

Separação dos poderes e individualização da pena: a inconstitucionalidade do § 1º do artigo 2º da Lei 8.072/90, alterado pela Lei 11.464/07

Separation of powers and individualization of the penalty : the unconstitutionality of paragraph 1 of article 2 of Law 8.072/90, altered by Law 11.464/07

Gustavo Justus do Amarante¹

Resumo

Aponta a inconstitucionalidade do § 1º do artigo 2º da Lei 8.072/90, examinando, inicialmente, a separação dos poderes na República Federativa do Brasil e passando, a seguir, ao exame da garantia fundamental de um condenado à pena privativa da liberdade de ter correta e proporcionalmente individualizada sua pena, sendo na seqüência correlacionados os três níveis de individualização da pena aos correspondentes poderes do Estado, e trazendo, por último, o papel preponderante do Poder Judiciário como garantidor da observância a esse direito em razão das possibilidades de sua interferência junto aos demais poderes.

Palavras Chave: Lei; Crimes hediondos; Inconstitucionalidade; Individualização da pena.

Abstract

It points out the unconstitutionality of Paragraph 1 of Article 2 of Law 8.072/90, examining, initially, the separation of powers in the Federative Republic of Brazil and then reviewing the fundamental guarantee of a person sentenced to deprivation of freedom to have his penalty to be proportionally correct and individualized. In sequence, the paper correlates the three levels of individualization of the penalty to the corresponding powers of the state, providing, finally, the role of the judiciary as guarantor of compliance with that right.

Keywords: Law; Heinous crimes; Unconstitutionality; Penalty individualization.

Introdução

A Lei dos Crimes Hediondos (Lei nº 8.072/90) introduziu em nosso sistema jurídico, através do seu artigo 2º, § 1º, a obrigatoriedade do cumprimento da pena privativa da liberdade em *regime integralmente fechado* para os condenados pela prática dos crimes

¹ Pós graduado em direito pela Universidade Estadual de Londrina – Direito do Estado, ênfase em Direito Constitucional, advogado em Londrina/PR.

nela previstos, vedando dessa forma a possibilidade de progressão do regime prisional para o semi-aberto ou mesmo para o aberto.

Alvo de muitas críticas em razão da flagrante violação de diversas garantias e direitos fundamentais instituídos pela Constituição da República de 1988, entre os quais a proibição de penas cruéis (humanização da pena), a individualização das penas, bem como a própria dignidade da pessoa humana, o referido dispositivo legal foi objeto de controle difuso de constitucionalidade pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, no célebre julgamento do *Habeas Corpus* nº 82.959-7, que o declarou inconstitucional.

Embora tenha sido o texto legal objeto de controle difuso de constitucionalidade, e não do controle concentrado, o precedente do Supremo Tribunal Federal se espalhou e influenciou praticamente todos os julgamentos posteriores sobre a matéria, inclusive no Superior Tribunal de Justiça², até mesmo em razão da inquietude gerada pela vedação à progressão então existente.

Buscando se amoldar ao entendimento adotado a partir do referido julgamento, o legislador promoveu, através da Lei 11.464, de 28 de março de 2007, alteração no referido dispositivo, possibilitando a progressão do regime desde que obviamente preenchidos os requisitos previstos na lei penal.

Entretanto, embora tenha sanado a inconstitucionalidade apontada pelo Supremo Tribunal Federal no referido julgamento, tal alteração trouxe nova afronta à garantia fundamental da individualização da pena, já que prevê a obrigatoriedade do início do cumprimento da pena em regime integralmente fechado, rechaçando assim qualquer hipótese de o condenado iniciar o cumprimento da sua pena em outro regime mais brando, ainda que satisfeitos os requisitos para tanto.

O presente trabalho visa ao final *apontar tal inconstitucionalidade*, examinando, inicialmente, a separação dos poderes ou funções na República Federativa do Brasil, consoante o exame de literatura sobre o tema, e passando, a seguir, ao exame da *garantia fundamental* de um condenado à pena privativa da liberdade *de ter correta e proporcionalmente individualizada sua pena*, consoante legislação vigente, literatura e inclusive tratado internacional firmado pelo Brasil – o Pacto de San José de Costa Rica.

² Entre outros, cito os julgamentos do Recurso Especial nº 427.879/RS, onde foi relator o Min. Sepúlveda Pertence, em 13.06.06; Recurso Especial nº 808/641/RS, onde foi relator o Min. Felix Fischer, em 25.04.06; Habeas Corpus nº 54.518/SP, onde foi relator o Min. Hamilton Carvalhido, em 16.05.06;

Na seqüência, serão correlacionados os três níveis de individualização da pena aos correspondentes poderes do Estado, tais quais concebidos por Montesquieu, e, por último, o papel preponderante do Poder Judiciário como garantidor da observância a esse direito em razão das possibilidades de sua interferência junto aos demais poderes, sempre se respeitando a separação dos mesmos e os mecanismos de *checks and balances*.

O Estado constitucional de direito e a separação dos poderes

Em que pese ser praticamente unânime o entendimento de que o Poder Estatal é uno e que, na verdade, os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário seriam na verdade funções (BONAVIDES, 2007, p. 41; MIRANDA, 2003, p. 230) a serem desempenhadas por distintos órgãos estatais para consecução do objetivo final do Estado – atingir o bem comum-, adotarei no presente trabalho a referência aos *Poderes* do Estado.

Desde a Antiguidade existe a preocupação em delimitar o exercício do poder. Platão, no seu *Diálogo das Leis*, já alerta sobre a inconveniência de se criar uma autoridade demasiado poderosa, sem quaisquer freios ou mecanismos de controle (MALUF, 2003, p. 209). Aristóteles, na sua obra *Política*, escrita por volta de 320 AC, afirma que o exercente do poder dentro de determinada sociedade se manifesta através de três funções: criação da norma geral; aplicação da norma geral ao caso concreto; e resolução dos conflitos de interesse decorrentes da aplicação da norma geral ao caso concreto. Como visto, já há o *esboço* da tripartição do poder estatal em Poder Executivo, Poder Legislativo, e Poder Judiciário.

John Locke, no final do século XVII, na obra intitulada *Segundo tratado do governo civil*, reafirma as idéias de Aristóteles, reconhecendo a existência dessas três funções distintas.

Em 1748, Charles de Montesquieu publica *O espírito das leis*, obra na qual, aprofundando estudo sobre a Constituição inglesa, concorda em parte com as idéias de Aristóteles e John Locke. O filósofo francês entende que o exercente do poder dentro da sociedade jamais poderia desempenhar todas as três funções de modo unitário. Deve haver divisão de órgãos distintos, cada um exercendo autonomamente e com exclusividade uma das funções do Estado. Surge então a teoria da Tripartição dos Poderes, que passa, a partir

da Independência e Constituição federal norte-americana de 1787, e da Revolução Francesa, em 1789, e a ser positivada nas constituições posteriores (MORAES, 2006, p. 55).

Tal teoria passa a ser fundamental para a concretização do Estado Constitucional da Separação de Poderes (o Estado Liberal de Direito, surgido no final do século XVIII), e posteriormente do Estado Social de Direito (o *Welfare State*, inaugurado pela Constituição do México de 1917 e pela Constituição de Weimar, de 1919, as primeiras a trazer positivados os direitos sociais) (LOZER, 2005, p. 13).

A Constituição norte-americana, a primeira constituição *federal* a ser influenciada pela teoria aperfeiçoada por Montesquieu³, traz nos seus Artigos 1º, 2º e 3º, cada qual dividido em várias seções, a divisão do poder, o “esquema de trabalho do Governo Nacional”, nas palavras de Corwin, representado pelas três funções de governo: a legislativa; a executiva; e a judicial, tudo “a fim de impedir a concentração indébita de poderes” (CORWIN, 1986, p. 11).

A própria Declaração dos Direitos do Homem, de 1789, produto do gênio humano iluminista do século XVIII em busca da liberdade frente ao poder então absoluto do Monarca, proclamada pela Assembléia Nacional em 1791, vinculava expressamente a existência de uma Constituição à existência da separação dos poderes, quando afirmava no seu artigo 16 que “toda sociedade, em que não se assegura a garantia dos direitos nem se determina a separação de Poderes, não tem Constituição”.

No Brasil, *todas as Constituições*, desde a Constituição outorgada do Império⁴ até a Constituição de 1988, trouxeram em seu texto previsão da divisão do poder estatal, adotando a teoria de Montesquieu.

Cabe ligeiro destaque à Constituição de 1824 que trazia na verdade uma *divisão quadripartite do poder*, prevendo a existência de um quarto poder, o Poder Moderador⁵, descrito por seu idealizador, o pensador francês Benjamin Constant, como “a chave de

³ Sahid Maluf informa que as constituições da Virgínia, em 1776, Massachussets, Maryland, e New Hampshire, estas últimas de 1787, precederam a Constituição Federal norte-americana na adoção da tripartição do poder (Ob, cit., p. 210);

⁴ A Constituição de 1824 estabelecia no artigo 9º que “a divisão e harmonia dos poderes políticos é o princípio conservador dos direitos dos cidadãos, e o mais seguro meio de fazer efetivas as garantias que a Constituição oferece”;

⁵ Dispõe o artigo 98 da Constituição de 1824: “O Poder Moderador é a chave de toda a organização Política, e é delegado privativamente ao Imperador, como Chefe Supremo da Nação, e seu Primeiro Representante, para que incessantemente vele sobre a manutenção da Independencia, equilibrio, e harmonia dos mais Poderes Politicos”;

cúpula de toda a organização política”. Constant utiliza o termo “chave de cúpula” no sentido de “pedra que equilibra todas as forças das outras pedras em uma abóbada, impedindo que ela desmorone” (ANDRADE, 2004, p. 101), o que dá a idéia da importância de tal poder dentro da sua teoria política.

O pensamento de Benjamin Constant foi um tanto moldado pela vontade do Imperador - foi na verdade o meio encontrado por D. Pedro I para que impusesse sua vontade como governante, para que pudesse exercer um governo unipessoal, próximo do absolutismo. Aliás, era parte do seu temperamento um reconhecido “hábito de mando” (FERREIRA, 1954, p. 47). A Constituição de 1824 incluía, no seu artigo 101, prerrogativas como as de, entre outras, suspender juízes, nomear senadores, nomear ministros, dissolver a Câmara dos Deputados, o que demonstra a possibilidade de total interferência do Imperador junto aos demais poderes, o que foi motivo de grande confrontação política na época.

A Constituição de 1988 traz a separação dos poderes como princípio fundamental da República Federativa do Brasil, instituída no Título I, artigo 2º: “são Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”. A disciplina específica de cada um dos poderes é encontrada no Título IV da Constituição, compreendendo os artigos 44 a 135. Além dos três poderes do Estado, o referido título trata das funções essenciais à Justiça: Ministério Público, Advocacia Pública, Advocacia e Defensoria Pública.

Os ideais iluministas que inspiraram os movimentos revolucionários do final do século XVIII objetivavam impor limitações ao poder absoluto do soberano nas nações continentais da Europa, que se considerava no poder em razão de uma suposta legitimidade divina, e desta se utilizava para a perpetração de abusos contra o indivíduo, sem quaisquer responsabilidades. A Inglaterra já havia passado por esse processo histórico, que acabou originando a *Magna Charta Libertatum* do Rei João Sem Terra, de 1215, bem como subseqüentes declarações de direitos fundamentais, tais como a *Petition of Rights*, de 1628, o *Habeas Corpus Act*, de 1679, o *Bill of Rights*, de 1689, e o *Act of Settlement*, de 1701, impostas pela nobreza, clero e pressão popular, todos revoltados com os abusos do monarca.

Como já dito, foi justamente nessas declarações primordiais de direitos humanos inglesas e nos estudos de John Locke que Montesquieu se inspirou para a feitura do seu *Espírito das leis*. A sua teoria da separação dos poderes é tida ainda hoje como um forte instrumento para defesa dos direitos e garantias individuais, bem como do próprio Estado Constitucional de Direito.

É que com a separação dos poderes surge a possibilidade da existência de mecanismos de controle de um poder sobre o outro – freios e contrapesos, ou *checks and balances* -, como o *impeachment*, o veto, o controle de constitucionalidade das leis e dos atos da administração pública, a escolha dos integrantes dos Tribunais Superiores e do próprio Supremo Tribunal Federal. Dessa forma, esses controles recíprocos possibilitam a defesa da ordem constitucional e das garantias e direitos fundamentais contra abusos estatais.

Da individualização da pena como garantia fundamental

Não foi somente na área política em que foram sentidos os ventos do Iluminismo no final do século XVIII. Como já exposto, nessa época surgiram nos Estados Unidos da América e na França as declarações de direitos e garantias fundamentais que mudariam profundamente a maneira do Estado se relacionar com os seus cidadãos, positivando para sempre os chamados direitos de primeira geração (ou dimensão, como querem muitos autores⁶), os chamados *direitos à liberdade*.

Ao Estado passam a ser impostos limites no trato com o cidadão. Passa a vigorar uma igualdade entre todos, ainda que meramente formal.

Pensadores como Cesare Bonessana - o Marquês de Beccaria -, John Howard, e Jeremy Bentham – os três conhecidos como os reformadores que influenciaram o chamado *período humanitário das penas* (BITTENCOURT, 2008, p. 37) - passaram a aplicar as idéias iluministas e humanitárias, que buscavam essencialmente a ampliação e

⁶ Segundo Willis Santiago Guerra Filho, falar em *dimensões* dos direitos fundamentais é mais apropriado, não só porque as gerações de direitos anteriores não desaparecem com o surgimento das mais novas, mas também porque “os direitos gestados em uma geração, quando aparecem em uma ordem jurídica que já traz direitos da geração sucessiva, assumem uma outra dimensão, pois os direitos da geração mais recente tornam-se um pressuposto para entendê-los de forma mais adequada – e conseqüentemente, também para melhor realizá-los” (*O processo como referencial teórico para o estudo dos Direitos Fundamentais*. In: vários autores, *Leituras complementares de direito constitucional: Direitos Humanos e Direitos Fundamentais*. 3ª ed. Salvador: Juspodivm, 2008, p. 113);

extensão do domínio da razão a todas as áreas do conhecimento humano, ao estudo do sistema punitivo então vigente, onde os castigos corporais e a pena capital eram abundantes e freqüentes.

Beccaria publicou em 1764 sua obra *Dos delitos e das penas*, criticando os excessos, barbáries e crueldades cometidos na aplicação da pena, então caracterizada pela imposição de terríveis suplícios aos condenados⁷. Já na introdução do livro, clama pela igualdade entre os membros da sociedade, denunciando a tendência do homem de continuamente “acumular na minoria os privilégios, o poder e a felicidade, para só deixar à maioria miséria e debilidade” (BECCARIA, 1994, p. 13), igualdade essa que deveria também se estender à aplicação da pena, com base no Contrato Social de Rousseau.

Howard e Bentham foram entusiasmados pesquisadores do sistema penitenciário. O primeiro empreendeu diversas viagens pela Europa, onde visitou prisões, fato que inclusive lhe causou a morte, já que contraiu enfermidades nesses ambientes onde não existiam condições de higiene. Sua contribuição foi sugerir melhorias no sistema carcerário que buscassem a humanização da pena, bem como um sistema de classificação elementar para os encarcerados, de grande valia até os dias de hoje. Bentham buscava um método de controle comportamental dos detentos, sendo criador do *Panótico*, sistema prisional de grande importância para a arquitetura penitenciária, onde os detentos eram mantidos em celas individuais dispostas de maneira que privilegiassem uma vigilância constante e invisível dos mesmos (BITTENCOURT, 2008, p. 42).

Esses ideais Iluministas trouxeram à aplicação da pena a necessidade de observância da *racionalidade e proporcionalidade*, desrespeitadas também no Brasil que até 1830, quando da promulgação do Código Criminal do Império, sujeitava-se às Ordenações Filipinas, com seu modelo repressivo sanguinário típico do período anterior ao Iluminismo (BATISTA, 2007, p. 99).

Beccaria, no seu *Dos delitos e das penas*, já questionava a ausência de proporcionalidade e racionalidade na imposição das penas, ausência que levaria à destruição dos sentimentos morais do homem. Dava como exemplo a aplicação da

⁷ É chocante a descrição trazida por Michel Foucault na parte introdutória do seu trabalho *Vigiar e punir*, sobre o desumano suplício imposto a um condenado, crueldade típica da aplicação da pena no século XVIII (FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir*. 34ª ed. Petrópolis: Vozes. 2007, p. 09);

mesma pena de morte tanto a quem mata um faisão como a quem mata um homem, ou falsifica um documento:

Se se estabelecer um mesmo castigo, a pena de morte por exemplo, para quem mata um faisão e para quem mata um homem ou falsifica um escrito importante, em breve não se fará mais nenhuma diferença entre esses delitos; destruir-se-ão no coração do homem os sentimentos morais (BECCARIA, 1994, p. 66).

A conclusão do seu trabalho é clara: a pena deve ser pública, pronta, necessária, a menor das penas aplicáveis nas circunstâncias dadas, proporcional ao delito e determinada pela lei (BECCARIA, 1994, p. 104).

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, proclamada pela Assembléia Nacional francesa em 1791, estabelecia no seu artigo XV que “as penas devem ser proporcionais ao delito e úteis à sociedade”. No mesmo sentido, a Emenda VIII à Constituição dos Estados Unidos da América bania do sistema penal daquele país as penas cruéis e desumanas.

A necessidade de “proporcionalização” das penas nada mais é do que a *individualização* das mesmas (BATISTA, 2007, p. 100), já que deve ser examinado, no momento da aplicação concreta da pena, cada caso, individualmente⁸.

Dessa forma, a necessidade de individualização das penas, ao lado da sua humanização, todos derivados do princípio da Dignidade da Pessoa Humana, passaram a ser incorporados às constituições dos Estados. Individualizar significa “tornar único, caracterizar, promover a distinção de coisas, pessoas ou situações dentro de um contexto fático, tornar algo efetivamente individual, particularizar algo ou alguém que antes possuía tratamento genérico” – trata-se e garantia fundamental, já que todo condenado possui o direito de obter pena justa, proporcional ao delito praticado, de acordo com sua condição pessoal individualizada, segundo a famosa definição de Franz Von Liszt (apud SCHMITT, 2008, p. 70): “a pena correta, a pena justa, é a pena necessária”.

⁸ Sobre a aplicabilidade da regra da proporcionalidade no direito penal, Humberto Ávila ensina: “Na Teoria Geral do Direito fala-se em proporção como elemento da própria concepção imemorial de Direito, que tem a função de atribuir a cada um a sua proporção. No direito penal faz -se referência à necessidade de proporção entre culpa e pena na fixação dos limites da pena” (ÁVILA, Humberto. Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 4ª ed. São Paulo: Malheiros. 2004, p. 112);

A individualização da pena observa ainda o princípio da isonomia, já que visa apurar diferenças existentes entre os indivíduos de forma a aplicar a pena de acordo com essas diferenças, seguindo a famosa máxima aristotélica de que “a igualdade consiste em tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais” (MELLO, 2005, p. 10).

No Brasil, a Constituição da República de 1988 trouxe tal princípio no seu artigo 5º, inciso XLVI, quando estatui: “a lei regulará a individualização da pena”. Reconheceu, portanto, a individualização da pena como garantia fundamental do indivíduo, tanto que, topograficamente, tal dispositivo situa-se no seu Título II, intitulado “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”.

A lei a que se refere o texto constitucional é o atual Código Penal, que prevê no artigo 68 o mecanismo de individualização da pena no momento da sua aplicação, mecanismo este recepcionado pela Constituição de 1988. Tal mecanismo é imposto ao juiz sob pena de nulidade da sentença condenatória⁹, e é conhecido como *sistema trifásico*, de autoria atribuída a Nelson Hungria. Além disso, a Lei de Execuções Penais – Lei 7.210/84 -, também prevê no seu artigo 5º regra de individualização da pena, a ser aplicada no momento de sua execução.

A própria Convenção Americana sobre Direitos Humanos – o Pacto de San José de Costa Rica, de 1969, aprovada no Brasil pelo Decreto Legislativo 27, de 25.09.92 e promulgada pelo Decreto 678, de 06.11.92 (MAZZUOLI, 2007, p. 963), traz diversos dispositivos que tratam da individualização da pena, entre os quais o artigo 4, que prevê o direito à vida, vedando a pena de morte; o artigo 5, que trata do direito à integridade da pessoa, e que reafirma a reforma e readaptação social dos condenados como finalidades essenciais das penas privativas de liberdade.

⁹ Nesse sentido, o julgamento do *Habeas Corpus* 88422 aos 20 de março de 2007, pelo Supremo Tribunal Federal, onde foi relator o Min. Carlos Britto, assim ementado: “*HABEAS CORPUS. FIXAÇÃO DA PENA. VIOLAÇÃO DA GARANTIA CONSTITUCIONAL DA FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS. A análise das circunstâncias objetivas e subjetivas que envolvem o delito está sempre a exigir do aplicador da pena o mais detido exame do contexto dos autos. A dosimetria da pena exige do julgador uma cuidadosa ponderação dos efeitos ético-sociais da sanção penal e das garantias constitucionais, especialmente a garantia da individualização da pena. Inidôneo o fundamento da benevolência do juiz sentenciante para a majoração da pena-base fixada. Distanciamento das circunstâncias enumeradas no artigo 59 do Código Penal. Não há ilegalidade na decisão que, em função da tentativa, reduz de 1/3 a pena. Firme é o entendimento jurisprudencial de que o percentual de redução decorrente da tentativa é de ser aferido com base no itinerário da conduta penal. A reincidência, devidamente reconhecida pelo Conselho de Sentença, não pode ser afastada da aplicação da pena. Ordem parcialmente concedida”;*

Separação dos poderes e individualização da pena

A individualização da pena não se dá somente no momento de sua aplicação pelo juiz, consoante a apontada previsão do artigo 68 do Código Penal brasileiro. A individualização ocorre em *três momentos distintos*, cada um deles com participação de um dos Poderes estatais.

Inicialmente, é o Poder Legislativo – na *etapa legislativa* - quem individualiza a pena de forma geral através da criação dos *tipos penais* – uma determinada conduta humana que agrida um bem jurídico selecionado é caracterizada como criminosa e, levando-se em conta a relevância jurídica do bem protegido pela norma penal incriminadora (BATISTA, 2007, p. 85), são então estipulados pelo legislador limites mínimos e máximos que irão nortear uma posterior condenação e imposição de pena ao réu pelo Juiz, na etapa judicial de individualização da pena.

Dessa forma, bens jurídicos mais relevantes, tais como a vida, ou a integridade física e psíquica, possuem estipulação de penas mais graves do que os crimes contra a paz pública, por exemplo. A própria posição topográfica dos tipos penais já revela a importância dos bens jurídicos resguardados, já que os crimes contra a vida estão descritos nos primeiros artigos da parte especial do Código Penal brasileiro, e os crimes contra a paz pública entre os últimos.

A escolha dos bens jurídicos mais relevantes e que devem ser protegidos pela norma penal é questão de política criminal, e quase sempre acaba recaindo sobre os deputados federais e senadores¹⁰, muitas vezes movidos pela pressão de órgãos de comunicação social e da própria sociedade, como ocorreu na criação da Lei 8.072/90 – Lei dos Crimes Hediondos – e suas posteriores alterações¹¹.

¹⁰ A Constituição Federal, no seu artigo 22, inciso I, atribui à União a competência privativa para legislar sobre direito penal;

¹¹ Sobre o episódio, Alberto Silva Franco, no prefácio da obra “ *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*”, de autoria dos Profs. Eugenio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli (5ª ed. São Paulo: RT. 2004, p. 10), escreve: “*Menos de dois anos após a Constituição Federal de 1988, o legislador ordinário, pressionado por uma orquestrada atuação dos meios de comunicação social, formulava a Lei 8.072/90. Um sentimento de pânico e de insegurança – muito mais produto de comunicação do que de realidade – tinha tomado conta do meio social e acarretava como conseqüências imediatas a dramatização da violência e sua politização. (...) O mais importante era apenas acalmar a coletividade amedrontada, dando-lhe a nítida impressão de que o legislador estava atento à problemática da criminalidade violenta e oferecia, com presteza, meios penais cada vez mais radicais para sua superação.*”;

Definidas pelo legislador as condutas passíveis de imposição de pena, passa-se à etapa seguinte – a *etapa judicial*. Instaurada ação penal, seja através do oferecimento de denúncia por órgão do Ministério Público¹², seja por oferecimento de queixa-crime pelo próprio ofendido¹³, após instrução e produção probatória que comprove a autoria e materialidade do delito, é condenado o réu, devendo então o juiz impor uma pena, que deve ser proporcional ao crime cometido e individualizada de acordo com os critérios estabelecidos no artigo 68 do Código Penal brasileiro¹⁴.

Através da utilização de tais critérios, busca-se evitar uma *padronização* das penas. Caso contrário, não seriam necessários os juízes – bastariam cérebros eletrônicos que aplicariam cega e matematicamente a pena, sem levar em conta as características de cada ser humano (NUCCI, 2005, p. 31). O objetivo é “fazer a pena específica do fato-crime e do homem-autor” (SCHMITT, 2008, p. 75).

Por isso, o artigo 59 do Código Penal arrola as chamadas circunstâncias judiciais – e judiciais porque são valoradas pelo juiz -, que são: culpabilidade; antecedentes; conduta social; personalidade do agente; motivos; circunstâncias; conseqüências do crime; comportamento da vítima. Tais circunstâncias são valoradas para que o juiz chegue à chamada *pena-base*, a qual poderá sofrer ainda aumento ou diminuição nas próximas duas etapas da dosimetria, onde serão ainda analisadas, segundo o artigo 68 do Código Penal, as circunstâncias atenuantes e agravantes, e, por último, as causas de diminuição e de aumento de pena.

Dosada a pena, passará o juiz a definir o regime inicial do seu cumprimento, atendendo às diretrizes previstas no artigo 33, § 2º do Código Penal, que prevê uma progressividade no cumprimento da pena privativa de liberdade, dispondo sobre três regimes, a seguir apresentados do mais ao menos rigoroso: regime fechado; regime semi-aberto; regime aberto. É justamente aí que se encontra o cerne do presente trabalho, onde será apontada inconstitucionalidade trazida pela recente alteração na Lei dos Crimes Hediondos. Dispõe o referido artigo:

¹² Art. 129 da Constituição Federal;

¹³ Art. 5º, inciso LIX e art. 30 do Código de Processo Penal brasileiro;

¹⁴ “Art. 68. A pena-base será fixada atendendo-se ao critério do art. 59 deste Código; em seguida serão consideradas as circunstâncias atenuantes e agravantes; por último, as causas de diminuição e de aumento”;

§ 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.

Finalmente, definida a pena, bem como o regime inicial do seu cumprimento, resta ao Poder Executivo, através dos seus órgãos de administração penitenciária, se encarregar da chamada *etapa executória ou administrativa* da individualização da pena. Nessa etapa é realizada a *classificação*¹⁵ do condenado¹⁶, passando-se à observação do seu comportamento individualizado¹⁷, inclusive para fins de merecimento à progressão de regime. Tal observação busca aferir a reabilitação individual do mesmo, já que o objetivo atual da pena privativa de liberdade é justamente a ressocialização do condenado¹⁸, em que pese a existência de várias críticas a respeito da eficácia da prisão, especialmente em razão das condições degradantes em que se encontram os detentos. Estes são também chamados reeducandos justamente em razão da esperança de sua ressocialização¹⁹.

Prova de tal objetivo é a própria proibição constitucional da instituição de penas de morte ou prisão perpétua (artigo 5º, inciso XLVII) – ora, ao afastar a possibilidade de exclusão perpétua de qualquer pessoa do convívio social, resta óbvio que a Constituição optou pela possibilidade de regeneração da pessoa condenada por algum crime.

Em que pese a definição das funções do Estado atribuídas a cada um dos Poderes, existe certa flexibilização no que toca ao seu exercício.

¹⁵ Segundo René Ariel Dotti, a classificação é um desdobramento natural do processo de individualização da pena (DOTTI, René Ariel. *A reforma penal e penitenciária*. Curitiba: Livraria Ghignone Editora. 1980, p. 25);

¹⁶ Nesse sentido, determina a Lei de Execução Penal, no artigo 5º: “Os condenados serão classificados, segundo os seus antecedentes e personalidade, para orientar a individualização da execução penal”;

¹⁷ Nesse sentido, arts. 5º da Lei 7210/84 e art. 33, § 2º do Código Penal;

¹⁸ De acordo com a teoria da prevenção especial da pena, segundo Cezar Roberto Bitencourt (Tratado de direito penal, p. 94);

¹⁹ “A pena e prisão não deve ter caráter perpétuo, pois é a esperança de liberdade que impulsiona o indivíduo à reflexão e à transformação. A extensão da pena, dessa forma, deve ajustar-se ao tempo necessário para processar-se a correção do condenado, e esse ajuste cabe não só à sentença condenatória, mas deve ser adequado às transformações demonstradas pelo preso no decorrer do cumprimento da pena, para que a prisão não se torne inútil e injusta” (BARROS, Carmen Silvia de Moraes. *A individualização da pena na execução penal*. São Paulo: RT. 2001, p. 51);

Já nos anos 50, Edward Corwin apontava nos Estados Unidos a existência dessa flexibilização, em razão da ocorrência de fatos tais como a delegação de poderes legislativos pelo Congresso ao Presidente da República e a outros órgãos administrativos²⁰. Além disso, estes órgãos administrativos passaram a absorver funções de governo afetas a outros Poderes, até mesmo em razão do papel regulatório que alguns deles passaram a exercer, o que foi parcialmente absorvido pelo Brasil através das Agências Reguladoras e Executivas, bem como outros órgãos da Administração Pública, como o Banco Central do Brasil e a Comissão de Valores Mobiliários (MORAES, 2002, p. 20). Além disso, é inegável que o Poder Judiciário, tal qual o Poder Legislativo, também exerce atividade administrativa própria.

Jorge de Figueiredo Dias aponta a existência de uma cooperação e repartição de tarefas entre o legislador e o juiz na aplicação e individualização da pena, reconhecida pelo ilustre jurista português como *jurídico-constitucionalmente vinculada*, no sentido de que uma responsabilização total do juiz implicaria em violação do princípio da legalidade, ao mesmo tempo em que uma responsabilização total do legislador implicaria na existência de penas fixas, o que seria abominável do ponto de vista da igualdade e da dignidade da pessoa humana (DIAS, 2005, p. 193) - daí a existência de uma cooperação vinculada jurídica e constitucionalmente na separação dos poderes.

Como apontarei a seguir, trata-se de importante constatação, que inclusive servirá como um dos fundamentos da inconstitucionalidade apontada no presente trabalho.

Inconstitucionalidade do artigo 2º, §1º, da Lei dos crimes hediondos

Atendendo ao comando do legislador constituinte, que instituiu no artigo 5º, XLIII da Constituição Federal a previsão de legislação que considerasse “crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática de tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo, e os definidos como crimes hediondos”, foi sancionada a Lei 8.072, de 25 de julho de 1990, que dispõe sobre os chamados crimes hediondos, trazendo

²⁰ Nesse sentido, escreveu Corwin: “Posteriormente foi a importância dessa doutrina, como princípio operante de governo sob a Constituição, muito diminuída pelo incremento da liderança presidencial no tocante à legislação, pelo crescente recurso do Congresso à prática da delegação de verdadeiros poderes legislativos ao Presidente e outros órgãos administrativos, e pela absorção, nestes últimos, de todos os três poderes do governo, de acordo com as primitivas definições deste”. *A Constituição norte-americana e seu significado atual*, p. 11;

eficácia ao dispositivo constitucional citado.

Tal lei objetivou “elevar penas, impedir benefícios e impor maior aspereza no trato com essa espécie de delinquência”, nas palavras de Guilherme de Souza Nucci (2007, p. 594).

O constituinte deixou ao legislador ordinário a tarefa de selecionar os crimes que seriam considerados hediondos, ao lado dos delitos a eles equiparados já arrolados no próprio texto constitucional²¹. São atualmente considerados crimes hediondos: homicídio praticado em atividade típica de grupo de extermínio; latrocínio; extorsão qualificada pela morte; extorsão mediante seqüestro e na forma qualificada; estupro cometido mediante violência; atentado violento ao pudor cometido mediante violência; epidemia com resultado morte; e, mais recentemente, falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais²². Como se vê, são diversas condutas criminosas, protegendo bens jurídicos dos mais diversos, como a vida, a liberdade, a liberdade sexual, a saúde pública, além dos bens jurídicos protegidos pela previsão dos delitos equiparados a hediondos, como liberdade e integridade física (tortura), saúde pública (tráfico de drogas), segurança nacional, ordem política e social (terrorismo).

Inobstante tal diversidade de condutas delituosas e bens jurídicos protegidos, o legislador decidiu no artigo 2º, § 1º da Lei dos Crimes Hediondos que não seria permitido aos condenados por crimes nela previstos qualquer progressão no regime de cumprimento da pena privativa de liberdade. Dessa forma, o sistema de individualização utilizado para fixação do regime inicial de cumprimento – artigo 33, § 2º do Código Penal - não seria aplicado aos crimes hediondos e equiparados, devendo a pena de prisão ser cumprida integralmente no regime fechado. Tal dispositivo foi reconhecido, inicialmente, pelo Supremo Tribunal Federal como constitucional²³.

Posteriormente, veio a Lei 9.455/97, que trata do crime de tortura, que, como visto, é equiparado aos crimes hediondos. Tal lei trouxe aos condenados por crime de tortura a possibilidade de progressão do regime. Como o crime de tortura é equiparado aos crimes hediondos, de acordo com o próprio texto constitucional, inúmeros *habeas corpus* foram impetrados nos Tribunais objetivando a extensão de tal possibilidade aos condenados por

²¹ E que seriam: tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, e o terrorismo;

²² Introduzido pela Lei 96977, de 2 de julho de 1998;

²³ Nesse sentido, o julgamento do HC 85687/RS, onde foi relator o Min. Carlos Velloso, julgado aos 17.05.05;

Separação dos poderes e individualização da pena: a inconstitucionalidade do § 1º do artigo 2º da Lei 8.072/90, alterado pela Lei 11.464/07

outros crimes hediondos. Entretanto, o Supremo Tribunal Federal não acompanhou tal entendimento, tendo inclusive editado a Súmula 698, consignando que “não se estende aos demais crimes hediondos a admissibilidade de progressão no regime de execução da pena aplicada ao crime de tortura”. Mais uma vez os condenados por cometimento de crimes hediondos tinham negado pelo próprio Guardião da Constituição a sua garantia constitucional à individualização da pena.

Decorrido longo período de tempo, aos 23 de fevereiro de 2006 o Plenário do Supremo Tribunal Federal reconheceu, no julgamento do *Habeas Corpus* nº 82.959-7, de São Paulo, a inconstitucionalidade do § 1º do artigo 2º da Lei dos Crimes Hediondos.

E o motivo de tal declaração foi justamente o reconhecimento da incompatibilidade de tal dispositivo de lei com o Princípio da Individualização da Pena. A ementa do acórdão foi a seguinte²⁴:

PENA - REGIME DE CUMPRIMENTO - PROGRESSÃO - RAZÃO DE SER. A progressão no regime de cumprimento da pena, nas espécies fechado, semi-aberto e aberto, tem como razão maior a ressocialização do preso que, mais dia ou menos dia, voltará ao convívio social.

PENA - CRIMES HEDIONDOS - REGIME DE CUMPRIMENTO - PROGRESSÃO - ÓBICE - ARTIGO 2º, § 1º, DA LEI Nº 8.072/90 - INCONSTITUCIONALIDADE - EVOLUÇÃO JURISPRUDENCIAL. Conflita com a garantia da individualização da pena - artigo 5º, inciso XLVI, da Constituição Federal - a imposição, mediante norma, do cumprimento da pena em regime integralmente fechado. Nova inteligência do princípio da individualização da pena, em evolução jurisprudencial, assentada a inconstitucionalidade do artigo 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90.

Inobstante se tratar de decisão tomada em controle difuso de constitucionalidade, o entendimento passou a ser adotado por todos os tribunais, inclusive o Superior Tribunal de Justiça, como se vê nos seguintes acórdãos:

PENAL. RECURSO ESPECIAL. ART. 214, C/C 224, C/C 61, I, DO CP. APLICAÇÃO DA PENA. REINCIDÊNCIA. AGRAVANTE. BIS IN IDEM. INOCORRÊNCIA. CRIME HEDIONDO. PROGRESSÃO DE REGIME. POSSIBILIDADE. INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 2º, § 1º, DA LEI Nº 8.072/90 DECLARADA PELO STF.

I - Dentro dos limites legais, uma vez caracterizada a reincidência, a agravante deve ser aplicada.

II - Fere o disposto no art. 61, inciso I, do CP a rejeição de sua incidência sob pretexto de bis in idem, concretamente inócurre (Precedentes).

III - O Pretório Excelso, nos termos da decisão Plenária proferida por ocasião do julgamento do HC 82.959/SP, concluiu que o § 1º do art. 2º da Lei nº 8.072/90, é

²⁴ Foi relator do acórdão o Min. Marco Aurélio;

inconstitucional.

IV - Assim, o condenado por crime hediondo ou a ele equiparado, pode obter o direito à progressão de regime prisional, desde que preenchidos os demais requisitos. Recurso parcialmente provido²⁵.

HABEAS CORPUS. DIREITO PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CRIME EQUIPARADO À HEDIONDO. PROGRESSÃO DE REGIME PRISIONAL. INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 2º, PARÁGRAFO 1º, DA LEI Nº 8.072/90 DECLARADA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. CABIMENTO. ORDEM CONCEDIDA COM RESSALVA DE ENTENDIMENTO DO RELATOR.

1. O Plenário do Supremo Tribunal Federal declarou, por maioria de votos, a inconstitucionalidade do parágrafo 1º do artigo 2º da Lei nº 8.072/90, afastando, assim, o óbice da progressão de regime aos condenados por crimes hediondos ou equiparados.
2. De tanto, resultou o reexame da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, pacificada, agora, na afirmação da progressividade de regime no cumprimento das penas privativas de liberdade dos crimes de que cuida a Lei nº 8.072/90.
3. Declarada a inconstitucionalidade do artigo 2º, parágrafo 1º, da Lei nº 8.072/90, de modo a submeter o cumprimento das penas dos crimes de que cuida a Lei nº 8.072/90 ao regime progressivo, resta afastado o fundamento da interpretação sistemática que arredava dos crimes hediondos e a eles equiparados as penas restritivas de direitos e o sursis.
4. Declaração de voto do Relator com entendimento contrário.
5. Ordem concedida²⁶.

Depois do reconhecimento de inconstitucionalidade ter se espalhado e passado a influenciar os julgamentos posteriores, nada mais restava ao Legislativo senão sanar a inconstitucionalidade do referido dispositivo legal.

Assim, a Lei 11.464, de 28 de março de 2007 alterou o § 1º do artigo 2º da Lei 8.072/90, passando a admitir a progressão de regime. O dispositivo passou a ter a seguinte redação: "A pena por crime previsto neste artigo será cumprida inicialmente em regime fechado".

Ocorre que ao reparar o defeito existente no dispositivo legal, o remendo na lei acabou por introduzir uma *nova inconstitucionalidade*: a *obrigatoriedade de se iniciar o cumprimento da pena em regime fechado*.

Rememorando a lição de Jorge Figueiredo Dias já apontada anteriormente no presente trabalho, deve haver uma *cooperação e divisão de tarefas* entre o legislador e o juiz quando da aplicação da pena, não podendo aquele assumir integralmente o papel de individualizar a pena, violando assim a cláusula da Separação dos Poderes, tal como ocorreu no caso. O episódio apenas reafirma a necessidade da existência Separação dos Poderes

²⁵ Recurso Especial 808641/RS, rel. Min. Felix Fischer, j. 25.04.06;

²⁶ Habeas corpus nº 54518/SP, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, j. 16.05.06;

como maneira de assegurar as garantias e direitos fundamentais previstos na Constituição Federal.

Quando a lei fixa a obrigatoriedade de cumprimento da pena em regime inicialmente fechado, independentemente do crime praticado, do bem jurídico ofendido, da forma como se deu tal ofensa, da quantidade de pena fixada, das circunstâncias em que ocorreu o fato, e das

condições pessoais do acusado, acaba usurpando o papel do juiz, assegurado na Constituição Federal, desconsiderando totalmente a garantia à individualização da pena, e, conseqüentemente, a isonomia e dignidade da pessoa humana.

O novo dispositivo mais uma vez ignora completamente o princípio da igualdade, considerando pessoas desiguais de maneira igual, alienando-se acerca das suas desigualdades²⁷.

Iguala, exemplificativamente, dois condenados: o primeiro, um criminoso reincidente, péssimos antecedentes, de alta periculosidade, com conduta social extremamente reprovável. O segundo, um jovem que, sofrendo más influências, acaba praticando seu primeiro delito ao transportar drogas, sendo condenado por tráfico. Da forma como se encontra o referido dispositivo legal, ambos iriam iniciar o cumprimento de suas penas em regime fechado. Se pudesse tomar conhecimento de tal texto legal, produzido em pleno século XXI, Beccaria imaginaria ter escrito seu opúsculo em vão.

No exemplo dado não seria dada oportunidade ao segundo criminoso de ter *valorados positivamente* os seus bons antecedentes e a sua primariedade, circunstâncias que poderiam lhe assegurar o início do cumprimento da pena em regime semi-aberto, nos termos do artigo 33, § 2º, "b" do Código Penal, ou mesmo em regime aberto, caso aplicável alguma circunstância atenuante²⁸ ou causa de diminuição que viesse a fixar a pena em 4 anos ou menos.

Ora, se o Superior Tribunal de Justiça permite que mesmo um *criminoso reincidente*, caso lhe sejam favoráveis as demais circunstâncias judiciais, inicie o cumprimento da pena

²⁷ Segundo Celso Antonio Bandeira de Mello, "sem embargo, consoante se observou, o próprio da lei, sua função precípua, reside exata e precisamente em dispensar tratamentos desiguais. Isto é, as normas legais nada mais fazem que discriminar situações, à moda que as pessoas compreendidas em umas ou outras vêm a ser colhidas por regimes diferentes. Donde, a algumas são deferidos determinados direitos e obrigações que não assistem a outras, por abrangidas em diversa categoria, regulada por diferente plexo de obrigações e direitos" (Op. cit., p. 12);

²⁸ Como as do artigo 65 do Código Penal brasileiro;

em regime semi-aberto, desde que atendido o limite da pena imposta (pena igual ou inferior a 4 anos e reclusão)²⁹, o que dirá de um condenado primário, de bons antecedentes, e que possui grandes chances de ressocialização? Segundo o texto ora impugnado, não seria possível sequer aplicar tal entendimento sumulado.

Resta, portanto, óbvia a inconstitucionalidade do referido dispositivo, que merece ser mais uma vez reconhecida e declarada pelos órgãos do Poder Judiciário, como forma de assegurar a vigência da Garantia Fundamental à individualização da pena.

Conclusão

Dessa forma, por violar os princípios da Dignidade da Pessoa Humana, da Igualdade, e da Individualização da Pena, além da cláusula constitucional da Separação dos Poderes, entendo que o § 1º, do artigo 2º da Lei 8.072/90, alterado pela Lei 11.464 de 28 de março de 2007 é inconstitucional, devendo tal inconstitucionalidade ser reconhecida pelo Poder Judiciário, no exercício pleno do sistema de pesos e contra-pesos mediante o controle de constitucionalidade das leis, como forma de restabelecimento da garantia fundamental à individualização da pena.

Referências

ANDRADE, Paes de. BONAVIDES, Paulo. História constitucional do Brasil. 5ª ed. Brasília: OAB Editora. 2004.

ÀVILA, Humberto. Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BARROS, Carmen Sílvia de Moraes. A individualização da pena na execução penal. São Paulo: RT. 2001.

BATISTA, Nilo. Introdução crítica ao direito penal brasileiro. 11ª ed. Rio de Janeiro: Revan. 2007.

BECCARIA, Cesare. Dos delitos e das penas. São Paulo: EDIPRO. 1994.

²⁹ Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça editou a Súmula 269, com o seguinte teor: “é admissível a adoção do regime prisional semi-aberto aos reincidentes condenados a pena igual ou inferior a quatro anos se favoráveis as circunstâncias judiciais”.

Separação dos poderes e individualização da pena: a inconstitucionalidade do § 1º do artigo 2º da Lei 8.072/90, alterado pela Lei 11.464/07

BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal: parte geral. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

BONAVIDES, Paulo. Teoria do Estado. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. São Paulo: Saraiva, 2008.

BRASIL. Código penal. São Paulo: Saraiva, 2008.

BRASIL. Código de processo penal. São Paulo: Saraiva, 2008.

CORWIN, Edward S. A Constituição norte-americana e seu significado atual. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor. 1986.

DIAS, Jorge de Figueiredo. Direito penal português: as conseqüências jurídicas do crime. Coimbra: Coimbra Editora. 2005.

DOTTI, René Ariel. A reforma penal e penitenciária. Curitiba: Livraria Ghignone Editora. 1980.

FERREIRA, Waldemar Martins. História do direito constitucional brasileiro: coleção história constitucional brasileira. Brasília: Senado Federal. 2003. Edição fac-similar da 5ª ed. São Paulo: Max Limonad. 1954.

FOUCAULT, Michel. Vigiar e punir. 34ª ed. Petrópolis: Vozes. 2007.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. O processo como referencial teórico para o estudo dos Direitos Fundamentais. In: vários autores, *Leituras complementares de direito constitucional: Direitos Humanos e Direitos Fundamentais*. 3ª ed. Salvador: Juspodivm, 2008.

LOZER, Juliana Carlesso. Direitos humanos e interesses metaindividuais. In: vários autores, *Direitos Metaindividuais*. São Paulo: LTR, 2005.

MALUF, Sahid. Teoria Geral do Estado. 26ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Coletânea de direito internacional. 5ª ed. São Paulo: RT. 2007.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Conteúdo jurídico do princípio da igualdade. 3ª ed. São Paulo: Malheiros. 2005.

MIRANDA, Jorge. Teoria do Estado e Constituição. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

MORAES, Alexandre de. Agências reguladoras. In: vários autores, *Agências Reguladoras*. São Paulo: Atlas, 2002.

_____ Direitos humanos fundamentais: Teoria Geral. 7ª ed. São Paulo: Atlas, 2006.

NUCCI, Guilherme de Souza. Individualização da pena. São Paulo: RT, 2005.

_____ Leis penais e processuais penais comentadas. 2ª ed. São Paulo: RT, 2007.

SCHMITT, Ricardo Augusto. Sentença Penal Condenatória. 3ª ed. Salvador: Juspodivm, 2008.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. PIERANGELI, José Henrique. Manual de direito penal brasileiro: parte geral. 5ª ed. São Paulo: RT, 2004.