio de presunção da constitucionalidade dos atos do Poder Público escorado na separação dos Poderes”. BARROSO, Luis Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 445.

²⁵⁹ Comentando a atuação do Poder Judiciário na França logo após a Revolução Francesa, BARROZO afirma que “a ele sempre foi vedado apreciar atos o Parlamento ou do governo. Foram criadas, assim, duas ordens de jurisdição totalmente distintas: a) a jurisdição judicial, em cuja cúpula está a Corte de Cassação; e b) a jurisdição administrativa, em cujo topo está o Conselho de Estado, com atribuição de julgar, em última instância, os litígios entre os particulares e o Estado ou qualquer outra pessoa pública”. BARROSO, Luis Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 52/53.

Legislativo a elaboração das normas jurídicas: “Por processo legislativo entende-se o conjunto de atos (iniciativa, emenda, votação, sanção e veto) realizada pelos órgãos legislativos visando a formação das leis constitucionais, complementares e ordinárias, resoluções e decretos legislativos²⁶⁰”.

Já ao poder Judiciário compete “[...] compor conflitos de interesse em cada caso concreto. Isso é o que se chama função jurisdicional ou simplesmente jurisdição, que se realiza por meio de um processo judicial, dito, por isso mesmo, sistema de composição de conflitos de interesses²⁶¹ ou sistema de composição de lides²⁶²”. Ou seja, ao poder Judiciário está reservada a competência de impor de forma coativa o que está descrito nas normas jurídicas sempre que o seu cumprimento não ocorra sem resistência²⁶³.

A concepção rígida de separação dos poderes significou a inexistência de mecanismos de controle, em especial, do Poder Legislativo, mas, também, do Poder Executivo. Ambos agiam de forma descontrolada e isto pode significar a passagem perigosa do controle das mãos do Parlamento para o Executivo²⁶⁴.

²⁶⁰ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 34ª edição revista e atualizada. São Paulo: Malheiros Editores, 2011, p. 522.

²⁶¹ “Os conflitos de interesses são compostos, solucionados, pelos órgãos do Poder Judiciário com fundamento em *ordens gerais e abstratas*, que são *ordens legais*, constantes ora de corpos escritos que são leis, ora de costumes, ou de simples normas gerais, que devem ser aplicadas por eles, pois está praticamente abandonado o sistema de composição de lides com base em *ordem singular* erigida especialmente para solucionar determinado conflito”. SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 34ª edição revista e atualizada. São Paulo: Malheiros Editores, 2011, p. 551.

²⁶² SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 34ª edição revista e atualizada. São Paulo: Malheiros Editores, 2011, p. 522.

²⁶³ BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros Editores, 2010, p. 534.

²⁶⁴ [...] Ideal propugnado pelos espíritos amantes da liberdade civil foi, com pertinácia digna de melhor causa, o ideal da demasiado rígida “*séparation des pouvoirs*” ao invés de recíprocos controles e contrapesos. Esse ideal significou, assim, até época relativamente recente e mesmo hoje, em não poucos países, não só a existência de um legislativo não controlado, como de um executivo também praticamente não controlado, pelo menos até que se conseguisse desenvolver um autônomo sistema de justiça administrativa, a se impor como guardião da administração pública. De outro lado, também nas relações entre o legislativo e o executivo esse ideal de rígida separação, mais do que de contrapesos equilibrados, significou praticamente a passagem, permanentemente perigosa, de períodos em que efetivamente o poder era concentrado nas Assembleias Legislativas e grupos políticos que as dominavam (pense-se na Itália pré-fascista ou na Alemanha de *Weimar*, mas também na França da Quarta República), para outros períodos em que, ao contrário, a concentração do poder deu-se no executivo. A verdade é que apenas um sistema equilibrado de controles recíprocos pode, sem

As Nações que se encontravam imersas em ditaduras e regimes totalitários passaram por grandes rupturas em que a proteção dos direitos e garantias fundamentais tornou-se essencial²⁶⁵. Portanto, conforme já se destacou acima, o sistema do *civil law* procurou oferecer a segurança jurídica com a codificação restringindo-se, assim, a atuação do Poder Judiciário.

Já no sistema do *commow law* não há normas codificadas, assim, a busca pela segurança jurídica localizou-se no respeito à doutrina dos precedentes judiciais oferecendo-se, assim, os limites necessários para a atuação do Poder Judiciário. Assim, para CAPPELLETTI, “igualmente é verdade que até nos sistemas de “Civil Law” verifica-se o aparecimento do moderno fenômeno do aumento da criatividade da jurisprudência²⁶⁶”.

Seria absurdo pretender saber qual dos dois sistemas é o mais perfeito, visto como não há Direito ideal senão em função da índole e da experiência histórica de cada povo. Se alardearmos a vantagem da *certeza* legal, podem os adeptos do *common law* a maior fidelidade dos usos e costumes às aspirações imediatas do povo. Na realidade, são expressões culturais diversas que, nos últimos anos, têm sido objeto de influências recíprocas, pois enquanto as normas legais ganham cada vez mais importância no regime do *common law*, por sua vez, os *precedentes* judiciais desempenham papel sempre mais relevante no Direito de tradição romanística²⁶⁷.

Esta aproximação decorre também do fato de que, em alguns países da Europa, as Supremas Cortes passaram a ser constituídas por juízes que não são de carreira e sim, muitas vezes, eleitos pelo Parlamento o que denota uma proximidade com a Suprema Corte norte-americana.

perigo para a liberdade, fazer coexistir um legislativo *forte* com um executivo *forte* e um judiciário *forte*. CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Fabris, 1993, p. 53/54.

²⁶⁵ “Após o longo período de vinte e um anos de regime militar ditatorial que perdurou de 1964 a 1985 no País, deflagrou-se o processo de democratização no Brasil. [...] A Carta de 1988 institucionaliza a instauração de um regime político democrático no Brasil. Introduz também indiscutível avanço na consolidação legislativa das garantias e direitos fundamentais e na proteção de setores vulneráveis da sociedade brasileira. A partir dela, os direitos humanos ganham relevo extraordinário, situando-se a Carta de 1988 como o documento mais abrangente e pormenorizado sobre os direitos humanos jamais adotado no país”. PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e direito constitucional internacional**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 73-76.

²⁶⁶ CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Fabris, 1993, p. 123.

²⁶⁷ REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 142/143.

O sistema do *judicial review* é caracterizado pela nomeação dos seus integrantes revelando, assim, uma intervenção do Poder Legislativo e do Poder Executivo diferentemente dos países em que o controle da constitucionalidade é realizado por uma Corte Constitucional em que os juízes que a integram são de carreira, ou seja, componentes do próprio Poder Judiciário²⁶⁸.

[...] existe nas mencionadas Constituições europeias uma aproximação, ainda que limitada ou parcial, ao sistema norte-americano, no qual o controle das leis tem, precisamente, natureza nitidamente judicial. E esta aproximação é, além disto, acentuada pelo fato de que, como na nomeação dos juízes da *Supreme Court* americana, assim como na nomeação dos juízes das Cortes Constitucionais europeias há, como se observou no parágrafo precedente, uma intervenção do poder legislativo ou executivo; pelo que, sob este último aspecto, pode-se reconhecer, também nas vigentes constituições austríaca, italiana e alemã, antes uma parcial aceitação do sistema do *checks and balances*, que daquele montesquieuiano da nítida separação dos poderes do Estado²⁶⁹.

A análise do sistema de controle da constitucionalidade denominado de *judicial review* previsto no sistema jurídico estadunidense²⁷⁰ é determinante para o desenvolvimento da tese de que o Poder Judiciário, ainda

²⁶⁸ Sobre a composição do Supremo Tribunal Federal, órgão máximo da justiça brasileira, também, é integrado por Ministros nomeados pelo Presidente da República conforme preveem os artigos 84 e 101 da Constituição Federal brasileira: “art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República: XIV - nomear, após aprovação pelo Senado Federal, os Ministros do Supremo Tribunal Federal e dos Tribunais Superiores, os Governadores de Territórios, o Procurador-Geral da República, o presidente e os diretores do banco central e outros servidores, quando determinado em lei; Art. 101: Parágrafo único. Os Ministros do Supremo Tribunal Federal serão nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pela maioria absoluta do Senado Federal”. Disponível em <www.planalto.gov.br>. Acesso em 21 de fevereiro de 2012.

²⁶⁹ CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. Tradução de Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Fabris, 1984, p. 100.

²⁷⁰ É importante destacar-se que no modelo inglês a supremacia é do Parlamento e não da Corte Constitucional: “fruto do longo amadurecimento histórico, o modelo institucional inglês estabeleceu-se sobre raízes tão profundas que pôde prescindir até mesmo de uma Constituição escrita, sem embargo da existência de documentos relevantes de natureza constitucional (*Magna Carta* (1215), a *Petition of Rights* (1628), a *Bill of Rights* (1689) e o *Act of Settlement* (1701). Em 1988 foi aprovado o *Human Rights Act*. Embora a Revolução Inglesa não tenha tido o tom épico e a ambição de propósitos da Revolução Francesa, o modelo inglês projetou a sua influência sobre diferentes partes do mundo, diretamente ou indiretamente (através dos Estados Unidos). Na quadra atual, início do século XXI, a estrutura do poder no Reino Unido (O Reino Unido da Grã-Bretanha e Irlanda do Norte é constituído pela Inglaterra, País de Gales, Escócia e Irlanda do Norte. A Irlanda do Sul tornou-se independente em 1937) funda-se em três grandes instituições: o Parlamento, a Coroa e o Governo. A supremacia do parlamento é o princípio constitucional maior, e não a supremacia da Constituição, como ocorre nos países que admitem o controle da constitucionalidade dos atos legislativos”. BARROSO, Luis Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 33/34.

que em um sistema *civil law*, de Constituição rígida e escrita, pode realizar a leitura moral da Constituição protegendo, assim, os direitos e garantias fundamentais, em especial, daqueles que pertencem às minorias.

Em que pese argumentos contrários, no sentido de que a concessão ao Poder Judiciário da prerrogativa de realizar a leitura moral dos direitos e garantias fundamentais enfraqueceria a democracia, comprovar-se-á, o contrário, pois a proteção dos direitos e garantias fundamentais das minorias torna mais forte o Estado Democrático de Direito. Para CAPPELLETTI os juízes “podem permitir o acesso ao *judicial process* e, assim, dar proteção a grupos que, pelo contrário, não estariam em condições de obter acesso ao *political process*”²⁷¹.

Nem sempre é razoável pensar-se que quando a maioria²⁷² decide esta decisão está fundada na equidade e na justiça e que serão as mais corretas, coerentes e sensatas, sob o ponto de vista jurídico. “Poderíamos pensar que a ascendência da maioria é o melhor procedimento viável para tomar decisões em política, mas sabemos que às vezes, quando não frequentemente, a maioria tomará decisões injustas sobre os direitos individuais”²⁷³.

²⁷¹ Cappelletti utilizando-se dos conhecimentos de Shapiro dispõe que “são exatamente esses grupos marginais, grupos que acham impossível procurar acesso nos “poderes políticos”, que a Corte pode melhor servir [...] Enquanto, efetivamente, são essencialmente políticos os poderes da Corte, pelo que os grupos marginais podem aguardar por parte da Corte o apoio político que não estão em condições de encontrar em outro lugar, os procedimentos da Corte, pelo contrário, são judiciários. Significa isso que tais procedimentos se baseiam no debate em contraditório (“adversary”) entre as duas partes, vistas como indivíduos iguais; dessa forma os grupos marginais podem esperar audiência muito mais favorável por parte da Corte do que de organismos que, não sem boa razão, olham além do indivíduo, considerando em primeiro lugar a força política que pode trazer à arena”. CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Fabris, 1993, p. 99.

²⁷² Em sua obra Dworkin, expõe as suas ressalvas em relação à premissa majoritária afirmando que se trata de “uma tese a respeito dos resultados justos de um processo político: insiste em que os procedimentos políticos sejam projetados de tal modo que, pelo menos nos assuntos importantes, a decisão a que se chega seja a decisão favorecida pela maioria dos cidadãos ou por muitos entre eles, ou seja, pelo menos a decisão que eles favoreceriam se dispusessem de informações adequadas e de tempo suficiente para refletir”. DWORKIN, Ronald. **O Direito da Liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana**, p. 24.

²⁷³ No mesmo sentido: “todos acreditamos na equidade política: aceitamos que cada pessoa ou grupo da comunidade deve ter um direito de controle mais ou menos igual sobre as decisões tomadas pelo Parlamento ou Congresso ou pelo legislativo estadual. Sabemos que pessoas diferentes têm opiniões diferentes sobre problemas de moral que consideram da maior

CAPPELLETTI ressalta que o sistema do *judicial review* previsto no direito norte-americano é único no mundo e que com a sua consolidação pode-se afirmar que se iniciou a era do constitucionalismo em que se destaca a supremacia da Constituição²⁷⁴ (*supremacy of the Constitution*) em relação às demais normas. Explica-se o significado do princípio da supremacia da Constituição com as palavras de Clémerson Merlin Cléve:

A compreensão da Constituição como Lei Fundamental implica não apenas o reconhecimento de sua supremacia na ordem jurídica, mas, igualmente, a existência de mecanismos suficientes para garantir juridicamente (eis um ponto importante) apontada qualidade. A supremacia, diga-se logo, não exige apenas a compatibilidade formal do direito infraconstitucional com os comandos maiores definidores do modo de produção das normas jurídicas, mas também a observância de sua dimensão material. É ordem fundamental, eis que reside em posição de supremacia. É, ademais, ordem material porque, além das normas contém uma ordem de valores: o conteúdo do direito que não pode ser desatendido pela regulação infraconstitucional. [...] E, finalmente, expressa a Constituição uma ordem aberta, porque mantém uma interação com a realidade.²⁷⁵

Assim, neste trabalho optou-se pela abordagem do sistema do *judicial review* presente no direito estadunidense, pois, o sistema jurídico constitucional norte-americano contribuiu muito para o direito constitucional moderno ao estabelecer o princípio da supremacia da Constituição para que os juízes e tribunais possam, inclusive, decidir acerca da validade das normas editadas pelo Poder Legislativo, pois, “hoje, em todo o mundo encontra-se

importância. Pareceria decorrer de nossas convicções sobre a equidade que a legislação sobre essas questões morais não deveria restringir-se à aplicação da vontade da maioria numérica, como se seus pontos de vista fossem unânimes, mas que deveria ser também uma questão de negociações e acordos que permitissem uma representação proporcional de cada conjunto de opiniões no resultado final”. DWORKIN, Ronald. **O império do direito**, p. 215. Em igual sentido ver: DWORKIN, Ronald, **O Direito da Liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana**. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 33.

²⁷⁴ “A doutrina distingue supremacia material e supremacia formal da constituição. Reconhece a primeira até nas constituições costumeiras e nas flexíveis. Isso é certo do ponto de vista sociológico, tal como também se lhes admite rigidez sócio-política. Mas, do ponto de vista jurídico, só é concebível a supremacia formal, que se apoia na regra da rigidez, de que é o primeiro e principal corolário. [...] Nossa Constituição é rígida. Em consequência, é a lei fundamental e suprema do Estado brasileiro. Toda a autoridade só nela encontra fundamento e só ela confere poderes e competências governamentais. Nem o governo federal, nem os governos dos Estados, nem os dos Municípios ou do Distrito Federal são soberanos, porque todos são limitados, expressa ou implicitamente, pelas normas positivas daquela lei fundamental”. SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 34ª edição revista e atualizada. São Paulo: Malheiros Editores, 2011, p. 46.

²⁷⁵ CLÉVE, Clémerson Merlin. **A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 25/26.

superada a idéia da Constituição como simples concentrado de princípios políticos, cuja eficácia era a de simples directivas que o legislador ia concretizando de forma mais ou menos discricionária²⁷⁶.

Ou seja, os sistemas do *civil law* e do *common law* aproximam-se, pois, nos países em que vige o sistema do *civil law* as decisões acerca da aplicação dos direitos humanos passam a ser realizadas pelo poder Judiciário. Podem-se destacar dois momentos muito importantes para esta ocorrência: o primeiro são as declarações de direitos humanos nas legislações de cada país e o segundo a judicialização da política que significa a transferência das decisões que se originam na política para os Tribunais²⁷⁷.

²⁷⁶ CLÉVE, Clémerson Merlin. **A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 26.

²⁷⁷ Explicando a aproximação do sistema do *civil law* ao sistema do *common law* no Brasil: “Em seu estágio atual, o direito constitucional assumiu, na Europa e no Brasil, uma dimensão claramente normativa. Nos Estados Unidos, desde sempre, esta fora sua característica essencial. Em outras partes do mundo, no entanto, inclusive entre nós, o direito constitucional demorou a libertar-se das amarras de outras ciências sociais, como a história, a sociologia, a filosofia, bem como do próprio varejo da política. Desempenhou, assim, por décadas, mais um papel programático e de convocação à atuação dos órgãos públicos do que um conjunto de normas imperativas de conduta. Esse quadro reverteu-se. O direito constitucional moderno, investido de força normativa, ordena e conforma e realidade social e política, impondo deveres e assegurando direitos. A juridicização do direito constitucional e a atuação profícua dos tribunais constitucionais ou das cortes a eles equiparáveis deram especial destaque à jurisprudência constitucional, característica marcante do novo direito constitucional. No Brasil de hoje, a ampliação da jurisdição constitucional, a importância das decisões judiciais e uma crescente produção doutrinária de qualidade proporcionaram ao direito constitucional um momento de venturosa ascensão científica e política”. BARROSO, Luis Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 69. Ver também: BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Stare Decisis, Integridade e Segurança Jurídica: reflexões críticas a partir da aproximação dos sistemas do Comow Law e do Civil Law na sociedade contemporânea**. Curitiba: PUCPR, 2011. Disponível em <<http://www.biblioteca.pucpr.br/>> e MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. São Paulo: RT, 2010. Já Cappelletti entende que há ainda alguns fatores que distanciam os sistemas do *common law* e do *civil law*: “a) do ponto de vista de sua estrutura e organização, as cortes superiores tradicionais dos países do “*Civil Law*” – especialmente, mas não apenas, no Continente europeu – são profundamente diversas dos tribunais superiores dos países de “*Commow Law*”; b) Excluir a possibilidade de os tribunais superiores recusarem-se a decidir todos os recursos regularmente levados aos eu julgamento, escolhendo decidir apenas os que suscitam questões de maior relevância geral e pareçam de maior gravidade à corte; c) existe uma terceira diferença entre os sistemas de “*Commow Law*” e “*Civil Law*”, que reduz posteriormente, nestes últimos, a autoridade e a criatividade das decisões dos tribunais em geral, e dos superiores em particular. Trata-se da diferença concernente à “sociologia judiciária”, ou seja, aos tipos de juízes que compõe tais tribunais; d) uma quarta diferença, muito importante, que em certo sentido resume em si mesmo as outras três, encontra-se no fato de que usualmente falta aos países de “*Civil Law*” algo semelhante à regra formal do “*stare decisis*”, isto é, o vínculo aos precedentes judiciais”. CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Fabris, 1993, p. 116-121.

A proteção dos direitos humanos e a supremacia da Constituição começam a aparecer nos sistemas em que predomina o modelo do *civil law* como uma forma de realização da democracia e de proteção das minorias com o afastamento das maiorias aproximando-o, assim, do sistema do *commow law*, pois, a tarefa de garantir proteção aos direitos e garantias fundamentais passa a ser do poder Judiciário²⁷⁸.

Assim, a Carta de 1988 consagrou os direitos e garantias fundamentais, bem como, estabeleceu que o valor que concede unidade e sentido ao sistema, e consagrado pela Carta de 1988, é a dignidade da pessoa humana. “Infere-se que o valor da dignidade da pessoa humana e o valor dos direitos e garantias fundamentais vêm a constituir os princípios constitucionais que incorporam as exigências de justiça e os valores éticos, conferindo suporte axiológico a todo o sistema jurídico brasileiro²⁷⁹”. Ou seja, não há direitos humanos sem democracia e nem democracia sem direitos humanos²⁸⁰. Desta forma, constitui-se em uma das tarefas do poder Judiciário a proteção efetiva destes direitos e garantias fundamentais:

Nas modernas democracias ocidentais o significado da independência judicial está gradualmente assumindo ulteriores implicações, provavelmente nem sequer imaginadas anteriormente: independência de pressões econômicas, psicológicas e sociais e, mais em geral, também independência interna à própria magistratura²⁸¹.

²⁷⁸ Nesse sentido: “Ressalta-se que as decisões mais marcantes da Suprema Corte americana foram resultado de participação ativa de movimentos e organizações em defesa dos direitos das maiorias sociais, que levaram à discussão pelo Judiciário, por meio de um caso concreto, um anseio popular, para proteção de direitos fundamentais de minorias. Tornando, dessa forma, democrático o fórum de discussões travados no âmbito da Suprema Corte”. BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Jurisdição constitucional**: entre constitucionalismo e democracia. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 112/133.

²⁷⁹ PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e direito constitucional internacional**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 84.

²⁸⁰ Ressalta-se, ainda, que “atualmente, 140 dos quase 200 Estados que integram a ordem internacional realizam eleições periódicas. Contudo, apenas 82 Estados (o que representa 57% da população mundial) são considerados plenamente democráticos. Em 1985, esse percentual era de 38%, compreendendo 44 Estados. Note-se que o pleno exercício dos direitos políticos é capaz de implicar o “empoderamento” das populações mais vulneráveis, o aumento da sua capacidade de pressão, articulação e mobilização políticas”. PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e justiça internacional: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano**. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 14.

²⁸¹ CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Fabris, 1993, p. 78.

Ou seja, os valores que se encontram abstratamente estabelecidos na Constituição Federal, ou seja, nos direitos humanos, precisam ser efetivados. E quem poderá garantir esta efetivação é o poder Judiciário. Nas palavras de Estefânia Maria de Queiroz Barboza:

Os cidadãos começam a se movimentar de forma ativa, não aceitando mais a espera pelas prestações estatais para poder usufruir de um mínimo de dignidade e passam a se socorrer do Poder Judiciário, como garantidor dos direitos fundamentais que não foram realizados pelo Poder Executivo, quer seja por problemas operacionais ou orçamentários próprios, quer seja por esperar uma regulamentação por parte do Poder Legislativo, para operacionalização, que, por sua vez, nunca chega a ocorrer²⁸².

E, assim, no Estado Democrático de Direito, é que se estabelece um novo parâmetro para a efetivação dos direitos e garantias fundamentais previstos na Magna Carta e esta função é repassada ao Poder Judiciário que se torna responsável pela efetivação dos direitos e garantias fundamentais. Isso se deve ao fato de que os direitos e garantias fundamentais constituem-se em normas cujo conteúdo é vazado de abstração. “A brevidade do texto constitucional e suas cláusulas gerais e abertas deram à Suprema Corte um papel privilegiado na interpretação e definição das instituições e dos valores da sociedade americana²⁸³”.

A grande polêmica estabelece-se no âmbito da possibilidade dos Tribunais estabelecerem o conteúdo dos direitos fundamentais que, conforme já explanado, são carregados de abstração, mas, exprimem os valores e bens mais caros para a sociedade. Como já verificado há o temor de enfraquecimento da Democracia diante do fato de que estas decisões são tomadas pelos juízes ou Ministros que, invariavelmente, não foram eleitos e escolhidos pelo povo. Assim, o poder Judiciário não estaria legitimado a exercer o controle das leis, oriundas do poder Legislativo, declarando-as constitucionais ou inconstitucionais.

²⁸² BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Jurisdição constitucional**: entre constitucionalismo e democracia. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 149.

²⁸³ BARROSO, Luis Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 42.

A este processo dá-se o nome de judicialização da política, que significa quando o Poder Judiciário passa a emitir decisões sobre questões políticas. No Supremo Tribunal Federal, nos últimos tempos, podem-se destacar às decisões quanto às células-tronco, à fidelização partidária, ao mensalão, dentre outras²⁸⁴. Porém, o Poder Judiciário vem sofrendo várias críticas e, dentre elas destaca-se o fato de não ser eleito pelo povo o que, portanto torna-o ilegítimo, no regime Democrático, para se manifestar sobre estes temas²⁸⁵. Neste sentido Dworkin:

As decisões judiciais são decisões políticas, pelo menos no sentido mais amplo que remete à doutrina da responsabilidade política. Se a tese dos direitos for válida, a distinção que acabamos de fazer explicaria, pelo menos de uma maneira bastante geral, o interesse especial que os juízes demonstram, ao mesmo tempo, pelos precedentes e pelos exemplos hipotéticos²⁸⁶.

Trata-se de pressuposto da Democracia que os direitos e garantias previstos na Constituição não podem ser alterados pela maioria, muito menos, pelo Poder Legislativo. Muito pelo contrário verifica-se que as minorias encontram-se muito mais bem protegidas na esfera judicial do que no campo político, ainda, que o acesso ao judiciário não seja um processo tão singelo assim.

[...] Também o acesso ao judiciário é cheio de obstáculos e de dificuldades de toda a natureza, de modo a tornar, frequentemente pouco “iguais” as chances das partes. A tese de Saphiro, no entanto, revela certamente um núcleo de verdade; e a história da sociedade e das instituições, efetivamente, aí está para demonstrar como não raramente certos grupos (raciais, religiosos, econômicos, etc.) encontraram justamente nos tribunais o acesso e a proteção, sem os quais teriam permanecido inteiramente, ou por pelo menos mais tempo, marginalizados da vida de determinado país²⁸⁷.

²⁸⁴ Disponível em <www.stf.jus.br>. Acesso em 03 de abril de 2012.

²⁸⁵ “A particularidade do processo decisório do STF não implica necessariamente em um *deficit* de legitimidade. Podemos especular um potencial democrático do mesmo em determinados casos. Quando a decisão é composta por múltiplas *rationes*, isso pode indicar que diferentes argumentos foram representados por ela. Argumentos que talvez tenham sido levantados na esfera pública, por meio do debate promovido pelo trâmite do caso no STF. Há potencial democrático também quando à decisão sobre a *ratio* prevalecente é jogada para uma construção futura, por isso possibilita a inclusão de novos atores no processo decisório”. CARDOSO, Eva Lusci Costa Cardoso; MACHADO, Ana Mara França; VOJVODIC, Adriana de Moraes. Escrevendo um romance, primeiro capítulo: precedentes e processo decisório do STF. **Revista Direito GV**, São Paulo, 5(1), jan./jun.2009, p. 038.

²⁸⁶ DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 138.

²⁸⁷ CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Fabris, 1993, p. 100.

As minorias encontram um espaço mais definido junto ao Poder Judiciário, pois é fato que nas Democracias o sentimento de participação do povo deve estar presente, porém, isso não significa que isso deva ocorrer, apenas, pela via do Poder Legislativo. Pois, “esse sentimento pode facilmente ser desviado por legisladores e aparelhos burocráticos longínquos e inacessíveis²⁸⁸”. Porém, com o Poder Judiciário ocorre, justamente, o contrário, pois este se desenvolve “em direta conexão com as partes interessadas, que têm o exclusivo poder de iniciar o processo jurisdicional e determinar o seu conteúdo, cabendo-lhes ainda o fundamental direito de serem ouvidas. Neste sentido, o processo jurisdicional é até o mais participatório de todos os processos da atividade pública²⁸⁹”.

[...] O STF como, corte constitucional, assumiu o papel de garantidor dos princípios constitucionais. Para muitas dessas concretizações de direitos ocorrerem, o judiciário precisou atuar de maneira mais incisiva, às vezes corrigindo a atividade dos demais poderes, como o executivo e o legislativo. No entanto, isso não transforma (e nem pode) o STF em uma espécie de legislador de legado ou algo que o valha²⁹⁰.

Assim, o Supremo Tribunal Federal possui legitimidade democrática, pois, é considerado guardião da Constituição Federal e instância máxima da jurisdição brasileira, na qual se encontram definidos os direitos e garantias fundamentais do cidadão e que, por esta razão, a sua atuação na proteção destes direitos e garantias fundamentais através da jurisdição constitucional encontra pleno amparo legal.

A discussão na Constituinte sobre a instituição de uma Corte Constitucional, que deveria ocupar-se, fundamentalmente, do controle de constitucionalidade, acabou por permitir que o Supremo Tribunal Federal não só mantivesse a sua competência tradicional, com algumas restrições, como adquirisse novas e significativas atribuições. A Constituição de 1988 ampliou significativamente a competência do Supremo Tribunal Federal, especialmente no que concerne ao controle de constitucionalidade de leis e atos normativos e ao controle da omissão inconstitucional²⁹¹.

²⁸⁸ Ibid., ibidem.

²⁸⁹ Ibid., ibidem.

²⁹⁰ CHUEIRI, Vera Karam de; SAMPAIO, Joanna Maria de Araújo. Como levar o Supremo Tribunal Federal a sério: sobre a Suspensão de Tutela Antecipada n. 91. **Revista Direito GV**, São Paulo, 5(1), jan./jun.2009, p. 046.

²⁹¹ MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 984.

O fortalecimento da atividade jurisdicional, em detrimento da atividade produzida pelo Parlamento, perpassa, também, pela história do Brasil que ao longo dos últimos anos legitimou com muita força a atuação do Poder Judiciário em detrimento da atuação do Poder Legislativo. Um destes momentos que demonstram com clareza o fortalecimento do Poder Judiciário é que o que ocorreu na transição do regime militar para o regime democrático.

Desta forma, o descrédito da sociedade no Poder Legislativo apresenta-se como um dos grandes propulsores do crescimento da atividade jurisdicional, assim como, da transferência de legitimidade que, inicialmente, estava concentrada no Poder Legislativo (Parlamento) para o Poder Judiciário (Suprema Corte).

De um lado, os parlamentos demonstraram o caráter fantasioso da sua pretensão de se erigirem em instrumentos onipotentes do progresso social. Demasiadas leis foram emanadas demasiadamente tarde, ou bem cedo tornaram-se totalmente obsoletas; muitas se revelaram ineficazes, quando não contraproduativas, em relação às finalidades sociais que pretendiam atingir; e muitas, ainda, criaram confusão, obscuridade e descrédito da lei. Nem se esqueça que os parlamentos, nas sociedades pluralísticas, compõem-se, na maior parte, de políticos eleitos localmente, ou vinculados eleitoralmente a certas categorias ou grupos. Os valores e prioridades desses políticos são, por isso, muito amiúde valores e prioridades locais, corporativos ou de grupo²⁹².

Pode-se concluir, assim, que a jurisdição constitucional atua, justamente, no sentido de proteção da soberania popular e, por conseguinte, dos direitos e garantias fundamentais. Assim, não há que se falar que o enfraquecimento da Democracia é proporcional a uma ampliação da atuação do poder Judiciário, especialmente, em situações que envolvam questões políticas, pois, o poder Judiciário está legitimado pela própria Constituição Federal que impõe a inexistência de poder absoluto.

Desta forma, a aproximação entre os modelos do *civil law* e do *commow law*, pode ser observada no Brasil a partir do momento em que o poder Judiciário passa a ser o protagonista das decisões que envolvem direitos e garantias fundamentais e, em especial, quando é provocado a decidir casos difíceis em que os destinatários sejam integrantes da minoria. No próximo item

²⁹² CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Fabris, 1993, p. 44.

verificar-se-á que a atuação mais frequente do poder Judiciário perpassa, também, pela busca de um modelo que o consolide como grande guardião da Constituição Federal. Ou seja, para que o poder Judiciário tenha legitimidade precisa buscar a coerência e a racionalidade nas suas decisões. Para tanto, buscar-se-á no modelo desenvolvido por Dworkin, e baseado no direito como integridade, a vinculação das decisões judiciais aos precedentes o que pressupõe que se escreva um romance em cadeia objetivando-se a segurança jurídica.

2 - A construção de um romance em cadeia através da doutrina dos precedentes judiciais no sistema jurídico brasileiro: a busca pela segurança jurídica

2.1 O direito como integridade: pressuposto para reconhecimento da doutrina do *Stare decisis*.

Para melhor compreensão da teoria desenvolvida por Dworkin faz-se necessário um exame do desenvolvimento do direito a partir da integridade. A concepção de direito relacionada à integridade está diretamente atrelada à doutrina dos precedentes judiciais, pois, o direito como integridade pressupõe a coerência nas decisões judiciais. Desta forma deve haver vinculação, para o Poder Legislativo, com a moral da comunidade e, para o Poder Judiciário com os precedentes. Neste sentido Vera Karam de Chueiri:

A integridade política de Dworkin se divide em dois princípios: o legislativo, que consiste na exigência de que as leis sejam, na medida do possível, coerentes com a moral da comunidade; e o jurisdicional, que consiste na exigência de que as decisões judiciais tentem analisar leis como sendo moralmente coerentes²⁹³.

Dworkin passa a compreender o direito como integridade a partir do conceito de comunidade, pois para a sua teoria há necessidade de que a comunidade desenvolva-se de uma determinada forma para que a sua teoria de interpretação possa ser aplicada. Desta forma, a busca pela satisfação das

²⁹³ CHUEIRI, Vera Karam de; SAMPAIO, Joanna Maria de Araújo. Como levar o Supremo Tribunal Federal a sério: sobre a Suspensão de Tutela Antecipada n. 91. **Revista Direito GV**, p. 055.

obrigações em uma comunidade decorre dos laços existentes entre os seus integrantes. Ocorre que há comunidades básicas e comunidades verdadeiras e o cumprimento de obrigações dá-se de maneira diversa nessas duas formas de comunidade. Uma comunidade básica é “uma comunidade que satisfaz as condições genéticas, geográficas ou históricas identificadas pela prática social como capazes de constituir uma comunidade fraternal²⁹⁴”. Já uma comunidade verdadeira é aquela “cujas práticas de responsabilidade de grupo satisfazem quatro condições²⁹⁵”.

As pessoas que pertencem a comunidades básicas podem possuir as mesmas obrigações que as pessoas que pertencem a uma comunidade verdadeira desde que as condições necessárias para que este objetivo seja atingido estejam satisfeitas. Nas palavras de Ronald Dworkin:

As obrigações de fraternidade não precisam ser totalmente voluntárias. Se as condições forem satisfeitas, as pessoas que pertencem a uma simples comunidade básica têm as verdadeiras obrigações de uma comunidade verdadeira, queiram-nas ou não, ainda que, sem dúvida, as condições não sejam satisfeitas a não ser que a maioria dos membros reconheça e honre essas obrigações. Portanto, é essencial insistir em que as verdadeiras comunidades devem ser também comunidades básicas. As pessoas não podem ser forçadas a se tornar, involuntariamente, membros “honorários” de uma comunidade à qual nem mesmo “basicamente” pertencem somente porque outros membros estão dispostos a tratá-las como tais²⁹⁶.

Nas comunidades - sejam elas básicas, verdadeiras ou autênticas - sempre existirá o conflito que é intrínseco à própria comunidade, ou seja, sempre que se pensa em satisfação de obrigações geram-se conflitos, pois, os membros de uma determinada comunidade nem sempre estão dispostos a exercer o seu papel e a entender que os direitos estão vinculados a

²⁹⁴ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**, p. 243.

²⁹⁵ “Primeiro devem considerar as obrigações do grupo como *especiais*, dotadas de um caráter distintivo no âmbito do grupo, e não como deveres gerais que seus membros devem, igualmente, a pessoas que não pertencem a ele. Segundo, devem admitir que essas responsabilidades são *personais*, que vão diretamente de um membro a outro, em vez de percorrerem o grupo todo em um sentido coletivo. Terceiro, os membros podem ver responsabilidades como decorrentes de uma responsabilidade mais geral, o interesse de que cada um deve ter pelo bem-estar de outros membros do grupo. Quarto, os membros devem pressupor que as práticas do grupo mostram não apenas interesse, mas um *igual* interesse por todos os membros”. DWORKIN, Ronald. **O império do direito**, p. 242/243.

²⁹⁶ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**, p. 244.

obrigações. Assim, a fim de auxiliar na convivência social é que surge a possibilidade de solução desses conflitos pelo Poder Judiciário que estabelecerá quais são as obrigações de um indivíduo para com a sua comunidade.

Dworkin estuda, também, a estrutura da obrigação associativa, suas circunstâncias e conflitos, pois, está em busca do modelo de comunidade mais adequado para o desenvolvimento da sua teoria. Assim, a obrigação política também pode ser considerada uma obrigação associativa, ou seja, aquelas obrigações só podem ser satisfeitas após as condições estarem presentes. Desta forma é que surge a comunidade política²⁹⁷ em que as obrigações fazem parte da sua existência como ocorre com a família e com outras formas de associação, ou seja, as obrigações decorrem de decisões coletivas.

Restam, ainda, três modelos de comunidade que são analisados por Dworkin que segue buscando o modelo ideal para o desenvolvimento da sua teoria: a comunidade associativa, a comunidade de regras e a comunidade de princípios. Verificar-se-á que cada uma delas possui argumentos compatíveis e, outros nem tanto, com a noção de integridade do direito. Pode-se descrever a comunidade associativa como um modelo que é anterior a existência dos ideais de justiça e de equidade, pois, representa o interesse de seus membros uns pelos outros, ou seja, as comunidades políticas são tratadas como verdadeiras comunidades associativas²⁹⁸.

²⁹⁷ “O direito de uma comunidade política de tratar seus membros como tendo obrigações em virtude de decisões coletivas da comunidade – vai ser encontrada não onde os filósofos esperam encontrá-la – no árido terreno dos contratos, dos deveres de justiça, ou das obrigações de jogo limpo, que poderiam ser válidos entre os estranhos -, mas no campo mais fértil da fraternidade, da comunidade e de suas obrigações concomitantes. Como a família, a amizade e outras formas de associação mais íntimas e locais, a associação política contém a obrigação em seu cerne”. DWORKIN, Ronald. **O império do direito**, p. 250. Os críticos da comunidade política sustentam o seu descontentamento com este modelo afirmando que esta carece de legitimidade. Porém, é possível verificar-se quais são as condições para a existência de uma comunidade política e, ainda, ressaltar-se que estas são menos involuntárias do que muitas obrigações familiares: “se dispusermos as comunidades fraternais familiares ao longo de um espectro que vai da plena escolha no que diz respeito a ser membro delas, veremos que as comunidades políticas ocupam uma posição mais ou menos intermediária”. DWORKIN, Ronald. **O império do direito**, p. 250.

²⁹⁸ Explicando a comunidade associativa: “a comunidade associativa é conceituada por Dworkin como sendo aquela em que há interesses especiais por outros membros de nossa própria nação, bem como obrigações para com eles. Os norte-americanos dirigem seus apelos

Já a comunidade de regras relaciona-se à noção de que seus membros cumprem as regras que foram previamente estabelecidas, seja após uma negociação, ou pelo simples fato de que há um aceite por parte de todos em relação ao cumprimento destas regras. As pessoas vinculadas a esta modalidade de comunidade obedecem às regras por uma questão de obrigação e não de estratégia sendo que todos admitem que as suas obrigações esgotam-se nas regras²⁹⁹.

Após a análise das formas de comunidade baseadas na associação e no modelo de regras é possível compreender-se que nenhuma delas adapta-se ao ideal de integridade do direito, justamente, pela forma como os cidadãos ajustam-se às suas obrigações e aos seus direitos. Nas palavras de Dworkin:

Diferentemente do que ocorre em uma comunidade de princípios que aceita a integridade e condena as leis conciliatórias e as violações menos clamorosas desse ideal como uma violação da natureza associativa de sua profunda organização. Uma comunidade de princípios, fiel a essa promessa, pode reivindicar a autoridade de uma verdadeira comunidade associativa, podendo, portanto, reivindicar a autoridade moral – suas decisões coletivas são questões de obrigação, não apenas de poder – em nome da fraternidade³⁰⁰.

Desta forma, Dworkin localiza na comunidade de princípios o local adequado para o desenvolvimento do direito como integridade: “longe de ser perfeita, a comunidade de princípios é a melhor possível na medida em que aceita a integridade como virtude política fundamental, quer na legislação, quer na adjudicação, a evitar leis e julgamentos parciais (imorais), pois resultantes do mero arbítrio.³⁰¹”. Para Dworkin:

políticos, suas exigências, visões e ideais, em primeiro lugar, a outros norte-americanos; os ingleses a outros ingleses e assim por diante. Tratamos a comunidade como algo anterior à justiça e à equidade, no sentido de que as questões de justiça e equidade são vistas como questões do que seria equitativo e justo no interior de um grupo político específico. Assim, tratamos as comunidades políticas como verdadeiras comunidades associativas”. DWORKIN, Ronald. **O império do direito**, p. 251/252.

²⁹⁹ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**, p. 253.

³⁰⁰ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**, p. 258.

³⁰¹ CHUEIRI, Vera Karam de. **Filosofia do Direito e modernidade**: Dworkin e a possibilidade de um discurso instituinte de direitos, P. 128.

O modelo de princípios satisfaz todas as nossas condições, pelo menos tão bem como qualquer modelo poderia fazê-lo numa sociedade moralmente pluralista. Torna específicas as responsabilidades da cidadania: cada cidadão respeita os princípios do sentimento de equidade e de justiça da organização política vigentes em sua comunidade particular, que podem ser diferentes daqueles de outras comunidades, considere ele ou não que, de um ponto de vista utópico, são esses os melhores princípios³⁰².

Na comunidade de princípios os direitos e os deveres foram criados pela própria comunidade³⁰³ o que assegura que serão mais facilmente compreendidos tornando as decisões dos juízes mais coerentes já que conexos com a realidade. Os juízes devem tomar as suas decisões baseando-se em princípios e não em política, ou seja, precisam fundamentar nas suas decisões o que justifica a aplicação de direitos e deveres novos a fatos que já ocorreram³⁰⁴.

Uma comunidade de princípios não significa necessariamente uma comunidade em que não haja injustiças³⁰⁵. Porém, “a integridade como virtude política subscreve uma função contemporizadora dos conflitos existentes na política cotidiana, possibilitando decisões que não onerem os cidadãos, ainda que se trate da disputa entre a justiça e a equidade³⁰⁶”.

É possível que nesta comunidade ocorram violações de direitos de seus próprios indivíduos ou de indivíduos de outras comunidades, porém, “sua exigência de integridade pressupõe que cada pessoa é tão digna quanto

³⁰² DWORKIN, Ronald. **O império do direito**, p. 257.

³⁰³ “O princípio judiciário da integridade instrui os juízes a identificar direitos e deveres legais, até onde for possível, a partir do pressuposto de que foram todos criados por um único autor – a comunidade personificada -, expressando uma concepção coerente de justiça e equidade. As proposições jurídicas são verdadeiras se constam, ou derivam, dos princípios de justiça, equidade e devido processo legal que oferecem a melhor interpretação construtiva da prática jurídica da comunidade”. DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**, p. 272.

³⁰⁴ DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**, p. 293.

³⁰⁵ “Sua concepção de interesse equitativo pode ser falha ou violar direitos de seus cidadãos ou de cidadãos de outras nações, do mesmo modo que em qualquer outra comunidade associativa verdadeira, como vimos há pouco. Mas o modelo dos princípios satisfaz as condições da verdadeira comunidade melhor do que qualquer outro modelo de comunidade possível para pessoas que divergem sobre a justiça e a equidade a serem adotadas”. DWORKIN, Ronald. **O império do direito**, p. 257.

³⁰⁶ CHUEIRI, Vera Karam de. **Filosofia do Direito e modernidade: Dworkin e a possibilidade de um discurso instituinte de direitos**, p. 129.

qualquer outra, que cada uma deve ser tratada com o mesmo interesse, de acordo com uma concepção coerente do que isso significa³⁰⁷”.

Porém, neste modelo de comunidade qualquer injustiça que venha a ocorrer é reconhecida como uma injustiça contra a comunidade, ou seja, o sentimento é comunitário e não individualista. Assim, Dworkin propõe um modelo de comunidade de princípios em que os direitos e deveres decorrem dos princípios que se originam nas instituições políticas. Desta forma, é desnecessário que cada indivíduo expresse a sua anuência a estes princípios, pois, de decorrem do contexto histórico e da opção realizada pela comunidade³⁰⁸.

Para que seja possível o desenvolvimento do modelo de interpretação baseado na integridade é necessário que este seja coerente com o modelo de comunidade. E para Dworkin o modelo de sociedade de princípios é o que mais se aproxima da maneira de interpretar abstratamente a prática jurídica baseada na integridade. Pois, o direito como integridade caracteriza-se como um método de interpretação de normas jurídicas. Vera Karam de Chueiri explica o modelo de direito como integridade:

A concepção do direito como integridade se estrutura sobre uma conexão racional (hermenêutico-crítica) entre o direito e a moral. Ela não joga para fora do sistema as questões relativas ao dever-ser, à maneira como os juízes deveriam julgar (e julgam) as questões que lhe são colocadas. As proposições jurídicas não são, em essência, meramente descritivas, mas interpretativas. O seu poder de justificação do uso da força constitui a força do direito (*force of law*), cujo estudo é, geralmente, legado aos filósofos da política, em detrimento de um estudo mais acurado, pelos filósofos do direito, dos fundamentos do direito (*grounds of law*). Isto porque, há uma realtiva concordância acerca da força do direito; isto é, de que o direito deve ser obedecido e cumprido. As teorias da desobediência civil são teorias sobre a força do direito³⁰⁹.

Juntamente com o modelo de direito como integridade e, antes de demonstrar plenamente como ele se desenvolve, destaca-se, ainda, a

³⁰⁷ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**, p. 257.

³⁰⁸ CHUEIRI, Vera Karam de. **Filosofia do Direito e modernidade**: Dworkin e a possibilidade de um discurso instituinte de direitos, p. 126.

³⁰⁹ CHUEIRI, Vera Karam de. **Filosofia do Direito e modernidade**: Dworkin e a possibilidade de um discurso instituinte de direitos, p. 109.

existência de duas outras formas de interpretação e, diga-se desde logo, ambas combatidas por Dworkin: o convencionalismo e o pragmatismo (utilitarismo). Porém, antes de discorrer sobre as concepções utilitaristas importa destacar o positivismo que, também, se constitui em uma das formas de interpretação jurídica como um dos mecanismos de controle do poder político³¹⁰.

Dentre as várias teorias que sustentam a busca pelo conceito interpretativo da prática jurídica está, também, o positivismo jurídico³¹¹. “Essa é a teoria semântica que sustenta o ponto de vista do direito como simples questão de fato e a alegação de que o verdadeiro argumento sobre o direito deve ser empírico e não teórico³¹²”. As teorias positivistas pressupõe o direito como uma simples questão de fato, ou seja, em que as divergências sobre a natureza do direito são empíricas e dizem respeito à história das instituições jurídicas³¹³. O positivismo possui como uma das suas características o afastamento de questões que envolvam decisões referentes à moralidade política, justamente, o contrário do apregoa Dworkin em sua teoria denominada de direito como integridade.

Vera Karam de Chueiri explica os principais dogmas do positivismo:

³¹⁰ Explicando a importância do tema: “a busca de uma justificativa para a relação entre as decisões políticas passadas e o uso da força, enquanto ponto geral de partida das concepções interpretativas do direito dá uma nova feição ao debate secular entre direito e moral, entre ser e dever ser, a superar a dicotomia positivista, bem como a confusão do direito natural: o positivismo os distingue por regras semânticas e o direito natural os une por compartilharem as mesmas regras semânticas”. CHUEIRI, Vera Karam de. **Filosofia do Direito e modernidade**: Dworkin e a possibilidade de um discurso instituinte de direitos, p. 108.

³¹¹ Para compreensão do tema ver: DWORKIN, Ronald. **O império do direito**, p. 44. Sobre o realismo jurídico: este “sugere que o exato significado de numa proposição jurídica depende do contexto. [...] Afirmaram que o direito não existe, ou que resulta apenas daquilo que o juiz tomou em seu café da manhã”. DWORKIN, Ronald. **O império do direito**, p. 45.

³¹² DWORKIN, Ronald. **O império do direito**, p. 41.

³¹³ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**, p. 46.

O positivismo jurídico, especialmente, sua versão hartiana, tem se empenhado cada vez mais nesta intenção de fornecer uma teoria geral, contando, para isso, com uma estrutura conceitual que se assenta nos seguintes dogmas: a) o direito consiste em um conjunto de regras especiais de que faz uso a comunidade – direta ou indiretamente -, no propósito de determinar padrões de conduta cujo descumprimento resulta no dever de reprimir e punir do poder público; b) este conjunto de regras jurídicas válidas é exaustivo do direito, vale dizer, em casos que nenhuma destas regras seja aplicável, cria-se nova regra ou suplementa-se uma antiga; c) a obrigação jurídica consiste na contraprestação de fazer ou não fazer algo, conforme a vontade da regra jurídica válida³¹⁴.

Outro mecanismo de interpretação do direito é o denominado de convencionalismo. É uma das formas de interpretação abstrata da prática jurídica que consiste na análise das convenções sociais que serviriam de aporte para as decisões jurídicas, inclusive as que envolvessem os casos difíceis³¹⁵, concedendo-se caráter impositivo para as leis, a Constituição e os precedentes. Para Vera Karam de Chueiri o convencionalismo significa:

O convencionalismo acredita que a prática jurídica é uma questão apenas de aplicação das convenções jurídicas, que seriam as convenções sociais, às quais garantiriam à Constituição, à lei e aos precedentes judiciais uma posição impositiva. Para essa concepção, nos casos difíceis, em que nenhuma convenção se enquadre ao caso, os juízes deveriam decidir da melhor forma possível, isto é, discricionariamente, utilizando padrões extrajurídicos. Assim, o juiz criaria um novo direito, que se transformaria em um precedente, isto é, adquirindo poder coercitivo³¹⁶.

Para o convencionalismo há duas pretensões: a positiva dirigida aos juízes que devem respeitar as convenções jurídicas estabelecidas pela comunidade e a negativa baseada na discricionariiedade, ou seja, quando não houver direito a ser aplicado, especialmente nos casos difíceis, o juiz deverá declarar e criar um direito para este caso em específico. Assim, ou a convenção pode ser aplicada ao caso concreto e, portanto, soluciona-o ou o juiz deverá determinar um direito novo. Pode-se resumir a idéia do convencionalismo “[...] segundo a qual, quando a convenção se esgota, um juiz

³¹⁴ CHUEIRI, Vera Karam de. **Filosofia do Direito e modernidade**: Dworkin e a possibilidade de um discurso instituinte de direitos, p. 71.

³¹⁵ DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**, p.306.

³¹⁶ CHUEIRI, Vera Karam de; SAMPAIO, Joanna Maria de Araújo. Como levar o Supremo Tribunal Federal a sério: sobre a Suspensão de Tutela Antecipada n. 91. **Revista Direito GV**, p. 054.

é livre para aperfeiçoar a lei de acordo com os padrões legislativos corretos³¹⁷”.

Neste sentido:

O convencionalismo procura encontrar o equilíbrio entre previsibilidade e flexibilidade. Quando a convenção for clara e explícita, o juiz deverá aplicá-la totalmente, privilegiando a previsibilidade. Já quando a convenção for omissa ou implícita, o juiz privilegiará a flexibilidade, decidindo como achar melhor³¹⁸.

No convencionalismo³¹⁹ os juízes devem estudar todas as legislações provenientes do Poder Legislativo e uma vez realizada esta opção os juízes não terão outros momentos para interpretar o direito como um todo nem quando estão diante de um caso específico³²⁰. A prática jurídica está centralizada na legislação e nos precedentes, ou seja, nas experiências cotidianas. Os fundamentos do direito repousam na Constituição, na legislação e nos precedentes, assim pode-se compreender o convencionalismo a partir de condições de encontrarem-se nas convenções os verdadeiros fundamentos do direito³²¹.

No convencionalismo o juiz é uma das figuras mais importantes, pois, determinará se uma das convenções será aplicada ou não ao caso concreto, obrigando-se, desta forma, ao seu cumprimento. Assim, sempre haverá interpretações diferentes, pois, cada juiz decidirá, em cada caso concreto, sobre a aplicação ou não do conteúdo de uma determinada convenção e, de que forma ela será aplicada, dependerá dos critérios de

³¹⁷ DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**, p. 311.

³¹⁸ CHUEIRI, Vera Karam de; SAMPAIO, Joanna Maria de Araújo. Como levar o Supremo Tribunal Federal a sério: sobre a Suspensão de Tutela Antecipada n. 91. **Revista Direito GV**, p. 054. Ver também em: DWORKIN, Ronald. **O império do direito**, p. 148.

³¹⁹ Entende-se por convencionalismo estrito o que está fundado na discricionariedade “pois entende que só a partir dela é possível a resolução dos casos difíceis, nos quais reina a vagueza, a ambiguidade ou a inexistência da lei ou a incerteza da dimensão do precedente. O respeito incondicional à extensão explícita das convenções representaria um ônus, neste caso” CHUEIRI, Vera Karam de. **Filosofia do Direito e modernidade**: Dworkin e a possibilidade de um discurso instituinte de direitos, p. 114. O que Dworkin combate é o convencionalismo estrito, pois, é o que devemos pôr à prova como uma interpretação geral de nossa prática jurídica. O convencionalismo estrito afirma que os juízes são liberados da legislação e do precedente nos casos difíceis porque a extensão explícita dessas convenções jurídicas não é suficientemente densa para decidir tais casos. Ver também: DWORKIN, Ronald. **O império do direito**, p. 158.

³²⁰ DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**, p. 272.

³²¹ Sobre o Caso Elmer ver: CHUEIRI, Vera Karam de. **Filosofia do Direito e modernidade**: Dworkin e a possibilidade de um discurso instituinte de direitos, p. 111.

interpretação que envolvem, por conseguinte, convicções morais e políticas de quem interpreta³²².

O convencionalismo ajusta-se, perfeitamente, à comunidade de regras, pois, nesta concepção “as pessoas tentam promover sua própria concepção de justiça e equidade, através da negociação e do acordo, [...], uma vez realizado o acordo de maneira apropriada, as regras que formam seu conteúdo serão respeitadas até que sejam alteradas por um novo acordo³²³”. Porém, não se ajusta à integridade porque “rejeita a coerência de princípios como uma fonte de direitos [...] O direito como integridade supõe que as pessoas têm direitos que extrapolam a extensão explícita das práticas políticas concebidas como convenções³²⁴”. Nas palavras de Dworkin:

O direito como completude supõe que as pessoas têm direito a uma extensão coerente, e fundada em princípios, das decisões políticas do passado, mesmo quando os juízes divergem profundamente sobre seu significado. Isso é negado pelo convencionalismo: um juiz convencionalista não tem razões para reconhecer a coerência de princípio como uma virtude judicial, ou para examinar minuciosamente leis ambíguas ou precedentes inexatos para tentar alcançá-la³²⁵.

Já o pragmatismo propõe o total desapego às leis, aos princípios, à Constituição e aos precedentes significando que os juízes decidirão o que é melhor para a comunidade em um determinado momento, ou seja, qual é a decisão que mais se ajusta a uma comunidade. O pragmatismo está voltado para o futuro, ou seja, os juízes decidem sem que haja necessidade da existência de leis e de precedentes como fontes do direito. Assim, a decisão do juiz está vinculada ao que é melhor para a comunidade, através de uma promessa de felicidade, ou seja, decidirá de acordo com o

³²² Para este convencionalismo, “não há lacunas no direito. Será sempre possível esboçar proposições que todos aceitarão, num crescendo de abstração, a constituir os *grounds of law*. Descarta-se por completo o uso do poder discricionário do juiz”. CHUEIRI, Vera Karam de. **Filosofia do Direito e modernidade**: Dworkin e a possibilidade de um discurso instituinte de direitos, p. 114.

³²³ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**, p. 254.

³²⁴ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**, p.164. No mesmo sentido: “para Dworkin a falta de compromisso do convencionalismo com princípios faz com que as práticas convencionais tenham autoridade para determinar tanto o fim quanto o começo do poder e a influência do passado sobre o presente”. CHUEIRI, Vera Karam de. **Filosofia do Direito e modernidade**: Dworkin e a possibilidade de um discurso instituinte de direitos, p. 116.

³²⁵ DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**, p. 164.

futuro³²⁶. Desta forma, “esse exercício pode pedir a interpretação de alguma coisa que extrapola a matéria jurídica: um pragmático utilitarista talvez precise preocupar-se com a melhor maneira de entender a idéia de bem-estar comunitário, por exemplo³²⁷”.

A utilização do pragmatismo não significa que o juiz não recorrerá à norma ou aos costumes ou aos princípios gerais do direito para fundar uma decisão, porém, caso isso ocorra fará objetivando um futuro melhor para a comunidade, pois, o “olhar para o passado” em nada contribui para a obtenção da felicidade geral. É uma concepção voltada para o futuro e cética do direito, pois rejeita a idéia de que existam, previamente, pretensões jurídicas que tutelam direitos quer decorram eles de normas ou de princípios. Os juízes devem encontrar o método que produza o melhor efeito para a comunidade no futuro. Mas o que é o melhor para a comunidade? Uma comunidade mais rica ou mais feliz ou com menos injustiças ou com mais qualidade de vida³²⁸?

Porém, deve-se considerar que o pragmatismo oferece maior segurança jurídica do que o convencionalismo, pois, dispõe de um critério que deve ser seguido pelo julgador: a busca da felicidade da comunidade, ainda que não se saiba qual é este ideal. Assim, apesar de constituir-se em um bom desafiador da integridade não se evidencia como a prática mais adequada, pois o seu maior desafio localiza-se no reconhecimento dos argumentos de princípios³²⁹.

O direito como integridade, portanto, rejeita o convencionalismo e o pragmatismo jurídico, pois, para a integridade o que importa é que o juiz deve estar vinculado ao veredicto sendo-lhe permitido, inclusive, combinar ambos em uma mesma decisão³³⁰. “Assim, o direito como integridade rejeita,

³²⁶ CHUEIRI, Vera Karam de. **Filosofia do Direito e modernidade**: Dworkin e a possibilidade de um discurso instituinte de direitos, p. 118.

³²⁷ DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**, p.273.

³²⁸ DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**, p. 195.

³²⁹ CHUEIRI, Vera Karam de. **Filosofia do Direito e modernidade**: Dworkin e a possibilidade de um discurso instituinte de direitos, p. 121.

³³⁰ CHUERI explica porque os modelos fundados no pragmatismo e no convencionalismo possuem falhas incapazes de superar o modelo fundado na integridade: “tanto o convencionalismo como o pragmatismo falham na integralização de um modelo hermenêutico-crítico. Especialmente na fase pós-interpretativa, fase da decisão do juiz, na qual se

por considerar inútil, a questão de se os juízes descobrem ou inventam o direito; sugere que só entendemos o raciocínio jurídico tendo em vista que os juízes fazem as duas coisas e nenhuma delas³³¹". Acerca do significado da integridade explica Dworkin:

O direito como integridade, portanto, começa no presente e só se volta para o passado na medida em que seu enfoque contemporâneo assim o determine. Não pretende recuperar, mesmo para o direito atual, os ideais ou objetivos práticos dos políticos que primeiro o criaram. Pretende, sim, justificar o que eles fizeram em uma história que traz consigo uma afirmação complexa: a de que a prática atual pode ser organizada e justificada por princípios suficientemente atraentes para oferecer um futuro honrado³³².

Portanto, os modelos de interpretação baseados no convencionalismo e no pragmatismo não são compatíveis com o sistema de interpretação vinculado à integridade. Esta pressupõe que todos os indivíduos, bem como, o Poder Judiciário e o Poder Legislativo estejam vinculados aos princípios que orientam o ordenamento jurídico e dentre eles pode-se citar a equidade e o devido processo legal. Dworkin ressalta a importância do poder Judiciário para a teoria da integridade:

O princípio da integridade na prestação da justiça não é de modo algum superior a propósito do que os juízes devem fazer cotidianamente. Reina, por assim dizer, sobre os fundamentos do direito, pois não admite nenhum outro ponto de vista que "decorra" de decisões políticas tomadas no passado. Eles têm o direito, em princípio, de ter seus atos e assuntos julgados de acordo com a melhor concepção daquilo que as normas jurídicas da comunidade exigiam ou permitiam na época em que se deram os fatos, e a integridade exige que essas normas sejam consideradas coerentes, como se o Estado tivesse uma única voz. O princípio da integridade na deliberação judicial, portanto, não tem necessariamente a última palavra sobre de que modo usar o poder de coerção do Estado. Mas tem a primeira palavra, e normalmente não há nada a acrescentar àquilo que diz³³³.

recomendam programas para a *adjudication*, ambas as concepções se acomodam: quer com a descoberta das decisões institucionais, convencionalmente reconhecidas (a legislação e os precedentes), quer com a predição expressa por uma regra, de um melhor futuro para a comunidade. Casualmente, podem se lhes ocorrer a incidência de questões interpretativas quando, por exemplo, um juiz convencionalista necessitar interpretar um texto para decidir que leis foram, a partir dele, construídas pelas convenções jurídicas. Ou, ainda, quando um pragmatista busca uma melhor compreensão da idéia de bem-estar comunitário. Todavia, só o direito como integridade pede aos juízes, ao decidirem um *hard case*, que efetuem um estudo ulterior, essencialmente interpretativo, da doutrina jurídica". CHUEIRI, Vera Karam de. **Filosofia do Direito e modernidade**: Dworkin e a possibilidade de um discurso instituinte de direitos, p. 130.

³³¹ DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**, p. 271.

³³² DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**, p. 274.

³³³ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**, p. 263.

A integridade representa muito mais do que coerência³³⁴ nas decisões judiciais e sim respeito aos princípios o que exigirá do poder legislativo e do poder judiciário um trabalho mais cuidadoso do que simplesmente a aplicação da norma jurídica que está em vigor no momento do fato. A integridade no Poder Legislativo “[...] exige que o legislativo se empenhe em proteger, para todos, aquilo que vê como seus direitos morais e políticos, de tal modo que as normas públicas expressem um sistema coerente de justiça e equidade³³⁵”.

O modelo de interpretação fundado na integridade apresenta-se como a melhor concepção, ainda que não o seja de maneira conclusiva, pois se encontram presentes a visão que o convencionalismo possui para o passado e a visão que o pragmatismo possui para o futuro no sentido de que a integridade procura projetar uma imagem no futuro através de uma construção já existente no passado³³⁶.

A integridade pressupõe duas formas distintas de incidência: uma horizontal e outra vertical em que os juízes, ao proferirem uma decisão, precisam observar a Constituição e os precedentes, nesta, bem como, o ordenamento jurídico como um todo, naquela. Acerca da necessidade de coerência na aplicação dos princípios apresentarem-se muito mais horizontalmente do verticalmente explica Dworkin:

³³⁴ “Nem a mais escrupulosa atenção à integridade, exercida por todos os juízes em todos os nossos tribunais, poderá gerar uma uniformidade de decisões que você aprove, ou impedir a tomada de decisões que você odeie. O objetivo da integridade não é a uniformidade, mas um princípio: não somos governados por uma lista de direitos e deveres, mas por um ideal, e isso significa que a controvérsia é um elemento essencial da nossa vida em sociedade”. DWORKIN, Ronald, **O Direito da Liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana** p. 134.

³³⁵ DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**, p. 266.

³³⁶ CHUEIRI, Vera Karam de. **Filosofia do Direito e modernidade: Dworkin e a possibilidade de um discurso instituinte de direitos**, p. 129.

A integridade não exige coerência de princípio em todas as etapas históricas do direito de uma comunidade; não exige que os juízes tentem entender as leis que aplicam como uma comunidade de princípio com o direito de um século antes, já em desuso, ou mesmo de uma geração anterior. Exige uma coerência de princípio mais horizontal do que vertical ao longo de toda a gama de normas jurídicas que a comunidade agora faz vigorar. Insiste em que o direito contém não apenas o limitado conteúdo explícito dessas decisões, mas também, num sentido mais vasto, o sistema de princípios necessários a sua justificativa³³⁷.

Apesar de restar claro que o modelo ideal de comunidade para o desenvolvimento da integridade seja o modelo vinculado aos princípios admite-se que “não seria possível reunir, num único e coerente sistema de princípios, todas as normas especiais e outros padrões estabelecidos por nossos legisladores e ainda em vigor³³⁸”. Explicando a eficiência da integridade nas palavras de Dworkin:

Uma sociedade política que aceita a integridade como virtude política se transforma, desse modo, uma forma especial de comunidade, especial num sentido que promove a sua autoridade moral para assumir e mobilizar monopólio de força coercitiva. A integridade protege contra a parcialidade, a fraude ou outras formas de corrupção oficial, por exemplo. Existe mais espaço para o favoritismo ou o revanchismo em um sistema que permite que os fabricantes de automóveis e de máquinas de lavar sejam governados por princípios de responsabilidade diferentes e contraditórios. A integridade contribui para a eficiência do direito³³⁹.

A integridade contribui para que não haja necessidade de alteração da legislação ou da jurisprudência sempre que a sociedade tornar-se mais sofisticada, pois, o detalhamento será realizado pelos princípios. Ou seja, sempre que surgir uma nova questão, que envolva uma decisão dos juízes e tribunais que devem atribuir um direito, não será necessária a criação de uma nova lei e sim a busca pela questão de direito. Porém, em algumas hipóteses, o veredicto alterará a legislação para que outros casos possam, também, ser legitimados pela norma jurídica.

³³⁷ DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**, p. 274. No mesmo sentido: A integridade se aplica verticalmente “se um juiz afirma que um determinado direito à liberdade é fundamental, deve demonstrar que sua afirmação é coerente com todos os precedentes e com as principais estruturas do nosso arranjo constitucional. A integridade se aplica horizontalmente se um juiz que aplica um princípio deve dar plena importância a esses princípios nos outros pleitos que decide ou endossa”. DWORKIN, Ronald, **O Direito da Liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana** p.133.

³³⁸ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**, p. 261.

³³⁹ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**, p. 229.

Foi o que ocorreu com a impossibilidade de progressão de regime nos crimes hediondos. Os argumentos utilizados pelo Supremo Tribunal Federal para sustentar a decisão que tornou inconstitucional a proibição de progressão de regime encontram-se localizados nos princípios constitucionais. Dentre eles podem-se destacar a legalidade, a individualização da pena, a humanidade e a proporcionalidade. O que ocorreu foi a busca pela questão de direito, que, inclusive provocou a alteração na legislação dos crimes hediondos. Lembra-se que tais aspectos serão enfrentados na parte III do presente trabalho.

A integridade consegue promover o que há de bom entre os cidadãos, pois, sempre que surgir um conflito entre eles estes devem pensar na justiça, pois, estão interligados pelas relações que promovem a cidadania. Com a integridade há a promoção da vida moral e política dos cidadãos, pois, pressupõe que cada um dos cidadãos deve entender que poderá exigir dos outros, mas, os demais também poderão fazê-lo. Ou seja, sempre que houver um desentendimento cada cidadão deverá compreender-se como integrante de um todo e como participante da mesma organização³⁴⁰.

O valor expressivo da integridade é confirmado quando pessoas de boa fé tentam tratar umas às outras de maneira apropriada a sua condição de membros de uma comunidade governada pela integridade política e ver que todos tentam fazer o mesmo, mesmo quando divergem sobre o que, exatamente, a integridade exige em circunstâncias particulares. Para Dworkin na integridade: “a relação todo-parte é de complementação e superação, assim, ela aparece como a melhor concepção do direito e, ao mesmo tempo, como unidade constitutiva de um projeto de sociedade”³⁴¹.

Para que a integridade possa desenvolver-se no âmbito do direito é necessária a criação de um sistema que permita ao intérprete – no caso aos juízes de casos difíceis (cuja explicação já foi exposta no início desta parte), porém os casos fáceis não estão excluídos, encontrarem soluções

³⁴⁰ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**, p. 230.

³⁴¹ CHUEIRI, Vera Karam de. **Filosofia do Direito e modernidade**: Dworkin e a possibilidade de um discurso instituinte de direitos, p. 131,

apoiadas em princípios de equidade e de justiça. Esse sistema é denominado de “romance em cadeia” e é assim explicado por Ronald Dworkin:

Em tal projeto, um grupo de romancistas, escreve um romance em série, cada romancista da cadeia interpreta os capítulos que recebeu para escrever um novo capítulo, que é então acrescentado ao que recebe o romancista seguinte, e assim por diante. Cada um deve escrever seu capítulo de modo a criar da melhor maneira possível o romance em elaboração, e a complexidade dessa tarefa reproduz a complexidade de decidir um caso difícil de direito como integridade. Espera-se que os romancistas levem mais a sério suas responsabilidades de continuidade; devem criar em conjunto, até onde for possível, um só romance unificado que seja da melhor qualidade possível³⁴².

No sistema criado por DWORKIN entende-se que cada juiz escreve um capítulo de um romance que não pode estar dissociado do que já foi escrito, pois, deve lembrar-se sempre que o seu capítulo faz parte de um todo que é único. Ou seja, cada romancista deverá escrever um capítulo a partir do material que recebeu lembrando-se sempre de que deverá acrescentar algo e que o próximo dará continuidade à sua tarefa. Deverá realizar a tarefa com o máximo esmero como se o romance fosse escrito por uma única pessoa. Ressalta Dworkin: “deve tentar criar o melhor romance possível como se fosse obra de um único autor, e não, como na verdade é o caso, como produto de muitas mãos diferentes³⁴³”.

Ao juiz compete realizar a escolha do melhor método de interpretação que para Dworkin compreende duas dimensões:

A primeira dimensão da interpretação significa que ele não pode adotar nenhuma interpretação, por mais complexa que seja, se acredita que nenhum autor que se põe a escrever um romance com as diferentes leituras de personagem, trama, tema e objetivo que essa interpretação descreve, poderia ter escrito, de maneira substancial, o texto que lhe foi entregue. Já a segunda dimensão da interpretação vai exigir-lhe então que julgue qual dessas leituras possíveis se ajusta melhor a obra em desenvolvimento, depois de considerados todos os aspectos da questão. A esta altura, entram em jogo seus juízos estéticos mais profundos sobre a importância, o discernimento, o realismo ou a beleza das diferentes idéias que se poderia esperar que o romance expressasse³⁴⁴.

E é sobre a doutrina dos precedentes vinculada ao ideal do romance em cadeia que o próximo item desenvolver-se-á buscando uma

³⁴² DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**, p. 276.

³⁴³ DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**, p. 276-277.

³⁴⁴ DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**, p. 278.

análise dos pressupostos necessários para que o direito como integridade possa, enfim, concretizar-se.

2.2 A doutrina do *Stare decisis*: a segurança jurídica e as decisões judiciais no sistema brasileiro tendo como parâmetro o direito como integridade e os precedentes judiciais: a construção de um romance em cadeia.

A doutrina do *stare decisis* surgiu nos países que se encontram vinculados ao sistema denominado de *Common Law*, ou seja, em que o direito está fundado na equidade, nos costumes e nos princípios gerais do direito, e para que se possa conferir certeza, coerência e segurança jurídica às decisões judiciais. Explicando o funcionamento do sistema do *Common Law* nas palavras de Clémerson Merlin Clève:

A competência do Judiciário, neste campo, é difusa, porque exercitada, no curso de uma demanda, por qualquer juiz ou tribunal. Conquanto todo o órgão jurisdicional possa exercer a fiscalização constitucional, a Suprema Corte, órgão de cúpula do Judiciário americano, em virtude do princípio do *stare decisis*, ou seja, da eficácia vinculante de suas decisões, desempenha um papel determinante no campo constitucional, na medida em que pronuncia a última e definitiva palavra a respeito das questões constitucionais³⁴⁵.

Desta forma, o modelo determinado pela doutrina do *stare decisis* está vinculado a idéia de que os precedentes demonstram aos juízes os caminhos já trilhados por casos similares aqueles que precisam decidir. A obediência aos precedentes é razoável desde que não haja violação a princípios, tais como, a equidade e a justiça. Não há dúvidas de que os juízes devem examinar os precedentes antes do veredicto final, porém, a questão de direito é que dará o tom da decisão final. Para Dworkin, os juízes devem julgar fundando-se em princípios, ou seja, “a doutrina requer, poderíamos dizer, uma consistência articulada³⁴⁶”. Para explicar como se dá a utilização de um argumento de princípio utilizam-se as palavras de Ronald Dworkin:

³⁴⁵ CLÉVE, Clémerson Merlin. **A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 63.

³⁴⁶ DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 137.

Um argumento de princípio pode oferecer uma justificação para uma decisão particular, segundo a doutrina da responsabilidade, somente se for possível mostrar que o princípio citado é compatível com decisões anteriores que não foram refeitas, e com decisões que a instituição está preparada para tomar em circunstâncias hipotéticas³⁴⁷.

Nesse sentido, para que o direito possa estabelecer uma aproximação com a integridade é necessário que essas decisões sejam fundadas em precedentes e que se busque, no momento do veredicto, o respeito à equidade e à justiça. Haverá violação do direito como integridade sempre que uma comunidade estabelece determinados direitos – que são coerentes entre si – que não podem ser defendidos em conjunto tendo-se como base princípios, equidade ou justiça. A integridade, também, é violada constantemente pelos tribunais que não conseguem aplicar o direito ao caso concreto de forma a unificar todas as normas em princípios únicos³⁴⁸.

É possível compreender-se que as pessoas adquirem os seus direitos, geralmente, através da lei ou dos costumes. A doutrina elaborada por Dworkin pressupõe, justamente, a possibilidade de que as pessoas adquiram direitos, também, através de decisões judiciais que, conseqüentemente, formarão os precedentes. E, em muitos casos, essas decisões são políticas e exigem do Poder Judiciário um posicionamento acerca de casos difíceis³⁴⁹. Assim, as pessoas podem ter outros direitos além daqueles criados pelo poder Legislativo através de uma decisão política, ou pelo costume ou, ainda, através de uma decisão judicial que formará os precedentes, ou seja, podem ter direitos que se originem de um caso difícil e que exija dos tribunais uma decisão específica³⁵⁰.

³⁴⁷ DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 138.

³⁴⁸ “Cite-se como exemplo a Constituição dos Estados Unidos que exige que os estados estendam a todos os cidadãos certos direitos – o direito à livre expressão, por exemplo -, mas deixa-os livres para reconhecer outros direitos não constitucionais, se assim o desejarem. Se um Estado aceita um desses direitos não constitucionais para uma classe de cidadãos, porém, deve fazer o mesmo para todos. A polêmica da lei da Suprema Corte para o aborto, de 1973, por exemplo, permite que os estados proíbam totalmente o aborto nos últimos três meses de gravidez. Mas a Corte não permitiria que um estado proibisse um aborto no último trimestre somente para as mulheres nascidas em anos pares”. DWORKIN, Ronald. **O império do direito**, p. 223/224.

³⁴⁹ Vide: DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**, p.306.

³⁵⁰ CHUEIRI, Vera Karam de. **Filosofia do Direito e modernidade**: Dworkin e a possibilidade de um discurso instituinte de direitos, p. 68.

Ou seja, nem sempre haverá previsão legal para o pedido da parte, ainda que esse seja um caso difícil, porém, deverá o juiz, ainda assim, descobrir qual é o direito da parte e não criar uma nova regra jurídica e aplicá-la restritivamente. Desta forma, ainda que não haja uma norma jurídica que contemple o pedido da parte esta poderá ganhar a causa, pois, os juízes devem fundar as suas decisões em princípios. Para Dworkin os juízes devem sempre buscar localizar o direito que deve ser aplicável às partes:

O juiz continua tendo o dever, mesmo nos casos difíceis, de descobrir quais são os direitos das partes, e não de inventar novos direitos retroativamente. Já devo adiantar, porém, que essa teoria não pressupõe a existência de nenhum procedimento mecânico para demonstrar quais são os direitos da parte nos casos difíceis. Ao contrário, o argumento pressupõe que os juristas e juízes sensatos irão divergir frequentemente sobre os direitos jurídicos, assim como os cidadãos e os homens de Estado divergem sobre os direitos políticos³⁵¹.

Conforme a teoria desenvolvida e baseada na leitura moral dos direitos humanos, na integridade e nos precedentes as decisões sobre os casos difíceis devem ser levadas ao Poder Judiciário, pois, “tanto os indicados como os legisladores fingem que casos constitucionais difíceis podem ser decididos de maneira moralmente neutra pela simples obediência ao “texto” do documento [...]”³⁵².

A atuação dos juízes no sistema baseado na integridade é muito diferente da atuação do poder Legislativo que pode justificar novas leis utilizando-se do argumento do bem-estar. Futuramente, uma determinada lei, poderá trazer à comunidade uma sensação de bem comum e por isso ela é necessária. Desta forma os legisladores justificam os seus atos. A integridade está vinculada a uma comunidade de princípios e desta forma o juiz não está

³⁵¹ DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 13127/128. No mesmo sentido: “Assim, o juiz não precisaria criar um direito para decidir um caso difícil. Ele responderia ao caso com fundamento nos princípios constitucionais, o que afirma o caráter institucional de tais direitos. Desta forma, os juízes não podem se esquivar de tomar decisões para as quais não exista uma regra clara, mas as suas decisões não podem ser arbitrárias, isto é, elas não podem ser tomadas sem um fundamento (em princípios)”. CHUEIRI, Vera Karam de; SAMPAIO, Joanna Maria de Araújo. Como levar o Supremo Tribunal Federal a sério: sobre a Suspensão de Tutela Antecipada n. 91. **Revista Direito GV**, p. 053.

³⁵² DWORKIN, Ronald, **O Direito da Liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana**, p. 08.

autorizado a agir em conformidade com as suas convicções conforme explica Dworkin:

Quem quer que aceite o direito como integridade deve admitir que a verdadeira história política de sua comunidade irá às vezes restringir suas convicções políticas em seu juízo interpretativo geral. Se não o fizer – se seu limiar de adequação derivar totalmente de suas concepções de justiça e a elas for ajustável, de tal modo que essas concepções ofereçam automaticamente uma interpretação aceitável -, não poderá dizer de boa fé que está interpretando a prática jurídica. Como o romancista em cadeia, cujos juízos sobre a adequação se ajustam automaticamente a suas opiniões literárias mais profundas, estará agindo de má fé ou enganando a si próprio³⁵³.

As decisões acerca de casos difíceis devem ser tomadas pelo poder Judiciário e não pelo povo ou pelo poder Legislativo, segundo a teoria desenvolvida, pois os direitos humanos (que compõe o conteúdo do *hard case*) estão expressos na Constituição e seu conteúdo é vazado por uma linguagem moral excessivamente abstrata e, portanto, só podem ser aplicados aos casos concretos específicos através de um juízo moral. Assim, todas estas decisões devem sempre ser justificadas por argumentos de princípios ainda que a lei tenha sido gerada por uma decisão política³⁵⁴.

O modelo dos precedentes judiciais funda-se na idéia de que os casos concretos, sejam eles difíceis ou não, podem ser decididos em conformidade com decisões anteriores que já examinaram situações similares. Porém, especialmente no que se refere às decisões que envolvam casos difíceis, nos quais o julgamento será pela utilização dos precedentes, Dworkin sustenta que a teoria do direito traz uma explicação muito mais convincente do que a teoria que privilegia os argumentos provenientes da política porque estes nem sempre podem ser justificados adequadamente ao contrário das decisões provenientes dos tribunais que são justificáveis pelos precedentes³⁵⁵.

Desta forma, é importante realizar a distinção entre argumentos de princípio e argumentos de política. Estes significam que a decisão judicial

³⁵³ DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**, p. 306.

³⁵⁴ DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 131. Vide também: DWORKIN, Ronald, **O Direito da Liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana**, p. 04.

³⁵⁵ DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 139.

protege a coletividade como um todo. Já aqueles “justificam uma decisão política, mostrando que a decisão respeita ou garante um direito de um indivíduo ou de um grupo³⁵⁶”.

Há dois mecanismos que envolvem o modelo fundado nos precedentes: a doutrina estrita dos precedentes e a doutrina atenuada dos precedentes. “A doutrina estrita obriga os juízes a seguirem as decisões anteriores de alguns outros tribunais (em geral de tribunais superiores, mas às vezes no mesmo nível da hierarquia dos tribunais de sua jurisdição), mesmo acreditando que essas decisões foram erradas³⁵⁷”.

Já a doutrina atenuada dos precedentes apenas exige que os juízes atribuam um peso às decisões anteriores, porém, caso entendam que estas são equivocadas ou não se amoldam adequadamente ao caso em comento, poderão decidir de outra forma. Para esta doutrina é possível que o juiz adote decisões anteriores tanto de tribunais acima do seu, no mesmo nível de jurisdição ou, inclusive, de tribunais estrangeiros. Porém, é evidente que, na maioria dos casos, os juízes tendem a atribuir um peso maior às decisões provenientes de tribunais superiores ao seu e também dos demais tribunais do seu país em detrimento das decisões de tribunais de outras jurisdições³⁵⁸. Foi o que ocorreu com o caso que será analisado na parte III deste trabalho em que houve a superação dos precedentes anteriores, porém, não se deixou de analisar e de atribuir-se um peso às decisões anteriores.

Grandes controvérsias podem surgir quando juízes divergem acerca da obrigatoriedade em seguir-se as decisões anteriores que tratam de uma mesma questão e que envolva aspectos jurídicos similares. Foi o que

³⁵⁶ DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 129. Para melhor compreensão ver: “o argumento em favor das leis contra a discriminação, aquele segundo o qual uma minoria tem direito à igualdade de consideração e respeito, é um argumento de princípio. Estes dois tipos de argumentos não esgotam a argumentação política, como a de permitir isenções extras de imposto de renda para os cegos, pode ser defendida como um ato de generosidade ou de virtude pública, e não com base em sua natureza de política ou princípio”. DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 130.

³⁵⁷ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**, p. 31.

³⁵⁸ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**, p. 31.

ocorreu no caso McLoughlin³⁵⁹ em que o juiz de 1ª instância entendeu que a requerente não tinha direito à indenização porque o seu colapso emocional ocorreu duas horas após o fato e não no local do acidente em conformidade com um precedente anterior (os parentes que se encontram na cena do fato têm direito à indenização).

Ela recorreu ao tribunal superior que confirmou a decisão de primeiro grau, porém, sob outros fundamentos diferentes daqueles que ensejaram a decisão anterior³⁶⁰. Posteriormente, ao recorrer à última instância, a Câmara dos Lordes, houve a revogação da decisão para que houvesse outro processo fundamentando-se no sentido de que traria desconforto para a comunidade. Porém, tal argumento demonstra-se insuficiente para fundar a referida decisão, pois, não se pode deixar de satisfazer direitos e deveres já reconhecidos anteriormente e que se fizeram cumprir.

Além disso, é necessário que se busque o “direito”. O julgamento baseado em precedentes precisa, antes de tudo, encontrar a “questão de direito”, ou seja, à tese dos direitos segue a que procura a resposta certa. E qual é a resposta certa? É aquela que consegue encontrar uma resposta original fundada na idéia de direitos, pois, muitas vezes as regras jurídicas e os princípios não contemplam alguns casos concretos, ou seja, a

³⁵⁹ “O marido e os quatro filhos da sra. *McLoughlin* foram feridos num acidente de carro na Inglaterra, mais ou menos às quatro horas da tarde do dia 19 de outubro de 1973. Ela estava em casa quando um vizinho lhe trouxe a notícia do acidente, por volta das seis horas, e dirigiu-se imediatamente ao hospital, onde foi informada de que a filha havia morrido e o marido e os outros filhos estavam em estado grave. Teve um colapso nervoso e mais tarde processou o motorista cuja negligência provocara o acidente, bem como outras de pessoas de alguma forma envolvidas, exigindo uma indenização por danos morais. Seu advogado chamou a atenção para várias decisões anteriores dos tribunais ingleses concedendo indenização às pessoas que haviam sofrido danos morais não verem um parente próximo gravemente ferido. Em todos esses casos, porém, o pleiteante tinha estado na cena do acidente ou ali chegara logo em seguida. Em um caso de 1972, por exemplo, uma mulher foi ressarcida – recebeu indenização – por danos morais; ela vira o cadáver do marido imediatamente após o acidente que lhe tirara a vida. Em 1967, um homem sem parentesco algum com as vítimas de um acidente de trem trabalhou durante horas tentando resgatá-las; a experiência o levou a um colapso nervoso, e ele conseguiu obter a indenização que pediu. O advogado da senhora McLoughlin fundamentou-se nesses casos como precedentes, decisões que haviam incorporado o direito à norma jurídica segundo a qual pessoas na situação dela têm direito a ser indenizadas”. DWORKIN, Ronald. **O império do direito**, p. 30.

³⁶⁰ Para saber mais sobre os argumentos ver: DWORKIN, Ronald. **O império do direito**, p. 33-35.

resposta certa não é algo que já está pronto no sistema e sim algo que deve ser construído com a utilização de argumentos.

Novamente é possível reporta-se ao caso concreto que será analisado na parte III deste trabalho, ou seja, não havia uma resposta pronta no sistema brasileiro para a questão que envolveu a declaração de inconstitucionalidade dos crimes hediondos. Foi necessária a construção de uma linha argumentativa fundada em princípios que se constituiu na resposta certa. Assim, a elaboração da resposta certa “sugere a analogia da prática jurídica como exercício literário, consubstanciando a idéia da *chain of law*, a qual construir-se-á no *turning point* para a consideração do direito como um conceito interpretativo³⁶¹.

Desta forma, os juízes ao decidirem sobre casos difíceis (sempre lembrando que os fáceis não estão excluídos) deverão seguir a linha dos precedentes que o vinculam, porém, há controvérsias acerca da possibilidade do poder Judiciário elaborar decisões precisando reinterpretar as regras jurídicas que se originaram do poder Legislativo que possui legitimidade para tanto, pois, eleito pelo povo (tema este já enfrentado no início deste capítulo). “Nos casos em que não cabe estender o alcance ou reinterpretar as regras existentes e em que os juízes criam nova regra, ocorre, pois, um duplo grau de subordinação: os juízes agem não só como delegados para a legislatura, mas como legisladores delegados³⁶²”. Esta é uma das soluções apontadas para as decisões tomadas pelo poder Judiciário, que age sem a legitimidade, que é comum ao Parlamento, já que detém mandato popular, é que estas decisões devem basear-se em princípios e não em regras³⁶³.

³⁶¹ CHUEIRI, Vera Karam de. **Filosofia do Direito e modernidade**: Dworkin e a possibilidade de um discurso instituinte de direitos, p. 68.

³⁶² CHUEIRI, Vera Karam de. **Filosofia do Direito e modernidade**: Dworkin e a possibilidade de um discurso instituinte de direitos, p. 74.

³⁶³ Para compreender melhor: “entretanto, segundo DWORKIN, estas objeções contar a originalidade judicial atingem muito mais as decisões geradas por políticas do que as geradas por princípio. Isto porque é persuasiva a justificativa de que o direito deveria ser criado por autoridades eleitas, se pensado enquanto política; isto é, como um compromisso entre fins e propósitos individuais em razão do bem-estar da comunidade. Por exemplo, sacrificar o direito de um inocente com a criação de um novo dever, surgido posteriormente ao evento, poderia ser oportuno se ocorresse, em nome de uma política econômica de redistribuição de renda.

Assim verifica-se que, ao decidir baseando-se em equidade, princípios gerais do direito, costumes e no devido processo legal a decisão emitida pelo poder Judiciário não carecerá de ilegitimidade, pois, fundada em princípios que prescrevem direitos. Há duas questões intrigantes na análise da equidade e da justiça e que merecem ser analisadas para justificar que nem sempre o melhor caminho serão às restrições constitucionais impostas ao poder democrático. A vida política reconhece a integridade como sendo uma virtude política. Nas palavras de Dworkin:

Deveríamos perverter a ascendência da maioria, conferindo uma força especial de voto a um grupo econômico, para além daquilo que seus números justificariam, por termos que a ascendência contínua da maioria viesse a atribuir-lhe menos do que a parte que por direito lhe corresponde? Deveríamos aceitar restrições constitucionais ao poder democrático para impedir que a maioria restrinja a liberdade de expressão, ou outras liberdades importantes? Essas difíceis questões se colocam porque a equidade e a justiça às vezes entram em conflito. Se acreditarmos que a integridade é um terceiro e independente ideal, pelo menos quando as pessoas divergem sobre um dos dois primeiros, então podemos pensar que, às vezes, a equidade ou a justiça devem ser sacrificadas à integridade³⁶⁴.

É evidente que a sociedade ficaria desconcertada se acaso houvesse a aplicação de um direito “conciliatório³⁶⁵” que tratasse questões de princípio de maneira diferente. A coletividade aceita distinções arbitrárias em algumas questões, porém, irá rejeitá-las quando se tratam de situações que envolvem manifestações relacionadas às opiniões morais: é o que ocorre com o aborto³⁶⁶ ou com o homicídio³⁶⁷, por exemplo.

Uma decisão jurídica gerada por proposições que descrevem direitos – por princípios – não é facilmente objetável por razões de política, uma vez que a dimensão política que se lhe atribui não redunde em expedientes imediatistas de consecução da felicidade geral, leia-se, mendigadas doses de bem comum, mas, sim, no *enforcement* dos direitos individuais. Ele é o próprio sentido da decisão, em que pese a segurança do cumprimento de um direito individual baseado nos princípios da equidade, da justiça e do devido processo legal”. CHUEIRI, Vera Karam de. **Filosofia do Direito e modernidade**: Dworkin e a possibilidade de um discurso instituinte de direitos, p. 75.

³⁶⁴ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**, p. 215.

³⁶⁵ “Conciliatório é um termo usado às vezes para descrever leis que fazem distinções que não são arbitrárias desse modo, mas que reivindicam uma justificativa da política mais bem servida pelas discriminações em questão. Ao usar essa palavra, pretendo apenas descrever leis que mostram incoerência de princípio e que podem ser justificadas - se é que o podem – somente com base em uma distribuição equitativa do poder político entre as diferentes facções morais”. DWORKIN, Ronald. **O império do direito**, p. 217.

³⁶⁶ Cita-se como exemplo a decisão do Supremo Tribunal Federal que reconheceu o direito ao aborto às gestantes de fetos anencéfalos. Para saber mais ver: <www.stf.jus.br>.

Da mesma forma aconteceria se há época em que o Supremo Tribunal Federal decidiu acerca da inconstitucionalidade do regime integralmente fechado para os crimes hediondos a solução fosse conciliatória tratando-se questões de princípios de maneira diferente. Assim, “para muitos de nós, portanto, nossas preferências em casos particulares colocam o mesmo enigma que nossa rejeição mais abrangente da solução conciliatória como uma estratégia geral para resolver diferenças sobre princípios”³⁶⁸.

Ou seja, quando as decisões judiciais são centradas em direitos e buscam a proteção e a efetivação dos direitos e garantias fundamentais o poder Judiciário está legitimado a agir e não há que se falar em enfraquecimento do processo democrático, pois a atuação dos juízes é complementar à do Parlamento que, apenas, elabora a norma jurídica. Neste sentido:

Dworkin adota, então, a concepção de Estado Democrático de Direito centrada nos direitos. Sendo assim, o judiciário não pode estar alheio ao processo de construção e reconstrução do direito, deve sempre proteger os direitos individuais depreendidos do compromisso moral e político que a comunidade assumiu para se constituir como livre e igual. A efetividade dos direitos morais apenas se inicia com a elaboração das regras pelo executivo e pelo legislativo, é a atuação do judiciário que efetivará os direitos morais nos casos concretos. As regras gerais e abstratas necessitam ser aplicadas ao caso concreto, por isso os trabalhos de aplicação e de criação de regras e de políticas públicas são complementares, deverão ser fundamentados diferentemente³⁶⁹.

Assim, interpretar é buscar não, apenas, o conteúdo das decisões anteriores e sim, também, o modo em que foram tomadas. O intérprete precisa pautar a sua decisão em princípios. Diferentemente do que ocorre com o legislador que não precisa justificar a criação de uma lei, que

³⁶⁷ “Podemos imaginar facilmente outros exemplos de acordos que aceitaríamos por não considerá-los violações de integridade, pois refletem princípios de justiça que reconhecemos, ainda que não os sancionemos. As pessoas que se opõe à pena de morte por uma questão de princípio aceitarão uma redução na lista de crimes punidos com a morte, desde que os que forem executados sejam moralmente mais culpáveis, ou de alguma forma discerníveis, segundo os padrões habitualmente respeitados no direito criminal; aceitarão isso muito mais facilmente do que, por exemplo, um sistema que permita a alguns criminosos condenados por um crime capital escaparem da morte mediante um processo de tirar a sorte. DWORKIN, Ronald”. **O império do direito**, p. 222.

³⁶⁸ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**, p. 222.

³⁶⁹ CHUEIRI, Vera Karam de; SAMPAIO, Joanna Maria de Araújo. Como levar o Supremo Tribunal Federal a sério: sobre a Suspensão de Tutela Antecipada n. 91. **Revista Direito GV**, p. 051.

conceda direitos e imponha deveres, por exemplo, em princípio, pois conta com a possibilidade de acionar o seu poder de coerção. “Um legislativo não precisa de razões de princípios para justificar as regras que aprova sobre o ato de dirigir carros [...] ainda que essas regras venham a criar direitos e deveres para o futuro que serão então impostos pela ameaça coercitiva³⁷⁰”.

Pode-se afirmar, assim, que o modelo a ser seguido deve ser diferente, qual seja, “cada ponto de vista deve ter voz no processo de deliberação, mas a decisão coletiva deve, não obstante, tentar fundamentar-se em algum princípio³⁷¹ coerente cuja influência se estenda então aos limites naturais de sua autoridade³⁷²”. É preciso chegar-se a um acordo sobre o modelo de justiça a ser adotado, porém, o acordo deve ser externo e não interno e, especialmente deverá abandonar o sistema baseado em concessões.

Um dos problemas encontrados em relação à utilização do modelo de processo conciliatório (interno) é que há negação da “igualdade formal”, pois, esta não significa, apenas, aplicar as normas tais como elas se encontram previstas e sim garantir a integridade³⁷³ destas com o sistema e o respeito à equidade e às regras de Justiça. Nas palavras de Dworkin:

³⁷⁰ DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**, p. 292.

³⁷¹ “Seja qual for a importância relativa dos dois princípios adotados pela solução, devem ser claramente visíveis ao longo de todos o esquema, e que as outras decisões, em outras questões que envolvem os mesmos dois princípios, também respeitem essa importância. Seja como for, esse tipo de conflito é diferente da contradição contida nas leis de conciliação descritas no texto, pois nelas um princípio de justiça não é deixado de lado nem limitado por outro de alguma maneira que expresse uma hierarquização dos dois. O que está em jogo é apenas um princípio; é afirmado para um grupo e negado para outro, e é isso que nosso sentido de propriedade denuncia”. DWORKIN, Ronald. **O império do direito**, p. 217.

³⁷² DWORKIN, Ronald. **O império do direito**, p. 217.

³⁷³ Dworkin cita como exemplo de lição sobre as dimensões da integridade a Constituição dos Estados Unidos “que provê um sistema federal e reconhece os estados como comunidades políticas distintas e atribui-lhes soberania sobre muitas questões de princípio. Assim, não há violação da integridade política no fato de que o direito de delitos civis de alguns estados seja diferente do dos outros, mesmo quanto às questões de princípios. Cada estado federado fala com uma só voz, ainda que esta não esteja em harmonia com a dos outros”. DWORKIN, Ronald. **O império do direito**, p. 225.

Insistimos na integridade porque acreditamos que as conciliações internas negariam o que é frequentemente chamado de “igualdade perante a lei” e, às vezes, de “igualdade formal”. Tornou-se moda dizer que esse tipo de igualdade não tem importância, pois oferece pouca proteção contra a tirania. Essa crítica pressupõe, contudo, que a igualdade formal é apenas uma questão de aplicar as regras estabelecidas na legislação, quaisquer que sejam elas, no espírito do convencionalismo. Os processos judiciais nos quais se discutiu a igual proteção mostram a importância de que se reveste a igualdade formal quando se compreende que ela exige integridade, bem como uma coerência lógica elementar, quando requer fidelidade não apenas às regras, mas às teorias de equidade e justiça que essas regras pressupõem como forma de justificativa³⁷⁴.

E por que não utilizar a solução conciliatória? Pode-se afirmar que essa solução não representa falta de equidade³⁷⁵. É possível concluir-se que há uma razão de equidade que justifica a estratégia da conciliação, porém, é preciso entender que existem, ainda, as razões de justiça que podem sustentar a não adoção deste modelo. E é muito difícil localizar essas questões de justiça capazes de rejeitar a solução conciliatória.

Verifica-se que o modelo de direito como integridade rejeita a estratégia conciliatória por razões de justiça, porém, é possível a adoção desta opção por razões de equidade, mas, segue afastada a possibilidade de que as decisões fundadas em modelos conciliatórios possam observar princípios que se constituem no cerne da integridade. Desta forma o modelo de integridade apresenta-se mais adequado, pois, pretende que as decisões judiciais sejam fundadas em princípios. É o que se verificará na parte III com a análise da decisão que concluiu pela inconstitucionalidade do regime integralmente fechado aos crimes hediondos.

Para endossar a não adoção do modelo conciliatório³⁷⁶ e sim apoiar-se em princípios que resultam na adoção da integridade - como sistema

³⁷⁴ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**, p. 225.

³⁷⁵ “Permitir que cada grupo escolha uma parte do direito sobre o aborto, em proporção aos seus números, é mais equitativo (no sentido por nós adotado) do que o esquema de “o vencedor leva tudo” que nossos instintos preferem, que nega a muitas pessoas qualquer influência sobre um problema que consideram da mais extrema importância”. DWORKIN, Ronald. **O império do direito**, p. 213 e 218.

³⁷⁶ Além do modelo conciliatório Dworkin fala também no modelo fundado na premissa majoritária em que seus partidários afirmam que a adoção deste modelo aproxima as decisões da democracia, pois, tomadas majoritariamente, ao passo que a leitura moral afasta-se dela já

adequado e passível de solucionar as questões mais difíceis. Verifica-se que a conciliação é perversa ao carecer de fundamento em princípios capazes de sustentar atos do Estado. Ainda que não se tenham informações precisas do que ela significa ou de como conceituá-la, é necessário reconhecer a sua existência como outra forma de solucionar casos difíceis com razoabilidade e coerência³⁷⁷.

Assim, defende-se que as decisões envolvendo casos difíceis devem ser realizadas pelos tribunais: “os cidadãos podem ser mais capazes de exercer as responsabilidades morais da cidadania quando as decisões finais saem do âmbito da política comum e ficam a cargo dos tribunais, cujas decisões supostamente dependem de princípios e não do peso dos números nem do equilíbrio da balança política³⁷⁸”. Nas palavras de Vera Karam de Chueiri:

Essa ligação necessária entre a política e a moral compromete favoravelmente o exercício da jurisdição, pois a compreende como o lócus de realização dos direitos fundamentais, pois, para Dworkin, os cidadãos possuem direitos individuais que devem ser preservados, independente do que os órgãos democráticos – não vitalícios e responsáveis por seus atos – acharem ser do interesse da sociedade. E ao poder judiciário é dado aplicar o direito no sentido de efetivação de tais direitos. Neste sentido ele age moral e politicamente³⁷⁹.

Suponha-se que a decisão de permitir a progressão de regime nos crimes hediondos tivesse se originado no poder Legislativo e não no poder Judiciário como de fato ocorreu. É certo que os argumentos que decorrem de princípios possuem maior força do que aqueles que provenham do legislativo já que suas decisões são fundadas em argumentos de política. Assim, pode-se afirmar que a “integridade não seria necessária como uma virtude política

que para os críticos da leitura moral a decisão sobre fatos importante estaria sob a responsabilidade de poucos e, ainda, que estes seriam integrantes da elite que não conseguiriam afastar-se de seus ideais de moralidade.

³⁷⁷ “Os astrônomos postularam a existência de Netuno antes de descobri-lo. Sabiam que só um outro planeta, cuja órbita se encontrasse além daquelas já conhecidas, poderia explicar o comportamento dos planetas mais próximos. Nossos instintos sobre a conciliação interna sugerem outro ideal político ao lado da justiça e da equidade. A integridade é nosso Netuno”. DWORKIN, Ronald. **O império do direito**, p. 139.

³⁷⁸ DWORKIN, Ronald, **O Direito da Liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana**, p. 47.

³⁷⁹ CHUEIRI, Vera Karam de; SAMPAIO, Joanna Maria de Araújo. Como levar o Supremo Tribunal Federal a sério: sobre a Suspensão de Tutela Antecipada n. 91. **Revista Direito GV**, p. 049.

distinta em um Estado utópico. A coerência estaria garantida porque as autoridades fariam sempre o que é perfeitamente justo e imparcial³⁸⁰, porém, isso é diferente na política comum em que se trata a integridade como um ideal independente tendo em vista que poderá entrar em conflito com outros ideais³⁸¹.

Desta forma, para que haja o pleno desenvolvimento da teoria desenvolvida por Dworkin a leitura moral³⁸² dos direitos e garantias fundamentais deve ser realizada pelo poder Judiciário porque os legisladores são muito mais suscetíveis às pressões políticas que se originam na sociedade. Assim, o poder legislativo não é um local seguro para a proteção de direitos, em especial, quando estes dizem respeito aos direitos que envolvem as minorias. Aqui se situam os direitos que envolvem os condenados. É fato que eles são considerados minorias, pois, não seriam ouvidos pelo legislativo, justamente, por conta do clamor popular que estas decisões provocam. Desta forma, é certo que a decisão de reconhecer a inconstitucionalidade do regime integralmente fechado para os crimes hediondos só poderia originar-se do poder Judiciário.

É nesse contexto tão relevante em que um cidadão indaga o Poder Judiciário acerca de um direito que não se encontra explícito na lei é que a rejeição do denominado modelo conciliatório resta evidenciada. E é nesse momento que surge a doutrina dos precedentes: “os juristas britânicos e norte-americanos falam da doutrina do precedente; referem-se à doutrina segundo a

³⁸⁰ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**, p. 214.

³⁸¹ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**, p. 214. É o que ocorreu na situação narrada por Dworkin: “um juiz que esteja decidindo o caso *McLoughlin* poderia considerar injusta a exigência de indenização por quaisquer danos morais. Mas se ele aceita a integridade, e sabe que a algumas vítimas de danos morais já foi conferido o direito à indenização, terá não obstante uma razão para se pronunciar favoravelmente à sra. *McLoughlin*”. DWORKIN, Ronald. **O império do direito**, p. 214.

³⁸² “A leitura moral é compatível com todas essas soluções institucionais ao problema das condições democráticas. Ela é uma teoria que trata de como certos dispositivos constitucionais devem ser interpretados ou “lidos” – de quais perguntas devem ser feitas e respondidas para que possamos saber o que esses dispositivos significam e exigem. Não é uma teoria sobre quem deve fazer essas perguntas ou quem deve dar a resposta a ser aceita por todos. Por isso, a leitura moral é só uma parte – uma parte importante – de uma teoria geral da prática constitucional”. DWORKIN, Ronald, **O Direito da Liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana** p. 51.

qual decisões de casos anteriores muito semelhantes a novos casos devem ser repetidas nestes últimos³⁸³”.

Assim, os precedentes são compreendidos como decisões anteriores que podem servir como fundamento das decisões que se seguirão, porém, há que se ressaltar que é uma tendência, própria da natureza humana, a tomada de decisões fundadas no passado, ou melhor, na própria história. Assim, a doutrina fundada nos precedentes não significa, necessariamente, que as decisões tomadas posteriormente devem ser idênticas à totalidade dos precedentes conforme afirma Estefânia Maria de Queiroz Barboza, ou seja, é possível que haja a manutenção ou a superação de um precedente:

O corpo de precedentes disponíveis para serem considerados em qualquer sistema jurídico representa, assim, uma acumulação de conhecimento do passado. Não é sempre, e não tem que ser sempre, que existe uma perfeita equivalência entre um novo caso e algum precedente. É mais provável que, para cada caso novo, um conjunto de decisões prévias garanta alguns modelos similares que possam ser adotados ou adaptados para solucionar o problema³⁸⁴.

O que se exige é que haja coerência entre a decisão atual e as decisões passadas. Pode-se apontar como um dos fatores geradores da insegurança jurídica, justamente, a ausência de coerência que leva à fragilidade e ao enfraquecimento destas decisões e, por conseguinte, do próprio Poder Judiciário. “A fragilidade das decisões apoiadas em políticas onde não se cobra tal coerência. Políticas se alteram na proporção dos ânimos (e ventos) que as conduzem³⁸⁵”.

No processo de concretização da doutrina baseada nos precedentes é necessário que se busque coerência nas decisões, ou seja, a *ratio decidendi* que significa encontrar a linha argumentativa principal que poderá, inclusive, fundamentar e justificar as próximas decisões da Corte. Esta busca significa localizar os motivos determinantes das decisões que

³⁸³ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**, p. 31.

³⁸⁴ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Stare Decisis, Integridade e Segurança Jurídica: reflexões críticas a partir da aproximação dos sistemas do Common Law e do Civil Law na sociedade contemporânea**, p. 167.

³⁸⁵ CHUEIRI, Vera Karam de. **Filosofia do Direito e modernidade: Dworkin e a possibilidade de um discurso instituinte de direitos**. Curitiba: J.M., 1995, p. 78.

contemplam casos difíceis, ou seja, não se pode confundir a *ratio decidendi* com o simples fato de que muitos Ministros citam suas decisões anteriores apenas objetivando justificar e fundar o seu voto não considerando a *ratio decidendi* que pertence ao tribunal e ao caso difícil.

Para que a doutrina do *stare decisis* concretize-se é preciso que o tribunal utilize nas decisões posteriores à linha argumentativa dos precedentes. Na parte III deste trabalho verificar-se-á a decisão do Supremo Tribunal Federal que declarou inconstitucional o regime integralmente fechado nos crimes hediondos objetivando-se descobrir se o tribunal manteve a linha argumentativa ou se houve superação ou, ainda, se o tribunal sequer estabeleceu conexão com a linha argumentativa dos precedentes.

É necessário que haja um diálogo com as decisões anteriores, pois, os ministros devem fixar um novo entendimento que fundará às decisões futuras. Porém, muitas vezes percebe-se que há uma grande preocupação na fixação do novo sem que isso signifique racionalidade com as decisões anteriores³⁸⁶.

Mas, o que obrigaria um juiz a decidir fundado em um precedente? Receberia ele alguma penalidade? Como se configura o respeito obrigatório à doutrina dos precedentes? As normas jurídicas possuem sanções em casos de descumprimento e aí reside o seu caráter coercitivo. Porém, caso um juiz recuse-se a respeitar um determinado precedente ele não receberá nenhuma sanção específica, pois, não há previsão legal. O que determina o respeito ao precedente nos países do *Common Law* é a cultura de que neste sistema o direito é desenvolvido pelos próprios juízes através da jurisprudência. É o que afirma Mauro Cappelletti:

³⁸⁶ CARDOSO, Eva Lusci Costa Cardoso; MACHADO, Ana Mara França; VOJVODIC, Adriana de Moraes. Escrevendo um romance, primeiro capítulo: precedentes e processo decisório do STF. **Revista Direito GV**, p. 027.

É necessário reconhecer, efetivamente, de um lado, que a doutrina do “*stare decisis*” pode ser aplicada de maneira muito flexível, o que realmente acontece especialmente nos Estados Unidos, enquanto que na Grã-Bretanha a rigidez de sua aplicação também tem sido atenuada ultimamente, entre outros motivos, pela famosa declaração do Lord Chanceler que, em 1966, falando pela unanimidade da House of Lords, afirmou o poder daquela Corte de alterar a própria jurisprudência. De outro lado, por antiga tradição reconhece-se, também, nos sistemas do “Civil Law” a autoridade – de fato, embora não formal, persuasiva, embora não vinculante – do precedente judiciário, enquanto “*auctoritas rerum similiter judicatarum*”³⁸⁷.

A doutrina do *stare decisis* é fundada no respeito aos precedentes que vincula todos os demais órgãos judiciais. Assim explica Clémerson Merlin Clève:

A funcionalidade de modelo, todavia, repousa no princípio do *stare decisis*, na força vinculante das decisões judiciais. Por força desse princípio, no momento em que a *Supreme Court* decide a respeito de qualquer questão constitucional, sua decisão é vinculante para todos os demais órgãos judiciais. Basta isso para que a decisão, envolvendo um caso concreto, a cabe por adquirir eficácia *erga omnes*³⁸⁸.

Sempre que há respeito aos precedentes significa que a equidade e os princípios de justiça³⁸⁹ devem estar presentes nas decisões judiciais. Ambos são essenciais para que os juízes possam estabelecer que os precedentes originam-se de um sistema fundado nestes dois preceitos³⁹⁰. Exemplifica Dworkin com o caso McLoughlin:

³⁸⁷ CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Fabris, 1993, p. 122.

³⁸⁸ CLÉVE, Clémerson Merlin. **A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 66

³⁸⁹ Sobre a formulação dos princípios de justiça: “1. Cada pessoa deve ter um direito igual à mais ampla liberdade básica, compatível com a liberdade similar dos outros indivíduos [...]. Este princípio pode ser designado como o da maior liberdade igual para todos. 2. As desigualdades econômicas e sociais devem ser combinadas de forma que ambas sejam, (a) razoavelmente esperadas, no sentido de serem vantajosas para todos e, (b) que, sejam ligadas a posição e a cargos abertos a todos [...]. Este segundo é designado por sua primeira parte como princípio da justa lealdade de oportunidade e pela segunda como princípio da diferença”. CHUEIRI, Vera Karam de. **Filosofia do Direito e modernidade**: Dworkin e a possibilidade de um discurso instituinte de direitos, p. 146.

³⁹⁰ Explicando a importância da equidade: “mesmo que rejeitássemos a integridade e fundamentássemos a nossa atividade política apenas na equidade, na justiça e no devido processo legal, veríamos que essas duas primeiras virtudes às vezes seguem caminhos opostos. Alguns afirmam que, separada da equidade, a justiça não tem sentido, e que em política, como na roleta dos jogos de azar, tudo aquilo que provenha de procedimentos baseados na equidade é justo. A maioria dos filósofos e políticos – e, creio, a maioria das pessoas – adota o ponto de vista intermediário de que a equidade e a justiça são, até certo ponto, independentes uma da outra, de tal modo que as instituições imparciais às vezes tomam decisões injustas, e as que não são imparciais às vezes tomam decisões justas”. DWORKIN,

No caso McLoughlin, os juizes do Tribunal de Apelação realmente pareciam pensar que, sendo os precedentes restritos a danos morais na cena do acidente, não havia direito algum sobre danos morais sofridos longe da cena, e que, portanto, a tarefa que lhes cabia era corrigir a lei, desenvolvê-la no melhor sentido possível, levando-se todos os aspectos em conta. [...] Os diferentes juizes que decidiram o caso da senhora McLoughlin divergiam quanto à força e à natureza do precedente enquanto fonte de direito, e, ainda que a divergência tenha sido sutil, tratou-se na verdade de uma divergência sobre o conteúdo do direito, não sobre o que se deveria fazer na ausência de direito (grifo meu). [...] Não apenas sobre a questão de indenizar ou não a sra. *McLoughlin*, mas como e porque as decisões judiciais anteriores alteraram a lei do país. Eles divergiram sobre aquilo que torna uma proposição jurídica verdadeira, não somente na superfície, mas em sua essência também³⁹¹.

A estruturação definitiva da doutrina fundada no respeito aos precedentes judiciais encontra possibilidade de visualização através da analogia idealizada por Dworkin com a construção de um “romance em cadeia”. Através da idéia do “romance em cadeia” pressupõe-se que a maior dificuldade do julgador não está em encontrar o precedente e sim em conseguir extrair a linha argumentativa das decisões dos tribunais capaz de conceder racionalidade e coerência à sua decisão.

Assim, este comparativo com a literatura significa que cada um dos autores receberá um capítulo de um livro já escrito e precisará escrever o subsequente, porém, deverá interpretar o anterior para que possa redigi-lo. Com esta interpretação deverá dar continuidade ao romance, porém, com a consciência de que o processo de construção não pode ser interrompido. Nas palavras de Vera Karam de Chueiri:

Ronald. **O império do direito**. Tradução Jefferson Luiz Camargo. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 214/215

³⁹¹ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**, p. 47/52.

Pois bem, a partir do uso da interpretação literária como modelo para o método de análise jurídica, propõe DWORKIN não só a unidade entre o ato de criar e de interpretar, identificando numa mesma pessoa a atitude criativo-crítica, como também uma forma de raciocínio para a decisão das questões jurídicas. A diferença entre autor e intérprete é mais uma questão de diferentes aspectos do mesmo processo. [...] DWORKIN sugere a construção de uma *chain novel* a fim de ilustrar a idéia de *Chain of Law*. A grosso modo, tratar-se-ia de um grupo de escritores que iriam escrever um romance, cabendo a cada uma a execução de um capítulo, sendo que cada escritor deveria interpretar os capítulos precedentes e assim sucessivamente. O trabalho de escrever deveria ter como objetivo a construção do romance da melhor forma possível; *in its best light*³⁹².

Cada um dos intérpretes deve dar o melhor de si para que o romance contenha as características que marcam a integridade, porém, as experiências e crenças³⁹³ de cada um estarão presentes e as suas marcas serão visíveis na construção da história. Ou seja, “[...] você teria de adaptar seu estilo de interpretação a essa circunstância. Poderia não encontrar uma interpretação que fluísse ao longo do texto, que se adequasse a tudo aquilo que o material que lhe deram considera importante³⁹⁴”. Explicando a grande relevância da teoria de Dworkin cita-se Cardoso, Machado e Vojvodic:

A teoria de Dworkin é útil na medida em que demonstra a necessidade de diálogo entre decisões para que se forme um entendimento coerente por parte da corte. Esse processo não visa engessar o processo criativo do juiz, atentando para a necessidade de sempre recorrer a casos antigos para formar seu convencimento. Pelo contrário, ele aponta para o fato de que uma corte que dialoga com suas próprias decisões pode obter melhor qualidade nestas, o que pode implicar em um processo interpretativo mais consolidado no tempo³⁹⁵.

É certo que muitas pessoas apresentam opiniões céticas³⁹⁶ em relação à possibilidade de escrever-se um romance, com várias mãos, sem que

³⁹² CHUEIRI, Vera Karam de. **Filosofia do Direito e modernidade**: Dworkin e a possibilidade de um discurso instituinte de direitos, p. 98.

³⁹³ “Constitui uma parte conhecida de nossa experiência cognitiva o fato de algumas de nossas crenças e convicções operarem como elementos de comprovação ao decidirmos até que ponto podemos ou devemos aceitar ou produzir outras, e a comprovação é efetiva mesmo quando as crenças e atitudes coercitivas são polêmicas. Se um político tem escrúpulos que outro político rejeita de boa fé o primeiro vai encontrar repressão em contextos nos quais o outro não a encontrará”. DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**, p. 283.

³⁹⁴ DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**, p. 284/285.

³⁹⁵ CARDOSO, Eva Lusci Costa Cardoso; MACHADO, Ana Mara França; VOJVODIC, Adriana de Moraes. Escrevendo um romance, primeiro capítulo: precedentes e processo decisório do STF. **Revista Direito GV**, p. 027.

³⁹⁶ “É possível que nenhuma interpretação sobreviva, mesmo a essa prova mais atenuada. Esta é a possibilidade cética que mencionei há pouco: você terminará, então, por abandonar o projeto, rejeitando sua tarefa por considerá-la impossível. Mas não pode saber de antemão que vai chegar a esse resultado cético. Primeiro é preciso tentar. A fantasia do romance em cadeia

se perca a sua unidade e sem que se perceba que várias pessoas foram autoras de uma mesma história. Muitos tenderão a abandonar o projeto por não acreditarem que é possível (fundando-se na equidade, na justiça e nos precedentes) escrever-se uma história única com racionalidade e coerência.

Porém, o intérprete que se propõe a escrever um romance em cadeia enfrentará muitos conflitos, mas deve possuir a consciência de que continuará interpretando casos concretos que devem fazer parte de um contexto e que não podem dissociar-se do que já está escrito e da história. Significando, ainda, que quem tomará a decisão final será o romancista que escolherá o melhor rumo para a história que começa a construir³⁹⁷.

Desta forma, verifica-se que Dworkin ao propor um sistema de interpretação do direito fundado na integridade buscou garantir que o sistema jurídico mantivesse racionalidade e coerência. Porém, para que o direito como integridade desenvolva-se plenamente deverão os julgadores buscar nos precedentes a linha argumentativa que permeia a decisão a fim de que não haja situações em que a decisão anterior foi meramente citada sem que haja o enfrentamento da questão de direito.

E para que este sistema aconteça Dworkin estabeleceu uma analogia com a literatura ao imaginar que as decisões judiciais poderão obedecer ao mesmo sistema que faz com que uma obra literária tenha coerência e lógica. Quando se lê um livro sempre se estabelecem conexões com os parágrafos anteriores a fim de que a racionalidade da estrutura seja

será útil de diversas maneiras nesse último argumento, mas essa é a lição mais importante que tem a ensinar. A sábia opinião de que nenhuma interpretação poderia ser melhor deve ser conquistada e defendida como qualquer outro argumento interpretativo". DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**, p. 285.

³⁹⁷ "O direito como integridade [...] pede ao juiz que se considere como um autor na cadeia do direito consuetudinário. Ele sabe que outros juízes decidiram casos que, apesar de não exatamente iguais ao seu, tratam de problemas afins; deve considerar as decisões deles como parte de uma longa história que ele tem que interpretar e continuar, de acordo com suas opiniões sobre o melhor andamento a ser dado a história em questão. (Sem dúvida, para ele a melhor história será a melhor do ponto de vista da moral política, e não da estética.) [...] O veredito do juiz – suas conclusões pós-interpretativas - deve ser extraído de uma interpretação que ao mesmo tempo se adapte aos fatos anteriores e os justifique, até onde isso seja possível". DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**, p. 286.

mantida. E com o direito, para Dworkin, isso não é diferente. Os julgadores precisam encontrar a linha argumentativa, ou seja, buscar a questão de direito para que se possa decidir para o futuro.

Um dos objetivos deste trabalho é estabelecer uma conexão entre a teoria da interpretação desenvolvida por Dworkin com a decisão que declarou inconstitucional o regime integralmente fechado para os crimes hediondos. A lei dos crimes hediondos é do ano de 1990 (lei nº. 8.072), porém, apenas em 2006 houve a declaração da inconstitucionalidade. O que se buscará demonstrar na parte III é se a teoria do direito como integridade poderá ser utilizada pelo Supremo Tribunal Federal para decidir casos difíceis como este que se apresentou. Na parte III enfrentar-se-ão muitos desafios e dentre os quais está à busca pela coerência e racionalidade do sistema que, para Dworkin, serão atingidas quando houver um diálogo com as decisões anteriores, seja para superá-las ou para confirmá-las.

Parte III

Construindo um romance em cadeia: um estudo dos julgados que levaram o Supremo Tribunal Federal a declarar a inconstitucionalidade do regime integralmente fechado aos crimes hediondos a partir do sistema de precedentes judiciais

Na primeira parte deste trabalho foram estudados os princípios constitucionais penais utilizados pelo Supremo Tribunal Federal como fundamento da decisão que declarou a inconstitucionalidade do regime integralmente fechado para os crimes hediondos. Na segunda parte objetivou-se compreender a teoria da interpretação desenvolvida por Ronald Dworkin denominada de direito como integridade. Assim, neste capítulo buscar-se-á analisar efetivamente a decisão que declarou a inconstitucionalidade através da teoria de Dworkin.

Desta forma, o que se busca é verificar-se se a teoria desenvolvida por Dworkin pode ser visualizada no âmbito desta decisão, em específico, no Supremo Tribunal Federal. Assim, analisar-se-á o presente julgado objetivando-se a busca de coerência e de racionalidade do sistema jurídico brasileiro através da doutrina do *stare decisis*, ou seja, da construção de um romance em cadeia através do diálogo com as decisões anteriores, pois, para Dworkin a tarefa de realizar a leitura moral dos direitos e garantias fundamentais pertence ao poder Judiciário.

1 – Da necessidade de construção do romance em cadeia: as dificuldades apresentadas pelo Supremo Tribunal Federal

As mudanças pelas quais passa a sociedade atual, em especial, decorrentes da velocidade da informação, bem como, da especificidade dos conflitos, passou a indicar a necessidade de pronunciamentos mais constantes e seguros por parte da maior Corte do país: o Supremo Tribunal Federal. Isso decorre, ainda, do modelo constitucional vigente atualmente no país orientado pelos direitos fundamentais que se

encontram em constante transformação e que permitem diferentes interpretações.

No caso brasileiro, esse movimento de ampliação do Poder Judiciário, particularmente do Supremo Tribunal Federal, tem sido contemporâneo da retração do Legislativo, que passa por uma crise de funcionalidade e de representatividade. Nesse vácuo de poder, fruto da dificuldade do Congresso Nacional formar maiorias consistentes e legislar, a corte suprema tem produzido decisões que podem ser reputadas ativistas. [...] Exemplos emblemáticos e sempre lembrados são os dos julgamentos da fidelidade partidária – em que o STF criou, por interpretação do princípio democrático, uma nova hipótese de perda de mandato parlamentar – e do nepotismo, em que a Corte, com base na interpretação dos princípios constitucionais da moralidade e da impessoalidade, estabeleceu a vedação do nepotismo nos três poderes. Ações como as que tratam da legitimidade da interrupção da gestação em caso de feto anencéfalo e da extensão do regime da união estável às uniões homoafetivas também envolvem uma atuação quase normativa do Supremo Tribunal Federal³⁹⁸.

Assim, insta especificar que o sistema de controle da constitucionalidade passou por diversas fases ao longo da história do direito constitucional brasileiro e, conseqüentemente, a atuação do Supremo Tribunal Federal também já que está diretamente relacionada ao controle de constitucionalidade.

A Constituição Federal de 1988 estabeleceu a coexistência entre os sistemas de controle da constitucionalidade difuso (por via de exceção) e concentrado (por via de ação). Porém, o mais significativo no que se refere às contribuições da Constituição Federal de 1988 para o modelo de controle da constitucionalidade foi, com certeza, a ampliação das hipóteses de exercício do controle por via de ação³⁹⁹.

³⁹⁸ BARROSO, Luis Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 433.

³⁹⁹ Clémerson Merlin Cléve sintetiza o controle da constitucionalidade previsto na Constituição Federal de 1988: "(i) ampliou a legitimação ativa para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade (antiga representação); (ii) admitiu a instituição pelos Estados-membros de ação direta para declaração de inconstitucionalidade de ato normativo estadual ou municipal em face da Constituição Estadual (art. 125, § 2º); (iii) instituiu a ação direta de inconstitucionalidade por omissão (art. 103, § 2º) e o mandado de injunção (art. 102, I, q, quando da competência do STF); (iv) exigiu a citação do advogado geral da União para, nas ações diretas, defender o ato impugnado (art. 103, § 3º); (v) reclamou a manifestação do Procurador Geral da República em todas as ações de inconstitucionalidade, bem como nos demais processos de competência do Supremo Tribunal Federal (art. 103, § 1º); (vi) não atribui ao Supremo Tribunal Federal competência para julgar representação para fins de interpretação, instrumento que foi, portanto, suprimido pela nova Lei Fundamental; (vii) previu a criação de um mecanismo de arguição de descumprimento de preceito fundamental decorrente

A Constituição de 1988 conferiu ênfase, portanto, não mais ao sistema difuso ou incidente, mas ao modelo concentrado, uma vez que, praticamente, todas as controvérsias constitucionais relevantes passaram a ser submetidas ao Supremo Tribunal Federal, mediante processo de controle abstrato de normas⁴⁰⁰.

Assim, o Supremo Tribunal Federal, em conformidade com a Constituição Federal de 1988, é o guardião da Constituição e instância máxima da jurisdição brasileira e disso deflui o fato de que será solicitado para solucionar demandas da sociedade brasileira seja “por meio da interposição de recursos nas causas que já foram decididas em última ou única instância por outras cortes, ou pela propositura de ações constitucionais de sua competência originária⁴⁰¹”.

Desta forma, o Poder Judiciário e, em especial, o Supremo Tribunal Federal, exerce um importante papel no fortalecimento da democracia, pois ele é o local adequado para a proteção dos direitos das minorias. “A expansão do papel do judiciário representa o necessário contrapeso, segundo entendo, num sistema democrático de “*checks and balances*”, à paralela expansão dos “ramos políticos no estado moderno”⁴⁰². Ou seja, é no Poder Judiciário que as minorias encontram o alento necessário e a certeza de proteção de muitos dos seus garantidos, em algumas situações, pelo Poder Legislativo. Um indivíduo possui o direito de buscar seus direitos, ainda, que isso represente ir contra a maioria, ou seja, “o conforto da maioria exigirá alguma adaptação por parte das minorias, mas apenas na medida necessária para a preservação da ordem”⁴⁰³.

E dentre essas minorias destacam-se, em especial, os direitos das mulheres, dos negros, dos homossexuais, das minorias étnicas e, também,

da Constituição (art. 102, parágrafo único) que não foi, ainda, regulamentado; e, finalmente, (viii) alterou o recurso extraordinário, que passou a ter feição unicamente constitucional (art. 102, III)”. CLÉVE, Clémerson Merlin. **A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 90.

⁴⁰⁰ MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 1128.

⁴⁰¹ MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 1044.

⁴⁰² CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Fabris, 1993, p. 19.

⁴⁰³ DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 230.

das pessoas que estão cumprindo pena, ou seja, que já foram julgadas e condenadas criminalmente. Quem irá garantir os direitos das minorias? A atuação do Poder Judiciário não visa à restrição à democracia e sim contribui para o seu fortalecimento, pois, realiza a aplicação efetiva dos direitos fundamentais. Dworkin afirma que o Judiciário possui importante papel na defesa dos direitos das minorias, pois sofre menos pressões que os legisladores: “os legisladores sofrem pressões de grupos políticos fortes que podem impor sua vontade em detrimento de direitos individuais”⁴⁰⁴.

Neste sentido, BARBOZA:

Ora, o Judiciário, desse modo, exerce papel importante na proteção da democracia, vez que é ele o fórum adequado para garantia dos direitos das minorias essas que se tornam maioria numa sociedade plural e desigual como a brasileira. Ressalta-se que, sem a efetivação dos direitos sociais, os excluídos e as minorias nunca alcançarão uma igualdade real, ou uma liberdade igual, e, portanto, continuarão alheios ao processo democrático, pois não basta a garantia dos direitos políticos e de liberdade de expressão, é preciso, também, a garantia do direito à educação, para que se tenha o direito a formar a própria opinião⁴⁰⁵.

Para DWORKIN existem duas objeções que devem ser consideradas no momento em que o juiz decide fundando-se em argumentos políticos:

⁴⁰⁴ CHUEIRI, Vera Karam de; SAMPAIO, Joanna Maria de Araújo. Como levar o Supremo Tribunal Federal a sério: sobre a Suspensão de Tutela Antecipada n. 91. **Revista Direito GV**, p. 050/051.

⁴⁰⁵ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Jurisdição constitucional**: entre constitucionalismo e democracia. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 206. Contrariamente a este posicionamento de que o Poder Judiciário é o local adequado para a busca dos direitos das minorias DWORKIN apresenta a teoria de Bickel: “o processo político orgânico irá assegurar com maior segurança os direitos humanos genuínos, caso seu caminho não seja atravessado pela intrusão artificial e racionalista dos tribunais. Sob este ponto de vista, os direitos dos negros, dos suspeitos e dos ateus emergirão normalmente do processo das instituições políticas, em resposta às pressões políticas. Se uma pretensão de direito não puder ser bem-sucedida dessa maneira, então por essa mesma razão será – ou, em todo o caso, é possível que venha a ser – uma pretensão de direito imprópria”. DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 228.

A conhecida história de que a decisão judicial deve ser subordinada à legislação é sustentada por duas objeções à originalidade judicial. De acordo com a primeira, uma comunidade deve ser governada por homens e mulheres eleitos pela maioria e responsáveis perante ela. Tendo em vista que, em sua maior parte, os juízes não são eleitos, e como na prática eles não são responsáveis perante o eleitorado, como ocorre com os legisladores, o pressuposto acima parece comprometer essa proposição quando os juízes criam leis. A segunda objeção argumenta que, se um juiz criar uma nova lei e aplicá-la retroativamente ao caso que tem diante de si, a parte perdedora será punida, não por ter violado algum dever que tivesse, mas sim por ter violado um novo dever, criado pelo juiz após o fato⁴⁰⁶.

A possibilidade de invocação do Poder Judiciário para proteção e efetivação dos direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição Federal, conforme sustenta CAPPELLETTI, decorre da expressão direito judiciário (*judiciary law*) utilizada há mais de um século pelo filósofo e jurista Jeremy Bentham⁴⁰⁷.

O próprio Bentham, na verdade, era consciente que nem mesmo a completa codificação teria eliminado completamente do caminho o direito judiciário. Mas o que ele nunca poderia talvez prever foi que, paradoxalmente, justamente na época que se lhe seguiu, e especialmente no século XX, o próprio fenômeno da expansão do direito legislativo – ocorrido tanto nos países de “Common Law” quanto nos de “Civil Law” -, constituiu, como veremos, uma das principais causas do ulterior fenômeno da geral, e não menos impressionante, expansão no mundo moderno também do direito judiciário, ou “jurisprudencial” e, assim, do papel criativo dos juízes⁴⁰⁸.

Desta forma, é visível que o legislador – e vive-se em uma época em que há, ao menos na esfera penal, um inchaço na legislação – não possui condições de prever todas as hipóteses que poderão vir a ocorrer. Sendo assim a atuação do poder Judiciário é essencial para a efetivação dos direitos e garantias. “Do ponto de vista substancial, portanto, não é diversa a “natureza” dos dois processos, o legislativo e o jurisdicional. Ambos constituem processos de criação do direito⁴⁰⁹”.

Quando o Direito Penal passa a ter um caráter eminentemente promocional e emergencial a eficácia da sanção penal diminui drasticamente. Isto significa, exemplificando, com o que ocorre na tipificação de determinados

⁴⁰⁶ DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 132.

⁴⁰⁷ CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Fabris, 1993, p. 18.

⁴⁰⁸ CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Fabris, 1993, p. 18.

⁴⁰⁹ CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Fabris, 1993, p. 18.

delitos especialmente aqueles contra o meio ambiente ou os delitos fiscais. O que se busca, na verdade (através do legislador), é a criação na sociedade de uma “ética fiscal” ou “ética ecológica” que até então não existia, o que pode ser muito bom para o Poder, mas jamais para o Direito.

O mesmo raciocínio ocorre quando o legislador passa a agir de modo em que, seu principal objetivo, não é mais unicamente a eficaz proteção dos bens jurídicos fundamentais para o homem, e sim a intenção de produzir na opinião pública uma impressão tranquilizadora de um legislador que está atento à realidade social. Pois os legisladores não precisam fundamentar as suas decisões em princípios, bastando que demonstrem a necessidade de busca pelo bem estar social, ao contrário dos juízes.

É essa a denominada função simbólica⁴¹⁰ do direito penal. Esta possui como um dos seus mais significativos exemplos à legislação penal estruturada a partir do conceito de crime hediondo – lei nº 8072/90. Pode-se afirmar que a criação da lei que pune os crimes “hediondos” é um clássico exemplo da função simbólica do direito penal que deixa de buscar a sua real função, que é a proteção dos bens jurídicos, para responder ao “aumento da criminalidade” com a criação de normas mais rígidas e sanções mais severas⁴¹¹.

Percebe-se, portanto, que há um movimento crescente em relação aos denominados “casos difíceis” que demandam um cuidado maior do

⁴¹⁰ “Ambos os casos representam graves distorções que distanciam o direito penal da sua verdadeira matriz: autorizam um direito penal de máxima intervenção. Na medida em que o mecanismo controlador penal perde sua condição de instrumento a serviço da convivência social e torna-se um interventor precoce nos conflitos sociais, ou atua, simbolicamente, apenas para efeito de transmitir falsa tranquilidade à sociedade sua legitimidade começa a ser posta em dúvida”. FRANCO, Alberto Silva. Do Princípio da Intervenção Mínima ao Princípio da Máxima Intervenção. Justiça e Democracia. *Revista Semestral de Informações e Debate*. São Paulo. 1996. v.1. p. 174.

⁴¹¹ “Não infrequentemente o Estado apela ao direito penal para transmitir a impressão tranquilizadora de que fala SILVA SÁNCHEZ. No Brasil, há exemplos vários da utilização deste expediente, como a promulgação da lei dos crimes hediondos (Lei 8.072/90), que aumento sensivelmente as penas dos crimes nela previstos, além de agravar a situação processual dos que tenham praticado quaisquer daquelas infrações. Não é raro ainda a decretação de prisões provisórias em razão do alarma/comoção social provocados pelo delito cometido, embora nada disso autorize, constitucionalmente, a adoção dessa providência cautelar/processual, sob pena de a prisão provisória converter-se em pena antecipada, confundindo processo de conhecimento com processo de execução”. QUEIROZ, Paulo. *Funções do direito penal: legitimação versus deslegitimação do sistema penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 52.

Supremo Tribunal Federal no momento da exposição de seu posicionamento. Para DWORKIN considera-se como caso difícil aquele em que “nenhuma regra estabelecida dita uma decisão em qualquer direção, pode parecer que uma decisão apropriada possa ser gerada seja por princípios, seja por políticas⁴¹²”. Nesse sentido:

O outro uso que o STF está dando às suas decisões é visível em julgamentos relevantes de casos emblemáticos. Mais sensíveis devido à resolução mais complexa e ao acompanhamento da mídia, eles exigem, por parte dos ministros, maior carga de argumentação. Nesses casos, verificamos a preocupação, por parte dos ministros, em formar um entendimento sobre o litígio que sirva como precedente para casos posteriores. Esse posicionamento nos leva a crer que as duas funções dadas por suas decisões seguem o caminho de aproximação do STF ao papel de um tribunal constitucional, um modelo distinto de outras cortes constitucionais, mas que se apega a algumas características comumente atribuídas a essas cortes⁴¹³.

A previsibilidade, em direito penal, assume uma tarefa muito mais relevante, pois há que se respeitar a anterioridade que decorre do Princípio da Legalidade, assim, uma nova lei só poderá ser aplicada aos casos concretos ocorridos após a sua vigência, salvo, quando beneficiar o réu.

Além do mais, em direito penal, mais do que em qualquer outro ramo do direito, o princípio da taxatividade, corolário do princípio da legalidade e conhecido, também, como *nullum crimen nula poena sine lege certa*, exige certeza, coerência, exatidão e precisão nas normas de natureza penal, ou seja, não é possível que se conviva com normas indeterminadas e imprecisas.

Os tribunais precisam posicionar-se acerca de muitas situações cujas normas jurídicas mostram-se insuficientes para solucioná-las. Como muito bem assinala Dworkin os tribunais precisam estabelecer a moralidade que regerá os direitos e garantias fundamentais. A leitura moral desses direitos e garantias é essencial para que se solucionem, adequadamente, as hipóteses que – a cada dia mais – chegam ao Supremo Tribunal Federal. Isso é reafirmado pelo sistema constitucional em vigência no país, ou seja, um sistema aberto de regras e princípios. Neste sentido:

⁴¹² DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 131.

⁴¹³ CARDOSO, Eva Lusci Costa Cardoso; MACHADO, Ana Mara França; VOJVODIC, Adriana de Moraes. Escrevendo um romance, primeiro capítulo: precedentes e processo decisório do STF. **Revista Direito GV**, p. 022/023.

Assim a Constituição passa a ser um sistema aberto de princípios e regras com a meta de desempenhar a realização dos direitos fundamentais. Entretanto, o pensamento jurídico tem se dedicado ao estudo dos princípios e à dificuldade no campo interpretativo e da aplicação de seu conteúdo bem como de sua eficácia. Em relação ao seu conteúdo identificam valores a preservar ou finalidade a ser alcançada, por isso é valorativo ou finalístico. Quanto à estrutura normativa o intérprete terá um papel mais complexo, uma vez que a norma não determina a conduta a ser seguida para sua realização, já que os princípios indicam fins. Logo, se terá estados ideais a serem alcançados, podendo ocorrer mais dificuldade quanto ao fim a ser atingido ou estado ideal a ser transformado em realidade, por não ser objetivamente delimitado, precisando de uma integração subjetiva do intérprete, como por exemplo, o princípio da dignidade humana, considerando que o comportamento necessário para realizar esse princípio não está explicitado⁴¹⁴.

Ocorre que os direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição Federal são vazados de abstração e, assim, necessitam da atuação do Poder Judiciário para a sua efetiva interpretação, aplicação e proteção. “Para, além disso, não se pode perder de vista que os direitos fundamentais são dotados de uma concepção aberta [...] necessitando, por sua vez, para que sejam concretizados, de interpretações, quer seja por parte do Poder Legislativo, quer seja por parte do Poder Judiciário⁴¹⁵”. Explicando o conteúdo aberto dos princípios e regras vigentes na atualidade e a sua grande carga de abstração BARROSO:

A linguagem jurídica, como a linguagem em geral, utiliza-se de signos que precisam ser interpretados. Tais signos, muitas vezes, possuem determinados sentidos consensuais ou de baixo grau de controvérsias. [...] Mas, a Constituição se utiliza, igualmente, de inúmeras cláusulas abertas, que incluem conceitos jurídicos indeterminados e princípios. O fenômeno se repete com maior intensidade quando se trata de princípios constitucionais, com sua intensa carga axiológica, como dignidade da pessoa humana, moralidade administrativa ou solidariedade social. Também aqui será impossível falar em sentidos claros e unívocos. Na interpretação de normas cuja linguagem é aberta e elástica, o direito perde muito da sua objetividade e abre espaço para a valoração do intérprete. O fato de existir consenso de que ao atribuir sentido a conceitos indeterminados e a princípios não deve o juiz utilizar-se dos seus próprios valores morais e políticos não elimina riscos e complexidades, funcionando como uma bússola de papel⁴¹⁶.

⁴¹⁴ SOUZA, Simone Rita Zibetti de. O papel e a função da hermenêutica principiológica. **Revista Direitos Fundamentais e Democracia**. Curitiba, vol. 4, 2008.

⁴¹⁵ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Jurisdição constitucional**: entre constitucionalismo e democracia. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 163.

⁴¹⁶ BARROSO, Luis Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 422.

Ou seja, a esse processo dá-se o nome de leitura moral que significa a possibilidade do Poder Judiciário decidir questões que se referem aos direitos e garantias fundamentais objetivando a construção de uma sociedade igualitária e democrática. Este processo não pode e não deve ser confundido com as funções que são inerentes ao Poder Legislativo, ou seja, julgar não é legislar e nem administrar.

Julgar é distinto de legislar e de administrar. Juízes não criam o direito e nem definem as ações administrativas. Seu papel é aplicar a Constituição e às leis, valendo-se de um conjunto de institutos consolidados de longa data, sendo que a jurisprudência desempenha, crescentemente, um papel limitador dessa atuação, pela vinculação aos precedentes. Direito e política nessa visão constituem mundos apartados⁴¹⁷.

Para DWORKIN as objeções referentes à impossibilidade de que os casos difíceis sejam julgados pelo poder Judiciário e não decididos pelo poder Legislativo, não merecem prosperar, pois, se o caso é decidido pelo juiz com fundamento em argumentos de princípios e não em argumentos de política significa que ele está imune às pressões sofridas pelo Parlamento.

Um argumento de princípios estipula alguma vantagem apresentada por quem reivindica o direito que o argumento descreve, uma vantagem cuja natureza torna irrelevantes as sutis discriminações de qualquer argumento de política que a ela se pudesse opor. Assim, um juiz que não pressionado pelas demandas da maioria política, que gostaria de ver seus interesses protegidos pelo direito, encontra-se, portanto, em uma melhor posição para avaliar o argumento⁴¹⁸.

Tal entendimento é compartilhado por CAPPELLETTI:

⁴¹⁷ BARROSO, Luis Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 427. Em idêntico sentido: “no constitucionalismo democrático, o exercício do poder envolve a interação entre as cortes judiciais e o sentimento social, manifestado por via da opinião pública ou das instâncias representativas. A participação e o engajamento popular influenciam e legitimam as decisões judiciais, e é bom que seja assim. Dentro de limites, naturalmente. O mérito de uma decisão judicial não deve ser aferido em uma pesquisa de opinião pública. Mas isso não diminui a importância de o Judiciário, no conjunto de sua atuação, ser compreendido, respeitado e acatado pela população. A opinião pública é um fator extrajurídico relevante no processo de tomada de decisões por juízes e tribunais. Mas não é o único e, mais que isso, nem sempre é singela a tarefa de captá-la com fidelidade”. BARROSO, Luis Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 441.

⁴¹⁸ DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 133.

Segundo a opinião de muitos, na criatividade jurídica dos legisladores democraticamente eleitos e dos administradores públicos politicamente responsáveis reside maior grau de “legitimação”, de qualquer maneira mais evidente do que no “ativismo judiciário”, vale dizer, na criatividade jurídica da magistratura, caracterizada exatamente pela tradição de independência política e isolamento⁴¹⁹.

Desta forma, a cada dia que passa os tribunais são mais acionados para que se manifestem sobre casos difíceis e devem desenvolver uma interpretação coerente com os direitos e garantias fundamentais e com as necessidades da sociedade naquele momento histórico. Vera Karam de Chueiri explica que:

Dworkin afirma existirem duas concepções de Estado Democrático de Direito: a centrada no texto legal e a centrada nos direitos. A concepção centrada no texto legal admite que o Estado Democrático de Direito, para ser considerado como tal, deve assegurar aos seus cidadãos apenas os direitos expressamente previstos em lei. Assim, os juízes não deveriam decidir questões políticas, os direitos só deveriam ser garantidos se estivessem expressos em lei. [...] Para a concepção centrada nos direitos, para ser considerado como tal, o Estado Democrático de Direito não pode assegurar apenas os direitos prescritos nas leis. Por essa compreensão, o Estado Democrático de Direito deve assegurar igualmente os direitos morais que os cidadãos possuem entre si e os direitos políticos que eles possuem perante o Estado. A lei deve proteger e aplicar tais direitos, mas, se não o fizer, isso não impedirá que eles sejam impostos pelo Poder Judiciário em relação aos cidadãos individuais⁴²⁰.

Isso decorre, justamente, das mudanças de paradigmas enfrentadas constantemente pela sociedade atual, pois, a norma que se encontra em vigor - que teve sua origem na sociedade – não mais condiz com os anseios dessa mesma sociedade. Assim, em muitas situações, os tribunais conviverão com a possibilidade de decidirem fundados na equidade e nos princípios gerais do direito.

O Brasil é um país cujo sistema jurídico é de tradição romano-germânica, ou seja, não há tradição em vincular-se o direito aos precedentes judiciais. Porém, há algum tempo, os tribunais passaram a ser solicitados a manifestarem-se sobre casos difíceis. Os juízes não decidem os casos difíceis fundando-se na sua moralidade pessoal e sim com fundamento na história, nos

⁴¹⁹ CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Fabris, 1993, p. 50.

⁴²⁰ CHUEIRI, Vera Karam de; SAMPAIO, Joanna Maria de Araújo. Como levar o Supremo Tribunal Federal a sério: sobre a Suspensão de Tutela Antecipada n. 91. **Revista Direito GV**, p. 049/050.

costumes, na equidade, nos princípios gerais do direito e, em especial, nos precedentes. Neste sentido,

Os direitos políticos são criação tanto da história, quanto da moralidade: aquilo a que um indivíduo tem direito, na sociedade civil, depende tanto da prática quanto da justiça de suas instituições políticas. Desse modo, desaparece a alegada tensão entre originalidade judicial e história institucional: os juízes devem fazer novos julgamentos sobre os direitos das partes que a eles se apresentam, mas esses direitos políticos antes refletem as decisões políticas tomadas no passado do que a elas se opõe. Quando um juiz opta entre a regra estabelecida por um precedente e uma nova regra que se considera mais justa, ele não está fazendo uma escolha entre a história e a justiça. Em vez disso, faz um julgamento que requer uma certa conciliação entre considerações que em geral se combinam em qualquer cálculo de direitos políticos, mas aqui competem uma com a outra⁴²¹.

Não é incomum encontrarem-se, no mesmo tribunal, decisões distintas sobre o mesmo tema ou ainda entendimentos diferentes, em uma mesma decisão. Este fato denota que não há preocupação com a integridade das decisões tão festejada por Dworkin. Esta coerência nas decisões é necessária para que se obtenha a segurança jurídica e a certeza de aplicação da leitura moral a todas as decisões de um mesmo tribunal. “No contexto da história política da sociedade, a decisão do juiz será um capítulo complementar que, naquele momento, torna a melhor história possível; melhor no sentido do ponto de vista da moralidade política⁴²²”.

Assim, a solução para os casos difíceis está fundada no respeito à doutrina dos precedentes judiciais que garantem a segurança jurídica que, para Dworkin, significa decidir fundamentando-se em princípios. Ou seja, não se exige que as decisões tomadas pelo Poder Legislativo sejam coerentes, porém, as decisões que partem do Poder Judiciário requerem coerência e, portanto, respeito aos precedentes. “A leitura minuciosa de casos difíceis mostra que a falta de clareza, coerência ou até a dificuldade de se

⁴²¹ DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 137.

⁴²² CHUEIRI, Vera Karam de. **Filosofia do Direito e modernidade**: Dworkin e a possibilidade de um discurso instituinte de direitos. Curitiba: J.M., 1995, p. 132.

encontrar a *ratio decidendi* (a linha argumentativa da decisão) são obstáculos a essa função”⁴²³. Nas palavras de Dworkin:

A doutrina requer, poderíamos dizer, uma consistência articulada. Tal exigência, contudo, é relativamente fraca quando se trata de políticas. As políticas são agregativas em sua influência sobre as decisões políticas, e uma estratégia responsável para se atingir um objetivo coletivo não precisa tratar todos os indivíduos da mesma maneira. Da doutrina da responsabilidade não se depreende, portanto, que, se o poder legislativo conceder um subsídio a um fabricante de aeronaves um dia, ele deva conceder um subsídio a outro fabricante no dia seguinte. No caso dos princípios, contudo, a doutrina insiste na aplicação da consistência distributiva a todos os casos, pois não admite a idéia de uma estratégia que possa ser mais bem servida pela distribuição desigual do benefício em questão⁴²⁴.

Conforme afirma Dworkin as decisões de um tribunal devem possibilitar a construção de um “romance em cadeia” e não se constituírem em fundamentos isolados acerca de um determinado assunto. Dworkin defende que cada julgador deve escrever o seu capítulo, porém, é preciso lembrar que este capítulo faz parte de um todo e o respeito à sequencia é que garantirá a integridade e a segurança jurídica. Assim, cada magistrado deverá decidir com coerência que no entender de Dworkin significa:

Coerência aqui significa, por certo, coerência na aplicação do princípio que se tomou por base, e não apenas na aplicação da específica anunciada em nome desse princípio. Se, por exemplo, o princípio segundo qual ninguém tem o dever de indenizar as perdas remotas ou inesperadas que decorram de sua negligência for usado como base para justificar uma decisão favorável ao réu no caso da *Spartan Steel*⁴²⁵, deve-se então mostrar que a regra formulada em outros casos, que permite a indenização nos casos de declarações falsas e negligentes, é consistente com esse princípio; e não apenas que a regra sobre as declarações falsas e negligentes é uma regra diferente daquela que foi aplicada no caso da *Spartan Steel*⁴²⁶.

⁴²³ CARDOSO, Eva Lusci Costa Cardoso; MACHADO, Ana Mara França; VOJVODIC, Adriana de Moraes. Escrevendo um romance, primeiro capítulo: precedentes e processo decisório do STF. *Revista Direito GV*, p. 025.

⁴²⁴ DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 138.

⁴²⁵ “Os empregados do réu haviam rompido um cabo elétrico pertencente a uma companhia de energia elétrica que fornecia energia a o autor da ação, e fábrica deste foi fechada enquanto o cabo estava sendo consertado. O tribunal tinha que decidir se permitiria ou não que o demandante fosse indenizado por perda econômica decorrentes de danos à propriedade alheia cometidos por negligência. O tribunal poderia ter chegado a sua decisão perguntando se uma empresa na posição do demandante tinha direito à uma indenização – o que é uma questão de princípio – ou se seria economicamente sensato repartir a responsabilidade pelos acidentes na forma sugerida pelo demandante – o que é uma questão de política. [...] Não obstante, defendo a tese de que as decisões judiciais nos casos civis, mesmo em casos difíceis como *Spartan Steel*, são e devem ser, de maneira característica, gerados por princípios e não por políticas”. DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 132.

⁴²⁶ DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 139.

E não é isso que se vê nos tribunais brasileiros que ainda encontram muita dificuldade em construir o seu próprio “romance em cadeia” conforme se explica a seguir (apesar de que, nos últimos tempos, há uma clara tendência pela adoção do sistema dos precedentes pelo judiciário brasileiro⁴²⁷):

Um bom exemplo para introduzir esse campo de trabalho espinhoso é a já mencionada ação direta de inconstitucionalidade sobre pesquisas com células tronco (ADI 3510). Após intensos debates promovidos pelos atores interessados, a ação foi considerada inteiramente improcedente pelo tribunal. A decisão final, que manteve, por seis votos a cinco, a permissão para a realização desse tipo de pesquisa, contou com inúmeras divergências na argumentação dos ministros do STF. [...] Cada ministro previu uma condição diferente, os votos não se comunicavam. Cada voto de caráter “aditivo” era computado pelo placar binário de votação como sendo pela inconstitucionalidade das pesquisas⁴²⁸.

Porém, serão esses momentos - em que os tribunais estarão diante de casos difíceis - que a integridade deve fazer-se presente, pois, esses casos demandam a leitura moral dos direitos e garantias fundamentais o que exigirá dos tribunais uma fundamentação coesa e que garanta a segurança jurídica. Neste sentido para Dworkin “os juízes são os responsáveis pela leitura moral da Constituição, ou seja, pela busca da moralidade política⁴²⁹ que está impregnada em uma determinada sociedade”⁴³⁰.

⁴²⁷ “Três casos recentes decididos pelo STF podem ser encarados de modo a compreender melhor essa nova postura do Tribunal quanto a suas decisões e formação de precedentes. O primeiro caso que pode ser aqui mencionado é a recente decisão do STF na ação que questionava a constitucionalidade da permissão de pesquisas com células-tronco embrionárias, prevista na Lei de Biossegurança (trata-se da ADI n. 3510). [...] Os ministros não se limitaram a analisar a constitucionalidade da lei, tendo alguns deles apresentado condições à sua constitucionalidade, que envolviam ações externas do Executivo, como o monitoramento do uso das células-tronco e a criação de órgãos responsáveis pela fiscalização dessas pesquisas. A despeito de essas condições não comporem a decisão final da corte – que, por maioria, considerou integralmente constitucional o dispositivo -, pode-se entender que, ao incluírem essas condições, os ministros do STF teriam agido como “legisladores”, pois essas inclusões demonstram um papel mais “ativo” que o esperado: a mera interpretação constitucional da lei e a declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade da lei, sem impor qualquer condição. Além dessa “interferência” no conteúdo da lei, a solução – que teve de se voltar à conceituação jurídica da vida e determinar alguns elementos de proteção a esse direito -, citada pelos próprios ministros do STF, já é uma etapa capacitadora do Tribunal para análise da constitucionalidade da interrupção da gravidez em caso de feto anencefálico”. CARDOSO, Eva Lusci Costa Cardoso; MACHADO, Ana Mara França; VOJVODIC, Adriana de Moraes. Escrevendo um romance, primeiro capítulo: precedentes e processo decisório do STF. **Revista Direito GV**, p. 023.

⁴²⁸ CARDOSO, Eva Lusci Costa Cardoso; MACHADO, Ana Mara França; VOJVODIC, Adriana de Moraes. Escrevendo um romance, primeiro capítulo: precedentes e processo decisório do STF. **Revista Direito GV**, p. 026.

⁴²⁹ “A Declaração dos Direitos é composta por princípios amplos e abstratos de moralidade política, que juntos abarcam, sob uma forma excepcionalmente abstrata, todas as dimensões da moralidade política que, em nossa cultura política podem servir de base ou justificativa para um determinado direito constitucional individual. Na aplicação desses princípios abstratos a

Ou seja, não se quer impedir que cada um dos ministros tenha a sua própria opinião acerca de determinado tema, porém, não se trata de decidir-se, individualmente, e sim fornecer o posicionamento do tribunal o que é muito diferente.

O que se vê são entendimentos individuais e próprios de cada um e não uma decisão refletida e pensada e tomada em conjunto. Desta forma ter-se-ia um precedente vinculado aos posicionamentos já manifestados pelo próprio tribunal o que demandaria que os tribunais inferiores seguissem o mesmo entendimento, justamente, para a garantia da segurança jurídica.

O que ocorre é que a necessidade de vinculação de uma decisão a um precedente é algo relativamente recente no direito constitucional brasileiro (apesar do controle difuso ou por via de exceção estar presente no ordenamento jurídico brasileiro desde a Constituição de 1891).

Assim, objetivando explicar melhor a estruturação da sua teoria de interpretação no direito DWORKIN cria um juiz. “Eu inventei um juiz de capacidade, sabedoria, paciência e sagacidade sobre-humanas, a quem chamarei de Hércules⁴³¹”. Neste sentido:

Não obstante os poderes de Hércules, ele não faz do direito como integridade uma concepção geral do direito, mas oferece respostas, as quais, na opinião de DWORKIN, são as melhores possíveis. Neste estágio interpretativo cabe a Hércules buscar e construir teorias interpretativas da prática em questão, as quais ele submeterá a sucessivos testes, até que se chegue a melhor possível: a que responde às exigências de ajuste e justificação (a moralidade política)⁴³².

controvérsias políticas particulares, o que está em jogo não é uma referência, mas uma interpretação, e isso é muito diferente”. DWORKIN, Ronald, **O Direito da Liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana** p. 124.

⁴³⁰ Nesse sentido: “os juízes devem buscar identificar os princípios latentes na Constituição como um todo e nas decisões judiciais passadas que aplicaram a linguagem abstrata da Constituição, a fim de reafirmar os mesmos princípios em outras áreas e assim tornar o direito cada vez mais coerente. Desse modo, os princípios que serviram de base para se justificar direitos para um grupo ou numa determinada situação são estendidos na medida do possível a todas as outras pessoas a quem igualmente poderiam ser aplicados”. DWORKIN, Ronald, **O Direito da Liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana** p.85.

⁴³¹ DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 165.

⁴³² CHUEIRI, Vera Karam de. **Filosofia do Direito e modernidade: Dworkin e a possibilidade de um discurso instituinte de direitos**. Curitiba: J.M., 1995, p. 132.

Muitas são as dificuldades encontradas por quem pretende interpretar o direito e escrever um romance em cadeia, pois, é difícil conceber-se uma decisão diante das diferentes percepções que cada um possui da história. A busca pelo equilíbrio nem sempre é uma tarefa das mais simples. Assim, para tentar explicar o quanto é complexa a tarefa da interpretação jurídica e para facilitar a percepção sobre a importância dos precedentes e do quanto relevante é, para o direito, a busca pela integridade, Dworkin cria “[...] um juiz imaginário, de capacidade e paciência sobre-humanas, que aceita o direito como integridade⁴³³”.

A fim de ilustrar com maior preciosismo a técnica de interpretação do romance em cadeia e de tornar esta possibilidade mais real verifica-se no contexto que o “dilema de Hércules⁴³⁴” assemelha-se aos de muitos juízes ao decidirem casos difíceis. Desta forma é possível visualizar com grande clareza que as dificuldades encontradas por Hércules para dirimir um caso difícil, bem como, a solução por ele apontada nem sempre trará satisfação a todos, muito pelo contrário, talvez muitos discordem dos seus posicionamentos.

Hércules para solucionar o caso concreto deverá debruçar-se sobre os precedentes e analisá-los sob o manto da equidade e da justiça. Esta análise perpassa pelo surgimento de uma série de interpretações que, ao menos, inicialmente, parecem ser possíveis e justas, pois, Hércules é um juiz dedicado e cauteloso e, por isso, examinou algumas das hipóteses possíveis. Ele analisa todo o ordenamento jurídico e os precedentes que podem influir na decisão e após, toda essa análise (que é improvável para um juiz comum, mas,

⁴³³ DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**, p. 287.

⁴³⁴ “Hércules deve decidir o caso *McLoughlin*. As duas partes desse caso citaram precedentes; cada uma argumentou que uma decisão em seu favor equivaleria a prosseguir como antes, a dar continuidade ao desenvolvimento do direito iniciado pelos juízes que decidiram os casos precedentes. Hércules deve formar a sua própria opinião sobre esse problema. Assim como um romancista em cadeia deve encontrar, se puder, alguma maneira coerente de ver um personagem e um tema, tal que um autor hipotético com o mesmo ponto de vista pudesse ter escrito pelo menos a parte principal do romance até o momento em que este lhe foi entregue. Hércules deve encontrar, se puder, alguma teoria coerente sobre os direitos legais à indenização por danos morais, tal que um dirigente político com a mesma teoria pudesse ter chegado à maioria dos resultados que os precedentes relatam”. DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**, p. 288.

Hércules não é humano) elabora uma lista⁴³⁵ que é inicial e que contém algumas hipóteses que poderão, ao final, ser a decisão final.

É claro que Hércules, sábio que é, optará pela decisão que forneça a melhor interpretação para os precedentes, pois, a opção por uma delas fará com que a avaliação pós-interpretativa – o veredito – seja diferente. “[...] desta forma, é certo, precisará descartar aquelas que não representam a interpretação vinculada aos precedentes e, muito menos, à equidade e à justiça⁴³⁶”.

Porém, é preciso lembrar que os juízes gozam de pouco tempo e não são dotados de um talento ou de uma inteligência infinitamente superiores e muito mais extraordinárias do que dos homens comuns, não são super-homens, como é Hércules, assim, seria inviável que conseguissem que

⁴³⁵ “(1) Ninguém tem direito à indenização, a não ser nos casos de lesão corporal; (2) As pessoas têm direito à indenização por danos morais sofridos na cena de um acidente, por parte de alguém cuja imprudência provocou o acidente, mas não têm direito à indenização por danos sofridos posteriormente; (2) As pessoas deveriam ser indenizadas por danos morais quando a prática de exigir indenização nessas circunstâncias reduzisse os custos gerais dos acidentes ou, de outro modo, tornasse a comunidade mais rica à longo prazo; (4) As pessoas têm direito à indenização por qualquer dano, moral ou físico, que seja consequência direta de uma conduta imprudente, por mais que seja improvável ou imprevisível que tal conduta viesse a resultar em tal dano; (5) As pessoas têm direito moral à indenização por danos morais ou físicos que sejam consequência de uma conduta imprudente, mas apenas quando esse dano for razoavelmente previsível por parte da pessoa que agiu com imprudência; (6) As pessoas têm direito moral à indenização por danos razoavelmente previsíveis, mas não em circunstâncias nas quais o reconhecimento de tal direito possa impor encargos financeiros pesados e destrutivos àqueles cuja imprudência seja desproporcional a sua falta”. DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**, p. 288/289.

⁴³⁶ “Vai, portanto, descartar a interpretação (1) de imediato. Ninguém que acreditasse que as pessoas nunca têm direito à indenização por danos morais poderia ter chegado aos resultados daquelas decisões anteriores, citadas no caso *McLoughlin*, que permitiriam a indenização. Hércules também descartará a interpretação (2), ainda que por outro motivo. Ao contrário de (1), (2) se ajusta às decisões do passado; alguém que aceitasse (2) como norma teria chegado a essas decisões, porque todas permitiam a indenização por danos morais na cena do acidente, e nenhuma a permitia fora dela. Contudo, (2) fracassa enquanto interpretação do tipo exigido, pois não enuncia nenhum princípio de justiça. Traça uma linha que permanece arbitrária e sem relação com nenhuma consideração moral ou política mais geral. Que dizer de (3)? Poderia ajustar-se às decisões precedentes, mas apenas da seguinte maneira. Através de uma análise econômica, Hércules poderia descobrir que alguém que aceitasse a teoria econômica expressa por (3) e desejasse reduzir os custos dos acidentes para a comunidade teria tomado exatamente essas decisões. Mas está longo de ser óbvio que (3) enuncie qualquer princípio de justiça ou equidade”. DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**, p. 290.

suas interpretações perpassassem por toda a teoria dos precedentes para aí sim chegar a um veredito⁴³⁷.

O juiz precisará encontrar a melhor interpretação e para que a decisão seja tomada de maneira coerente o juiz deverá examinar, além dos precedentes vinculados ao caso concreto, precedentes que se encontram fora da linha de desdobramento natural do caso a fim de verificar a sua coerência com todo o sistema. A melhor interpretação nem sempre será exatamente aquela que busca o máximo de coerência com as decisões anteriores e, sim, a que venha a ferir com menor intensidade a integridade das decisões anteriores que não foram utilizadas⁴³⁸.

É o que se verificará na decisão que será analisada a seguir e que declarou inconstitucional o regime integralmente fechado para os crimes hediondos, ou seja, a análise que foi realizada buscou, inclusive, precedentes que estavam fora da linha de desdobramento natural do caso, em especial, o respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Muitas vezes o juiz deixa de atribuir um veredito a um determinado caso concreto porque não encontra nos precedentes nada que leve a crer que seja possível a tomada desta decisão, ou seja, sempre houve decisões diferentes e que não amparam a conclusão a que chegou o juiz⁴³⁹.

⁴³⁷ “É por isso que imaginamos um juiz hercúleo, dotado de talentos sobre-humanos e com um tempo infinito a seu dispor. Um juiz verdadeiro, porém, só pode imitar Hércules até certo ponto. Pode permitir que o alcance de sua interpretação se estenda desde os casos imediatamente relevantes até os casos pertencentes ao mesmo campo ou departamento geral do direito, e em seguida desdobrar-se ainda mais, até onde as perspectivas lhe pareçam mais promissoras”. DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**, p. 294.

⁴³⁸ “Os juízes que aceitam o ideal interpretativo da integridade decidem casos difíceis tentando encontrar, em algum conjunto coerente de princípios sobre os direitos e deveres das pessoas, a melhor interpretação da estrutura política e da doutrina jurídica de sua comunidade. Tentam fazer o melhor possível essa estrutura e esse repositório complexos”. DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**, p. 305.

⁴³⁹ “É, exatamente, o que ocorre com a interpretação (6): alguns não examinariam seriamente essa interpretação se nenhuma sentença ou decisão legislativa do passado nunca houvesse mencionado explicitamente esse princípio. Outros rejeitam essa restrição e admitem que a melhor interpretação de certos tipos de casos pode estar num princípio que nunca foi explicitamente reconhecido, mas que ainda assim oferece uma brilhante descrição das decisões verdadeiras, mostrando-as em sua melhor luz como jamais antes foram mostradas. E, se acreditar que a interpretação (6) é muito superior a partir de tal perspectiva, acreditará estar aperfeiçoando o direito ao optar por ela, mesmo à custa das considerações mais processuais.

Há grande dificuldade em aceitar-se uma decisão diferente daquelas que vinham sendo seguidas como padrão, especialmente, quando não há no sistema nada que possa justificá-las. Assim, será impossível aplicar-se esta decisão? Será ela descartada, apenas, porque anteriormente nada há no sistema que possa justificá-la? A solução encontrada por Hércules está na moral política. Nas palavras de Dworkin:

Hércules vai enfrentar esse problema como uma questão especial de moral política. A história política da comunidade será, portanto, uma história melhor, imagina ele, se mostrar aos juízes indicando ao seu público, através de suas opiniões, o caminho que tomarão os futuros juízes guiados pela integridade, e se mostrar os juízes tomando decisões que darão voz e efeito prático a convicções sobre moral amplamente difundidas na comunidade⁴⁴⁰.

Para Hércules a moral substantiva política é composta de duas virtudes: a justiça e a equidade⁴⁴¹. O que prevalecerá? A justiça ou a equidade no momento de decidir-se qual das interpretações corresponderá ao veredito final? Para Dworkin “é improvável que algum juiz arrisque-se a defender a teoria simplista de que a equidade deve ser automaticamente preferida à justiça ou vice-versa⁴⁴²”.

Porém, Hércules precisa buscar uma forma de optar pelo veredito que mais se ajuste à integridade de forma que respeite à equidade, a justiça e os princípios gerais do direito. E, assim, desenvolveu-se uma forma de interpretar-se o caso concreto em círculos⁴⁴³, ou seja, a interpretação inicia-se pelos precedentes que mais se aproximam do caso concreto para, a seguir, passar-se a buscar os casos que não se encontram tão próximos, mas, que fornecerão argumentos capazes de justificar, com a integridade, a decisão final.

Adequar-se ao que os juízes fizeram é mais importante que adequar-se aos que eles disseram”. DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**, p. 297.

⁴⁴⁰ DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**, p. 297.

⁴⁴¹ “A resposta de Hércules vai depender de suas convicções sobre as duas virtudes que constituem a moral política que aqui consideramos: a justiça e a equidade. Vai depender, mais exatamente, não apenas de suas crenças sobre qual desses princípios é superior em matéria de justiça abstrata, mas também sobre qual deve ser seguido, em matéria de equidade política, por uma comunidade cujos membros têm as mesmas convicções morais que seus concidadãos. Em alguns casos, os dois tipos de juízo – o juízo da justiça e o da equidade – caminharão juntos”. DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**, p. 299.

⁴⁴² DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**, p. 299.

⁴⁴³ “Suas opiniões sobre a adequação se irradiam a partir do caso que tem diante de si em uma série de círculos concêntricos. Ele pergunta quais interpretações de sua lista inicial se ajustam aos casos de dano acidental à pessoa em termos mais gerais, e, em seguida, quais se ajustam aos prejuízos a interesses econômicos, e assim por diante, até encontrar em áreas cada vez mais distantes do caso *McLoughlin* original”. DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**, p. 300.

Em decorrência deste tipo de interpretação é possível visualizar-se que o direito é tradicionalmente dividido em áreas⁴⁴⁴. Essa compartimentalização do direito é importante para todos os intérpretes e não poderá ser deixada de lado no momento da busca da solução em um caso difícil. Hércules, assim, desenvolve a doutrina da prioridade local conferindo força à doutrina, pois, ela, também, estabelece os princípios morais que são largamente aceitos pela comunidade⁴⁴⁵.

A utilização da doutrina como auxiliar do processo de interpretação é considerado um aspecto relevante para Hércules, porém, tal afirmação não significa, necessariamente, que sempre a decisão correta é a que estará amparada pela prioridade local, pois, em algumas situações esta não será razoável ao ponto de permitir que influencie, significativamente, na construção do veredito⁴⁴⁶.

Percorrem, também, os caminhos de Hércules, na busca pela melhor interpretação, as suas opiniões pessoais sobre equidade e justiça fazendo com que surjam questões de adequação que precisam ser solucionadas, pois, cada juiz, de acordo com a sua experiência e formação desenvolverá posicionamentos que irão influir nas decisões e avaliações que fará de casos difíceis⁴⁴⁷.

⁴⁴⁴ “A divisão do direito em partes distintas é um traço dominante da prática jurídica. As escolas de direito dividem os cursos, e suas bibliotecas dividem os tratados para distinguir os danos morais dos econômicos ou físicos, os delitos civis intencionais dos premeditados, os delitos civis dos crimes, os contratos de outras partes do direito consuetudinário, o direito privado do direito público, e o direito constitucional de outras partes do direito público. Os argumentos jurídicos e judiciais respeitam essas divisões tradicionais”. DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**, p. 300.

⁴⁴⁵ “Concede à doutrina sua maior força no momento em que os limites entre as áreas tradicionais do direito refletem princípios morais amplamente aceitos que diferenciam tipos diferentes de falta ou de responsabilidade, e o conteúdo de cada área reflete esses princípios morais”. DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**, p. 302.

⁴⁴⁶ “Hércules, porém, não se mostrará tão disposto a acatar a prioridade local quando o resultado de sua prova não for bem-sucedido, quando os limites tradicionais entre as áreas do direito se tornarem mecânicos e arbitrários, ou porque a moral popular passou por uma modificação, ou porque o conteúdo das divisões não mais reflete a opinião pública. As divisões do direito às vezes se tornam arbitrárias e isoladas da convicção popular, particularmente quando as regras centrais de uma área foram elaboradas em períodos distintos”. DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**, p.303.

⁴⁴⁷ Finalmente, Hércules conclui a sua tarefa de buscar a melhor interpretação para o caso *McLoughlin*, porém, surpreende todos os que imaginaram que Hércules não precisaria de suas próprias opiniões para a busca da solução. Ele entendeu que a melhor interpretação é a que dispõe que “o direito permite indenização por qualquer dano moral diretamente causado por um

A inspiração no juiz imaginário criado por Dworkin e as suas capacidades sobrenaturais servem de alento para que se entenda o direito como um conjunto de regras e de princípios abertos e que são carregados de muita abstração. Isto não deve ser visto como um problema e sim como um desafio para entender melhor o direito procurando-se, assim, nos casos difíceis inspiração para a busca da equidade e da segurança jurídica.

Os juízes brasileiros deparam-se no seu dia a dia com muitos casos como aquele em que Hércules precisou decidir e utilizar da sua capacidade e talento acima da média para solucionar. Buscar uma solução qualquer é algo relativamente simples, porém, decidir realizando uma leitura moral e respeitando-se os precedentes não se trata de uma tarefa simples.

Um dos casos difíceis enfrentados pelo Supremo Tribunal Federal foi a análise da impossibilidade de progressão de regime nos crimes hediondos que perdurou no sistema penal brasileiro desde 1990 até 2006 (ano em que foi declarada a inconstitucionalidade, porém, a legislação que alterou a lei nº. 8.072/90 só passou a vigorar em março de 2007) e a constante busca da interpretação do direito como integridade primando pela força gravitacional dos precedentes objetivando que um romance em cadeia seja escrito pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal.

Ou seja, durante aproximadamente dezesseis anos o sistema jurídico brasileiro conviveu com o regime integralmente fechado imposto pela lei nº. 8.072/90 aos denominados crimes hediondos. Ocorre que tal regime apresenta-se completamente incoerente com o sistema em que se encontra inserido que está fundado na dignidade da pessoa humana que se desenvolve, no âmbito do direito penal, nos princípios da legalidade, da proporcionalidade, da individualização da pena e da humanidade. Deve-se mencionar, ainda, que a execução penal no Brasil é fundada no sistema progressivo em que, aos

motorista negligente, que poderia ter previsto o acidente se fosse razoavelmente sensato". DWORGIN, Ronald. **O Império do Direito**, p. 309. A sua decisão foi pautada "em sua própria opinião de que esse princípio é o melhor – mais equitativo e mais justo – do que qualquer outro que seja aceitável segundo o que ele considera ser o critério de adequação apropriado". DWORGIN, Ronald. **O Império do Direito**, p. 309.

poucos, o condenado retoma o convívio social através de mecanismos tais como a progressão de regime e o livramento condicional.

Verificar-se-á que ao longo de mais de dez anos o Supremo Tribunal Federal manteve-se favorável à legislação que proibia todos os condenados por crimes hediondos de progredirem de regime, apesar, de a legislação destoar de todo o ordenamento jurídico, inclusive da Constituição Federal de 1988. Poder-se-á vislumbrar, ainda, a ausência de integridade e de leitura moral dos direitos e garantias fundamentais e a dificuldade do Supremo em reconhecer a necessidade de construção de um “romance em cadeia”, pois, a construção deste pode significar, também, a sua superação. Apesar dos percalços, o Supremo posicionou-se realizando, assim, a leitura moral dos direitos e garantias fundamentais, construindo precedentes e provocando, inclusive, a reforma da legislação.

A busca pela racionalidade nas decisões judiciais é que motiva o presente estudo e a escolha pela decisão que significou uma posterior alteração jurisprudencial e legislativa significa que é possível a superação de muitos precedentes que proibiam os condenados por crimes hediondos de progredirem de regime, porém, buscando-se sempre a manutenção da integridade do sistema.

Assim, no dia 25 de julho de 1990 passou a vigorar no país a Lei nº 8.072 que disciplinou os crimes denominados de hediondos⁴⁴⁸ e que no entender do Ministro Sepúlveda Pertence, ao proferir o seu voto no Habeas Corpus nº 69.657-1, que julgou constitucional o regime integralmente fechado

⁴⁴⁸ “São considerados hediondos os seguintes crimes, todos tipificados no Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, consumados ou tentados: I - homicídio (art. 121), quando praticado em atividade típica de grupo de extermínio, ainda que cometido por um só agente, e homicídio qualificado (art. 121, § 2º, I, II, III, IV e V); II - latrocínio (art. 157, § 3º, in fine); III - extorsão qualificada pela morte (art. 158, § 2º); IV - extorsão mediante seqüestro e na forma qualificada (art. 159, caput, e §§ 1º, 2º e 3º); V - estupro (art. 213, caput e §§ 1º e 2º); VI - estupro de vulnerável (art. 217-A, caput e §§ 1º, 2º, 3º e 4º); VII - epidemia com resultado morte (art. 267, § 1º). VII-A – (VETADO) VII-B - falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais (art. 273, *caput* e § 1º, § 1º-A e § 1º-B, com a redação dada pela Lei nº 9.677, de 2 de julho de 1998). Parágrafo único. Considera-se também hediondo o crime de genocídio previsto nos arts. 1º, 2º e 3º da Lei nº 2.889, de 1º de outubro de 1956, tentado ou consumado”. Disponível em <www.planalto.gov.br> acesso em 02 nov. 2011.

para os crimes hediondos significa: “não é o momento de explicitar o que penso [...] desta hecatombe que de repente explodiu na evolução do Direito Penal Brasileiro, sob a denominação de Lei de Crimes Hediondos ou “Lei Roberto Jefferson”⁴⁴⁹”.

Tal lei foi motivada, em especial, por crimes de grande repercussão e que abalaram a sociedade e a opinião pública brasileira no final da década de oitenta e início da década de noventa⁴⁵⁰. Um desses crimes mereceu grande destaque na imprensa nacional causando comoção em todo o país: o sequestro do empresário Abílio Diniz⁴⁵¹ ocorrido em dezembro de 1989⁴⁵².

⁴⁴⁹ STF - Habeas Corpus nº 69.657 – Voto Ministro Sepúlveda Pertence – DJU 18.06.1993. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em 04 nov. 2011. *Em igual sentido*: Os crimes definidos como hediondos passam a ter um tratamento penal agravado pela simples decisão legislativa. E a extensão legislativa que se emprestou à conceituação de crimes hediondos, como resultado de uma política criminal fortemente simbólica, agravou ainda mais esse quadro. Habeas Corpus nº 82.959-7 – Voto Ministro Gilmar Mendes – DJU 01.09.2006. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em 05 nov. 2011

⁴⁵⁰ O assassinato da atriz Daniela Perez não motivou a elaboração da lei dos crimes hediondos e sim provocou a sua alteração com a inclusão do crime de homicídio qualificado no rol dos crimes denominados de hediondos. Tal alteração ocorreu pela persistência da mãe da vítima que conseguiu reunir 1,3 milhões de assinatura e provocar a alteração legislativa. “O crime abalou o país pela violência — Daniella foi morta aos 22 anos com 18 golpes de tesoura — e pelos personagens envolvidos em questão. A atriz, além de ser filha de Glória Perez, era casada com o ator da Globo Raul Gazolla. E, na época, fazia par romântico com seu assassino na novela De Corpo e Alma, da TV Globo. O caso teve tanta repercussão e comoção nacional que Glória Perez colheu 1,3 milhão de assinaturas na tentativa de mudar a Lei de Crimes Hediondos (Lei 8.072/90), editada pelo governo Fernando Collor em 1990. Originalmente a lei classificou como hediondos os crimes de sequestro, tráfico e estupro. Tais crimes eram inafiançáveis e os condenados não podiam usufruir os benefícios da progressão da pena. Os réus teriam de cumprir a pena em regime integralmente fechado. A campanha empreendida por Glória Perez resultou numa emenda popular para alterar a lei e incluir nela o crime de homicídio qualificado. Como o assassinato da filha da autora aconteceu em 1992, antes da mudança na lei, Paula Thomaz e Guilherme de Pádua não foram atingidos e tiveram direito à progressão de regime prevista na legislação vigente à época do crime”. Disponível em <www.conjur.com.br>. Acesso em 17 de março de 2012.

⁴⁵¹ “Na manhã do dia 11 de dezembro de 1989, o empresário Abílio Diniz, do grupo Pão de Açúcar, foi sequestrado quando se dirigia a seu escritório. Os sequestradores usaram uma Caravan disfarçada de ambulância para bloquear o caminho do empresário, nas esquinas das ruas Sabuji e Seridó, no Jardim Europa (zona sudoeste de São Paulo). Pediram resgate de US\$ 30 milhões. A Caravan foi abandonada no Morumbi (zona sudoeste). Um cartão de uma oficina mecânica foi a primeira pista encontrada pela polícia, que prendeu o chileno Pedro Segundo Solar Venega. A partir dessa prisão, foram identificados mais cinco participantes do sequestro, que foram encontrados em um apartamento no Jabaquara (zona sudoeste). Com as informações dadas pelos detidos, a polícia encontrou o cativo do empresário. No dia 17 de dezembro, após um cerco de 36 horas, os dez sequestradores _quatro chilenos, três argentinos, dois canadenses e um brasileiro_ se renderam. Eles pertenciam ao MIR (Movimento de Esquerda Revolucionária), do Chile. Eles foram condenados às penas de 26 a 28 anos. Graças a um acordo de troca de presos entre o Brasil e o Canadá, aprovado pelo

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, inciso XLII, trouxe previsão legal para que uma lei infraconstitucional fosse estabelecida a fim de definir quais crimes seriam considerados hediondos: “a lei considerará crimes inafiançáveis e insusceptíveis de graça ou anistia [...] os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem”. A Constituição Federal de 1988 adotou um conceito indeterminado acerca do significado de crime hediondo concedendo ampla liberdade ao legislador ordinário para que este definisse o conceito de crime hediondo, bem como, estabelecesse um regime jurídico diverso dos demais crimes, porém, mais gravoso⁴⁵³.

O Ministro Marco Aurélio, no julgamento do HC 69.657 *DJ* de 18/06/1993, cujo voto foi vencido, orientou-se pela inconstitucionalidade do regime integralmente fechado e dentre os seus argumentos destaca-se:

[...] A própria Constituição Federal contempla as restrições impostas àqueles que se mostrem incurso em dispositivos da Lei 8.072/90 e dentre elas não é dado encontrar a relativa à progressividade de regime de cumprimento da pena. O inciso XLIII do rol das garantias constitucionais – art. 5º - afasta, tão somente, a fiança, a graça e a anistia para, em inciso posterior (XLVI), assegurar de forma abrangente, sem excepcionar esta ou aquela prática delituosa, a individualização da pena⁴⁵⁴.

No sistema vigente há impossibilidade de admissão do regime integralmente fechado e a principal razão é o fato de que a Constituição Federal de 1988 agasalha no artigo 5º, XLVI, o princípio da individualização da pena. Ou seja, esse princípio atua junto ao Poder Legislativo, no momento de elaboração das normas jurídicas, do Poder Judiciário, no momento da

Congresso, os canadenses David Spencer e Christine Lamont foram extraditados para o Canadá”. Disponível em <<http://www1.folha.uol.com.br/>>. Acesso em 02 set. 2011.

⁴⁵² Nesse sentido: “A lei nº 8.072/90 contém preceitos que fazem pressupor não a observância de uma coerente política criminal, mas, que foi editada sob o clima da emoção, como se no aumento da pena e no rigor do regime estivessem os únicos meios de afastar-se o elevado índice de criminalidade. Por ele, os enquadráveis nos tipos aludidos são merecedores de tratamento diferenciado daquele disciplinado no Código Penal e na Lei de Execuções Penais, ficando sujeitos não às regras relativas aos cidadãos em geral, mas a especiais, despontando a que, fulminando o regime de progressão da pena, amesquinha a garantia da individualização. STF - Habeas Corpus nº 69.657 – Voto Ministro Marco Aurélio – DJU 18.06.1993”. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/>>. Acesso em 04 nov. 2011.

⁴⁵³ MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 562.

⁴⁵⁴ STF - Habeas Corpus nº 69.657 – Voto Ministro Marco Aurélio – DJU 18.06.1993”. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/>>. Acesso em 13 de fevereiro de 2012.

aplicação da norma jurídica ao caso concreto e no momento da execução da pena⁴⁵⁵. Porém, o mais relevante é que a existência do regime integralmente fechado não condiz com as finalidades e objetivos da pena privativa de liberdade. O que se busca, através da sua aplicação, é a prevenção⁴⁵⁶, seja ela geral ou especial, bem como, a ressocialização que ocorre através, por exemplo, da progressão de regime, do livramento condicional⁴⁵⁷ e do trabalho⁴⁵⁸ (seja ele interno ou externo), em que pesem as várias críticas sofridas às finalidades da pena. Assim, pode-se resumir que a existência de um regime integralmente fechado representa uma grave ofensa ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana que resume todos os pressupostos vigentes para a pena privativa de liberdade.

A lei nº 8.072/90 trouxe - em seu parágrafo 1º, artigo 2º - para o direito penal brasileiro, em especial, para à execução penal, um novo sistema de cumprimento de penas: o regime integralmente fechado demonstrando, assim, grande desarmonia e incoerência entre o sistema progressivo de cumprimento de penas previsto na Lei de Execução Penal e no Código Penal brasileiro.

De imediato os juízes de primeira instância passaram a aplicar a nova lei a todos os crimes hediondos ocorridos após a sua vigência sem sequer questionar a sua constitucionalidade.

⁴⁵⁵ “O entendimento segundo o qual a disposição constitucional sobre a individualização estaria exclusivamente voltada para o legislador, sem qualquer significado para a posição individual, além de revelar que se cuidaria, então, de norma extravagante no catálogo de direitos fundamentais, esvaziaria por completo qualquer eficácia dessa norma. É que, para fixar a individualização da pena *in abstracto*, o legislador não precisaria sequer de autorização constitucional expressa. Bastaria aqui o critério geral do *nullum crimen, nulla poena sine lege*, já prevista pelo inciso XXXIX do art. 5º da CF/88”⁴⁵⁵. MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 560.

⁴⁵⁶ Criticando a função da pena denominada de prevenção: “[...] se a pena deve ter por objetivo a prevenção geral, deveria ser mais gravosa aquela que se impõe por delitos cuja omissão se encontra menos reforçada por outros meios de controle social, como podem ser normas éticas fortemente arraigadas nos sentimentos individuais. É menos necessária a ameaça de pena para que deixemos de cometer parricídios do que para que deixemos de cumprir com nossas obrigações impositivas”. ZAFFARONI, Eugênio Raúl e PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral**, p. 96. Sobre o mesmo tema ver: SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal: parte geral**, p. 453-487.

⁴⁵⁷ Sobre livramento condicional ver o artigo 83 e seguintes do Código Penal brasileiro disponível em <www.planalto.gov.br>. Ver também: ZAFFARONI, Eugênio Raúl e PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral** p. 686-690.

⁴⁵⁸ Sobre o trabalho do preso na execução penal ver o artigo 28 e seguintes da lei de execução penal (lei nº. 7.210/84) disponível em <www.planalto.gov.br>. Ver ainda: SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal: parte geral**, p. 523.

Por se tratar de lei de natureza penal a mesma só pode atingir fatos posteriores à sua vigência não podendo retroagir já que somente leis penais que beneficiem o réu podem contar com o efeito da retroatividade. E, por certo, que a nova lei, ao instituir o regime integralmente fechado, tratava-se de *lex gravior*. É a previsão do artigo 2º, parágrafo único, do Código Penal: “A lei posterior, que de qualquer modo favorecer o agente, aplica-se aos fatos anteriores, ainda que decididos por sentença condenatória transitada em julgado”.

No ano de 1992 o Supremo Tribunal Federal julgou o Habeas Corpus nº 69.657⁴⁵⁹, oriundo de São Paulo, em que foi relator o Ministro Marco Aurélio, manifestando-se, pela primeira vez, sobre o parágrafo 1º do artigo 2º da lei nº 8.072/90 que institui o regime integralmente fechado para os crimes hediondos.

O pedido baseava-se exclusivamente na declaração da inconstitucionalidade do referido dispositivo legal diante da impossibilidade de progressão de regime por ferir o princípio, previsto na Magna Carta, da individualização da pena.

O primeiro a proferir o seu voto foi o então relator, ministro Marco Aurélio, que se manifestou favoravelmente à declaração da inconstitucionalidade do referido dispositivo legal utilizando-se do fundamento de que havia ofensa ao princípio da dignidade da pessoa humana e a noção de bem comum, afirmando que o indivíduo seria condenado como um criminoso de periculosidade ímpar e que, portanto, mereceria o afastamento da sociedade e da humanização da pena sendo, então, inserido em um sistema que em nada contribuiria para a sua ressocialização. Ou seja, ao entender que todas as pessoas que cometem crimes hediondos são consideradas criminosas de alta periculosidade buscou no princípio constitucional da individualização da pena a razão para entender que duas pessoas não podem receber idêntico tratamento do sistema penal sem que suas penas sejam individualizadas. O segundo argumento utilizado pelo ministro reside no fato de que a manutenção por maior tempo das pessoas presas não significa necessariamente

⁴⁵⁹ Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em 04 nov. 2011.

ressocialização, ou seja, é pacífico que o sistema penal brasileiro está muito distante de contribuir, de fato, para a ressocialização dos condenados⁴⁶⁰.

Nas palavras do Ministro Marco Aurélio⁴⁶¹ as motivações que o levaram a conduzir o Habeas Corpus ao Plenário para que houvesse a manifestação acerca da constitucionalidade do regime integralmente fechado:

Esta matéria conduziu-me a afetar, na forma prevista no artigo 22 do Regimento Interno, o presente caso a este Plenário. É que tenho como relevante a arguição de conflito do § 1º do artigo 2º da lei nº 8.072/90 com a Constituição Federal, considerando quer o princípio isonômico em sua latitude maior, quer o da individualização da pena previsto no inciso XLVI do artigo 5º da Carta, quer, até mesmo, o princípio implícito segundo o qual o legislador ordinário deve atuar tendo como escopo maior o bem comum, sendo indissociável da noção deste último a observância da dignidade da pessoa humana, que é solapada pelo afastamento, por completo, de contexto revelador da esperança, ainda mínimo, de passar-se ao cumprimento da pena em regime menos rigoroso.

Fundou a sua decisão no fato de que a ressocialização acena para o condenado como uma oportunidade de correção de rota sendo que para que atinja este objetivo basta que ajuste a sua conduta carcerária. Afirmou, ainda, que não concorda com o fato de que a atribuição do regime possa relacionar-se com a idéia “do mal pelo mal⁴⁶²”.

Racionalmente afirmou que o maior benefício da progressão de regime não é para o próprio condenado e sim para a sociedade que mais dia menos dia receberá de volta este sentenciado que já teve o seu direito de liberdade restrito. Ignorar a necessidade da progressão de regime para o

⁴⁶⁰ “O Departamento de Pesquisas Judiciárias do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) vai fazer um estudo para determinar a taxa de reincidência criminal no Brasil. Este será o primeiro estudo técnico sobre o assunto e será fundamental para a definição de políticas públicas de reinserção social de pessoas que tenham cometido algum tipo de crime. Embora estime-se que a taxa de reincidência é alta, ainda não existem dados confiáveis para subsidiar a tomada de decisões pelos poderes públicos. Para a realização do trabalho, o CNJ contratou o Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), que já fez outros trabalhos para o CNJ”. Disponível em <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/18527-ipea-pesquisara-reincidencia-criminal-no-brasil>. Acesso em 24 de junho de 2012.

⁴⁶¹ STF - Habeas Corpus nº 69.657 – Voto Ministro Marco Aurélio – DJU 18.06.1993. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em 04 nov. 2011.

⁴⁶² Ministro Marco Aurélio explicando as consequências nefastas do regime integralmente fechado: “O que se pode esperar de alguém que, antecipadamente, sabe da irrelevância dos próprios atos e reações durante o período no qual ficará longe do meio social e familiar e da vida normal que tem direito um ser humano; que ingressa em uma penitenciária com a tarja da despersonalização?” ⁴⁶² STF - Habeas Corpus nº 69.657 – Voto Ministro Marco Aurélio – DJU 18.06.1993. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em 04 nov. 2011.

condenado, por qualquer crime que seja, é desautorizá-lo a pleitear um futuro melhor; a ter esperança de que um dia, por méritos próprios poderá almejar a tão sonhada liberdade. Afirmar que não poderá sonhar é segregá-lo eternamente reduzindo-se, assim, as suas esperanças a pó. Segue nas palavras do Ministro Marco Aurélio que ressalta a necessidade de que as penas possibilitem ao condenado a ressocialização:

No particular, contrariando-se consagrada sistemática alusiva à execução da pena, assentou-se a impertinência das regras gerais do Código Penal e da Lei de Execuções Penais, distinguindo-se entre cidadãos não a partir das condições sócio-psicológicas que lhe são próprias, mas de episódio criminoso no qual, por isto ou por aquilo, acabaram por se envolver. Em atividade legislativa cuja formalização não exigiu mais do que uma linha, teve-se o condenado a um dos citados crimes como senhor de periculosidade ímpar, a merecer, ele, o afastamento da humanização da pena que o regime de progressão viabiliza, e a sociedade, o retorno abrupto daquele que segregara, já então com as cicatrizes inerentes ao abandono das suas características pessoais e à vida continuada em ambiente criado para atender a situação das mais anormais e que, por isso mesmo, não oferece quadro harmônico com a almejada ressocialização⁴⁶³.

Ressaltou, ainda, a incoerência existente na própria lei que permite aos condenados por crimes hediondos receberem o benefício do livramento condicional, porém, proíbe-os de progredir de regime. Trata-se de previsão completamente contraditória, pois, autoriza o livramento condicional, que pressupõe a ida do condenado diretamente para a rua sem passar pelo regime semiaberto, o que torna a progressão de regime muito mais coerente do que o livramento condicional.

Ou seja, para que o condenado obtenha o benefício do livramento condicional basta que ele preencha os requisitos constantes do artigo 83 do Código Penal (ter cumprido mais de dois terços da pena e não ser reincidente em crimes desta natureza) significando que passará do regime fechado, por exemplo, diretamente para a liberdade plena, ainda que mediante condições. Diferentemente acontece com a progressão de regime em que o condenado deverá pautar o seu retorno à sociedade gradualmente, ou seja, do regime fechado para o semiaberto e deste para o aberto. Desta forma, o Estado permite-lhe que deixe a penitenciária imediatamente para a liberdade e

⁴⁶³ STF - Habeas Corpus nº 69.657 – Voto Ministro Marco Aurélio – DJU 18.06.1993. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em 04 nov. 2011

não lhe autoriza a progressão de regime que mantém o condenado no sistema, porém, observa-o para que gradativamente possa obter condições plenas de retorno ao convívio social.

A pena imposta ao réu deve observar as circunstâncias judiciais dispostas no artigo 59 do Código Penal: a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social, a personalidade, as circunstâncias, as consequências, os motivos e o comportamento da vítima⁴⁶⁴.

Tais circunstâncias, também, devem ser observadas no momento da fixação do quantitativo de pena, da possibilidade ou não de substituição pela pena restritiva de direitos e do regime inicial de cumprimento de pena que pode, inclusive, ser agravado em determinadas circunstâncias.

Todos esses imperativos são determinados pelo princípio constitucional da individualização da pena e compõem necessariamente a individualização da pena do réu⁴⁶⁵.

Individualizar não significa, apenas, estabelecer a pena inicial e sim fixar, também, o regime em que o réu irá iniciar o cumprimento da sua pena privativa de liberdade estando sujeito à progressão e à regressão de regime.

O voto do Ministro prossegue justificando a inconstitucionalidade do regime integralmente fechado nos princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana que são essenciais no Estado Democrático de Direito. A adoção do regime integralmente fechado significa “a

⁴⁶⁴ “Diz-se que a pena é individualizada porque o Estado-Juiz, ao fixá-la, está compelido, por norma cogente, a observar as circunstâncias judiciais, ou seja, os fatos objetivos e subjetivos que se fizeram presente à época do procedimento criminalmente condenável. Ela o é não em relação ao crime considerado abstratamente, ou seja, ao tipo definido em lei, mas por força das circunstâncias reinantes à época da prática. [...] não só às penas aplicáveis dentre as cominadas, como também o quantitativo, o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade – e, portanto, provisório”. STF - Habeas Corpus nº 69.657 – Voto Ministro Marco Aurélio – DJU 18.06.1993. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em 04 nov. 2011.

⁴⁶⁵ “Dizer-se que o regime de progressão no cumprimento da pena não está compreendido no grande todo que é a individualização preconizada e garantida constitucionalmente é olvidar o instituto, relegando a plano secundário a justificativa socialmente aceitável que o recomendou ao legislador de 1984”. STF - Habeas Corpus nº 69.657 – Voto Ministro Marco Aurélio – DJU 18.06.1993. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em 04 nov. 2011

transgressão a princípios tão caros em um Estado Democrático como são os da igualdade de todos perante a lei, o da dignidade da pessoa humana e o da atuação do Estado sempre voltada ao bem comum⁴⁶⁶.

A manutenção dos condenados no regime integralmente fechado não acarreta benefícios nem para o próprio, para a sociedade ou para o Estado, pois chegará o dia em que aquele retomará a sua posição na sociedade e fará parte desta seja através da obtenção do livramento condicional ou pelo cumprimento integral dos anos de prisão que lhe foram impostos.

Como último argumento utilizado para a defesa da inconstitucionalidade do citado preceito o Ministro Marco Aurélio utilizou o estatuído na própria norma constitucional, ou seja, o artigo 5º, inciso XLIII, previu que os crimes hediondos são insusceptíveis de fiança, anistia e graça não havendo menção alguma no texto constitucional da possibilidade de proibir-se a progressão de regime. “Há de se considerar que a própria Constituição Federal contempla as restrições a serem impostas àqueles que se mostrem incurso em dispositivos da Lei 8.072/90 e dentre elas não é dado encontrar à relativa à progressividade [...]”⁴⁶⁷

A analogia com os crimes considerados pelo texto constitucional como imprescritíveis é um dos argumentos utilizados para sustentar a impossibilidade do legislador ordinário impedir a progressão de regime. Ou seja, para o Ministro a imposição do regime integral fechado aos crimes hediondos é a mesma coisa que torná-los imprescritíveis: o que é vedado ao legislador ordinário.

Por fim, o Ministro Marco Aurélio conclui o seu voto pela inconstitucionalidade do disposto no parágrafo 1º, do artigo 2º, da lei nº 8.072/90, que dispõe acerca do cumprimento da pena em regime integralmente

⁴⁶⁶ STF - Habeas Corpus nº 69.657 – Voto Ministro Marco Aurélio – DJU 18.06.1993. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em 04 nov. 2011.

⁴⁶⁷ STF - Habeas Corpus nº 69.657 – Voto Ministro Marco Aurélio – DJU 18.06.1993. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em 04 nov. 2011.

fechado para os crimes hediondos concedendo parcialmente a ordem sem que isso signifique estabelecer um regime de cumprimento mais favorável “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”.⁴⁶⁸ Seguiu-lhe o Ministro Sepúlveda Pertence.

Porém, após o voto do relator, o Ministro Francisco Resek pediu vista dos autos sobrestando, assim, o julgamento do habeas corpus. Em seu voto argumentou que não havia motivos para a declaração da inconstitucionalidade do referido dispositivo, pois entendeu não haver violação dos princípios constitucionais da individualização da pena e da isonomia. Sustentou que nem sempre é necessário que o juiz de primeiro grau tenha margem elástica para impor um determinado regime e que a impossibilidade de definição do regime inicial de cumprimento de pena, calcado nas circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal, não significa ofensa à individualização da pena.

Seguem-se alguns dos argumentos utilizados pelo Ministro em seu voto para firmar o seu entendimento no sentido de estabelecer a constitucionalidade do regime integralmente fechado para os crimes hediondos e deixar de conhecer, conseqüentemente, a ofensa ao princípio da individualização da pena e ao tratamento isonômico concedido pela Constituição Federal de 1988 em relação aos delitos hediondos e ao crime de tortura. Para o ministro o fato de o legislador ordinário estabelecer o regime integralmente fechado para os crimes hediondos não significa, necessariamente, ofensa ao princípio isonômico e ao preceito constitucional da individualização da pena. “Não me parecer que passo por passo o legislador deva abrir opções para o juiz processante para não ofender o princípio da individualização⁴⁶⁹.”

Para, em definitivo, sustentar a sua posição, apresenta um novo argumento, informando que o Supremo não é uma casa legislativa e,

⁴⁶⁸ STF - Habeas Corpus nº 69.657 – Voto Ministro Marco Aurélio – DJU 18.06.1993. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em 04 nov. 2011.

⁴⁶⁹ STF - Habeas Corpus nº 69.657 – Voto Ministro Francisco Resek – DJU 18.06.1993. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em 04 nov. 2011.

portanto, sofre determinadas limitações. Assim, só poderia emitir seu parecer favorável à concessão do Habeas Corpus caso a inconstitucionalidade do referido dispositivo fosse flagrante. Ou seja, para o Ministro Francisco Rezek o regime integralmente fechado não ofende à Constituição Federal de maneira suficiente para que se possa declarar a sua inconstitucionalidade⁴⁷⁰.

Corroborando o seu entendimento colaciona o que já se havia afirmado: em tempos atrás os tribunais eram meros agentes que interpretavam a lei e aplicavam o direito ao caso concreto, pois, não estavam vinculados à integridade e a necessidade de efetuar-se a leitura moral dos direitos e garantias fundamentais. Isso é visível com a sua afirmação de que “não somos um casa legislativa; não temos a autoridade que tem o legislador para estabelecer a melhor disciplina; [...] e só podemos extirpar do trabalho do legislador ordinário aquilo que não pode coexistir com a Constituição⁴⁷¹”.

Porém, ao contrário do que afirmava o Ministro propõe Cappelletti: “[...] Os juízes estão constrangidos a ser criadores do direito, “*law-makers*”. Efetivamente, eles são chamados a interpretar e, por isso, inevitavelmente a esclarecer, integrar, plasmar e transformar, e não raro a criar *ex novo* o direito [...]”⁴⁷². E segue explicando:

⁴⁷⁰ “Mas não somos uma casa legislativa. Não temos a autoridade que tem o legislador para estabelecer a melhor disciplina. Nosso foro é corretivo, e só podemos extirpar do trabalho do legislador ordinário – bem ou mal avisado, primoroso ou desastrado – aquilo que não pode coexistir com a Constituição. [...] Se estivéssemos a elaborar, em lugar do Congresso, a lei dos crimes hediondos – seguramente não lhe daríamos esse nome, e provavelmente, na esteira da melhor doutrina, não permitiríamos que ela se editasse com tantos defeitos. Não vendo vício de inconstitucionalidade no § 1º do art. 2º da Lei 8.072, de 1990, e sendo aquele o pressuposto necessário do deferimento da ordem, encontro-me na contingência de denegá-la”. STF - Habeas Corpus nº 69.657 – Voto Ministro Francisco Rezek – DJU 18.06.1993. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em 04 nov. 2011.

⁴⁷¹ STF - Habeas Corpus nº 69.657 – Voto Ministro Francisco Rezek – DJU 18.06.1993. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em 04 nov. 2011.

⁴⁷² CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Fabris, 1993, p. 77.

Na minha opinião, ninguém veria qualquer degeneração do procedimento legislativo ou administrativo se os legisladores ou administradores estivessem profundamente envolvidos e verdadeiramente interessados como partes, nas matérias por eles reguladas, por representarem pessoas ou grupos, deles se fazendo defensores, por não concederem audiência aos interesses de pessoas e grupos contrapostos, por darem, enfim, início ao seus procedimentos sem atender ao pedido do sujeito ou grupo interessado⁴⁷³.

Ou seja, verifica-se que se trata de uma tarefa difícil saber quais foram os argumentos relevantes que levaram o Supremo a decidir pela constitucionalidade do regime integralmente fechado. O que se verifica, até com certa facilidade, são os motivos que levaram cada um dos Ministros individualmente a decidir. Ao longo de muitos anos este foi o precedente⁴⁷⁴ utilizado nas decisões para a fundamentação da impossibilidade de progressão de regime nos crimes hediondos.

Tanto é que, após o voto do Ministro Francisco Resek, o relator, Ministro Marco Aurélio, prestou um esclarecimento em relação ao seu voto afirmando que em momento algum defendeu o afastamento de cenário jurídico do benefício do livramento condicional para os condenados por crimes hediondos. Muito pelo contrário, só utilizou esse argumento para sustentar a necessidade da progressão de regime, pois, se é possível aos condenados por crimes hediondos a obtenção do benefício do livramento condicional à possibilidade de progressão de regime deve ser-lhes estendida também.

⁴⁷³ CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Fabris, 1993, p. 77.

⁴⁷⁴ “Pode-se definir como regra geral que é precedente é a parte da decisão de um Tribunal que vincula Tribunais de mesma hierarquia e Tribunais inferiores, ou seja, seria aquela parte cujo enunciado contenha a razão ou o princípio segundo o qual a questão foi decidida perante a Corte. [...] Um precedente é, destarte, uma decisão judicial que contém em si mesma um princípio. O princípio subjacente que forma a parte impositiva da decisão é chamado de *ratio decidendi*. [...] Dessa forma, a *ratio decidendi* dos casos relatados é que deve ser considerada a verdadeira fonte do precedente”. BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Stare Decisis, Integridade e Segurança Jurídica:** reflexões críticas a partir da aproximação dos sistemas do Comow Law e do Civil Law na sociedade contemporânea, Curitiba: PUCPR, 2011, p. 185. Precedente não significa o mesmo que *obiter dicta*: “quando a conclusão for baseada num fato cuja existência não foi determinada pelo Tribunal, não há criação de uma norma jurídica. Nesse caso, ter-se-á o *dictum*. Se o juiz ao arrazoar sua decisão sugere um fato hipotético, e presume a conclusão a que iria chegar caso este fato existisse, ele não está criando direito”. BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Stare Decisis, Integridade e Segurança Jurídica:** reflexões críticas a partir da aproximação dos sistemas do Comow Law e do Civil Law na sociedade contemporânea, p. 188.

Buscou, ainda, sedimentar o seu posicionamento no sentido de que o argumento básico do seu voto reside no fato de que o regime integralmente fechado, aplicável aos crimes hediondos, ofende o princípio constitucional da individualização da pena e que por essa razão votou pela declaração de sua inconstitucionalidade.

O Ministro Celso de Mello denegou a ordem fundando o seu voto no argumento de que o princípio constitucional da individualização da pena não se aplica ao momento em que o juiz define o regime inicial de cumprimento de pena. “O princípio constitucional da individualização das penas, que é de aplicabilidade restrita, concerne, exclusivamente, à ação legislativa do Congresso Nacional. [...] O princípio em causa não se dirige a outros órgãos do Estado”.

O único destinatário desse princípio, para o Ministro, é o legislador que possui autonomia para definir os parâmetros dentre os quais o julgador deve pautar-se. “A par dessa individualização in abstracto, o legislador [...] definiu, sem qualquer ofensa a princípios ou a valores consagrados pela Carta Política, o regime de execução pertinente às sanções impostas pela prática dos delitos referidos”.

Ocorre que esta decisão demonstra um completo equívoco a partir do momento em que avalia o princípio da individualização da pena tendo como único destinatário o Poder Legislativo. O principal destinatário deste princípio é o Poder Judiciário que através do método trifásico descrito no artigo 59 do Código Penal, estabelece que é de competência do juiz de direito individualizar a pena do réu no momento em que este recebe a sentença condenatória. “Quem individualiza a pena no momento da aplicação é o juiz, observando os critérios (judiciais) do art. 59 do CP (culpabilidade do agente, antecedentes, motivação, circunstâncias do delito, etc.)⁴⁷⁵.”

⁴⁷⁵ BIANCHINI, Alice. MOLINA, Antônio Garcia Pablos e GOMES, Luiz Flávio. **Direito penal: introdução e princípios fundamentais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 402.

Não é difícil perceber que a fixação *in abstracto* de semelhante modelo, sem permitir que se levem em conta as particularidades de cada indivíduo, e a sua capacidade de reintegração e os esforços enviados com vistas à ressocialização, retira qualquer caráter substancial da garantia da individualização da pena. Ela passa a ser uma delegação em branco oferecida ao legislador, que tudo poderá fazer. Se assim, se entender tem-se a completa descaracterização de uma garantia fundamental. O regime integralmente fechado para todos é incompatível, até mesmo do ponto de vista semântico, com a idéia de individualização⁴⁷⁶.

O Princípio da Individualização da Pena aplica-se ao momento em que o legislador elabora a lei e, também, ao momento em que o juiz aplica a norma ao caso concreto para depois, em entendimento contrário, dispor que tal princípio possui como único destinatário o legislador.

Assim, denegou a ordem, sob o fundamento de que impedir a progressão de regime aos condenados por crimes hediondos não ofende o princípio da individualização da pena, pois, o momento de definição do regime no qual o condenado iniciará o cumprimento da sua pena não se encontra inserido no postulado constitucional. “A progressividade no processo de execução das penas privativas de liberdade [...] não se erige à condição de postulado constitucional. A sua eventual inobservância, pelo legislador ordinário, não ofende o princípio da individualização penal”.

Já o Ministro Sepúlveda Pertence manifestou-se no sentido de que o regime integralmente fechado ofende o princípio da individualização da pena e que esse possui incidência, justamente, na fase de aplicação da pena e não na fase legislativa, portanto, resta clara a inconstitucionalidade do referido dispositivo legal, pois não permite que o juiz, no momento da definição do regime inicial de cumprimento de pena faça-o de forma a ajustá-lo, individualmente, a cada um dos condenados considerando-se as circunstâncias previstas nos artigos 33 e 59 do Código Penal.

Nas palavras do Ministro Sepúlveda Pertence esta caracteriza a inconstitucionalidade pelas razões que se seguem:

⁴⁷⁶ MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 562.

Individualização da pena, Senhor Presidente, enquanto as palavras puderem exprimir idéias, é a operação que tem em vista o agente e as circunstâncias do fato concreto e não a natureza do delito em tese. Estou convencido também de que esvazia e torna ilusório o imperativo constitucional da individualização da pena a interpretação que lhe reduza o alcance ao momento da aplicação judicial da pena, e o pretende, de todo, impertinente ao da execução dela. De nada vale individualizar a pena no momento da aplicação, se a execução, em razão da natureza do crime, fará que penas idênticas, segundo os critérios da individualização, signifiquem coisas absolutamente diversas quanto à sua efetiva execução⁴⁷⁷.

Os Ministros Carlos Velloso, Celso de Mello, Paulo Brossard⁴⁷⁸, Octavio Gallotti⁴⁷⁹ e Néri da Silveira acompanharam o voto do Ministro Franciso Resek. O Tribunal, assim, decidiu, por maioria, pela constitucionalidade do parágrafo 1º, do artigo 2º, da Lei nº 8.072/90. Vencidos os Ministros Marco Aurélio e Sepúlveda Pertence.

Esse acórdão demonstra com grande propriedade a maneira como o Supremo Tribunal Federal, no início da década de noventa, entendia a sua competência e apreciava os casos que chegavam para serem julgados.

Verifica-se que se trata de uma tarefa difícil descobrirem-se as razões que motivaram o Supremo Tribunal a decidir pela constitucionalidade do parágrafo 2º, do artigo 1º, da lei nº 8.072/90 mantendo-se, assim, a impossibilidade de progressão de regime para os condenados por crimes hediondos. O que se consegue visualizar e, com extrema clareza, são as razões que levaram cada um dos Ministros – individualmente – a decidir e não

⁴⁷⁷ STF - Habeas Corpus nº 69.657 – Voto do Ministro Sepúlveda Pertence – DJU 18.06.1993. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em 04 nov. 2011.

⁴⁷⁸ Explicando as suas razões em não reconhecer a inconstitucionalidade do dispositivo que instituiu o regime integralmente fechado: “A lei regulará a individualização da pena...” A lei fez bem, a lei fez mal? O Tribunal não julga a lei em seu merecimento. A mim, por exemplo, não agrada a lei, mas eu não sou legislador, sou Juiz e só posso dizer que não aplico a lei se ela realmente tratar norma constitucional. Ocorre isso no caso concreto? [...] penso que não. E, quando com engenho e arte se pudesse sustentar esse choque, pelo menos, não me parece que a suposta inconstitucionalidade fosse evidente, manifesta, acima de toda a dúvida razoável. STF - Habeas Corpus nº 69.657 – Voto Ministro Paulo Brossard – DJU 18.06.1993. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em 04 nov. 2011.

⁴⁷⁹ Razões do Ministro Octavio Gallotti para não conceder a ordem: a hipótese presente é, porém, de execução da pena e não de individualização. A execução está prevista pela Constituição, no inciso XLVIII do mesmo art. 5º, obedecendo a três condições uma das quais, a natureza do delito, foi exatamente aquela a que correspondeu, penso eu, o dispositivo da lei cuja constitucionalidade se discute. STF - Habeas Corpus nº 69.657 – Voto Ministro Octavio Gallotti – DJU 18.06.1993. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em 04 nov. 2011.

coletivamente. Ou seja, à época não se sabia qual era o posicionamento do Supremo acerca do tema e sim o entendimento de cada um dos seus Ministros isoladamente.

Segundo Dworkin, o autor envolvido na elaboração de um romance em cadeia deve considerar a continuidade do romance, e não um novo começo a cada capítulo. Ao detalhar o processo de interpretação, há duas dimensões às quais sua interpretação será submetida à prova. A primeira é a da adequação, que o intérprete não pode adotar uma interpretação que acredite representar sua leitura individual da obra. – á qual nenhum outro autor poderia chegar – fugindo á própria figura de um romancista em cadeia, preocupado com uma interpretação que faça o texto fluir como um todo. A segunda dimensão é a escolha entre as interpretações adequadas daquela que se ajusta melhor à obra em desenvolvimento como um todo. Essas dimensões devem ser levadas em consideração pelo autor em todas as etapas da obra, do primeiro ao último capítulo do romance⁴⁸⁰.

A técnica do “romance em cadeia” desenvolvida por Dworkin explica bem a necessidade de coerência que deve existir nas decisões de um mesmo tribunal. Ou seja, os tribunais devem reunir-se, antecipadamente, objetivando verificar quais são os princípios que já se encontram presentes nas decisões anteriores. O veredicto deve resultar desse encontro prévio e precisa constituir-se no posicionamento do tribunal acerca do tema e não no posicionamento de cada um dos Ministros, que unidos, formam o acórdão. Essa não é a melhor técnica para Dworkin.

Cada Ministro, ao examinar o caso difícil que está sendo submetido a julgamento, deve compreender que seu voto constitui-se em um capítulo de um romance que será escrito por todos e que ao final explicitará a opinião do tribunal sobre o tema. Assim, questiona o autor de que forma estes dispositivos constitucionais tão abstratos e que se referem a direitos e garantias podem ser interpretados?

Ou seja, esse é o desafio imposto ao Supremo Tribunal Federal: que as decisões reflitam o posicionamento do Supremo - enquanto tribunal - e não o que cada um dos Ministros, individualmente, pensa a respeito

⁴⁸⁰ CARDOSO, Eva Lusci Costa Cardoso; MACHADO, Ana Mara França; VOJVODIC, Adriana de Moraes. Escrevendo um romance, primeiro capítulo: precedentes e processo decisório do STF. **Revista Direito GV**, p. 039.

de um determinado caso difícil. E não apenas isso, mas, que haja coerência e racionalidade com os princípios que determinaram as decisões anteriores.

E foi assim com o caminho percorrido pela própria jurisprudência do Supremo Tribunal Federal até decidir-se pela declaração da inconstitucionalidade do regime integralmente fechado para os crimes hediondos. Muitos fundamentos individuais, porém, pouco exercício “do direito como integridade” o que sempre gera muita insegurança jurídica. Esses julgados serão analisados a seguir relacionando-os com a teoria da integridade do direito de Dworkin aqui apresentada.

O que se passou de 1990 até 2006 no Supremo Tribunal Federal foi uma repetição de julgados que buscaram estabelecer a constitucionalidade do regime integralmente fechado para os crimes hediondos. Com estas decisões formou-se um precedente judicial em que o fundamento era sempre sintetizado na possibilidade de existência do regime integralmente fechado sem que isso representasse ofensa aos princípios constitucionais da isonomia e da individualização da pena. Apesar deste posicionamento, a doutrina majoritária, bem como algumas decisões dos tribunais estaduais, entendiam que o regime integralmente fechado era inconstitucional, pois, apresentava-se de forma incoerente a todo o sistema jurídico e, em especial, à Constituição Federal e aos princípios da isonomia e da individualização da pena.

O posicionamento do Supremo Tribunal Federal em manter a constitucionalidade do regime integralmente fechado para os crimes hediondos sempre foi fundado em entendimentos individuais que, por certo, geram uma sensação de insegurança, de incerteza e de indeterminação na população, pois, não se firma um posicionamento coletivo e sim se trata de uma verdadeira “colcha de retalhos” em que cada um dos Ministros, na solidão dos seus gabinetes, fundamenta o seu entendimento que é anexado ao dos demais.

No julgado analisado acima, em especial, verifica-se que o Supremo não consegue estabelecer um entendimento uníssono em relação

aos princípios da igualdade, da individualização da pena e da dignidade da pessoa humana. É certo que se tratam de normas vazadas de moralidade política e que, portanto, precisam de um posicionamento seguro da Corte Suprema deste país.

Atrelada a idéia dos precedentes e de integridade pode-se encontrar na possibilidade de leitura moral⁴⁸¹ da Constituição um refúgio que permita aos juízes - que não são Hércules – a busca de elementos mais coerentes e firmes no sentido de conceder efetividade às suas decisões que devem, necessariamente, abordar critérios de equidade e de justiça. “A leitura moral propõe que todos nós – juízes, advogados e cidadãos – interpretemos e apliquemos esses dispositivos abstratos considerando que eles fazem referência a princípios morais de decência e justiça⁴⁸²”.

Compete aos juízes buscar identificar esses princípios que se encontram nas Constituições e a partir deles pensar em uma decisão que agregue coerência e unidade aos precedentes. Os julgados que decorrem de um mesmo tribunal não precisam ser necessariamente iguais, ou seja, sempre favoráveis ou sempre desfavoráveis. Inclusive, é salutar que haja divergência, porém, essa divergência para Dworkin deve ser fundada, exatamente, nos mesmos princípios que já embasaram os precedentes.

Com isso Dworkin explica a necessidade de manter-se a integridade, que para ele significa a demonstração de coerência, por parte do tribunal, em seus julgados. E integridade é decidir fundado nos mesmos

⁴⁸¹ Ela é uma teoria que trata de como certos dispositivos constitucionais devem ser interpretados ou “lidos”. Não é uma teoria sobre quem deve fazer estas perguntas ou quem deve dar a resposta a ser aceita por todos. Por isso, a leitura moral é só uma parte – uma parte importante – de uma teoria geral da prática constitucional. DWORKIN, Ronald, **O Direito da Liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana** p.52.

⁴⁸² DWORKIN, Ronald. **O Direito da Liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana**, p. 02. No mesmo sentido: Entendendo que a leitura moral é o melhor caminho a ser seguido pelas nações democráticas no momento da aplicação dos direitos e garantias individuais abstratos previstos na Constituição Dworkin elabora uma série de critérios e de estratégias objetivando corroborar o seu estudo. Dentre estes podem-se destacar três características principais que “constroem o esqueleto constitucional de uma sociedade de cidadãos livres e iguais”. DWORKIN, Ronald, **O Direito da Liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana**.

princípios que já foram utilizados em decisões anteriores para que se possa construir o denominado “romance em cadeia”.

No ano de 1993, mais precisamente no dia 10 de agosto, o Supremo, novamente, viu-se diante do mesmo pedido já formulado no Habeas Corpus anterior dentre muitos outros que se seguiram desde que a Lei nº 8.072/90 passou a vigorar. O Habeas Corpus nº 70.467-1⁴⁸³, originário do Estado de Mato Grosso Sul, também teve como relator o Ministro Marco Aurélio, que, limitou-se a afirmar que, apesar de discordar da maioria dos Ministros do Supremo, pois, foi voto vencido no que se refere a essa questão.

O Plenário, quando reunido, entendeu que a fixação do regime inicial de cumprimento de pena não se encontra no âmbito da individualização da pena razão pela qual não há que se falar em inconstitucionalidade. Assim, o Ministro Marco Aurélio, apenas transcreveu o seu voto com os seus próprios fundamentos sem debruçar-se, novamente, na análise minuciosa da causa de fundo.

Assim, ainda, que a referida lei não tenha passado por um longo processo de reflexão e, portanto, apresente deficiências que tornam, inclusive, certos dispositivos contrários à Constituição, a Suprema Corte não pode deixar de emitir o seu posicionamento baseado, em especial, nos princípios que constituem o sistema jurídico. Precisa sustentar as suas decisões, e mais, mantê-las ainda que com isso sofra muitas pressões, pois, os seus próximos veredictos precisam ser coerentes com os anteriores a fim de assegurar-se a integridade do direito.

⁴⁸³ Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em 04 nov. 2011.

Ele deve construir um sistema de princípios abstratos e concretos que forneça uma justificação coerente a todos os precedentes do direito costumeiro e, na medida em que esses devem ser justificados por princípios, também um esquema que justifique as disposições constitucionais e legislativas. [...] Hércules deve justificar uma ordenação vertical e outra horizontal. A ordenação vertical é fornecida por diferentes extratos de autoridade, isto é, estratos nos quais as decisões oficiais podem ser consideradas como controles das decisões tomadas em níveis inferiores. [...] A ordenação horizontal requer apenas que os princípios que devem justificar uma decisão em um nível devem também ser consistentes com a justificação oferecida para outras decisões no mesmo nível⁴⁸⁴.

E tais decisões devem refletir o posicionamento do Tribunal tal como um “romance em cadeia” e não refletir a opinião pessoal de vários de seus ministros o que, ao final, torna-se uma colagem de posicionamentos fundados em concepções particulares. E isso está visível na própria ementa do referido julgado: “a atuação em Órgão fracionado é conducente a homenagear-se o entendimento da maioria, ressaltando-se a convicção pessoal; a unidade do Direito não subsiste quando grassa o dissenso intestino, ou seja, quando órgãos do mesmo tribunal decidem de maneira conflitante⁴⁸⁵”.

Assim, o Ministro Marco Aurélio ficou vencido nesse julgamento no que se refere à sua própria opinião pessoal acerca do tema (emitida de maneira clara e demonstrada com veemência com a transcrição de seu voto emitido em decisão anterior que versou sobre mesmo assunto), porém, votou pela constitucionalidade do referido dispositivo reafirmando-se, assim, novamente, a opção, clara nesse caso, pelo posicionamento do tribunal, ou seja, por unanimidade decidiu-se pela constitucionalidade do regime integralmente fechado.

Porém, continuava-se com o regime integralmente fechado sendo aplicado a todos os condenados por crimes hediondos inviabilizando-se, assim, o direito constitucional à individualização da pena. É pacífico na doutrina e na jurisprudência pátria que este princípio possui três momentos distintos: a fase legislativa, a fase judicial e a fase executória. Esclarece-se que a fixação

⁴⁸⁴ DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 182/183.

⁴⁸⁵ STF - Habeas Corpus nº 70.467-1 – DJU 08.09.1993. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em 04 nov. 2011.

do regime inicial de cumprimento de pena não está localizada na fase executória e sim na fase judicial. Porém, a sua inviabilidade não estava relacionada apenas à individualização da pena e sim ao sistema como um todo, ou seja, à dignidade da pessoa humana, à proporcionalidade, à legalidade, à humanidade, bem como, com as finalidades da pena e dentre as quais se pode ressaltar a ressocialização.

Essa fase é composta de três momentos: inicialmente o juiz de direito fixa a chamada pena base, na primeira fase da individualização da pena, analisando as circunstâncias judiciais presentes no artigo 59 do Código Penal; na sequência, na segunda fase da dosimetria da pena, deve avaliar a existência de circunstâncias agravantes e de circunstâncias atenuantes e, assim fixar a pena provisória, com fundamento nos artigos 61 a 66 do Código Penal; e, finalmente, na terceira fase, analisará as circunstâncias especiais, conhecidas como causas de aumento e de diminuição ou, ainda, como majorantes e minorantes, estabelecendo-se a pena definitiva. É o chamado método trifásico.

Ao final dessa terceira fase é necessário, ainda, prosseguir na individualização da pena com a fixação do regime inicial de cumprimento de pena e a verificação do cabimento da substituição por penal restritiva de direitos, prevista no artigo 44 e seguintes do Código Penal ou suspensão condicional da pena, previsto no artigo 77 do mesmo diploma legal.

Ou seja, o momento em que o juiz indica em qual regime o réu deverá iniciar o cumprimento da sua pena é a mais perfeita demonstração do princípio da individualização da pena. Nessa tarefa o juiz levará em consideração a espécie de pena privativa de liberdade (reclusão ou detenção), a quantidade de pena aplicada e, especialmente, condições pessoais do condenado, tais como, antecedentes e reincidência. Não há como afirmar-se que esse momento não faz parte da individualização da pena.

2 – Uma análise da lei dos crimes hediondos (lei nº 8.072/90) e do regime integralmente fechado aplicável aos crimes hediondos: um estudo dos julgados que levaram a declaração da inconstitucionalidade do regime integralmente fechado

No ano de 1997, mais precisamente no dia 07 de abril, passou a vigorar no Brasil, a lei que regulamentou o crime de tortura: a Lei nº 9.455/97. Imediatamente novas luzes acenderam-se e novas perspectivas surgiram no seguinte sentido: tal lei não proibia a progressão de regime.

Essa disposição somada ao fato de que a Magna Carta de 1988, em seu artigo 5º, inciso XLIII (a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos [...]), estabeleceu tratamento igualitário para os crimes de tortura e os hediondos (dentre outros) estava solucionado o problema da fixação do regime integralmente fechado que deveria ser considerado tacitamente revogado diante da nova lei. Não há explicação para o fato de que para o crime de tortura, considerado pela Constituição Federal de 1988 como de igual gravidade ao crime hediondo, ser autorizada a progressão de regime e para os crimes hediondos não? Porque os crimes hediondos foram excluídos da possibilidade de obtenção deste benefício diferentemente do que ocorreu com o advento da lei de tortura (lei nº 9.455/97) que permitiu, expressamente, a possibilidade de progressão de regime ao crime de tortura?

Semelhante incongruência também demonstra, de forma insofismável, a ausência de necessidade da providência anteriormente fixada na Lei n. 8/072/90. Do contrário, não haveria justificativa para o legislador conferir tratamento díspar a situações idênticas. A censura à fórmula legislativa que veda a progressão de regime não pode significar, porém, que o legislador esteja impedido de adotar critérios diferenciados para a progressão de regime nos crimes hediondos. Nessa linha, no contexto da tramitação de diversas propostas legislativas que buscam diferenciar os momentos iniciais na progressão de regime nos crimes hediondos e dos demais crimes comuns, a legislação infraconstitucional pareceu caminhar no mesmo sentido da interpretação conferida a o dispositivo da individualização da pena⁴⁸⁶.

⁴⁸⁶ MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 564.

Tão logo a lei de tortura (lei nº. 9455/97) passou a vigorar os tribunais já recebiam pedidos de progressão de regime para os crimes hediondos sustentados na referida lei diante da igualdade de tratamento concedida aos crimes de tortura e hediondos.

Foi assim que o Pleno do Supremo Tribunal Federal reuniu-se no dia 25 de março de 1998 para julgar o Habeas Corpus nº 76.371-0 que visava desconstituir decisão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que em recurso movido pelo representante do Ministério Público, denegou o pedido de progressão de regime por se tratar de crime hediondo em que a pena deve ser cumprida em regime integralmente fechado.

A defesa, em suas razões, alegou que a individualização da pena (princípio assegurado constitucionalmente) compreende, inclusive, o momento em que o juiz estabelece o regime inicial de cumprimento da pena e que a lei de tortura possibilita a progressão de regime a qual deve ser aplicada, também, aos crimes hediondos diante do regime único estabelecido pela Constituição Federal para esses crimes.

O Ministro Marco Aurélio, relator do caso, seguido pelo Ministro Sepúlveda Pertence, concedeu a ordem de habeas corpus, utilizando-se dos argumentos que se seguem, para concluir pela derrogação tácita do § 1º, artigo 2º, da lei dos crimes hediondos (lei nº 8.072/90) pela lei que regulamentou o crime de tortura (lei nº 9.455/97). A Magna Carta de 1988 colocou em pé de igualdade os crimes de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos; sustentou, ainda, que tal relação inicia-se pelo mais grave o que fez o legislador constitucional considerá-los insusceptíveis de anistia, graça ou indulto. Verifica-se, assim, que a Constituição concedeu tratamento isonômico aos aludidos delitos (especialmente no que se refere aos crimes hediondos e aos delitos de tortura)⁴⁸⁷.

⁴⁸⁷ MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 562.

A nova lei, que disciplinou o crime de tortura, estabeleceu no artigo 1º § 7º que “o condenado por crime previsto nesta Lei, salvo a hipótese do § 2º, iniciará o cumprimento da pena em regime fechado”, assim, está-se diante da possibilidade de progressão de regime, pois, como início da pena em regime fechado significa que o condenado poderá progredir para regime menos gravoso.

Assim consignou o relator: “não faz sentido entender-se que o crime mais grave do rol – o de tortura – contemple a aplicação da pena e o cumprimento em regime de progressão, não o admitindo aos demais crimes situados no mesmo sistema⁴⁸⁸”.

Outro argumento utilizado pelo relator foi o “princípio hermenêutico da unidade da Constituição”, ou seja, para a Constituição Federal os crimes de tortura e os crimes hediondos possuem potencial agressivo similar o que não justifica de nenhuma forma, a adoção de regime inicial de cumprimento de pena mais favorável, justamente, ao crime considerado como o mais repugnante e o mais ofensivo à dignidade da pessoa humano como é o de tortura.

Já o Ministro Sydney Sanches negou o habeas corpus sob o fundamento de que o art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal nada diz acerca do regime inicial de cumprimento de pena (trata tão somente da impossibilidade de concessão de anistia, graça e indulto) e que a nova lei que disciplinou o crime de tortura estendeu o benefício tão somente a este crime e não aos demais contidos no inciso XLIII. Desta forma, não há que se falar em ofensa à isonomia e nas palavras do Ministro “pode não ter sido uma boa opção de política criminal; mas, não propriamente viciada de inconstitucionalidade⁴⁸⁹”.

O Ministro Nelson Jobim, também, negou a ordem de Habeas Corpus, especialmente, sob dois fortes argumentos: o de que o Supremo não poderia arvorar-se na função de legislador e o segundo no sentido de que

⁴⁸⁸ STF – HC 76.371-0 – Rel. Min. Marco Aurélio – DJU. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>> acesso em 1º nov. 2011.

⁴⁸⁹ STF - Habeas Corpus nº 76.371-0 – DJU 25.03.1998. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em 17 de setembro de 2011.

ainda que se considere que a Constituição Federal estabeleceu tratamento isonômico aos crimes de tortura e aos hediondos o Poder Judiciário não poderia estender o tratamento dado a um deles aos demais. Ou seja, seu entendimento situa-se no âmbito de que não é possível ao Poder Judiciário substituir-se ao Poder Legislativo⁴⁹⁰.

O Ministro Maurício Corrêa ao negar a ordem de habeas corpus, brevemente, fundou a sua decisão no fato de que como juiz não poderia, por analogia, estender o que a lei de tortura (lei nº 9.455/97) previu para os crimes de tortura para os crimes hediondos. Ministro Carlos Velloso seguiu a mesma linha argumentativa. Em igual sentido o Ministro Octávio Gallotti. Compartilhando de idêntico fundamento o Ministro Néri da Silveira negou a concessão da ordem⁴⁹¹.

Assim, majoritariamente, o Supremo indeferiu o pedido de Habeas Corpus, restando vencidos os Ministros Marco Aurélio e Sepúlveda Pertence. Tal seção foi presidida pelo Ministro Celso de Mello.

Essa decisão repercutiu muito mal no meio jurídico, em especial, que esperava uma decisão favorável do Supremo em relação à aplicação da lei de tortura aos crimes hediondos. Afinal, a doutrina já estava pacificada no sentido de estender-se aos crimes hediondos a mesma benesse concedida ao crime de tortura.

Sem deixar de contabilizar o desrespeito aos princípios da isonomia e da igualdade. Ou seja, pacificou-se o entendimento no sentido de considerar-se que a Magna Carta exigiu tratamento igualitário para os crimes descritos no inciso XLIII, do já citado artigo 5º. Verifica-se, ainda, nesse julgado a dificuldade do Supremo em enfrentar diretamente a inconstitucionalidade do dispositivo da lei dos crimes hediondos (lei nº. 8.072/90) que instituiu o regime

⁴⁹⁰ STF - Habeas Corpus nº 76.371-0 – DJU 25.03.1998. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em 17 de setembro de 2011.

⁴⁹¹ STF - Habeas Corpus nº 76.371-0 – DJU 25.03.1998. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em 17 de setembro de 2011.

integralmente fechado. “os princípios são normas cujas exigências morais devem vincular tanto o legislativo quanto o judiciário⁴⁹²”.

Os princípios, para Dworkin, são normas assim como as regras e, da mesma maneira, devem ser aplicados integralmente, sendo incabível ao judiciário sopesar qual interesse deve prevalecer no caso concreto. Assim, segundo a teoria da resposta certa de Dworkin, o judiciário deve decidir da melhor maneira, analisando qual seria a decisão mais coerente possível frente ao sistema principiológico constitucional. Dessa maneira, o papel de judiciário é de suma importância, pois ele, é responsável por meio de suas decisões, pro reafirmar e reconstruir o significado da constituição toda a vez que aplicá-la ao caso concreto⁴⁹³.

Observa-se, ainda, que cada um dos Ministros apresenta uma fundamentação distinta em seu voto. É o caso do Ministro Nelson Jobim que utilizou grande parte da fundamentação do seu voto para informar quem seria o responsável pela redação da lei de tortura (lei nº 9455/97) para, somente, ao final concluir que “não cabe ao Poder Judiciário se substituir, por exegese, ao Poder Legislativo”.

Ou seja, não enfrentou a questão de fundo que era analisar a constitucionalidade ou inconstitucionalidade do regime integralmente fechado para os crimes hediondos. Limitou-se a afirmar que quem elabora leis é Poder Legislativo e que, em algumas situações, certas questões acabam por sofrer restrições afirmando que “se ficasse explícito, que haveria progressão de regime no crime de tortura, o projeto não seria aprovado⁴⁹⁴”.

Novamente, torna-se muito difícil descobrir quais foram os fundamentos que motivaram o Supremo Tribunal Federal a não reconhecer a inconstitucionalidade do regime integralmente fechado. Percebe-se, com facilidade, quais foram os fundamentos defendidos por cada um dos Ministros em seus votos individuais, mas, não se pode concluir acerca de quais são os princípios que fundaram a decisão.

⁴⁹² CHUEIRI, Vera Karam de; SAMPAIO, Joanna Maria de Araújo. Como levar o Supremo Tribunal Federal a sério: sobre a Suspensão de Tutela Antecipada n. 91. **Revista Direito GV**, p. 053.

⁴⁹³ CHUEIRI, Vera Karam de; SAMPAIO, Joanna Maria de Araújo. Como levar o Supremo Tribunal Federal a sério: sobre a Suspensão de Tutela Antecipada n. 91. **Revista Direito GV**, p. 063.

⁴⁹⁴ STF - Habeas Corpus nº 76.371-0 – DJU 25.03.1998. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em 17 de setembro de 2011.

Na esteira da sua teoria da resposta certa, toda a demanda judicial possui uma resposta, devendo ela ser construída de maneira coerente, pela escolha do princípio aplicável ao caso. Não qualquer princípio, mas aquele que aplicado ao caso o faça à luz do compromisso assumido de que todos devem ser tratados com respeito e consideração. Assim, o juiz, ao decidir o caso controverso, deverá interpretar os argumentos apresentados, levando em consideração não só as regras e os precedentes, mas também os padrões morais da sociedade e os seus próprios⁴⁹⁵.

Porém, ressalva merece ser feita, em relação ao Superior Tribunal de Justiça que já havia julgado situação semelhante em 02 de setembro de 1997, por ocasião do Recurso Especial nº 140.617, originário do Estado de Goiás, em que foi relator o Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro.

Trata-se de um caso importante, pois, os argumentos utilizados pelo relator demonstram claramente que houve enfrentamento da matéria de fundo, pois, considerou-se que, realmente, a Constituição Federal ao reunir os crimes hediondos e o crime de tortura em um mesmo inciso objetivava a adoção de tratamento unitário⁴⁹⁶.

A lei dos crimes hediondos disciplinou a impossibilidade de progressão de regime nos crimes hediondos ao estabelecer o regime integralmente fechado para esses delitos. Ocorre que tal dispositivo contrasta com a o princípio da individualização da pena que compreende três fases: cominação, aplicação e execução. Ou seja, impedir que o sentenciado, progressivamente, após o preenchimento dos requisitos que devem ser determinados pela lei, aproxime-se da sociedade, sendo que retomará, um dia, o convívio com ela, é algo totalmente contrário à previsão constitucional.

⁴⁹⁵ CHUEIRI, Vera Karam de; SAMPAIO, Joanna Maria de Araújo. Como levar o Supremo Tribunal Federal a sério: sobre a Suspensão de Tutela Antecipada n. 91. **Revista Direito GV**, p. 052.

⁴⁹⁶ Neste sentido: “a lei nº 7.210/84 descreve que a execução penal tem por objetivo efetivar as disposições da sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado; [...] individualização é incompatível com regime inflexível; em homenagem ao cumprimento do texto tem-se defendido a constitucionalidade; acreditam seus defensores que “com os rigores da lei”, como repete magistrada de novela da televisão, a infração penal será combatida; e mais, eliminada; puro engano; é desprezo completo às causas da criminalidade”. STJ – Resp 140.617 – Rel. Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro – DJU 15.12.1997. Disponível em <<https://ww2.stj.jus.br/>>. Acesso em 03 nov. 2011.

O STJ, por unanimidade, não conheceu do recurso especial e, de ofício, concedeu o Habeas Corpus, para o fim único de transformar o regime de cumprimento de pena em inicialmente fechado. Participaram do julgamento os Ministros Vicente Leal, Fernando Gonçalves, Anselmo Santiago e William Patterson.

Até 2003 o Supremo Tribunal Federal manteve o seu posicionamento no sentido de entender como constitucional o regime integralmente fechado previsto na lei dos crimes hediondos. Ao julgar o Habeas Corpus nº 83.669-1 (Estado de São Paulo), em 02 de dezembro de 2003, em que foi relator o Ministro Nelson Jobim, novos argumentos fizeram parte desta decisão, porém, manteve-se o posicionamento pela constitucionalidade do regime integralmente fechado.

Mais uma vez surgiram dúvidas acerca do posicionamento do Supremo enquanto Tribunal e não em relação ao que pensam cada um dos seus Ministros individualmente. Em uma fundamentação extremamente sintética o relator passa a sustentar que o direito brasileiro recepcionou o Pacto de San José da Costa Rica, porém, apenas, como norma infraconstitucional e “como tal, não tem força para derogar norma infraconstitucional especial, como é a lei 8.072/90⁴⁹⁷”.

O Pacto de San José da Costa Rica, também, conhecido como Convenção Americana sobre Direitos Humanos⁴⁹⁸ (de 22 de novembro de 1969) foi promulgado pelo Decreto nº 678, de 06 de novembro de 1992⁴⁹⁹.

⁴⁹⁷ STJ – HC 83.669-1 – Rel. Ministro Nelson Jobim – DJU 02.12.2003. Disponível em <<https://ww2.stj.jus.br/>>. Acesso em 03 nov. 2011.

⁴⁹⁸ “O instrumento de maior importância no sistema interamericano é a Convenção Americana de Direito Humanos, também denominada Pacto de San José da Costa Rica. Foi assinada, em San José, Costa Rica, em 1969, entrando em vigor em 1978. Apenas Estados-membros da organização dos Estados Americanos tem o direito de aderir à Convenção americana, que, até março de 2010, contava com 235 Estados-partes. [...] Em 1988, a Assembléia Geral da Organização dos Estados Americanos adotou um protocolo convencional à Convenção, concernente aos direitos sociais, econômicos e culturais (Protocolo de San Salvador, que entrou em vigor em novembro de 1999, por ocasião do depósito do 11º instrumento de ratificação, nos termos do art. 21 do Protocolo”. Em face deste catálogo de direitos constantes da Convenção Americana, cabe ao Estado-parte a obrigação de respeitar e assegurar o livre e pleno exercício desses direitos e liberdades, sem qualquer discriminação. Cabe ainda ao Estado-parte adotar todas as medidas legislativas e de outra natureza e que sejam necessárias para conferir efetividade aos direitos e liberdades enunciados”. PIOVESAN, Flávia. **Direitos**

Relativamente aos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos, a Constituição brasileira de 1988, em seu art. 5º, § 1º, acolhe a sistemática da incorporação automática dos tratados, o que reflete a adoção da concepção monista⁵⁰⁰. [...] A Carta de 1988 confere aos tratados de direitos humanos o status de norma constitucional, por força do art. 5º, §§ 2º e 3º. O regime jurídico diferenciado conferido aos tratados de direitos humanos não é, todavia, aplicável aos demais tratados, isto é, aos tradicionais. No que tange a estes adota-se a sistemática da incorporação legislativa⁵⁰¹, exigindo que, após a ratificação, um ato com força de lei (no caso brasileiro este ato é um decreto expedido pelo Executivo) confira execução e cumprimento aos tratados no plano interno. [...] Eis o sistema misto propugnado pela Constituição brasileira de 1988, que combina regimes jurídicos diversos – um aplicável aos tratados internacionais de proteção aos direitos humanos e ou outro aos tratados em geral⁵⁰².

Ao enfrentar o outro argumento aduzido pela parte que pleiteava o direito de progredir de regime, embora sua condenação estivesse assentada em um crime hediondo, limitou-se a afirmar que “no que pertine ao art. 10 da Lei nº 9.034/95, norma infraconstitucional especial, não tem força para derogar outra norma de igual hierarquia e espécie, porém de conteúdos diferentes⁵⁰³”. Por unanimidade de votos o Supremo indeferiu o pedido de

humanos e direito constitucional internacional. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 311/313.

⁴⁹⁹ “Art. 1º A Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), celebrada em São José da Costa Rica, em 22 de novembro de 1969, apensa por cópia ao presente decreto, deverá ser cumprida tão inteiramente como nela se contém. Art. 2º Ao depositar a carta de adesão a esse ato internacional, em 25 de setembro de 1992, o Governo brasileiro fez a seguinte declaração interpretativa: “O Governo do Brasil entende que os arts. 43 e 48, alínea d, não incluem o direito automático de visitas e inspeções in loco da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, as quais dependerão da anuência expressa do Estado”. Art. 3º O presente decreto entra em vigor na data de sua publicação”. Disponível em <www.planalto.gov.br>. Acesso em 21 de abril de 2012.

⁵⁰⁰ “Essa sistemática da incorporação automática reflete a concepção monista, pela qual o Direito internacional e o direito interno compõem uma mesma unidade, uma única ordem jurídica, inexistindo qualquer limite entre a ordem jurídica internacional e a interna”. PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e direito constitucional internacional.** 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 141.

⁵⁰¹ “Na sistemática da incorporação legislativa, o Estado recusa a vigência imediata do Direito Internacional na ordem interna. Por isso, para que o conteúdo de uma norma internacional vigore na ordem interna, faze-se necessária a sua reprodução ou transformação por uma fonte interna. Nesse sistema, o Direito Internacional e o Direito interno são duas ordens jurídicas distintas, pelo que aquele só vigorará na ordem interna se e na medida em que cada norma internacional for transformada em Direito Interno. A sistemática da incorporação não automática reflete a concepção dualista, pela qual há duas ordens jurídicas diversas, independentes e autônomas: a ordem jurídica nacional e a ordem internacional, que não apresentam contato nem qualquer interferência”. PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e direito constitucional internacional.** 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 141/142.

⁵⁰² PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e direito constitucional internacional.** 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 146/147.

⁵⁰³ STJ – HC 83.669-1 – Rel. Ministro Nelson Jobim – DJU 02.12.2003. Disponível em <<https://ww2.stj.jus.br/>>. Acesso em 03 nov. 2011

Habeas Corpus nº. 83.669-1 mantendo a constitucionalidade do regime integralmente fechado para os crimes hediondos.

Nesse ínterim, o Supremo Tribunal Federal, contrariamente ao disposto no artigo 5º, inciso, XLIII, da Constituição Federal e visando pacificar o entendimento de que a lei de tortura (lei nº. 9.455/97) não se aplicava aos crimes hediondos e que o regime integralmente fechado não se tratava de norma inconstitucional, sumulou esse entendimento com a edição da súmula nº. 698.

Ainda que já houvesse entendimento jurisprudencial em sentido contrário (de outros tribunais) com a doutrina, inclusive, já se manifestando majoritariamente⁵⁰⁴, no sentido de que a Magna Carta de 1988 concedeu tratamento igualitário aos crimes hediondos e ao crime de tortura, a referida súmula passou a vigorar com a seguinte redação: “não se estende aos demais crimes hediondos a admissibilidade de progressão no regime de execução da pena aplicada ao crime de tortura⁵⁰⁵”.

Dessa forma pretendeu o Supremo Federal pacificar o seu entendimento acerca da impossibilidade daqueles condenados por crimes hediondos de pleitearem a progressão de regime. Assim, o Supremo Tribunal Federal na contramão dos posicionamentos majoritários existentes no país, sumula o entendimento do Habeas Corpus nº 69.657-1 que considerou constitucional o regime integralmente fechado.

O Supremo Tribunal Federal assentou, com a referida súmula, o entendimento de que seria admissível aos condenados por crimes hediondos e por crime de tortura o recebimento de tratamento diferenciado do legislador ordinário sem que isso se constitua em flagrante inconstitucionalidade.

Firmou, também, o seu posicionamento no sentido de que individualizar a pena seria tarefa, apenas, do legislador e que o princípio da

⁵⁰⁴ Passamos a sustentar que, a partir da edição da Lei nº 9.455/97, dever-se-ia reconhecer e aplicabilidade do sistema progressivo aos crimes hediondos e afins, sem restrições, inclusive retroativamente. BITENCOURT, Cezar Roberto. **Op. Cit.**, p. 529.

⁵⁰⁵ Disponível em <www.stf.jus.br>. Acesso em 09 de abril de 2012.

individualização da pena possui como destinatário, apenas, o Poder Legislativo. Não se verifica a sua necessária observância quando da aplicação da pena pelo juiz e muito menos no momento em que há a fixação do regime inicial de cumprimento de pena.

Entretanto, após algum tempo sob a égide da referida súmula que, apenas, referendou seu o entendimento acerca da polêmica questão, o Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária, julgou o Habeas Corpus nº 82.959-7, de 23-02-2006, em que figurava como paciente e impetrante Oséas Campos, oriundo do estado de São Paulo, em que foi relator o Ministro Marco Aurélio, que se constituiu em um dos vários casos emblemáticos julgados, nos últimos anos, referentes à matéria penal.

Esse julgado constitui-se em um marco, no que se refere à temática desse trabalho, pois, durante longos dezesseis anos não houve qualquer manifestação expressa do Supremo no sentido de analisar profundamente a questão constitucional envolvida no parágrafo 1º do artigo 2º da lei dos crimes hediondos (lei nº. 8.072/90) que proibia os condenados por crimes hediondos de progredirem de regime.

Conforme já demonstrado o que se busca é comprovar a necessidade de que o Supremo estabeleça um consenso acerca de um determinado tema e que as suas decisões utilizem os mesmos fundamentos das anteriores a fim de proporcionar segurança jurídica à sociedade. Para Dworkin deve haver a busca pela força gravitacional dos precedentes no julgamento de casos difíceis.

Mas se a força gravitacional do precedente tem por base a idéia de que a equidade exige a aplicação coerente dos direitos, Hércules deve então descobrir os princípios que se ajustam não apenas ao precedente específico para o qual um litigante dirige a sua atenção, mas para todas as outras decisões no âmbito de sua jurisdição geral e, na verdade, também às leis, na medida em que estas devem ser vistas como geradas a partir de princípios e não partir de uma determinada política. Caso os princípios que ele citar como estabelecidos forem incompatíveis com outras decisões que seu tribunal propõe-se igualmente a sustentar, Hércules não terá cumprido o seu dever de mostrar que a decisão que ele tomou é compatível com princípios estabelecidos e, portanto, equânime (*fair*)⁵⁰⁶.

Muito se fala acerca de que tais posicionamentos quando firmados e seguidos repetidamente engessariam o sistema jurídico, pois, não mais se poderia decidir de maneira contrária. A utilização dos precedentes visa, exatamente, ao contrário, ou seja, objetiva que se saiba o que pensa a maior Corte do país sobre um determinado tema.

O Supremo ao decidir casos difíceis não pode furtar-se da análise profunda do tema, inclusive, com amplo debate interno a fim de que se possa definir qual será o posicionamento do Tribunal. É necessário que se escreva o romance e que cada decisão seja um novo capítulo possibilitando, assim, a continuidade da história. É isso que uma decisão deve representar: a sequência do romance e não se constituir em um posicionamento isolado acerca de um determinado tema. Dworkin explicando a força gravitacional dos precedentes nas decisões dos juízes segue,

[...] Ele deve limitar a força gravitacional das decisões anteriores à extensão dos argumentos de princípio necessários para justificar tais decisões. Se se considerasse que uma decisão anterior estivesse totalmente justificada por um argumento de política, ela não teria força gravitacional algum. Seu valor enquanto precedente ficaria restrito à sua força de promulgação, isto é, aos casos adicionais abarcados por alguns temas específicos do precedente⁵⁰⁷.

Durante muitos anos a história do Direito Penal e, em especial da execução penal, conviveu com o regime integral de cumprimento de pena destoante de toda a legislação existente acerca do tema. Enquanto as legislações dos países democráticos caminham para uma relação mais profunda com o princípio da intervenção mínima e com a utilização, cada vez

⁵⁰⁶ DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 181.

⁵⁰⁷ DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002, 177.

mais comum, das denominadas penas alternativas, no Brasil, na década de oitenta, passa a vigorar a lei dos crimes hediondos. Ou seja, o direito penal precisa aproximar-se dos princípios, especialmente, os descritos na Constituição Federal e decidir em conformidade com estes a fim de assegurar a segurança e a certeza jurídica primando sempre pela busca da integridade e pela formação do precedente⁵⁰⁸.

Além disso, deve-se ter em vista que a Constituição Federal de 1988 possui como grande norte o princípio da dignidade da pessoa humana o que inviabiliza qualquer possibilidade de coexistência no sistema de um regime que impossibilite ao condenado a progressão de regime, pois, tal dispositivo contraria os demais princípios constitucionais, tais como, a individualização da pena, a legalidade, a proporcionalidade e a humanidade, bem como, inviabiliza a possibilidade de atingirem-se as finalidades da pena e dentre as quais destaca-se a ressocialização.

É certo que o legislador constituinte previu no inciso XLIII, do artigo 5º, da Constituição Federal, a possibilidade de que alguns crimes, dentre eles os denominados de hediondos, recebessem um tratamento mais gravoso por parte de lei infraconstitucional. Porém o constituinte limitou essa tarefa do legislador ordinário ao expor que os crimes descritos nesse inciso seriam insusceptíveis de anistia, graça ou indulto. Ou seja, permaneceu silente em relação a outras restrições que poderiam ser impostas aqueles que praticassem os referidos crimes⁵⁰⁹. Assim, o legislador ordinário, no afã de responder à sociedade, calejada com os altos índices de criminalidade e com a onda de violência que assolava o país elabora a lei dos crimes hediondos.

⁵⁰⁸ Neste sentido: “assim, o judiciário deve proteger os direitos fundamentais garantidos na Constituição, valendo-se, para decidir, de um argumento de princípio. Os princípios, para Dworkin, são normas assim como as regras e, da mesma maneira, devem ser aplicados integralmente, sendo incabível ao judiciário sopesar qual interesse deve prevalecer no caso concreto. Assim, segundo a teoria da resposta certa de Dworkin, o judiciário deve decidir da melhor maneira, analisando qual seria a decisão mais coerente possível frente ao sistema principiológico constitucional. Dessa maneira, o papel do judiciário é de suma importância, pois ele é responsável, por meio de suas decisões, por reafirmar e reconstruir o significado da constituição toda a vez que aplicá-lo ao caso concreto”. CHUEIRI, Vera Karam de; SAMPAIO, Joanna Maria de Araújo. Como levar o Supremo Tribunal Federal a sério: sobre a Suspensão de Tutela Antecipada n. 91. **Revista Direito GV**, p. 063.

⁵⁰⁹ Sobre restrição de direitos fundamentais ver páginas 132 e 133.

A excessiva utilização da sanção penal é um fenômeno que também se faz presente no Brasil. Na década de noventa houve uma busca excessiva pela sanção penal acentuando-se ainda mais a tendência “retribucionista” do Direito Penal. O direito penal passou a ser caracterizado por uma legislação excessivamente incriminadora (cita-se como exemplo a criação da denominada lei dos crimes hediondos – lei nº. 8.072/90), abrangendo anteriormente situações não contempladas pela legislação penal.

Este direito penal passou a impor restrições aos condenados na obtenção de benefícios no decorrer da execução da pena (a lei nº. 8.072/90 passou a vigorar com a imposição do regime “integralmente fechado” aqueles que cometeram crimes denominados de “hediondos”, impedindo-se, assim, que pudessem progredir de regime), bem como, a supressão de garantias constitucionais criou situações que destoam dos pressupostos de atuação do direito penal no Estado Democrático de Direito.

Quando se está sob a égide de um Estado Democrático de Direito há que se ter em mente que a intervenção do Estado na vida dos indivíduos deve ser mínima e só ocorrer quando estritamente necessária, pois quem é o detentor da titularidade da soberania é o povo, que aliena apenas a quota necessária para que o poder do Estado se constitua⁵¹⁰.

Essa violência que já estava presente no final da década de oitenta e início da década de noventa continua a assombrar a sociedade brasileira em uma escala ainda maior e mais assustadora do que há vinte anos. Ou seja, leis como essa não são capazes de apresentar a solução tão almejada pela sociedade significando, apenas, subterfúgios utilizados pela classe política para tentar corresponder, rapidamente, aos anseios daqueles que clamam por uma solução.

⁵¹⁰ Para a teoria garantista desenvolvida pelo penalista Luigi Ferrajoli “a lei penal representa “a lei do mais débil (ou do mais fraco)” – débil, quando ofendido ou ameaçado pelo delito, assim como débil, quando ofendido ou ameaçado pela vingança – lei do mais débil que se dirige, assim, à proteção dos direitos fundamentais destes contra a violência arbitrária do mais forte, sendo que no momento do crime, o mais fraco é a vítima; no momento do processo, o réu, em face do Estado, o mais forte. Portanto, fim geral do direito penal é impedir que os indivíduos façam justiça com as próprias mãos, ou, ainda, minimizar ou controlar a violência”. QUEIROZ, Paulo. *Funções do direito penal: legitimação versus deslegitimação do sistema penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 69.

A função do Direito Penal é regular de forma coerente as condutas capazes de ocasionar algum dano aos direitos fundamentais do homem e da sociedade. As funções promocional e simbólica⁵¹¹ do Direito Penal nada mais fazem do que legitimar o princípio da máxima intervenção⁵¹².

Foi nesse contexto, de uma sociedade aterrorizada pelos altos índices de violência, que o regime integralmente fechado passou a vigorar. Enquanto a população festejava a vinda, finalmente, de uma legislação mais gravosa, a comunidade jurídica questionava a sua constitucionalidade. Vários embates acadêmicos e jurídicos se sucederem ao longo desses anos buscando, sempre, atestar a já clara inconstitucionalidade do dispositivo autorizador da fixação do regime integralmente fechado. Gilmar Mendes em seu voto afirmou que “o que se tem visto nos últimos meses e, em face da rediscussão pelo Supremo Tribunal Federal sobre a progressão de regime em crimes hediondos, instaurou-se um amplo debate sobre a matéria agora capitaneada pelo Governo⁵¹³”.

Os fundamentos utilizados pela doutrina majoritária sempre foram os mesmos, ou seja, buscava-se à inconstitucionalidade, inicialmente, pela clara violação ao Princípio da Individualização da Pena. Posteriormente, com o advento da lei de tortura (Lei nº 9.455/97) além dessa razão uma nova surgiu: a Constituição Federal de 1988 concedeu tratamento unitário aos crimes hediondos e ao crime de tortura e a nova lei permitia a progressão de regime o que configurava, claramente, a diferenciação de tratamento concedida pelo legislador ordinário a dois crimes que foram merecedores de idêntico tratamento pelo constituinte originário sendo este mais um dos fundamentos

⁵¹¹ “O direito da mentira de Auschwitz é, portanto, uma lei preponderantemente simbólica. Ele é desnecessário para a proteção de bens jurídicos, mas manifesta que a Alemanha é um país historicamente marcado, que não esconde e nem se cala a respeito dos crimes do nazismo, e que hoje representa uma sociedade pacífica e respeitadora das minorias. Trata-se de uma louvável disposição de ânimo. Mas sem a imprescindibilidade da intervenção para proteger bens jurídicos, o direito penal não é instrumento idôneo para a manifestação e consolidação de tal atitude. A verdade histórica enquanto tal deve conseguir se impor, sem ajuda do direito penal”. ROXIN, Claus. *Estudos de direito penal*. 2ª edição. Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 50.

⁵¹² FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1993, p. 84.

⁵¹³ STJ – HC 82.959-7 – Rel. Ministro Marco Aurélio – DJU 1º-09-2006. Disponível em <www.stf.jus.br >. Acesso em 07 de abril de 2012.

utilizados pelo Supremo para a declaração da inconstitucionalidade do regime integralmente fechado.

Desta forma o julgamento do HC 82.959-7, em que foi relator o Ministro Gilmar Mendes, possibilitou a revisão do julgamento do HC 69.657, DJ de 18-6-1993, em que restou vencedora a posição do Ministro Francisco Resek, sustentando a constitucionalidade do regime integralmente fechado vedando-se, assim, a possibilidade de progressão de regime. “Nesse julgado, o Tribunal, por maioria de votos, declarou a constitucionalidade da norma que determinava o cumprimento da norma aplicável ao crime hediondo em regime integralmente fechado⁵¹⁴”.

Porém, tal julgamento foi revisto em sua plenitude no HC 82.959, em que foi relator o Ministro Marco Aurélio. O Ministro Cezar Peluso, em seu voto, argumenta que a Constituição Federal de 1988, no artigo 5º, inciso XLIII, previu tratamento unitário em relação a vários crimes e dentre eles encontram-se os denominados hediondos reforçando, assim, a idéia de inconstitucionalidade. Esses crimes são insusceptíveis de anistia, graça e da concessão de liberdade provisória sob fiança. “Excepcionou, portanto, de modo nítido, da regra geral [...] vedando-lhes apenas com igual nitidez: a) a liberdade provisória sob fiança; b) a concessão de graça; c) a concessão de anistia⁵¹⁵”.

Assim, a Constituição Federal de 1988 não fez nenhuma menção à concessão de tratamento diferenciado aos crimes hediondos, ou seja, não há autorização legal para que se possa, através de lei ordinária, prever tratamento mais gravoso aquele previsto pela própria Constituição. Cezar Peluso, por sua vez: “não fez menção nenhuma a vedação de progressão de regime, [...] tampouco receitou tratamento penal *stricto sensu*

⁵¹⁴ MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 559.

⁵¹⁵ STF - Habeas Corpus nº 82.959-7 – Voto Cezar Peluso – DJU 01.09.2006. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em 05 nov. 2011

(sanção penal) mais severo, quer no que tange ao incremento das penas, quer no tocante à sua execução⁵¹⁶.

Desta forma há ofensa ao princípio constitucional da individualização da pena ao prever um tratamento que, além de diferenciado, é mais gravoso para os réus condenados por crimes hediondos. Não submetê-los à individualização da pena que se constitui em um dos princípios inerentes ao Estado Democrático de Direito, assim como, o respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana que viabiliza todos os demais princípios inerentes ao direito penal, bem como, às funções da pena, em especial, a de ressocialização, que fica prejudicada diante da obrigatoriedade de cumprimento da pena em regime integralmente fechado. Assim, em ambos os votos pode-se verificar que a Constituição Federal de 1988 já estabeleceu qual é o tratamento que deve ser concedido aos crimes hediondos. Por certo que deverá ser um tratamento mais gravoso, porém, não há nenhuma menção ao fato de permitir-se a impossibilidade de progressão de regime.

Não há nenhuma previsão constitucional que autorize o legislador ordinário a impedir que condenados, por qualquer crime, não possam progredir de regime. Ora, o sistema progressivo está implícito na Constituição Federal e é explicitado no Código Penal e na Lei de Execução Penal (Lei nº. 7.210/84). Os incisos XLVI e XLVIII, do artigo 5º, da Constituição Federal regulam, com clareza e precisão, o princípio da individualização da pena.

Não há que se falar que esse princípio não deva ser aplicado na fase judicial de aplicação da pena. Justamente o contrário. Esse princípio disciplina uma das fases mais sensíveis de todo o processo criminal: o momento em que o magistrado individualiza a pena para cada um dos réus. Trata-se de uma garantia de que cada um será “responsabilizado na medida de sua culpabilidade”. “A fórmula utilizada pelo constituinte assegura um direito

⁵¹⁶ STF - Habeas Corpus nº 82.959-7 – Voto Cezar Peluso – DJU 01.09.2006. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em 05 nov. 2011.

fundamental à individualização da pena⁵¹⁷”. É com essa expressão, inclusive, que o Código Penal menciona a necessidade de individualizar-se a pena quando há concurso de pessoas⁵¹⁸.

O Ministro Gilmar Mendes, em seu voto, também, menciona o fato de que o princípio da individualização da pena possui como destinatário aquele que aplica a pena e não o legislador. Não teria razão de ser a aplicação do princípio da individualização da pena, apenas, na fase legislativa⁵¹⁹.

Desta feita a lei dos crimes hediondos (Lei nº. 8.072/90) quando dispôs sobre a obrigatoriedade de imposição do regime integralmente a todos os condenados fê-lo de forma a ferir o princípio constitucional da individualização da pena. Ao impedir que o juiz de direito, no momento da aplicação da pena, pudesse fixar o regime mais adequado para aquele réu, levando-se em consideração o método trifásico adotado pelo Código Penal para a aplicação da pena previsto no artigo 68⁵²⁰, na situação em comento, desrespeitou flagrantemente o preceito constitucional carecendo, portanto, de legitimidade.

Percebeu-se que, finalmente, para alívio dos doutrinadores, o Supremo Tribunal Federal estava diante de uma possibilidade de reunir-se como tribunal e posicionar-se acerca desse tema. Porém, deve-se destacar a

⁵¹⁷ STF - Habeas Corpus nº 82.959-7 – Voto Ministro Gilmar Mendes – DJU 01.09.2006. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em 05 nov. 2011.

⁵¹⁸ “Evidente, assim, que, perante a Constituição, o **princípio da individualização da pena** compreende: a) proporcionalidade entre o crime praticado e a sanção abstratamente cominada no preceito secundário da norma penal; b) individualização da pena aplicada em conformidade com o ato singular praticado por agente em concreto (dosimetria da pena); c) individualização da sua execução, segundo a dignidade humana (art. 1º, III), o comportamento do condenado no cumprimento da pena (no cárcere ou fora dele, no caso das demais penas que não a privativa de liberdade) e à vista do delito cometido (art. 5º, XLVIII)”. STF - Habeas Corpus nº 82.959-7 – Voto Cezar Peluso – DJU 01.09.2006. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em 05 nov. 2011.

⁵¹⁹ Nesse sentido: “O entendimento segundo o qual a disposição constitucional sobre a individualização estaria exclusivamente voltada para o legislador, sem qualquer significado para a posição individual, além de revelar que se cuidaria então de norma extravagante no catálogo de direitos fundamentais, esvaziaria por completo qualquer eficácia dessa norma. É que, para fixar a individualização da pena *in abstracto*, o legislador não precisaria sequer de autorização constitucional expressa. Bastaria aqui o critério geral do *nullum crimen, nulla poena sine lege*”. STF - Habeas Corpus nº 82.959-7 – Voto Ministro Gilmar Mendes – DJU 01.09.2006. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em 05 nov. 2011.

⁵²⁰ Disponível em: <www.planalto.gov.br>.

necessidade de utilização dos mesmos princípios que motivaram as decisões anteriores a fim de garantir unidade, uniformidade e segurança jurídica.

Porém, o Ministro Gilmar Mendes, em seu voto, trouxe uma fundamentação que ainda não havia aparecido em nenhum dos julgados em que o Supremo Tribunal foi provocado a posicionar-se acerca do tema aqui debatido: a necessidade de identificar-se um núcleo essencial de proteção dos direitos fundamentais. Isso se caracteriza em uma quebra dos precedentes o que é plenamente admitido por Dworkin que se utilizou do exemplo de Hércules para explicar que, diante de um caso novo, ele deveria verificar se as palavras contidas nas decisões anteriores poderiam ser utilizadas para abarcar um caso novo. Para Dworkin Hércules pode reconhecer o que se chama de força de promulgação do precedente (*enactement force of precedent*), ou seja, os juízes não pensam que a força de um precedente esgota-se como aconteceria com uma lei⁵²¹.

Para tanto expôs que existem duas teorias que explicam a necessidade de existência de um núcleo essencial para proteção dos direitos fundamentais: a absoluta⁵²² e a relativa⁵²³. Explicando a importância do núcleo essencial Gilmar Mendes:

Enquanto princípio expressamente consagrado na Constituição ou enquanto postulado constitucional imanente, o princípio da proteção do núcleo essencial destina-se a evitar o esvaziamento do conteúdo do direito fundamental decorrente de restrições descabidas, desmesuradas ou desproporcionais⁵²⁴.

⁵²¹ DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 173/174.

⁵²² Para essa teoria haveria um espaço que seria suscetível de limitação por parte do legislador; outro seria insuscetível de limitação. Nesse caso, além da exigência de justificação, imprescindível em qualquer hipótese, ter-se-ia um “limite do limite” para a própria ação legislativa, consistente na identificação de um espaço insuscetível de regulação. STF - Habeas Corpus nº 82.959-7 – Voto Ministro Gilmar Mendes – DJU 01.09.2006. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em 05 nov. 2011

⁵²³ Já a teoria denominada de relativa dispõe que o núcleo essencial há de ser definido para cada caso, tendo em vista o objetivo perseguido pela norma de caráter restritivo. Segundo essa concepção, a proteção do núcleo essencial teria significado marcadamente declaratório. STF - Habeas Corpus nº 82.959-7 – Voto Ministro Gilmar Mendes – DJU 01.09.2006. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em 05 nov. 2011

⁵²⁴ MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 241.

Ambas as teorias (absoluta e relativa) buscam evitar o esvaziamento do conteúdo constante do núcleo essencial dos direitos fundamentais. Assim, de nada adiantaria ter-se um rol de direitos fundamentais se o legislador não está obrigado a vincular-se a ele: “embora o texto constitucional brasileiro não tenha estabelecido expressamente a idéia de um núcleo essencial [...] A não-admissão de um limite ao afazer legislativo tornaria inócua qualquer proteção fundamental”⁵²⁵. Nas palavras de Gilmar Mendes:

A ordem constitucional brasileira não contemplou qualquer disciplina direta e expressa sobre a proteção do núcleo essencial de direitos fundamentais. É inequívoco, porém, que o texto constitucional veda expressamente qualquer proposta de emenda tendente a abolir os direitos e garantias individuais (art. 60, § 4º, IV). Tal cláusula reforça a idéia de um limite do limite também para o legislador ordinário⁵²⁶.

Ou seja, não se pode conceder ao legislador um poder ilimitado e absoluto. Sem que haja a vinculação ao núcleo essencial corre-se o risco de esvaziar-se o conteúdo dos direitos fundamentais através de restrições descabidas e desproporcionais⁵²⁷.

Assim, verifica-se que o Ministro Gilmar Mendes procurou dar unidade ao sistema e segurança jurídica. Buscou escrever, ele próprio, um novo capítulo no romance selecionando motivos pelos quais o Supremo Tribunal já havia decidido questões semelhantes e que, nesse caso, mereceram a mesma análise principiológica. Como afirma o próprio Gilmar

⁵²⁵ STF - Habeas Corpus nº 82.959-7 – Voto Ministro Gilmar Mendes – DJU 01.09.2006. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em 05 nov. 2011

⁵²⁶ MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 244.

⁵²⁷ “Também no Habeas Corpus n. 82.959, relator Ministro Marco Aurélio, DJ de 1º-9-2006, O Tribunal parece ter entendido que a imposição de regime integralmente fechado para cumprimento de condenação nos crimes hediondos configuraria lesão ao princípio do núcleo essencial. Outros votos manifestados no mesmo precedente assumiram a mesma orientação. Reconheceu-se, como referido, que a fórmula utilizada pelo constituinte assegura um direito fundamental à individualização da pena. [...] Seria de indagar se o legislador poderia, tendo em vista a natureza do delito, prescrever, como o fez na espécie, que a pena privativa de liberdade seria cumprida integralmente em regime fechado, isto é, se na autorização para intervenção no âmbito de proteção desse direito está implícita a possibilidade de eliminar qualquer progressividade na execução da pena. [...] Independentemente da filiação a uma das teorias sobre a identificação desse conteúdo essencial, é certo que o modelo adotado pela Lei n. 8072/90 faz tabula rasa do direito à individualização no que concerne aos chamados crimes hediondos. A condenação por prática de qualquer desses crimes haverá de ser cumprida integralmente em regime fechado. O núcleo essencial desse direito, em relação aos crimes hediondos, resta completamente afetado”. MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 245/246.

Mendes: “vê-se, pois, que a argumentação desenvolvida no belíssimo precedente parece não distinguir das situações de aplicação do princípio da proporcionalidade com as do princípio do núcleo essencial⁵²⁸”.

Assim, o núcleo essencial dos direitos fundamentais foi afetado quando a Lei nº. 8.072/90, em seu § 1º, artigo 2º, estabeleceu para os crimes hediondos o regime integralmente fechado: “na espécie, é certo que a forma eleita pelo legislador elimina toda e qualquer possibilidade de progressão de regime e, por conseguinte, transforma a idéia de individualização, [...], em maculatura⁵²⁹”.

Há ofensa ao princípio da individualização da pena – ao direito fundamental de ter-se a pena individualizada - ao não se permitir a progressão de regime que, conseqüentemente, condenava todos os réus (que incidissem nessa lei), independentemente de condições pessoais, ao regime integralmente fechado. Ou seja, o reincidente, o primário, o réu de bons e o de maus antecedentes: todos receberiam a mesma sentença em relação ao regime penal. Neste sentido: “sem permitir que se levem em conta as particularidades de cada indivíduo, a sua capacidade de reintegração social [...] retira qualquer caráter substancial da garantia da individualização da pena⁵³⁰”.

O regime integralmente fechado impossibilita o condenado de progredir de regime o que significa a não observação do objetivo primordial do Estado Democrático de Direito que é a promoção da dignidade da pessoa humana que no âmbito do direito penal concretiza-se, também, com a possibilidade de que haja a progressão de regime visando à ressocialização e a retomada do convívio social através do trabalho que dignamente poderá ser exercido pelo detento nos três regimes penais (fechado, semiaberto e aberto). Ou seja, o Supremo baseou-se em argumentos de princípios para fundamentar

⁵²⁸ STF - Habeas Corpus nº 82.959-7 – Voto Ministro Gilmar Mendes – DJU 01.09.2006. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em 05 nov. 2011.

⁵²⁹ MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 246.

⁵³⁰ STF - Habeas Corpus nº 82.959-7 – Voto Ministro Gilmar Mendes – DJU 01.09.2006. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em 05 nov. 2011.

a decisão que declarou a inconstitucionalidade do regime integralmente fechado nos crimes hediondos⁵³¹.

Apesar da concessão de autorização da Constituição Federal ao legislador ordinário com vistas à elaboração de norma que punisse mais gravemente os crimes hediondos essa autorização não foi um “papel em branco”. O legislador não pode tudo sob pena de descaracterizarem-se por completo as garantias constitucionais. Está evidenciada a violação ao princípio constitucional da individualização da pena.

Não se pode esquecer, também, da incoerência já demonstrada em relação aos crimes hediondos. Permite-se que o condenado obtenha o benefício do livramento condicional, porém, proibi-se que esse mesmo sentenciado busque a progressão para um regime menos rigoroso.

Ora, é notável que para a obtenção do livramento condicional o sentenciado não precisa passar pelo regime intermediário e segue direto do regime fechado para a liberdade (por exemplo). Certo é que se permite que isso ocorra, então, porque não se autoriza a progressão de regime? Essa é muito mais coerente com o sistema adotado pelo Brasil no que se refere à execução da pena, pois, não permite ao condenado sair diretamente do regime fechado para o aberto exige que, primeiro, passe pelo regime semiaberto. Ou seja, é um caso de flagrante ausência de proporcionalidade⁵³². O advento da lei nº 9.455/97 (que regulamentou o crime de tortura) corrobora a tese da desnecessidade de atribuição aos crimes hediondos de regime integralmente

⁵³¹ “Os juízes que aceitam o ideal interpretativo da integridade decidem casos difíceis tentando encontrar, em algum conjunto coerente de princípios sobre os direitos e deveres das pessoas, a melhor interpretação da estrutura política e da doutrina jurídica de sua comunidade. Tentam fazer o melhor possível essa estrutura e esse repositório complexos”. DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**, p. 305.

⁵³² “Essa incongruência explícita, a um só tempo, a *desnecessidade* da medida adotada (lesão ao princípio da proporcionalidade) e a falta de cuidado por parte do legislador na fixação de limites do direito fundamental à individualização da pena (caráter arbitrário da norma). Fica evidente, assim, que a fórmula abstrata consagrada pelo legislador, que veda a progressão aos crimes hediondos, não se compatibiliza também com o princípio da proporcionalidade, na acepção da *necessidade* (existência de outro meio eficaz menos lesivo aos direitos fundamentais). Verificada a desnecessidade da medida, resta evidenciada a lesão ao princípio da proporcionalidade”. STF - Habeas Corpus nº 82.959-7 – Voto Ministro Gilmar Mendes – DJU 01.09.2006. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em 05 nov. 2011.

fechado. Como é possível tal discrepância? Ou será que o legislador ordinário pretendeu afirmar que os crimes previstos na lei nº 8.072/90 são mais graves do que o crime de tortura?

Por conseguinte, estão postos e demonstrados os argumentos e motivos necessários para que se declare a inconstitucionalidade do disposto no § 1º do artigo 2º da Lei nº 8.072/90. São eles, resumidamente: 1º) a desnecessidade do regime integralmente fechado que ofende o princípio da proporcionalidade e da necessidade; 2º) o tratamento uniforme concedido, pela Constituição Federal, no artigo 5º, aos crimes hediondos e ao crime de tortura o que enseja igualdade de tratamento; 3º) A ofensa ao Princípio Constitucional da Individualização da Pena; 4º) A ofensa aos Princípios Constitucionais da Isonomia e da Dignidade da Pessoa Humana; 5º) O descompasso existente entre o regime integralmente fechado e o sistema, eleito pelo Código Penal e pela Lei de Execução Penal, progressivo para o cumprimento das penas.

Assim, no dia 23 de fevereiro de 2006, em sessão plenária, o Supremo Tribunal Federal, sob a presidência do ministro Nelson Jobim, por maioria, deferiu o pedido de Habeas Corpus e declarou, *incidenter tantum*, a inconstitucionalidade do § 1º do artigo 2º da Lei nº 8.072/90, de 25 de julho de 1990, nos termos do voto do relator. Vencidos os Ministros Carlos Velloso, Joaquim Barbosa, Ellen Gracie, Celso de Mello e Nelson Jobim⁵³³. Nas palavras de Vera Karam de Chueiri:

⁵³³ Votos vencidos: Ministro Nelson Jobim: ao Supremo compete só julgar e que no caso em comento estaria agindo como legislador: “tenho muita desconfiança quando, nas fundamentações de alguns juristas, se faz referência ao que o legislador quis fazer ou deixou de fazer, inventando premissas que absolutamente não existem”. O Ministro Carlos Velloso utilizou o argumento de que a impossibilidade de progressão de regime nos crimes hediondos não ofende o princípio da individualização da pena, pois, o juiz de direito já realiza a individualização da pena no momento em que a aplica em conformidade com o artigo 59 do Código Penal. A Ministra Ellen Gracie afirmou reconhecer que o princípio da individualização da pena está presente no texto constitucional, porém, entende que não há violação deste com a adoção de uma única norma, que por razões de política criminal, restringe a possibilidade de progressão de regime nos crimes hediondos. Voto que, também, restou vencido foi o do Ministro Celso de Mello que utilizou como fundamento o fato de que a própria Constituição Federal autorizou o Poder Legislativo a estabelecer tratamento diferenciado e, no seu entendimento, mais rigoroso, aos crimes hediondos. Para o ministro esta proibição está longe de ofender o princípio da individualização da pena, muito pelo contrário, o objetivo é conceder-lhe concreção e efetividade, pois, está em conformidade com o art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal. [...] Ou seja, no entender do Ministro, inclusive, o regime integralmente fechado harmoniza-se com o princípio constitucional da individualização da pena. STF -

Se um juiz aceita a justiça como integridade, deve verificar qual decisão a prejudica menos. Isso não quer dizer que os juízes devam se vincular aos precedentes, mas devem decidir de maneira que todos sejam julgados pelos mesmos parâmetros de justiça. A decisão deverá ser a que melhor se adapte ao sistema de princípios constitucionais integralizados pela comunidade. Isso se torna mais claro quando o juiz decide com base em precedentes. O direito como integridade de Dworkin não exige uma estrita observação dos precedentes. Dworkin analisa qual a força gravitacional de um precedente. Ele chega a conclusão que essa força gravitacional – de fazer com que os outros casos semelhantes ao precedente sejam resolvidos da mesma maneira – só existirá se o argumento do precedente for um argumento de princípio, e não quando for um argumento de política. Assim, se Hércules concluir que existe a força gravitacional do precedente, ele não deverá decidir de maneira diversa.⁵³⁴

Desta forma, o que se verifica é que a superação do precedente, na verdade, vem justamente ao encontro do princípio da dignidade da pessoa humana, bem como, dos demais princípios, tais como, a individualização da pena, a proporcionalidade, a legalidade e a humanidade. Todos esses princípios permitem ao condenado o cumprimento da sua pena em conformidade com os pressupostos que se encontram delineado nos direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição Federal. A busca pelo ideal da ressocialização somente será possível a partir do momento em que se compreende que o cumprimento da pena privativa de liberdade, também, deverá ser fundado na dignidade da pessoa humana.

Essa decisão também precisou explicitar a posição do tribunal sobre os efeitos que dela decorreriam e quais fatos seriam por ela alcançados. Assim, a declaração de inconstitucionalidade do regime integralmente fechado previsto na lei dos crimes hediondos (lei nº. 8.072/90) concedeu eficácia *erga omnes* e efeito *ex nunc*. Ou seja, por decisão unânime, o Tribunal explicitou que a declaração incidental de inconstitucionalidade do preceito legal em questão não gerará consequências jurídicas em relação às penas já cumpridas e extintas até a data do julgamento⁵³⁵. Porém, os réus que já estão cumprindo

Habeas Corpus nº 82.959-7 - DJU 01.09.2006. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em 05 nov. 2011.

⁵³⁴ CHUEIRI, Vera Karam de; SAMPAIO, Joanna Maria de Araújo. Como levar o Supremo Tribunal Federal a sério: sobre a Suspensão de Tutela Antecipada n. 91. **Revista Direito GV**, p. 057/058.

⁵³⁵ “É inegável que a opção desenvolvida pelo STF inspira-se diretamente no uso que a Corte Constitucional alemã faz do “apelo ao legislador”, especialmente nas situações imperfeitas ou

pena pela prática de um crime hediondo precisam ingressar com medida judicial a fim de garantir-se o direito à progressão de regime.

A decisão envolvida nessa sessão diz respeito, somente, a declaração de inconstitucionalidade do referido dispositivo, porém, é o juiz de primeiro grau quem deverá realizar a apreciação, caso a caso, verificando se há ou não o preenchimento dos requisitos para a progressão de regime, inclusive, no caso em comento. A concessão de eficácia *erga omnes* pelo Supremo permitiu que os efeitos dessa decisão atingissem outros processos, ainda que em fase recursal ou executória, não estando assim limitada ao referido processo examinado no Habeas Corpus.

O Supremo Tribunal Federal atribuiu à decisão efeito *ex nunc*, ou seja, tal decisão não pode retroagir para atingir os processos daqueles réus que já cumpriram integralmente as suas penas impedindo-se, assim, possíveis ações reparatórias de danos ajuizadas por aqueles que cumpriram a integralidade das suas penas em regime fechado. Ou seja, aos processos cujos réus já tiverem cumprido a totalidade das suas penas essa decisão não será aplicada. No entender do Ministro Gilmar Mendes,

Considerando que, reiteradamente, o Tribunal reconheceu a constitucionalidade da vedação de progressão de regime nos crimes hediondos, bem como todas as possíveis repercussões que a declaração de inconstitucionalidade haveria de ter no campo civil, processual e penal, reconheço que, ante a nova orientação que se desenha, a decisão somente poderia ser tomada com eficácia *ex nunc*. Com essas considerações, também eu, Senhor Presidente, declaro a inconstitucionalidade do artigo 2º, § 1º, da Lei nº 8.072, de 1990. Faço isso, com efeito *ex nunc*, nos termos do artigo 27 da Lei nº 9.868, de 1999, que entendo aplicável à espécie. Ressalto que esse efeito *ex nunc* deve ser entendido como aplicável às condenações que envolvam situações ainda suscetíveis de serem submetidas ao regime de progressão⁵³⁶.

Dessa forma, o Supremo Tribunal Federal declarou, expressamente, a inconstitucionalidade do regime integralmente fechado

no “processo de inconstitucionalização”. Nessas hipóteses, avalia-se, igualmente, que, tendo em vista razões de segurança jurídica, a supressão da norma poderá ser mais danosa para o sistema do que a sua preservação temporária”. STF - Habeas Corpus nº 82.959-7 – Voto Ministro Gilmar Mendes – DJU 01.09.2006. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em 05 nov. 2011.

⁵³⁶ STF - Habeas Corpus nº 82.959-7 – Voto Ministro Gilmar Mendes – DJU 01.09.2006. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em 05 nov. 2011.

previsto na Lei nº. 8.072/90 § 1º artigo 2º reconhecendo, assim, o que a doutrina há muito anunciava: a inconsistência existente entre esse dispositivo e o restante da legislação, inclusive, com a Constituição Federal.

Em que pese a mudança de posicionamento abrupto do Supremo que chegou a sumular entendimento em sentido contrário há que se ressaltar que o reconhecimento da inconstitucionalidade do regime integralmente fechado é medida que se impunha há muitos anos e que aproxima o processo decisório do Supremo do sistema desenvolvido por Dworkin, ou seja, da integridade, pois, apesar da superação dos precedentes a decisão foi fundada em princípios que representou a melhor escolha, pois, buscou ferir minimamente as decisões que não foram utilizadas e o máximo de coerência com o sistema como um todo.

Porém, ainda, é necessário que o Supremo Tribunal Federal decida fundado nos precedentes e que esses sejam permeados pelos princípios implícitos ou explícitos, de aplicação direta ou indireta, isso pouco importa. O Supremo precisa verificar em seus próprios julgados as razões que o levam a decidir de uma determinada maneira. É certo que não se está propondo a estagnação ou o engessamento das decisões. É verdade, ainda, que a sociedade é mutante e dela origina-se o direito, assim, novos princípios surgirão sempre e nada impede que sejam aplicados aos casos novos que se apresentarem.

Seria muita ingenuidade imaginar-se que os precedentes teriam todas as respostas para todos os casos difíceis. Assim, nada impede que tais princípios possam ser aplicados, porém, esses precisam estar vinculados às decisões anteriores do tribunal porque o direito enquanto integridade exige que as novas decisões guardem entre si a noção de segurança jurídica, de estabilidade e de equidade.

Sempre que o modelo da integridade não é seguido, em especial pela Corte Constitucional, instaura-se a insegurança jurídica, pois, cada um dos Ministros passa a decidir de acordo com as suas próprias razões não havendo, assim, um posicionamento do tribunal que precisa reunir-se e

decidir como um todo e não individualmente, pois a integridade não ocorre quando se decide motivando-se com os argumentos que se encontram no último precedente e sim com o conjunto de princípios que fundamentam o Estado Democrático de Direito brasileiro e que se constituem nos direitos e garantias fundamentais da comunidade política.

O que se pretende desenvolver é a idéia de que o Supremo Tribunal Federal possa decidir com fundamento nos princípios históricos que já lastrearam decisões anteriores. Com isso não se estará prevendo como o Tribunal vai decidir e nem se saberá, antecipadamente, a sua decisão, pois, a integridade exige que os mesmos princípios sejam utilizados nas decisões subsequentes o que não quer dizer o mesmo que decidir sempre igual. Aliás decidir sempre igual está longe de significar o respeito à integridade.

Assim, a decisão do Supremo Tribunal Federal de declarar a inconstitucionalidade do regime integralmente fechado resultou na revogação do citado § 2º do artigo 1º da Lei nº 8.072/90 pela Lei nº 11.464 que passou a vigorar no dia 29 de março de 2007⁵³⁷. Deve-se ressaltar, porém, que desde a declaração da inconstitucionalidade do regime integralmente fechado este deixou de ser aplicado produzindo, de imediato, os seus efeitos.

Essa lei alterou as normas referentes à progressão de regime nos crimes hediondos para confirmar que aqueles condenados por estes crimes devem iniciar o cumprimento de suas penas no regime fechado o que significa a possibilidade de progressão de regime. Não há mais a menção ao regime integralmente fechado e sim á palavra “iniciar”: “§ 1º A pena por crime previsto neste artigo será cumprida inicialmente em regime fechado”.

Ainda, estabeleceu novos tempos mínimos para que a progressão de regime ocorra: dois quintos em se tratando de réu primário e três quintos quando o réu for reincidente. “§ 2º A progressão de regime (grifo meu), no caso dos condenados aos crimes previstos neste artigo, dar-se-á

⁵³⁷ Disponível em <www.planalto.gov.br>. Acesso em 27 de fevereiro de 2012.

após o cumprimento de 2/5 (dois quintos) da pena, se o apenado for primário, e de 3/5 (três quintos), se reincidente”.

Ressalta-se que essas alterações só são aplicáveis aos réus que tenham praticado o crime após o dia 29 de março de 2007. Como se trata de dispositivo de natureza penal, em que se considera tempo do crime o momento da ação ou da omissão pouco importando o momento do resultado. O Código Penal no artigo 4º adotou a Teoria da Atividade em que lei posterior só pode retroagir em benefício do agente.

Assim, pode-se concluir que se está diante de um caso de *lex tertia*, ou seja, de combinação de leis, pois, parte da lei anterior e da lei posterior são mais benéficas. O artigo 112 da Lei nº 7.210/80 (lei de execução penal) prevê como tempo mínimo para a progressão de regime o cumprimento de 1/6, um sexto, da pena no regime anterior. E a nova redação dada pela lei nº 11.464/2007 trouxe a obrigatoriedade de aplicação aos crimes hediondos do regime inicialmente fechado em lugar da antiga que previa o regime integralmente fechado.

É através deste novo modelo, desenvolvido a partir do direito como integridade, que se poderá pensar na busca por coerência e racionalidade no sistema jurídico. Dworkin afirma que a construção de um romance em cadeia perpassa pela noção de que o poder Judiciário possui as características necessárias para realizar a leitura moral dos direitos e garantias fundamentais e não os legisladores que convivem constantemente com as pressões políticas. Porém, esses direitos nem sempre serão encontrados na Constituição escrita e, em muitos casos, especialmente, nos difíceis, será necessária a análise dos precedentes judiciais. E esta análise não deve limitar-se aos precedentes anteriores e sim buscar a decisão que venha a ferir com menor intensidade aquelas que não foram utilizadas.

Enfim, o sistema de racionalidade desenvolvido por Dworkin demonstra que a noção de segurança jurídica perpassa pelas decisões do poder Judiciário que não podem distanciar-se dos precedentes e, tampouco,

dos argumentos que envolvem princípios. Ao poder judiciário brasileiro e, em especial, ao Supremo Tribunal Federal, está lançado este desafio de encontrar um parâmetro que confira coerência às suas decisões e, principalmente, que garanta, efetivamente, o respeito aos direitos fundamentais.

Considerações finais

Com o presente trabalho buscou-se estabelecer que a teoria da interpretação desenvolvida por Ronald Dworkin pode contribuir para a busca da coerência, da racionalidade e da segurança no sistema jurídico brasileiro. Em que pese tal teoria estar relacionada ao sistema do *commow law* verificou-se que não há impedimento para a sua utilização nos países que adotam o sistema do *civil law*, pois, trata-se de um método de interpretação do direito que pode ser utilizado, inclusive, na solução dos casos difíceis.

A racionalidade do sistema, segundo Dworkin, é atingida quando os julgadores passam a fundar as suas decisões em argumentos que envolvam princípios e não em argumentos de política. Desta forma, encontra-se o desencadeamento do romance que passa a ser escrito por cada um, porém, desde que inserido na totalidade da história. Ou seja, é necessário que se olhe para o passado para que se possa escrever o futuro.

Neste instante os precedentes assumem um papel de grande relevância na teoria desenvolvida por Dworkin, pois é a partir da análise destes que se chegará à coerência do sistema. Dworkin pressupõe a obediência aos precedentes no sentido de que os motivos determinantes, localizados após análise, devem permear todas as decisões subsequentes, seja para mantê-las ou supera-las. Para Dworkin a coerência do sistema não está na tomada das mesmas decisões, mas, na manutenção dos motivos determinantes.

Há necessidade de que os ministros do Supremo Tribunal Federal busquem a coerência, a racionalidade e a segurança jurídica em suas decisões. E para que isto ocorra é fundamental a compreensão de que cada um está escrevendo um capítulo de um romance que já possui uma decisão, um fundamento ou um princípio antecedente.

O fato de que o Brasil conviveu por, aproximadamente, dezesseis anos com uma legislação que, em seu bojo, proibia que os

condenados por crimes hediondos buscassem a progressão de regime e, também, com o posicionamento do Supremo Tribunal Federal no sentido de que este regime era constitucional, demonstra claramente a ausência de coerência com o sistema jurídico brasileiro eis que o dispositivo contido na referida lei era contrário aos princípios contidos na Constituição Federal brasileira de 1988 e na legislação penal, em especial, a dignidade da pessoa humana.

Porém, muito mais do que o reconhecimento da inconstitucionalidade do regime integralmente fechado nos crimes hediondos, a decisão dos ministros representa a possibilidade de superação dos precedentes anteriores que eram contrários à progressão de regime nos crimes hediondos. O modelo desenvolvido por Dworkin busca a segurança jurídica através da racionalidade e coerência nas decisões judiciais permitindo-se, inclusive, que haja a superação dos precedentes desde que se mantenha a integridade do sistema. E a integridade estará garantida quando os motivos determinantes sustentarem as decisões posteriores, ainda, que isso signifique superação das decisões anteriores.

Desta forma, escrever um romance em cadeia não significa a mesma coisa que a imutabilidade das decisões. Dworkin não está propondo um sistema em que não haja possibilidade de superação de decisões. O que se pretende é que ao encontrar-se a *ratio decidendi* esta seja a linha argumentativa das decisões posteriores.

São os motivos determinantes dos precedentes anteriores que devem permear as decisões posteriores ainda que precisem ser superados, pois, o precedente servirá de parâmetro para as decisões futuras e aí reside a complexidade do sistema, pois se está diante de um processo decisório que, inclusive, envolve a tomada de decisões de natureza política pelo Supremo Tribunal Federal que deverá realizar a leitura moral dos direitos e garantias fundamentais. Respeitar os precedentes significa dialogar com as decisões anteriores, pois, os ministros são convocados a tomar uma decisão e é este

novo entendimento que servirá de parâmetro para as decisões futuras. Porém, em algumas situações percebe-se que a única preocupação é a fixação de um novo entendimento sem que haja a necessidade de diálogo com os precedentes.

Quando o Supremo Tribunal Federal passou a ser questionado acerca da impossibilidade de progressão de regime nos crimes hediondos entendeu, inicialmente, que tal dispositivo era constitucional motivando as suas decisões, em especial, na noção de que não havia inconstitucionalidade, pois, a individualização da pena estava garantida já que o juiz de direito, ao sentenciar, em conformidade com o artigo 59 do Código Penal, obedecia ao princípio constitucional da individualização da pena.

Porém, verifica-se que o Supremo Tribunal Federal ao reconhecer que impossibilitar um condenado, por um crime hediondo, de progredir de regime, é inconstitucional, superou os seus próprios precedentes que eram todos favoráveis a manutenção do dispositivo legal. Em que pese, ainda, haver inobservância no que diz respeito à motivação refletir o posicionamento do tribunal e não de cada um dos ministros deve-se reconhecer que houve a busca pela coerência. A racionalidade apresenta-se no momento em que se localizam os argumentos de princípios que já foram utilizados ainda que, outrora, para a justificação da impossibilidade de autorização da progressão de regime nos crimes hediondos.

Com a teoria da interpretação desenvolvida por Dworkin é possível à visualização de um sistema capaz de interagir de tal maneira que não perca a sua essência. E esta busca pela coerência e pela segurança jurídica que para Dworkin significa a certeza de que os direitos fundamentais serão interpretados buscando-se argumentos de princípio com a garantia de os precedentes impedirão a utilização da discricionariedade como forma de justificarem-se decisões incoerentes com o sistema. Dworkin conseguiu sistematizar um ideal de racionalidade com a qual os mecanismos que sustentam a democracia brasileira podem sustentarem-se. É necessária a

compreensão de que a adoção da metodologia exposta por Dworkin representa o fortalecimento dos ideais democráticos e a consolidação do poder Judiciário enquanto órgão garantidor dos direitos e garantias fundamentais.

Referências Bibliográficas

BACIGALUPO, Enrique. **Princípios de Derecho penal: parte general**, Madrid: Akal Ediciones, 1994.

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

BATISTA, Nilo. **Outro argumento sobre crimes hediondos** in Escritos em homenagem a Alberto Silva Franco. SP: RT, 2003, pp. 344-348.

BATISTA, Nilo. **Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro**. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

BATISTA, Nilo. **Temas de direito penal**. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1984.

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Jurisdição constitucional: entre constitucionalismo e democracia**. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Stare Decisis, Integridade e Segurança Jurídica: reflexões críticas a partir da aproximação dos sistemas do Comow Law e do Civil Law na sociedade contemporânea**. Curitiba: PUCPR, 2011. Disponível em <http://www.biblioteca.pucpr.br/tede/tde_arquivos/1/TDE-2011-06-20T092503Z-1547/Publico/Estefania.pdf>. Acesso em 17 de setembro de 2011.

BARROSO, Luis Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas – limites e possibilidades da Constituição brasileira**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

BECCARIA, Cesar. **Dos Delitos e das Penas**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

BIANCHINI, Alice. MOLINA, Antônio Garcia Pablos e GOMES, Luiz Flávio. **Direito penal: introdução e princípios fundamentais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: parte geral**. 16ª edição revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Saraiva, 2011.

BRASIL. **Código Penal, Processo Penal e Constituição Federal**. 7ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BRUNO, Aníbal. **Direito Penal – Parte geral**. Rio de Janeiro: Forense, 1978. t. I e II.

BRUNO, Aníbal. **Das penas**. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1976.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 23ª edição atualizada e ampliada. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

CADEMARTORI, Sérgio. **Estado de Direito e legitimidade: uma abordagem garantista**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra, Portugal: Livraria Almedina, 2003.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes irresponsáveis?** Tradução e revisão de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Fabris, 1989.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Fabris, 1993.

CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. Tradução de Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Fabris, 1984.

CARDOSO, Eva Lusci Costa Cardoso; MACHADO, Ana Mara França; VOJVODIC, Adriana de Moraes. Escrevendo um romance, primeiro capítulo: precedentes e processo decisório do STF. **Revista Direito GV**, São Paulo, 5(1), jan./jun.2009.

CARVALHO, Márcia Dometila Lima de. **Fundamentação Constitucional do Direito Penal**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1992.

CARVALHO, Salo de. **Pena e Garantias**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2008.

CASTILHO, Ela Wiecko V de. **Controle da legalidade na execução penal (reflexões em torno da jurisdicionalização)**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988.

CERNICCHIARO, Luiz Vicente. JR, Paulo José da. **Direito Penal na Constituição**. 3. ed. rev. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995.

CHUEIRI, Vera Karam de; SAMPAIO, Joanna Maria de Araújo. Como levar o Supremo Tribunal Federal a sério: sobre a Suspensão de Tutela Antecipada n. 91. **Revista Direito GV**, São Paulo, 5(1), jan./jun.2009.

CHUEIRI, Vera Karam de. **Filosofia do Direito e modernidade: Dworkin e a possibilidade de um discurso instituinte de direitos**. Curitiba: J.M., 1995.

CLÉVE, Clémerson Merlin. **A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

COELHO, Luís Fernando. **Lógica jurídica e interpretação das leis**. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 2007.

COSTA JR., Paulo José da Costa e COSTA, Fernando José da. **Curso de Direito Penal**. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

DELMANTO, Celso. **Código Penal Comentado**. São Paulo: Saraiva, 2010.

DOTTI, René Ariel. **Bases alternativas para o sistema de penas**. 2. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998.

DOTTI, René Ariel. **Reforma Penal Brasileira**. Rio de Janeiro: Forense, 1988.

DWORKIN, Ronald. **A Justiça de Toga**. São Paulo: Martins Fontes, 2010

DWORKIN, Ronald. **A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade**. São Paulo: Martins Fontes, 2005

DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DWORKIN, Ronald. **Uma Questão de Princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal: parte geral**. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

FELIPETO, Rogério. **Nova Feição do Direito Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 792, p. 518-531, outubro de 2001.

FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y Razon: teoria del garantismo penal**. Madrid: Trotta, 2009.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos humanos fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 2006.

FERREIRA, Pinto. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1995.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal**. A Nova Parte Geral. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

FRANCO, Alberto Silva. **Crimes hediondos**. SP: RT, 2000.

IKAWA, Daniela R. Hart, Dworkin e discricionariedade. **Lua Nova**, n. 61, 2004. Disponível em <<http://www.scielo.br/pdf/ln/n61/a06n61.pdf>>. Acesso em 17 de fevereiro de 2012.

LIMA JÚNIOR, Jayme Benvenuto. **Os direitos humanos econômicos, sociais e culturais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

LIMA, Roberto Gomes. **Teoria e Prática da Execução Penal: doutrina, formulários, jurisprudência, legislação**. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

LUISI, Luiz. **Os princípios constitucionais penais**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1991.

LUISI, Luiz. **Filosofia do Direito: ensaios**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1993.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. São Paulo: RT, 2010.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade**. São Paulo: Saraiva, 2012.

MIRABETE, Júlio Fabrini. **Execução Penal: comentários à lei nº. 7.210 de 11.07.84**. São Paulo: Atlas, 1992.

MIR PUIG, Santiago. **Introducción a las bases del derecho penal: concepto y método**. Barcelona: BOSCH, Casa Editorial, 1976.

MONTEIRO, Antonio Lopes. **Crimes hediondos: texto, comentários e aspectos polêmicos**. São Paulo: Saraiva, 2002.

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**. São Paulo: Atlas, 2004.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2011.

MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência**. São Paulo: Atlas, 2007.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2004.

MUÑOZ CONDE, Francisco. **Teoria Geral do Delito**. Tradução e notas de Juarez Tavares e Luiz Régis Prado. Porto Alegre: Fabris, 1988.

NERY JUNIOR, Nelson. **Constituição Federal Comentada e legislação constitucional**. São Paulo: editora Revista dos Tribunais, 2009.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código penal comentado**. – 9. ed. rev., atual. e ampl. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Individualização da Pena**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis penais e processuais penais comentadas**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal: parte geral**. 7. ed. rev, atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e direito constitucional internacional**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e justiça internacional: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano**. São Paulo: Saraiva, 2006.

PRADO, Luiz Régis. **Bem jurídico-penal e Constituição**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

PRADO, Luiz Régis. **Curso de direito penal brasileiro, parte geral: arts. 1º a 120**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

QUEIROZ, Paulo. A justificação do direito de punir na obra de Luigi Ferrajoli: algumas observações críticas. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, ano 7, n. 21, São Paulo, RT

QUEIROZ, Paulo. **Funções do direito penal: legitimação versus deslegitimação do sistema penal** – 3. ed. rev. e atual. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

REALE JÚNIOR, Miguel. **Instituições de Direito Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. São Paulo: Saraiva, 2002.

ROSSEAU, Jean Jacques. **O Contrato Social**. São Paulo, Martin Claret, 2000.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal: parte geral**. Curitiba: ICPC: Lúmen Juris, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10. ed. rev. atual. ampl.. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

SCHIER, Paulo Ricardo. **Filtragem Constitucional: construindo uma nova dogmática jurídica**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1999.

SCHMIDT, Andre Zenkner. **O direito de punir: revisão crítica**. *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre: v.2, fascículo 9, 2003.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 7ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 34ª edição revista e atualizada. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

SOUZA, Simone Rita Zibetti de. O papel e a função da hermenêutica principiológica. *Revista Direitos Fundamentais e Democracia*. Curitiba, vol. 4, 2008. Disponível em <<http://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br>>. Acesso em 27 de janeiro de 2012.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios Básicos do Direito Penal**. São Paulo: Saraiva. 15ª tiragem, 2010.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl, BATISTA, Nilo, ALAGIA, Alejandro, SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal brasileiro: primeiro volume**. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal**. Tradução Vania Romano Pedrosa e Amir Lopez da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1991.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. **El enemigo en el derecho penal**. Buenos Aires: Ediar, 2009.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl e PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.