



**UNIVERSIDADE FEDERAL DE CAMPINA GRANDE
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS
UNIDADE ACADÊMICA DE DIREITO
CURSO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS**

JOSÉ ISAAC PINTO DE ARAÚJO

**A MITIGAÇÃO DA OBRIGATORIEDADE DA FIXAÇÃO DO REGIME
DE CUMPRIMENTO DE PENA INICIALMENTE FECHADO PARA OS
CRIMES HEDIONDOS EM FACE DO PRINCÍPIO DA
INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA E DA PROPORCIONALIDADE**

**SOUSA - PB
2011**

JOSÉ ISAAC PINTO DE ARAÚJO

**A MITIGAÇÃO DA OBRIGATORIEDADE DA FIXAÇÃO DO REGIME
DE CUMPRIMENTO DE PENA INICIALMENTE FECHADO PARA OS
CRIMES HEDIONDOS EM FACE DO PRINCÍPIO DA
INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA E DA PROPORCIONALIDADE**

**Monografia apresentada ao Curso de
Ciências Jurídicas e Sociais do CCJS da
Universidade Federal de Campina
Grande, como requisito parcial para
obtenção do título de Bacharel em
Ciências Jurídicas e Sociais.**

Orientador: Prof. Leonardo Figueiredo de Oliveira.

**SOUSA - PB
2011**



A659M Araújo, José Isaac Pinto de.

A mitigação da obrigatoriedade da fixação do regime de cumprimento de pena inicialmente fechado para os crimes hediondos em face do princípio da individualização na pena e da proporcionalidade . / José Isaac Pinto de Araújo. - Sousa- PB: [s.n], 2011.

62 f.

Orientador: Prof. Leonardo Figueiredo de Oliveira.

Monografia - Universidade Federal de Campina Grande; Centro de Formação de Professores; Curso de Bacharelado em Ciências Jurídicas e Sociais - Direito.

1. Crimes hediondos. 2. Direito Penal. 3. Princípio da individualização da pena. 4. Regime fechado - pena. 5. Progressão de regime prisional. 6. Lei 8.072/90. I. Oliveira, Leonardo Figueiredo de. II. Título.

CDU: 343.288(043.1)

Elaboração da Ficha Catalográfica:

Johnny Rodrigues Barbosa
Bibliotecário-Documentalista
CRB-15/626

JOSÉ ISAAC PINTO DE ARAÚO

A MITIGAÇÃO DA OBRIGATORIEDADE DA FIXAÇÃO DO REGIME DE
CUMPRIMENTO DE PENA INICIALMENTE FECHADO PARA OS CRIMES
HEDIONDOS EM FACE DO PRINCÍPIO DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA E DA
PROPORCIONALIDADE

Trabalho monográfico apresentado ao
Curso de Direito do Centro de Ciências
Jurídicas e Sociais da Universidade
Federal de Campina Grande, como
exigência parcial da obtenção do título de
Bacharel em Ciências Jurídicas Sociais.

Orientador: Prof. Leonardo Figueiredo de
Oliveira

Banca Examinadora:

Data da Aprovação: _____

Orientador: Professor Leonardo Figueiredo de Oliveira

Examinador: Professor

Examinador: Professor

*À pessoa mais importante na
minha vida: minha mãe.*

AGRADECIMENTOS

Agradeço, primeiramente, a Deus, responsável precípuo de todos os acontecimentos que norteiam minha vida. A quem entrego tudo que tenho e tudo que sou, pois em suas mãos está a escolha do meu destino.

Aos meus pais, que sempre estiveram ao meu lado. Pessoas que me estimularam a ser um vencedor, que me apoiaram nos momentos de maiores dificuldades nesta caminhada e a quem dedico todo meu amor e respeito.

Aos meus irmãos, Ismael e Iago, pelo companheirismo dispensado ao longo da minha vida.

A minha Vovó Eunice e a Vovó Laura, pelo amor e carinho com que me tratam, pelas incansáveis orações e pela confiança em mim depositada.

Agradeço a Tia “Dia” e a Tia Paula, pessoas que tenho como minhas mães, que sempre cuidaram de mim com muita dedicação, amor e compreensão. E a toda minha família.

Agradeço a Willka, minha namorada e futura esposa, que sempre esteve ao meu lado dispensando muito amor e carinho.

Aos grandes amigos que tive a oportunidade de conviver durante esses cinco anos aqui em Sousa. Aos meus amigos e companheiros de apartamento que com grande prontidão me ajudaram na elaboração deste trabalho monográfico.

Agradeço ao meu orientador, Professor Leonardo Figueiredo, pelo auxílio dispensado na elaboração deste trabalho monográfico.

"A liberdade não tem qualquer valor se não inclui a liberdade de errar."

(Mahatma Gandhi)

RESUMO

Os crimes hediondos foram inseridos no ordenamento jurídico brasileiro através do artigo 5º, XLIII, da Constituição Federal de 1988. Posteriormente, a Lei 8.072/90 prescreveu de forma taxativa os tipos de crimes hediondos, atribuindo-lhes uma maior severidade nas suas punições, aplicando-se aos seus assemelhados (tortura, tráfico e terrorismo) o mesmo tratamento. A referida lei inicialmente fixava a impossibilidade de progressão de regime para os que cometessem crime de natureza hedionda, no entanto, após o julgamento do Habeas Corpus nº 82.959-7/SP que declarou a inconstitucionalidade do artigo, 2º, §1º, da lei dos crimes hediondos e, posteriormente, com a promulgação da lei 11.464/2007, que fixou o regime de cumprimento de pena inicialmente fechado, possibilitou que os condenados possam progredir de regime, desde que preencham os requisitos determinados na lei 8.072/90. O presente trabalho debruça-se sobre a problemática consistente na avaliação da inconstitucionalidade e conseqüente mitigação da obrigatoriedade da fixação de regime de cumprimento de pena inicialmente fechado, presente no artigo 2º, § 1º, da Lei dos Crimes Hediondos. O objetivo do presente trabalho é investigar a existência de lesividade ao princípio da individualização da pena e da proporcionalidade quando da fixação de regime diverso daquele que faz jus o condenado, analisando, conseqüentemente, a constitucionalidade ou não do dispositivo que estabelece a fixação do regime de cumprimento de pena inicialmente fechado, e a possibilidade de fixação de regime diverso do inicialmente fechado para os indivíduos que praticarem os crimes tipificados na lei 8.072/90, quando estes preencherem os requisitos para fixação de um regime mais brando. Foram utilizados no presente estudo, os seguintes procedimentos metodológicos: como método de abordagem utilizou-se o dedutivo, o procedimental foi o monográfico e a técnica de pesquisa utilizada foi a indireta. Assim sendo, pela análise ora desenvolvida, conclui-se que o artigo 2º, §1º, da lei 8.072/90, é inconstitucional, haja vista que vai de encontro com os princípios constitucionais da individualização da pena e da proporcionalidade, possibilitando, assim, a fixação de um regime mais brando quando o condenado preencher os requisitos previstos em lei.

Palavras-chaves: Crimes hediondos. Progressão de regime. Princípios constitucionais. Individualização da pena. Proporcionalidade.

ABSTRACT

Heinous crimes were included in the Brazilian legal system through Article 5, XLIII, the 1988 Constitution. After that, the Law 8.072/90 exhaustively prescribed types of heinous crimes and gives them a more severe in their punishments, and applies to their counterparts (torture, trafficking and terrorism) the same treatments. The law initially fixed the impossibility of regime progression for those who commit heinous nature of crime. However, after the trial of Habeas Corpus N° 82.959-7/SP declared the unconstitutionality of article 2, § 1, the law of heinous crimes, and later with the enactment of the law 11.464/2007 which established the regime of imprisonment initially closed, allowed inmates to progress a scheme, provided they overcome certain requirements in the law 8.072/90. This paper focuses on the issue of unconstitutionality consistent assessment and consequent mitigation of setting mandatory regime of imprisonment initially closed, in the article 2, § 1 of the Act of Heinous Crimes. The objectives of this study were to investigate the existence of detrimental to the principle of individualization of punishment and proportionality when setting regime other than that the condemned is entitled, analyzing, consequently, the constitutionality of the device that sets fixing scheme serving a sentence initially closed, and the possibility of setting different from the initially closed system for individuals who commit crimes as defined by Law 8.072/90, when they fulfill the requirements for attaching a lighter regime. In this study the following methodology were used: As method of approach, the deductive, the monographic procedural and the research indirect technique were used. Therefore, the developed analysis conclude that the Article 2, § 1 of Law 8.072/90 is unconstitutional because it goes against the constitutional principles of individualization of punishment and proportionality, thus enabling setting a lighter regime when the condemned has the requirements provided by law.

Keywords: Heinous crimes. Progression regime. Constitutional principles. Individualization of punishment.. Proportionality.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
2 CRIMES HEDIONDOS	13
2.1 CONCEITO.....	13
2.2 ORIGEM	14
2.3 LEI 8.072/90 E SUAS CONSEQUÊNCIAS	16
2.3.1 Espécies de crimes hediondos e assemelhados	16
2.3.1.1 <i>Homicídio, quando praticado em atividade típica de grupo de extermínio, ainda que cometido por um só agente, e homicídio qualificado</i>	17
2.3.1.2 <i>Latrocínio</i>	19
2.3.1.3 <i>Extorsão qualificada pela morte e mediante sequestro</i>	19
2.3.1.4 <i>Estupro e estupro de vulnerável</i>	20
2.3.1.5 <i>Epidemia com resultado morte</i>	21
2.3.1.6 <i>Falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais</i>	22
2.3.1.7 <i>Genocídio</i>	23
2.3.1.8 <i>Crimes equiparados</i>	24
2.3.2 As conseqüências da hediondez	24
2.3.2.1 <i>Insuscetibilidade de anistia, graça e indulto</i>	24
2.3.2.2 <i>Fiança</i>	25
2.3.2.3 <i>Progressão de Regime nos crimes hediondos</i>	27
2.3.2.4 <i>Apelo em liberdade</i>	28
2.3.2.5 <i>Prazo da prisão temporária</i>	29
2.3.2.6 <i>Livramento condicional</i>	30
2.3.2.7 <i>Quadrilha ou bando</i>	30
3 PENAS PRIVATIVAS DE LIBERDADE	32
3.1 ORIGEM DAS PENAS.....	32
3.2 FINALIDADE DAS PENAS	34

3.3 APLICAÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE	35
3.3.1 Individualização da pena	35
3.3.2 Cálculo da pena	36
3.4 REGIMES PENAIS	41
3.4.1 Regime fechado	42
3.4.2 Regime semiaberto	42
3.4.3 Regime aberto	43
3.5 PROGRESSÃO DE REGIME	44
4 DISCUSSÃO ACERCA DA CONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 2º, §1º, DA LEI 8.072/90, EM FACE DOS PRINCÍPIOS DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA E DA PROPORCIONALIDADE	46
4.1 FIXAÇÃO DO REGIME DE CUMPRIMENTO DE PENA INICIALMENTE FECHADO.	46
4.2 POSICIONAMENTOS DOUTRINÁRIOS E JURISPRUDENCIAIS FAVORÁVEIS A CONSTITUCIONALIDADE DA FIXAÇÃO DO REGIME INICIALMENTE FECHADO PARA OS CRIMES HEDIONDOS E EQUIPARADOS.....	48
4.3 FUNDAMENTOS ACERCA DA INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 2º, § 1º, DA LEI 8.072/90, EM FACE DA LESIVIDADE AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA E DA PROPORCIONALIDADE.....	50
4.4 POSSIBILIDADE DA FIXAÇÃO DE REGIME DIVERSO DO INICIALMENTE FECHADO PARA OS INDIVÍDUOS QUE PRATICAREM OS CRIMES TIIFICADOS NA LEI 8.072/90, QUANDO ESTES PREENCHEREM OS REQUISITOS PARA FIXAÇÃO DE UM REGIME MAIS BRANDO	53
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	56
REFERÊNCIAS	59

1 INTRODUÇÃO

O ordenamento jurídico brasileiro, posteriormente a promulgação da Constituição Federal de 1988, tratou de corroborar, sancionando a lei dos crimes hediondos, aquilo que o legislador já havia consubstanciado no artigo 5º, inciso XLIII, que era o tratamento mais severo dispensados aos causadores de delitos que ocasionassem uma maior repugnância no meio social.

Algumas alterações proporcionadas pelas leis 8.930/94, 9.695/98 e, principalmente, pela lei 11.464/2007, trouxeram alguns avanços para a lei dos crimes hediondos. No entanto, a lei 8.072/90 ainda continua sendo alvo de constantes críticas em face da nova perspectiva que norteia o ordenamento jurídico pátrio, aonde cada vez mais os princípios ocupam lugar de destaque, prevendo como imprescindível para aplicação da sanção penal o respeito aos princípios da individualização da pena e da proporcionalidade.

Em face dessa nova perspectiva consubstanciada no ordenamento jurídico brasileiro, que apregoa a submissão das normas infraconstitucionais aos princípios e regras constitucionais, será discutida, no presente trabalho monográfico, a constitucionalidade do artigo 2º, §1º, da Lei dos Crimes Hediondos, que estabelece a fixação do regime inicialmente fechado para o cumprimento da pena. Consequentemente, será analisada a possibilidade da mitigação da obrigatoriedade da fixação do regime de cumprimento de pena inicialmente fechado.

A relevância do presente estudo se dá pelo fato desse tema ser de suma importância no ordenamento jurídico pátrio, haja vista que se relaciona diretamente com um direito fundamental consagrado no artigo 5º da CF, que é o direito a liberdade, atrelado a esse direito surge o princípio da individualização da pena e da proporcionalidade consagrados constitucionalmente, que consubstancia a idéia de que o magistrado deve imputar a sanção aos infratores de acordo com o caso concreto, e não por simples mandamento legal.

Corroborando com essa imprescindibilidade do estudo do presente tema, vem os tribunais se posicionando diuturnamente com relação a Lei dos Crimes Hediondos, a fim de propiciar uma aplicação mais justa e condizente com os princípios e regras estabelecidos constitucionalmente.

Assim, o presente trabalho tem por escopo, além de investigar a existência de lesividade aos princípios da individualização da pena e da proporcionalidade quando da fixação de regime diverso daquele que faz jus o condenado e, conseqüentemente, a constitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/90, analisar a possibilidade de fixação de regime diverso do inicialmente fechado para os indivíduos que praticarem os crimes tipificados na Lei dos Crimes Hediondos, quando estes preencherem os requisitos para fixação de um regime mais brando.

Em busca do objetivo proposto pelo trabalho monográfico em epígrafe, o mesmo utilizará o método de abordagem dedutivo, partindo-se de um estudo generalizado dos crimes hediondos para posteriormente tratá-lo de modo específico, analisando o dispositivo que fixa o regime de cumprimento de pena inicialmente fechado. Como método procedimental será empregado o monográfico, uma vez que, visto a representatividade do tema, o mesmo irá ser investigado por todos os ângulos e aspectos finalísticos a que se destina, satisfazendo a rigorosa técnica.

O método de pesquisa apresentado constituir-se-á o da documentação indireta, onde por meio deste será feito um levantamento de dados, através de pesquisas bibliográficas, exame de normas legais, jurisprudência, trabalhos acadêmicos, artigos e periódicos.

Como forma de explicitar a pesquisa ora realizada, estruturar-se-á o presente trabalho em três capítulos. Inicialmente, o trabalho tratará da conceituação e do surgimento do crime hediondo no ordenamento jurídico brasileiro, logo em seguida, serão analisadas as espécies de crimes hediondos e equiparados e as conseqüências produzidas pela hediondez.

No segundo capítulo, será abordada a pena privativa de liberdade: sua origem, finalidade, aplicação e dosimetria. Neste mesmo capítulo, serão abordados os regimes prisionais – fechado, aberto e semiaberto – analisando as especificidades de cada um, será informado ainda como ocorre a progressão de regime de acordo com a Lei de Execução Penal e com o Código Penal, estabelecendo os requisitos para que o condenado possa progredir para um regime menos severo (cumprimento de 1/6 da pena e possuir bom comportamento carcerário).

No capítulo final, após este estudo introdutório, será feita uma análise dos antecedentes da Lei dos Crimes Hediondos, que impossibilitava a progressão de regime, até a atual redação que prescreve a fixação do regime de cumprimento de

pena inicialmente fechado. Posteriormente, examinar-se-á a constitucionalidade do artigo 2º, §1º, da lei 8.072/90, que fixa a obrigatoriedade da fixação do regime inicialmente fechado para execução da reprimenda penal, apontando os posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais favoráveis e contrários. Por fim, verificar-se-á a possibilidade da fixação de regime inicial diverso do fechado para os condenados que fizerem jus a um regime mais brando.

A presente monografia se encerra com as Considerações Finais, nas quais são apresentados pontos conclusivos destacados sobre a inconstitucionalidade do artigo 2º, §1º, da lei 8.072/90 e sobre a possibilidade de fixação de regime diverso do inicialmente fechado para os condenados que preencherem os requisitos presente no artigo 33 do Código Penal.

2 CRIMES HEDIONDOS

A Constituição Federal de 1988 inseriu no ordenamento jurídico pátrio os crimes hediondos, atribuindo ao legislador ordinário a tarefa de definição e classificação desses delitos.

O surgimento da Lei dos Crimes Hediondos se deu em um momento de grande comoção social, onde havia uma forte pressão por parte da sociedade para que os legisladores aumentassem a severidade das punições daqueles crimes tidos como mais repugnantes, resultado disso foi a promulgação da Lei 8.072/90, que tratou de definir taxativamente quais os crimes seriam classificados como hediondos, imputando um tratamento mais severo a eles e a seus equiparados.

2.1 CONCEITO

A Constituição Federal de 1988 trouxe pela primeira vez a expressão crime hediondo, descrevendo em seu artigo 5º inciso XLIII:

A lei considerará 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, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem.

O significado da palavra hedionda vem do latim vulgar *foetibundus*, de *foetere* (*feder*), traduzindo-se em expressões que se referem a algo depravado, horrendo, medonho, pavoroso, repelente, repulsivo, sórdido, ou seja, algo repugnante.

Nesse contexto, quis o constituinte originário tipificar aquelas condutas que causavam uma maior repugnância no meio social, atribuindo a tarefa ao legislador ordinário de definir e classificar os crimes que seriam considerados hediondos, ficando, o Juiz, adstrito àquele rol taxativo determinado em lei.

Sobre o assunto, esclarece Capez (2006, p. 169) que:

De acordo com o sistema legal, somente a lei pode indicar, em rol taxativo, quais são os crimes considerados hediondos. O juiz não pode deixar de considerar hediondo um delito que conste da relação legal, do mesmo modo que nenhum delito que não esteja enumerado pode receber essa classificação. Assim, ao juiz não resta nenhuma avaliação discricionária.

Esse critério enumerativo adotado pelo legislador para definição de quais seriam os crimes tipificados como hediondos possui duas implicações, a primeira delas, implicação de natureza positiva, refere-se à maior segurança jurídica que a lei propicia quando determina exaustivamente que somente serão considerados crimes hediondos aqueles definidos em lei, já a segunda delas, implicação de natureza negativa, atribui ao legislador à função de avaliação de quais seriam os crimes que merecem ser tratados como hediondos sem determinar um critério lógico para essa escolha.

Sobre o assunto se pronuncia Nucci (2010a, p. 669), dizendo que:

O primeiro critério, usado pela lei 8.072/90, simplesmente enumera os delitos que o legislador considerou hediondos – mais graves que outros, portanto – sem explicar ou fundamentar as razões que o levaram a tomar tal medida. O ponto positivo desse modelo é a segurança na aplicação da lei, isto é, somente são hediondos os delitos ali constantes. Outros, por pior que pareçam, estão excluídos. O ponto negativo consiste na nebulosa avaliação legislativa, sem que haja parâmetros para descobrir o que teria levado o parlamento a considerar, por exemplo, como hediondo o envenenamento de água potável (art. 270, CP), na primeira edição da lei em 1990, deixando de fora desse quadro o homicídio qualificado (art. 121, § 2º, CP). O aspecto negativo, em nosso entendimento, prevalece, pois o parlamento pode agir (como já o fez) ao sabor das notícias e da mídia, elevando à categoria de crime hediondo um tipo penal qualquer, somente porque contou com um caso rumoroso, captador da atenção nacional [...].

Assim sendo, somente serão considerados crimes hediondos aqueles que o legislador tiver definido e determinado taxativamente em lei, ao passo que o critério escolhido pelo ordenamento jurídico pátrio foi o legal.

2.2 ORIGEM

Conforme foi mencionado alhures, o crime hediondo apareceu pela primeira vez no ordenamento jurídico brasileiro na Constituição Federal de 1988, apesar da previsão, era necessária uma lei que definisse quais seriam os crimes que deveriam

ser tratados com a característica da hediondez e que determinasse qual seria o tratamento mais severo a ser aplicado aos seus infratores.

Na década de 90, o Brasil enfrentava um período de muita turbulência, tanto política quanto social, a sociedade se encontrava amedontrada com os altos índices de criminalidade e com a sensação de impunidade que estava cada vez mais presente. Influenciado por essa turbulência que a cada dia aumentava, o legislador utilizou de idéias de um direito penal máximo e do movimento de lei e ordem, consubstanciado na única intenção de aumentar a severidade das penas como forma de tentar diminuir a criminalidade, rechaçando um dos princípios norteadores do direito penal que é o da intervenção mínima.

Bitencourt (2010, p. 43-44) bem explica o princípio da intervenção mínima:

O princípio da intervenção mínima, também conhecido como *ultima ratio*, orienta e limita o poder incriminador do Estado, preconizando que a criminalização de uma conduta só se legitima se constituir meio necessário para proteção de um determinado bem jurídico. Se outras formas de sanção ou outros meios de controle social revelarem-se suficientes para tutela desse bem, a sua criminalização é inadequada e não recomendável. Se para o restabelecimento da ordem jurídica violada forem suficientes medidas civis ou administrativas, são estas que devem ser empregadas e não as penas. Por isso, o Direito Penal deve ser a *ultima ratio*, isto é, deve atuar somente quando os demais ramos do direito revelarem-se incapazes de dar a tutela devida a bens relevantes na vida do indivíduo e da própria sociedade [...].

[...] Os legisladores contemporâneos - tanto de primeiro como de terceiro mundo - têm abusado da criminalização e da penalização, em franca contradição com o princípio em exame, levando ao descrédito não apenas o Direito Penal, mas a sanção criminal, que acaba perdendo sua força intimidativa diante da "inflação legislativa" reinante nos ordenamentos positivos.

Nesse contexto social, cada vez mais a população clamava por resposta positivas dos governantes. Não se levava em consideração a origem do problema do aumento da criminalidade, o que mais interessava era uma resposta imediata, onde fosse dada primazia a questão do aumento da severidade das punições, na falsa percepção de que haveria uma diminuição no cometimento de condutas criminosas.

Com o aumento da criminalidade, principalmente dos delitos de seqüestro, roubo, furto, extorsão mediante seqüestro, homicídios e estupros, associado ao sensacionalismo difundido na mídia, criou-se no meio social um clima de insegurança e um sentimento de impunidade. A exemplo, o seqüestro do empresário Abílio Diniz ocorrido em dezembro de 1989, praticado pelo grupo terrorista de

esquerda *Movimiento de Izquierda Revolucionaria Chilena*, que para muitos doutrinadores foi o fato propulsor para rápida tramitação do Projeto de Lei dos Crimes Hediondos.

A respeito do sensacionalismo midiático Angrimani assevera (1995. p. 17):

O meio de comunicação sensacionalista se assemelha a um neurótico obsessivo, um ego que deseja dar vazão a múltiplas ações transgressoras – que busca satisfação no fetichismo, voyeurismo, sadomasoquismo, coprofilia, incesto, pedofilia, necrofilia – ao mesmo tempo em que é reprimido por um superego cruel e implacável. É nesse pêndulo (transgressão-unição) que o sensacionalismo se apóia. A mensagem sensacionalista é, ao mesmo tempo, imoral-moralista e não limita com rigor o domínio da realidade e da representação.

Perfunctoriamente, a mídia transmite uma falsa percepção de que a única medida que pode ser tomada para sanar o problema do aumento da criminalidade é a criação de leis reprimindo cada vez mais severamente a violência, descartando outros princípios basilares da pena que são a ressocialização e a dignidade da pessoa humana.

Devido a essa comoção social e midiática foi sancionada, pelo então Presidente Fernando Collor de Melo, no dia 26 de julho de 1990, a lei 8.072, regulamentando aquilo que estava previsto no artigo 5º, inciso XLIII, da Constituição da República.

2.3 LEI 8.072/90 E SUAS CONSEQUÊNCIAS

Em 25 de julho de 1990, foi publicada a lei 8.072, entrando em vigor na data de sua publicação. Essa lei atribuiu tratamento penal mais severo aos crimes hediondos e aos a eles equiparados.

2.3.1 Espécies de crimes hediondos e assemelhados

O artigo 1º da lei 8.072/90 preceitua que são considerados crimes hediondos: homicídio, quando praticado em atividade típica de grupo de extermínio, ainda que cometido por um só agente, e homicídio qualificado; latrocínio; extorsão qualificada pela morte; extorsão mediante sequestro e na forma qualificada; estupro; estupro de vulnerável; epidemia com resultado morte; falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais e genocídio previsto nos arts. 1º, 2º e 3º da Lei nº 2.889/56.

A Constituição Federal equiparou aos crimes hediondos a tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo, atribuindo-lhes o mesmo tratamento conferido aqueles.

2.3.1.1 Homicídio, quando praticado em atividade típica de grupo de extermínio, ainda que cometido por um só agente, e homicídio qualificado

O homicídio foi inserido no rol dos crimes definidos como hediondos a partir do dia 07 de outubro de 1994, data em que entrou em vigor a lei 8.930. Essa lei foi elaborada em um momento de muita comoção social, em virtude da morte da atriz Daniela Perez, em dezembro de 1992, brutalmente assassinada pelo também ator Guilherme de Pádua. Esse foi mais um caso de lei criada em um momento de tensão e emoção, onde uma campanha liderada pela escritora Glória Perez, mãe da atriz assassinada, teve papel determinante na sua edição. Dissertando sobre o assunto, Silva (2007, p 166) dispõe que:

A Lei dos Crimes Hediondos confirma tendência da última década de adoção de política criminal mais repressiva do Estado com o fim de mostrar sua eficiência e capacidade de oferecer segurança à população, por seu poder de punir. E, também, a força da mídia no nosso meio, tanto que, quando uma intensa campanha foi feita, com o apoio da mídia, a proposta de inclusão do homicídio qualificado no rol dos crimes hediondos foi votada e aprovada, com a edição e promulgação da Lei 8.930, de 06.06.1994.

Com o advento da lei 8.930/94 o homicídio passou a fazer parte do rol taxativo dos crimes hediondos. No entanto, o legislador não inseriu todas as figuras do homicídio no rol de delitos tipificados como hediondos, de modo que nem sempre

o homicídio poderá ser considerado hediondo. O Código Penal tipifica no artigo 121 as formas de homicídios, são eles: simples, privilegiado, qualificado e culposo.

Estabelece a Lei dos Crimes Hediondos que, somente será considerado crime hediondo, o homicídio simples, quando praticado em atividade típica de grupo de extermínio, ainda que cometido por um só agente, e o homicídio qualificado. Portanto, o homicídio simples só será considerado hediondo quando praticado em atividade típica de grupo de extermínio, ainda que cometido por um só agente. Depreende-se do pensamento de Nucci (2010a, p. 670) que essa possibilidade não é possível, haja vista que toda vez que o homicídio simples é praticado em atividade típica de grupo de extermínio, transforma-se este em homicídio qualificado em virtude da torpeza da conduta do agente.

Com relação ao homicídio qualificado, todas as hipóteses previstas no artigo 121, § 2º, I a V do CP configurarão crime hediondo. Ocorre o homicídio qualificado, quando o agente pratica o delito nas seguintes hipóteses: mediante paga ou promessa de recompensa, ou por outro motivo torpe; por motivo fútil; com emprego de veneno, fogo, explosivo, asfixia, tortura ou outro meio insidioso ou cruel, ou que possa resultar perigo comum; a traição, de emboscada, ou mediante dissimulação ou outro recurso que dificulte ou torne impossível a defesa do ofendido; para assegurar a execução, a ocultação, a impunidade ou vantagem de outro crime.

Alguns doutrinadores falam a respeito da possibilidade ou não do homicídio privilegiado-qualificado configurar um crime hediondo. A corrente predominante preceitua que não será possível enquadrar no rol dos crimes hediondos a figura do homicídio privilegiado-qualificado, conforme ratifica Nucci (2010a, p. 671), em suas precisas palavras:

Temos sustentado ser inviável a classificação de hediondez envolver um homicídio privilegiado, ainda que também possua circunstância qualificadora. Há dois motivos fundamentais para afastar essa possibilidade. O primeiro diz respeito à tipicidade. O § 1º do artigo 121 (circunstâncias de diminuição de pena) não foi mencionado no artigo 1º, I, desta lei. Fala-se somente de homicídio simples, "quando praticado em atividade típica de grupo de extermínio" (o que já sustentamos ser impossível), bem como nas hipóteses de homicídio qualificado (§ 2º, I, II, III, IV e V). O segundo refere-se à natureza das circunstâncias previstas no § 1º, que são todas pertinentes à motivação do agente (motivo de relevante valor social ou moral e sob domínio de violenta emoção logo após injusta provocação da vítima). Por isso, quando se configura o homicídio privilegiado-qualificado, exige-se que a qualificadora, a harmonizar-se com uma dessas três motivações do § 1º, tenha caráter objetivo – jamais subjetivo.

Esta questão do homicídio privilegiado-qualificado é de suma importância, haja vista o tratamento mais severo dispensado aos crimes hediondos.

2.3.1.2 Latrocínio

O delito de latrocínio está tipificado no artigo 157, §3º, 2ª parte, do CP. Constitui um crime qualificado pelo resultado morte, onde a conduta precípua do agente é a prática do roubo, no entanto, a vontade de matar ou o risco da produção do resultado morte ou o exagero da violência empregada resultando na morte da vítima, advém no decorrer do cometimento do crime. Nesse sentido Greco (2009, p. 84) esclarece que: "Assim, se durante a prática do roubo, em virtude da violência empreendida pelo agente, advier a morte – dolosa ou mesmo culposa – da vítima, poderemos iniciar o raciocínio correspondente ao crime de latrocínio, consumado ou tentado".

O agente que praticar o delito de roubo acarretando uma lesão corporal grave na vítima, embora seja crime qualificado pelo resultado não será considerado hediondo.

O artigo 9º da lei 8.072/90 determina uma causa de aumento de pena, no entanto, este artigo remete a outro do Código Penal que foi revogado pela lei 12.015/2009, não podendo ser mais aplicado.

2.3.1.3 Extorsão qualificada pela morte e mediante sequestro

O artigo 158, § 2º, do CP preceitua o crime de extorsão qualificada pelo resultado morte. O mesmo raciocínio desenvolvido anteriormente para o crime de latrocínio serve para o estudo do delito da extorsão, possuindo este as mesmas qualificadoras daquele, que são a morte e a lesão corporal, sendo somente a primeira causa a tipificar a conduta como sendo crime hediondo.

Capez (2006, p. 178) ensina que o delito de extorsão se assemelha muito ao de roubo, os dois colidem com o mesmo bem jurídico, fazendo a diferenciação da seguinte forma: “Se a vítima pratica um ato que o agente poderia realizar em seu lugar, o crime é de roubo (entrega da carteira) se a vítima pratica um ato que o agente não poderia cometer em seu lugar, o crime é de extorsão (preenchimento de um cheque ou de um cambial)”. O artigo 9º da lei dos crimes hediondos também previu a causa de aumento de pena para o presente delito, no entanto, conforme foi elucidado anteriormente este dispositivo não é mais aplicável.

Após a promulgação da lei 11.923/2009, que acrescentou o §3º ao artigo 158 do CP, surgiu uma discussão no meio jurídico acerca da possibilidade de se considerar crime hediondo a extorsão consistente em sequestro relâmpago e a sua forma qualificada pela lesão corporal de natureza grave ou morte, no entanto, esta discussão não merece prosperar, tendo em vista que o critério adotado pela lei 8.072/90 para classificação do crime como hediondo é o legal, onde só mediante expressa determinação em lei poderá alterar ou inserir algum delito no seu rol.

O artigo 159 do CP prevê o crime de extorsão mediante sequestro, trata-se de um crime complexo, em virtude da conjugação de mais de uma figura típica, onde o sequestro é utilizado como meio para se conseguir alguma vantagem.

Todas as formas de extorsão mediante sequestro são consideradas hediondas, seja simples ou qualificada.

2.3.1.4 Estupro e estupro de vulnerável

O crime de estupro está previsto no artigo 213 do CP, recentemente alterado pela lei 12.015/2009, que unificou na figura do estupro o delito de atentado violento ao pudor.

A lei dos crimes hediondos prescreve em seu artigo 1º, V, que se considera crime hediondo o estupro na sua forma simples (art. 213, *caput*, do CP), bem como nas suas formas qualificadas pelo resultado (§§ 1º e 2º). Já o crime de estupro de vulnerável, está descrita no artigo 217-A do CP, que foi acrescentada pela lei 12.015/2009.

Na figura típica do estupro de vulnerável ocorre a junção do estupro com o atentado violento ao pudor, sem menção a presunção de violência, que passou a fazer parte do tipo penal. Sobre o assunto, Delmanto *et al.* (2010, p. 704-705) estabelece que:

Trata-se este art. 217-A de um tipo especial de estupro, voltado a proteção do menor de 14 anos. Com a revogação do antigo art. 224 do CP, que previa para essa hipótese a chamada presunção de violência, objeto de inúmeras discussões (principalmente se ela era relativa ou absoluta), basta, agora, para configuração desse grave crime que a vítima tenha menos de 14 anos e o agente saiba dessa circunstância. Observe-se que, ao contrário do artigo 213, neste artigo 217-A não é necessário que haja constrangimento da vítima mediante violência ou grave ameaça, mesmo porque o seu eventual consentimento, para fins penais, não é válido.

Portanto, não existe mais a necessidade de se discutir a questão da violência presumida, haja vista que para consumação do presente delito é prescindível saber se houve ou não consentimento da vítima, se houve violência de fato ou presumida, basta haver a conjugação carnal ou a prática de ato libidinoso contra menor de 14 (catorze) anos para estar configurado o crime de estupro de vulnerável

2.3.1.5 *Epidemia com resultado morte*

O crime de causar epidemia está previsto no artigo 267 do CP, neste artigo quis o legislador proteger a incolumidade pública. Apenas é considerado hediondo a figura prevista no artigo 267, §2º, do CP, que se refere ao crime de epidemia qualificada pelo resultado morte. Trata-se de um crime preterdoloso, conforme preceitua Capez (2006, p. 181) "Trata-se de crime preterdoloso. Há dolo no crime antecedente (epidemia) e culpa no crime conseqüente (morte)". Mesmo ocorrendo a morte de uma só pessoa, estará configurada a figura qualificada do artigo 267, §2º, do CP.

2.3.1.6 Falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais

A Lei 9.695/98 inseriu o delito de falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais no rol dos crimes hediondos.

Essa lei é mais um exemplo de como o legislador age por impulso em momentos em que é estourado algum escândalo, como foi o caso da falsificação dos medicamentos que estavam sendo expostos nas prateleiras de várias farmácias localizadas pelo país, como por exemplo: o Microvlar de farinha (anticoncepcional).

Em razão da rapidez que foi elaborada a presente lei, o legislador além de tratar mais severamente a conduta do agente se comparada a outras sanções que se destinam a crimes mais graves, não observou a desproporcionalidade entre os delitos mais graves e os menos graves previstos dentro do próprio artigo 273, caput, §1º, §1º-A e §1º-B, atribuindo a mesma reprimenda a ambos, conforme estabelece Nucci (2010a, p. 676):

Não há sentido em se punir um crime de perigo, embora grave, com pena superior a muitos delitos de dano (como o homicídio simples, o estupro, o roubo, a extorsão mediante sequestro etc.). Por outro lado, arranha-se, ainda, o princípio constitucional da individualização da pena, prevendo-se um estreito caminho para o magistrado fixar a pena justa – entre dez e quinze anos – quando o certo seria uma variação bem mais ampla, mormente cuidando-se de delito contendo variadas formas de realização, algumas nitidamente mais graves que outras. Sob determinados aspectos, segundo nos parece, o crime, em função da pena prevista, torna-se risível. A falsificação de cosméticos (art. 273, §1º-A, CP) também está sujeita a dez anos de reclusão, o que não tem o menor sentido. Pensamos que deve ser punida essa conduta, mas não com a penalidade no patamar atual. Por isso, melhor refletindo, atualmente cremos que a ferida ao princípio da proporcionalidade é grave, tornando algumas formas do tipo penal do art. 273, se aplicadas à risca, inconstitucionais.

Nota-se que o legislador não se cerca da prudência necessária no momento de elaboração das normas, tendo, como única e exclusiva intenção, mostrar a sociedade que o Estado está atuando, mesmo que essa atuação ocorra de forma equivocada.

2.3.1.7 Genocídio

O artigo 1º, parágrafo único, da lei 8.072/90 preceitua que o genocídio está inserido no rol dos delitos classificados como hediondos.

A lei 2.889/56 trata do crime de genocídio, prescrevendo em seu artigo 1º:

Quem, com a intenção de destruir, no todo ou em parte, grupo nacional, étnico, racial ou religioso, como tal: a) matar membros do grupo; b) causar lesão grave à integridade física ou mental de membros do grupo; c) submeter intencionalmente o grupo a condições de existência capazes de ocasionar-lhe a destruição física total ou parcial; d) adotar medidas destinadas a impedir os nascimentos no seio do grupo; e) efetuar a transferência forçada de crianças do grupo para outro grupo;
Será punido: Com as penas do art. 121, §2º, do Código Penal, no caso da letra a; Com as penas do art. 129, §2º, no caso da letra b; Com as penas do art. 270, no caso da letra c; Com as penas do art. 125, no caso da letra d; Com as penas do art. 148, no caso da letra e.

Como se verifica pela leitura do artigo supramencionado, trata-se de um crime contra a humanidade, que reprime não só o ato de matar, mas também outros atos lesivos praticados contra grupos de pessoas. É uma norma penal incompleta, pois não traz em seu tipo penal a parte secundária, remetendo a determinação da pena a ser aplicada ao Código Penal.

Os artigos 2º e 3º, da lei 2.889/56, prevêm outras figuras do crime de genocídio, que são a associação e a incitação para a prática do presente delito.

O Estatuto de Roma, mais conhecido como Tribunal Penal Internacional, promulgado pelo Decreto nº 4.388/2002, também regulamenta o crime de genocídio, sendo o Brasil signatário desse estatuto, conforme se depreende do art. 5º, §4º, da CF: "O Brasil se submete à jurisdição do Tribunal Penal Internacional a cuja criação tenha manifestado adesão". No entanto, a aplicação da competência definida no presente Estatuto, se dará de forma complementar a da ordem interna, conforme dispõe o artigo 17:

Art. 17º

Questões relativas à admissibilidade

[...]

2 - A fim de determinar se há ou não vontade de agir num determinado caso, o Tribunal, tendo em consideração as garantias de um processo equitativo reconhecidas pelo direito internacional, verificará a existência de uma ou mais das seguintes circunstâncias: a) O processo ter sido instaurado ou estar pendente ou a decisão ter sido proferida no Estado com

o propósito de subtrair a pessoa em causa à sua responsabilidade criminal por crimes da competência do Tribunal, nos termos do disposto no artigo 5.º; b) Ter havido demora injustificada no processamento a qual, dadas as circunstâncias, se mostra incompatível com a intenção de fazer responder a pessoa em causa perante a justiça; c) O processo não ter sido ou não estar a ser conduzido de maneira independente ou imparcial, e ter estado ou estar a ser conduzido de uma maneira que, dadas as circunstâncias, seja incompatível com a intenção de fazer responder a pessoa em causa perante a justiça. 3 - A fim de determinar se há incapacidade de agir num determinado caso, o Tribunal verificará se o Estado, por colapso total ou substancial da respectiva administração da justiça ou por indisponibilidade desta, não estará em condições de fazer comparecer o arguido, de reunir os meios de prova e depoimentos necessários ou não estará, por outros motivos, em condições de concluir o processo.

Portanto, somente nos casos previstos no artigo 17 do Estatuto de Roma, é que a ardem interna cederá à competência ao Tribunal Penal Internacional para julgar os indivíduos que cometerem o crime de genocídio.

2.3.1.8 Crimes equiparados

O artigo 5º, XLIII, da CF, determina que a prática da tortura, do tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e do terrorismo, deverá ter o mesmo tratamento dado aos crimes hediondos, por serem crimes que possuem um alto grau de lesividade a sociedade.

Ratificando o que havia sido previsto na Constituição Federal de 1988, o legislador ordinário ao elaborar a lei dos crimes hediondos, prescreveu no artigo 2º a equiparação de tratamento, dispondo “Os crimes hediondos, a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo são insuscetíveis de [...]”.

2.3.2 As conseqüências da hediondez

2.3.2.1 Insuscetibilidade de anistia, graça e indulto

O artigo 107, inciso II, do CP, determina que extingue-se a punibilidade pela concessão da anistia, graça ou indulto. Nucci (2010a, p. 679) define a anistia, a graça e o indulto da seguinte forma:

Anistia – é a declaração pelo poder público de que determinados fatos se tornam impunes por razões de utilidade social. A anistia é o perdão estatal concedido pelo poder legislativo, através da edição de lei Federal; **Graça** – é o perdão estatal concedido pelo Presidente da República, por decreto, a determinado condenado, em tese respeitadas as razões de utilidade social; **Indulto** – é a clemência estatal, concedida pelo Presidente da República, por decreto, a um número indeterminado de condenados, levando-se em conta requisitos objetivos e subjetivos, conforme o caso.

Fazendo uma diferenciação entre os três institutos, conclui-se que a anistia se aplica ao fato, enquanto que a graça e o indulto se aplicam às pessoas.

A doutrina majoritária entende que a graça é uma espécie de indulto individual, por isso, quando o legislador no artigo 5º, inciso XLIII, da CF, determinou a insuscetibilidade da concessão da graça e da anistia aos que cometerem os crimes definidos como hediondos e seus equiparados, não mencionou o indulto por se tratar do mesmo instituto da graça, diferenciando apenas em alguns aspectos, como explica Nucci (2010a, p. 679):

Na prática, entretanto, há muitos beneficiários de graça que nada fizeram de especial para receber a benesse. Cuida-se, apenas e tão somente, de uma forma de indulto, por isso é considerado o indulto individual. Tanto é verdade que, dentre as atribuições do Presidente da República, prevista no artigo 84, XII, da CF, está a possibilidade de conceder indulto, não se mencionando a graça. Não há necessidade, pois cuida-se do mesmo instituto. Se o perdão é voltado a uma pessoa específica chama-se graça, se abrange um número indeterminado de pessoas, indulto.

O artigo 2º, inciso I, da lei 8.072/90, prescreve que será insuscetível a concessão de anistia, graça e indultos para aqueles que vierem a cometer os crimes definidos como hediondos e seus equiparados. Portanto, a lei expressamente previu a insuscetibilidade da concessão do indulto para os crimes hediondos e equiparados.

2.3.2.2 Fiança

O artigo 5º, XLIII, prescreve que os crimes hediondos e equiparados são inafiançáveis, não mencionando a liberdade provisória. O artigo 2º, II, da lei 8.072/90, inicialmente previa a impossibilidade da concessão de fiança e da liberdade provisória, no entanto, com a entrada em vigor da lei 11.464/2007, que deu nova redação a esse inciso, foi revogada a parte que vedava a liberdade provisória.

Devido a essa alteração promovida pela lei 11.464/2007, a doutrina e parte dos tribunais vêm entendendo que poderá ser concedida a liberdade provisória nos crimes hediondos e equiparados, haja vista que o CPP e a nova lei da prisão cautelar (lei 12.403/2011) preceituam a excepcionalidade da prisão no ordenamento jurídico brasileiro e a necessidade de fundamentação das decisões que determinem algumas das formas de prisão processual.

A sexta turma do STJ em alguns precedentes vem entendendo que não há óbice a concessão da liberdade provisória sem fiança nos crimes hediondos e equiparados, conforme se verifica na leitura da seguinte ementa, proferida no julgamento do Habeas Corpus nº 91775 RS 2007/0234411-2:

PROCESSUAL PENAL - HABEAS CORPUS - TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTE - NULIDADE - PRISÃO EM FLAGRANTE - LIBERDADE PROVISÓRIA - CRIME EQUIPARADO A HEDIONDO - NECESSIDADE DE FUNDAMENTAÇÃO - GRANDE QUANTIDADE DE ENTORPECENTES - NECESSIDADE DE GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA - ORDEM DENEGADA.1- A vedação da liberdade provisória não pode estar fundamentada apenas na gravidade abstrata do crime.2- A proibição da liberdade provisória com fiança não compreende a da liberdade provisória sem a fiança.3- A Lei 11.464/07 não impede a concessão da liberdade provisória nos crimes hediondos, sendo de natureza geral em relação a todos os crimes dessa natureza.11.4644- Havendo constatação de grande quantidade de entorpecentes apreendidos, verifica-se a necessidade de manutenção da custódia cautelar, para garantia da ordem pública.5- A apreensão de drogas realizada no interior de estabelecimento comercial de propriedade do próprio acusado, além da possibilidade concreta de reiteração criminosa, oriunda da existência de outros processos criminais em curso contra ele, são circunstâncias que recomendam a manutenção da custódia provisória.6- Ordem denegada. (STJ, HC 91775 RS 2007/0234411-2. T6 – 6ª Turma. Ministra JANE SILVA (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/MG). Julgado em 24 fev. 2008.)

Nesse mesmo sentido preceitua Nucci (2010a, p. 680/681):

Com a edição da lei 11.464/2007, suprimiu-se a proibição à concessão de liberdade provisória, sem fiança. Passa a ser, pois, autorizado o seu deferimento pelo magistrado, naturalmente, se não estiverem presentes os requisitos para a prisão preventiva.

Portanto, apesar dessa questão não ser pacífica, a corrente que preceitua a possibilidade de concessão da liberdade provisória sem fiança para os crimes hediondos e equiparados, estão de acordo com os ditames da CF, que em seu artigo 5º, LXI, determina: "ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei"

2.3.2.3 Progressão de Regime nos crimes hediondos

O artigo 2º, §1º, da lei 8.072/90, estabelece que "A pena por crime previsto neste artigo será cumprida inicialmente em regime fechado", redação dada pela lei 11.464/2007, selando qualquer dúvida acerca da possibilidade da progressão de regime, que anteriormente era vedada.

A redação anterior do artigo 2º, §1º, da Lei dos Crimes Hediondos determinava a obrigatoriedade do cumprimento integral da pena em regime fechado, ferindo assim o princípio constitucional explícito da individualização da pena, que preconiza "A lei regulará a individualização da pena [...]" (art. 5º, XLVI, da CF).

Esclarece Delmanto et al. (2010, p. 211-212):

Com efeito, o sistema progressivo de cumprimento de pena, além do sistema de sanções e recompensas adotado pela LEP, é o maior instrumento de que o Direito Penal pode lançar mão pra buscar a reintegração social do condenado, estimulando o bom comportamento, o trabalho, a higiene etc., em prol da própria sociedade, mesmo porque um dia ele será solto. Tudo isto deixaria de existir se não se diferenciasse, como pretendia o mencionado dispositivo legal, o preso que se comporta exemplarmente daquele que comete faltas graves com frequência. Se fosse aceito o regime fechado integral, restariam tolhidos todos os estímulos e esperanças dos condenados que ficariam indiscriminadamente marginalizados, violando-se os princípios da igualdade, humanidade das penas e busca da ressocialização, que se lastreiam no valor da dignidade do ser humano, inerente a um Estado Democrático de Direito.

Em relação ao quantum de pena que o condenado terá que cumprir no regime anterior para fazer jus à progressão de regime nos crimes hediondos e equiparados, o artigo 2º, §2º, da Lei 8.072/90, fixou prazo diferenciado do previsto no artigo 112, da LEP, que é de 1/6 (um sexto) da pena no regime anterior, determinando que "A progressão de regime, no caso dos condenados aos crimes previsto 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 reincidentes”.

Com relação à reincidência nos crimes hediondos existe questão que causa grande divergência no âmbito doutrinário e jurisprudencial, quanto a questão de a lei exigir ou não que seja uma reincidência específica.

O artigo 63, do Código Penal, traz o conceito do que seria reincidência, estabelecendo que “verifica-se a reincidência quando o agente comete novo crime depois de transitar em julgado a sentença que, no país ou no estrangeiro, o tenha condenado por crime anterior”. Verifica-se a reincidência específica, quando o indivíduo comete um crime, vindo a ser condenado com o trânsito em julgado da decisão e, posteriormente, no prazo de cinco anos, comete uma nova infração da mesma natureza que a anterior.

Entende a doutrina majoritária que se o legislador quisesse se referir a reincidência específica teria feito expressamente. Sobre o assunto, Nucci (2010a, p. 683) se posiciona:

Note-se o contraste: o Juiz da condenação, percebendo que determinado réu já fora condenado por roubo, com trânsito em julgado, tornando a praticar outro crime, nos cinco anos após o referido trânsito em julgado, agora delito hediondo, houve pro bem elevar sua pena, em face da agravante da reincidência (art. 61, I, CP). Muito justo que, durante a execução da pena, esse sentenciado possa progredir somente quando completar 3/5 de sua pena, pois não é primário, mas reincidente, situação já levada em conta na aplicação da pena. Se a tese do subsistema prevalecesse, teríamos o réu condenado com agravante, por ser reincidente, mas progredindo ao atingir 2/5, por ser considerado “primário” na execução penal.

Assim sendo, o condenado por crime hediondo que for reincidente, só fará jus a progressão de regime quando cumprir 3/5 (três quintos) de sua pena.

2.3.2.4 Apelo em liberdade

O artigo 2º, §3º, da Lei dos Crimes Hediondos, prescreve que “em caso de sentença condenatória, o Juiz decidirá fundamentadamente se o réu poderá apelar em liberdade”. Pelo que se depreende da leitura do presente dispositivo e em face do princípio da presunção de inocência, consagrado no artigo 5º, LVII, CF, o Juiz

poderá manter o acusado em liberdade, desde que seja devidamente fundamentada sua decisão.

Portanto, é possível que o réu possa apelar em liberdade, desde que os fatos analisados pelo Juiz, no caso concreto, o autorizem para fundamentar esta decisão.

2.3.2.5 Prazo da prisão temporária

Távora e Alencar (2010, p. 540), em suas precisas palavras, conceituam o que seria a prisão temporária: “A temporária é a prisão de natureza cautelar, com prazo preestabelecido de duração, cabível exclusivamente na fase do inquérito policial, objetivando o encarceramento em razão das infrações seletamente indicadas na legislação”.

O artigo 1º, da lei nº 7.960/89, determina as hipóteses em que será cabível a decretação da prisão temporária, que são as seguintes:

Art. 1º [...]: I – imprescindibilidade para as investigações do inquérito policial; II – indiciado não tem residência fixa ou não fornece elementos para sua identificação; e III – quando houver fundadas razões, de acordo com qualquer prova admitida na legislação penal, de autoria ou participação do indiciado nos seguintes crimes relacionados: homicídio doloso, sequestro ou cárcere privado, roubo, extorsão, extorsão mediante sequestro, estupro, epidemia com resultado morte, envenenamento de água potável ou substância alimentícia ou medicinal qualificado pela morte, quadrilha ou bando, genocídio, tráfico de drogas, crimes contra o sistema financeiro e os crimes hediondos e assemelhados.

O artigo 2º, §4º, da Lei dos Crimes Hediondos, elevou o prazo da prisão temporária prevista na lei 7.960/89, que é de cinco dias prorrogável por mais cinco, estabelecendo que “a prisão temporária, sobre qual dispõe a lei n. 7.960, de 21 de dezembro de 1989, nos crimes previstos neste artigo, terá o prazo de 30 (trinta) dias, prorrogável por igual período em caso de extrema e comprovada necessidade”.

Portanto, a Lei 8.072/90 elevou o prazo da temporária de 5 (cinco) para 30 (trinta dias), para os crimes hediondos e assemelhados, prevendo a hipótese de prorrogação por igual período, desde que seja comprovado a extrema necessidade da medida.

2.3.2.6 *Livramento condicional*

O livramento condicional é o instituto mediante o qual o condenado poderá cumprir o restante de sua pena em liberdade, desde que preencha os requisitos de ordem subjetiva e objetiva presentes no artigo 83 do CP, mediante o cumprimento de determinadas condições.

A Lei dos Crimes Hediondos determinou a inserção do inciso V, no artigo 83, do CP, mediante o qual foi fixado um prazo maior para que o condenado possa receber o livramento condicional, conforme se depreende da leitura do presente inciso: “cumprido mais de 2/3 (dois terço) da pena, nos casos de condenação por crime hediondo, prática de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, e terrorismo, se o apenado não for reincidente específico em crimes dessa natureza”.

Portanto, verifica-se que para os crimes hediondos e assemelhados é necessário que o condenado cumpra mais de 2/3 (dois terço) da pena para que possa receber o benefício do livramento condicional e, ainda, que não seja reincidente específico em crimes dessa natureza, ou seja, que o agente não venha a cometer crime hediondo ou equiparado, após já ter sido condenado anteriormente, com trânsito em julgado, pelo cometimento de crime hediondo ou equiparado.

2.3.2.7 *Quadrilha ou bando*

O artigo 8º, da lei 8.072/90, determina que “será de 3 (três) a 6 (seis) anos de reclusão a pena prevista no artigo 288 do Código Penal, quando se tratar de crimes hediondos, prática de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins ou terrorismo”. Não quis o presente artigo instituir uma nova figura típica, e sim alterar a pena atribuída ao crime de quadrilha ou bando previsto no CP, de um a três anos para três a seis, quando se tratar de crimes hediondos e assemelhados.

O parágrafo único do artigo em tela menciona a possibilidade da delação premiada quando a quadrilha ou bando se voltar à prática de crimes hediondos ou equiparados (exceto a extorsão mediante sequestro que possui forma de delação premiada específica), que ocorre quando o participante e o associado denuncia à

autoridade o bando ou quadrilha, possibilitando seu desmantelamento, possuindo como recompensa a redução da pena de 1 (um) a 2/3 (dois terço).

A delação premiada no crime de extorsão mediante sequestro está prevista no artigo 7º, da Lei dos Crimes Hediondos, que acrescentou o §4º, ao artigo 159, do CP, determinando que "se o crime é cometido por quadrilha ou bando, o co-autor que denunciá-lo à autoridade, facilitando a libertação do seqüestrado, terá sua pena reduzida de 1 (um) a 2/3 (dois terço)".

3 PENAS PRIVATIVAS DE LIBERDADE

Hodiernamente, no ordenamento jurídico brasileiro, a pena privativa de liberdade é a forma mais severa de punição imposta pelo Estado para os que de forma comissiva ou omissiva vierem a praticar delitos. O Estado exerce seu *ius puniendi* para impor aos cidadãos o cumprimento das leis vigentes. No entanto, nem sempre foi assim. No início as penas tinham um caráter mais retributivo, atingindo diretamente o corpo do infrator, no entanto, com o passar do tempo, a questão da prevenção, atrelada a ressocialização, foi sendo inserida no contexto da finalidade da pena. O ordenamento jurídico brasileiro adota a teoria mista, onde a finalidade da pena é retribuir e ao mesmo tempo prevenir o crime, conforme se depreende do artigo 59 do Código Penal.

Este mesmo artigo assevera que aplicação da pena ocorrerá em três fases, na primeira delas o juiz fixará a pena-base, logo em seguida incidirão as circunstâncias atenuantes e agravantes e, por fim, serão calculadas as causas de aumento e diminuição da pena. Após fazer o cálculo da pena, o magistrado deverá fixar o regime de cumprimento da sanção (*quantum* de pena + circunstâncias do artigo 59 do CP) que poderá ser o fechado, o semiaberto e o aberto. Fixado um regime mais severo, o condenado poderá progredir para um regime mais brando, desde que preencha os requisitos estabelecidos no Código Penal.

3.1 ORIGEM DAS PENAS

Precisar o local e a data em que tenham surgido os primeiros vestígios da noção de punição é uma tarefa muito árdua, haja vista que desde os primórdios já existia alguma forma de pena, conforme estabelece Bitencourt (2010, p. 505):

A origem da pena é muito remota, perdendo-se na noite dos tempos, sendo tão antiga quanto a história da humanidade. Por isso mesmo é muito difícil situá-la em suas origens. Quem quer que se proponha a aprofundar-se na História da pena corre o risco de equivocar-se a cada passo. As contradições que se apresentam são dificilmente evitadas, uma vez que o campo encontra-se cheio de espinhos. Por tudo isso, não é uma tarefa fácil.

Na Antiguidade não se verificou a existência da pena privativa de liberdade, a restrição da liberdade do indivíduo era utilizada apenas para custódia, durante o período em que o réu ficava aguardando sua condenação, com o fim de se evitar a fuga do indivíduo antes de seu julgamento. Existiu nessa época também, a chamada prisão por dívida, onde o devedor era retido até que saldasse suas dívidas. As punições se davam de forma aflitiva e infamante, onde o corpo do condenado era que respondia por seus atos, esgotando-se com a morte.

Na Idade média, também não se vislumbrou a existência da pena privativa de liberdade, continuando a privação de liberdade a ter como finalidade apenas a custódia do réu, onde após a condenação eram aplicadas penas cruéis a serem executadas em forma de espetáculo, desde a mutilação de membros até a morte do condenado, nas mais diversas formas. Conforme narra Foucault (2000, p. 09) sobre uma execução ocorrida em 1757:

[Damiens fora condenado, a 2 de março de 1757], a pedir perdão publicamente diante da porta principal da Igreja de Paris [aonde devia ser] levado e acompanhado numa carroça, nu, de camisola, carregando uma tocha de cera acesa de duas libras; [em seguida], na dita carroça, na praça de Grève, e sobre um patíbulo que aí será erguido, atenazado nos mamilos, braços, coxas, e barrigas das pernas, sua mão direita segurando a faca com que cometeu o dito parricídio, queimada com fogo de enxofre, e às partes em que será atenazado se aplicarão chumbo derretido, óleo fervente, piche em fogo, cera e enxofre derretidos conjuntamente, e a seguir seu corpo será puxado por quatro cavalos e seus membros e corpo consumidos ao fogo, reduzidos a cinzas, e suas cinzas lançadas ao vento. Finalmente foi esquartejado [relata a *Gazette d'Amsterdam*]. Essa última operação foi muito longa, porque os cavalos utilizados não estavam afeitos à tração; de modo que, em vez de quatro, foi preciso colocar seis; e como isso não bastasse, foi necessário, para desmembrar as coxas do infeliz, cortar-lhe os nervos e retalhar-lhe as juntas. Afirma-se que, embora ele sempre tivesse sido um grande praguejador, nenhuma blasfêmia lhe escapou dos lábios; apenas as dores excessivas faziam-no dar gritos horríveis, e muitas vezes repetia: 'Meu Deus, tende piedade de mim; Jesus, socorrei-me'.

Na Idade Moderna, começa a surgir a pena privativa de liberdade como forma de cumprimento de pena, em face do cenário social e político que assombrava a Europa, onde houve um grande aumento da criminalidade. Surgem nessa época as *houses of correction*, conhecida como casa de correção ou bridwells, posteriormente surgem as *workhouses*, conhecidas como casas de trabalho, entre outras.

Nessa época, principalmente no século XVIII, no período em que os ideais iluministas pairavam sobre a sociedade europeia, houve uma mudança no que se refere às características relativas à aplicação das penas, ocorrendo certa

humanização das sanções impostas pelo Estado. Principal precursor desses ideais, Beccaria (2011, p. 54) prescrevia: “Uma pena, para ser justa, precisa ter apenas o grau de rigor suficiente para afastar os homens da senda do crime. Ora, não existe homem que hesite entre o crime, apesar das vantagens que este seje, e o risco de perder para sempre sua liberdade”.

A pena com o passar do tempo foi evoluindo, no entanto, essa evolução nem sempre leva a caminhos prósperos. A conjectura atual das penas no Brasil dá ênfase a penas mais severas, onde sua elaboração, na maioria das vezes, ocorre em momentos de grande comoção social, não tendo, o legislador, a prudência necessária para criar tipos penais que venham a aplicar reprimendas justas e necessárias.

3.2 FINALIDADE DAS PENAS

Existem algumas teorias que estabelecem qual a finalidade da pena imposta pelo Estado ao indivíduo que transgredir as normas vigentes à época do fato.

A primeira delas é a teoria absolutista (retribucionista ou retribuição), que atribui à pena a função meramente retributiva, onde o Estado só deve se preocupar em punir, retribuindo o mal produzido pela conduta do delinquente. Essa teoria sofre severas críticas, haja vista que a única função da pena seria se vingar do criminoso, retribuindo o mal pelo mal. Ensina Delmanto et al. (2010, p. 206):

A nosso ver, ter como fundamento da pena a retribuição do mal causado (o delito) com um outro mal (a inflição da pena) – o que como visto na rubrica acima, é algo praticamente atávico do ser humano, atrelado a vingança -, afigura-se, cada vez mais, teoricamente insustentável, por diversas razões.

A segunda teoria é a relativa (utilitária ou utilitarista), que atribui a pena um fim exclusivamente prático, baseando-se exclusivamente na prevenção, seja ela geral ou especial. Sobre o assunto, explica Greco (2008, p. 490):

A prevenção geral pode ser estudada sob dois aspectos. Pela prevenção geral negativa, conhecida também pela expressão *prevenção por intimidação*, a pena aplicada ao autor da infração penal tende a refletir junto à sociedade, evitando-se, assim, que as demais pessoas, que se encontram

com os olhos voltados na condenação de um de seus pares, reflitam antes de praticar qualquer infração penal. [...] Existe, outrossim, outra vertente da prevenção geral tida como positiva. Paulo de Sousa Queiroz preleciona que, "para os defensores da prevenção integradora ou positiva, a pena presta-se não à prevenção negativa de delitos, demovendo aqueles que já tenham incorrido na prática de delito; seu propósito vai além disso: infundir, na consciência geral, a necessidade de respeito a determinados valores, exercitando a fidelidade ao direito; promovendo, em última análise, a integração social".

A prevenção especial, a seu turno, também pode ser concebida em seus dois sentidos. Pela prevenção especial negativa existe uma neutralização daquele que praticou a infração penal, neutralização que ocorre com a sua segregação no cárcere. [...] Pela prevenção especial positiva, segundo Roxin, "a missão da pena consiste unicamente em fazer com que o autor desista de cometer futuros delitos". Denota-se, aqui, o caráter ressocializador da pena, fazendo com que o agente medite sobre o crime, sopesando suas conseqüências, inibindo-o ao cometimento de outros.

O *caput*, do artigo 59, do CP, preconiza que o Juiz estabelecerá a pena "[...] conforme seja necessário e suficiente, para prevenção e reprovação do crime". Depreende-se desse artigo, que o CP adotou a teoria mista ou unificadora da pena, haja vista que houve uma conjugação das idéias postuladas pela teoria absoluta e pela teoria relativa, consistindo tanto na retribuição quanto na prevenção (especial e geral) do crime.

3.3 APLICAÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE

3.3.1 Individualização da pena

Existem vários conceitos acerca do que seria individualizar, Nucci (2007, p. 30) traz o seguinte:

[...] Individualizar significa tornar individual uma situação, algo ou alguém, quer dizer particularizar o que 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.

Assim sendo, individualizar a pena é o ato pelo qual o magistrado atribuirá uma reprimenda penal ao indivíduo que transgrediu o ordenamento jurídico de

acordo com as peculiaridades do caso, evitando-se o engessamento da atividade jurisdicional desenvolvida pelo Juiz no momento da aplicação da pena.

O artigo 5º, XLVI, da CF determina que “a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes: [...]”.

A individualização da pena ocorre em três etapas distintas. A primeira delas, conhecida como individualização legislativa, acontece quando o legislador, obedecendo aos princípios inerentes ao Direito Penal, seleciona o bem jurídico a ser protegido, cominando uma sanção ao indivíduo que transgredir o mandamento da lei, estabelecendo uma pena máxima e uma pena mínima ao delito, atribuindo, ainda, critérios para a atuação do Juiz.

A segunda etapa, conhecida como individualização judicial, ocorre quando o Juiz fixa a pena que será imputada ao infrator a partir de critérios descritos na norma penal.

A terceira etapa é a da individualização feita pelo Juiz de execução penal, que como o próprio nome já diz, acontece durante a fase de execução da pena. Sobre o assunto, disserta Bitencourt (2010, p. 661):

Essa orientação, conhecida como individualização, da pena ocorre em três momentos distintos: individualização legislativa – processo através do qual são selecionados os fatos puníveis e cominadas as sanções respectivas, estabelecendo seus limites e critérios de fixação da pena; individualização judicial – elaborada pelo Juiz na sentença, é a atividade que concretiza a individualização legislativa que cominou abstratamente as sanções penais, e, finalmente, individualização executória, que ocorre no momento mais dramático da sanção criminal, que é o seu cumprimento.

A individualização judicial da pena serve para possibilitar ao julgador, diante do caso concreto, impor uma sanção que seja “[...] necessária e suficiente para prevenção e reprovação do crime” (art. 59, do CP), evitando-se a padronização das penas, ocorrendo esta quando é atribuída ao Juiz a função, única e exclusiva, de aplicar a sanção, sem ter um mínimo de discricionariedade para valorar os fatos e o infrator.

3.3.2 Cálculo da pena

Determina o artigo 68, do CP, que a pena será aplicada observando três fases distintas, a primeira delas ocorrerá quando o julgador fixa a pena-base, logo em seguida, na segunda fase, incidirá as circunstâncias atenuantes e as agravantes e, por último, ocorrerá a terceira fase, que é quando serão computadas as causas de aumento e diminuição de pena.

Na primeira fase, o Juiz atendendo ao que prescreve o artigo 68, do CP, fixará a pena-base, analisando as circunstâncias judiciais dispostas no artigo 59 do mesmo diploma legal.

Nessa fase o Julgador selecionará dentre as figuras típicas vigentes a época do fato, aquela que subsumir especificamente a conduta perpetrada pelo agente, haja vista que o ordenamento jurídico brasileiro adotou a teoria da ação, onde o artigo 4º, do CP, estabelece que “considera-se praticado o crime no momento da ação ou omissão, ainda que outro seja o momento do resultado” e que “não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal” (art. 1º, do CP – Princípio da legalidade).

Depois de estabelecer qual fato típico cometeu o indivíduo, o Juiz analisará também, se a conduta deste é antijurídica e culpável.

Em seguida, o magistrado fixará a pena-base, respeitando o limite imposto na parte secundária da norma penal (pena máxima - pena mínima), atendendo as circunstâncias enumeradas no artigo 59, do CP, que são: à culpabilidade, os antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e conseqüências do crime, e ao comportamento da vítima.

Depois de fixada a pena-base, o magistrado passará a segunda fase. Nesta incidirão as circunstâncias atenuantes e agravantes, também chamadas de circunstâncias legais.

Os artigos 61 e 62, do CP, estabelecem as circunstâncias judiciais agravantes, preconizando que:

Art. 61 – São circunstâncias que sempre agravam a pena, quando não constituem ou qualificam o crime: I - a reincidência; II – ter o agente cometido o crime: a) por motivo fútil ou torpe; b) para facilitar ou assegurar a execução, a ocultação, a impunidade ou a vantagem de outro crime; c) à traição, de emboscada, ou mediante dissimulação, ou outro recurso que dificultou ou tornou impossível a defesa do ofendido; d) com emprego de veneno, fogo, explosivo, tortura ou outro meio insidioso ou cruel, ou de que podia resultar perigo comum; e) contra ascendente, descendente, irmão ou cônjuge; f) com abuso de autoridade ou prevalecendo-se de relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade, ou com violência contra

mulher na forma da lei específica; g) com abuso de poder ou violação de dever inerente a cargo, ofício, ministério ou profissão; h) contra criança, maior de 60 (sessenta) anos, enfermo ou mulher grávida; i) quando o ofendido estava sob a imediata proteção da autoridade; j) em ocasião de incêndio, naufrágio, inundação ou qualquer calamidade pública ou desgraça particular do ofendido; em estado de embriaguez preordenada.

Art. 62 – A pena será ainda agravada em relação ao agente que: I – promova, ou organiza a cooperação no crime ou dirige a atividade dos demais agentes; II – coage ou induz outrem à execução material do crime; III – instiga ou determina a cometer o crime alguém sujeito à sua autoridade ou não punível em virtude de condição ou qualidade pessoal; IV – execute o crime, ou nele participa, mediante paga ou promessa de recompensa.

Já as circunstâncias atenuantes estão previstas nos artigos 65 e 66, do CP, que prescreve:

Art. 65 – São circunstâncias que sempre atenuam a pena: I – ser o agente menor de 21 (vinte e um), na data do fato, ou maior de 70 (setenta) anos, na data da sentença; II – o desconhecimento da lei; III – ter o agente: a) cometido o crime por motivo de relevante valor social ou moral; b) procurado, por sua espontânea vontade e com eficiência, logo após o crime, evitar-lhe ou minorar-lhe as conseqüências, ou ter, antes do julgamento, reparado o dano; c) cometido o crime sob coação a que podia resistir, ou em cumprimento de ordem de autoridade superior, ou sob a influência de violenta emoção, provocada por ato injusto da vítima; d) confessado espontaneamente, perante a autoridade, a autoria do crime; e) cometido o crime sob a influência de multidão em tumulto, se não o provocou.

Art. 66 – A pena poderá ser ainda atenuada em razão de circunstância relevante, anterior ou posterior ao crime, não prevista expressamente em lei.

Conforme se depreende da leitura dos artigos supracitados, não pode haver uma dupla valoração das circunstâncias, ou seja, quando estas constituírem ou qualificarem os crimes, não poderão ser utilizadas para atenuar ou agravar as penas.

Por conseguinte, deve o magistrado primeiro observar se as circunstâncias são elementares (constituem o crime), qualificadoras, ou causas de aumento ou diminuição de pena, para só depois fazer incidir as atenuantes e/ou agravantes.

O Código Penal não estabelece a quantidade de pena que deverá ser aumentada ou diminuída quando incidir algumas das atenuantes ou das agravantes, no entanto, entende alguns doutrinadores que deverá o Juiz, utilizando-se da razoabilidade, atenuar ou agravar a pena-base discricionariamente, desde que respeite o limite máximo de 1/6 (um sexto), limite este fixado pelo código para as causas de aumento e de diminuição da pena. Sobre o assunto se posiciona Bitencourt (2010, p.670):

O código não estabelece a quantidade de aumento ou diminuição das agravantes e atenuantes legais genéricas, deixando ao prudente arbítrio do juiz, ao contrário do que faz com as majorantes e minorantes, para as quais estabelece os parâmetros de aumento ou de diminuição. No entanto, sustentamos que a variação dessas circunstâncias (atenuantes e agravantes) não deve chegar até o limite mínimo das majorantes e minorantes, que é fixado em um sexto. Caso contrário, as agravantes e atenuantes se equiparariam àquelas causas modificadoras da pena que, a nosso juízo, apresentam maior intensidade, situando-se pouco abaixo das qualificadoras (no caso da majorante). Em outros termos, coerentemente, o nosso Código Penal adota uma escala valorativa para atenuante, majorante e qualificadora, que são distinguidas, uma das outras, exatamente pelo grau de gravidade que representam, valendo o mesmo, no sentido inverso, para as moduladoras favoráveis ao acusado, privilegiadora, minorante e atenuante.

Na hipótese de haver concorrência de circunstâncias agravantes e atenuantes, o artigo 67, do CP, determina que “a pena deve aproximar-se do limite indicado pelas circunstâncias preponderantes, entendendo-se como tais as que resultam dos motivos determinantes do crime, da personalidade do agente e da reincidência”.

Verifica-se a existência de três circunstâncias preponderantes, que são: os motivos determinantes do crime, à personalidade do agente e a reincidência. Motivos determinantes do crime são os fatores que estimularam o indivíduo a cometer um delito, tais como a futilidade e a torpeza. Personalidade do agente são características pessoais do agente, como é o caso da idade. Reincidência é o fato de o agente mesmo após ter sido condenado por um crime anterior, com trânsito em julgado, vem a cometer um novo delito.

Os tribunais têm entendido, majoritariamente em suas jurisprudências, que a menoridade é uma circunstância que prevalece sobre todas as outras, inclusive sobre a reincidência, conforme se depreende da decisão proferida pelo STJ no Habeas Corpus Nº 136.337 - MG (2009/0092688-8):

HABEAS CORPUS. PENAL. DOSIMETRIA DA PENA. CRITÉRIO TRIFÁSICO. SEGUNDA FASE. CONCURSO DE CIRCUNSTÂNCIAS ATENUANTES E AGRAVANTES. PERSONALIDADE DO AGENTE. PREPONDERÂNCIA SOBRE A REINCIDÊNCIA. PENA REDIMENSIONADA.

1. Nos termos do art. 67, do Código Penal, havendo concurso de circunstâncias agravantes e atenuantes na segunda fase da dosimetria, deve-se obedecer a ordem de preponderância estabelecida entre elas. 2. Sendo o acusado menor de 21 anos na data dos fatos, deve a circunstância atenuante prevalecer sobre a reincidência, ainda que específica, para fins de quantificação da pena a ser aplicada. 3. Fixada a pena-base no mínimo legal, a ocorrência de circunstância atenuante não pode reduzir a reprimenda aquém do mínimo estabelecido na Lei. 4. Ordem concedida

para reduzir a pena do paciente. (STJ, Habeas Corpus nº 136.37 – MG (2009/0092688-8). 5ª Turma. Rel. MINISTRO ADILSON VIEIRA MACABU (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RJ). Julgado em: 17 fev.2011).

Outra discussão que surge nessa fase é sobre a possibilidade de a pena ser reduzida aquém do mínimo ou aumentada além do máximo, tendo como base a pena em abstrato. Alguns doutrinadores, a exemplo de Greco (2008, p. 588), assevera que “independentemente de ter sido a pena-base fixada no seu patamar mínimo, deverá ser aplicada a circunstância atenuante”. No entanto, a jurisprudência tem entendido que não será possível nessa fase atenuar a pena aquém do mínimo ou agravar além do máximo, conforme se observa na decisão do STJ, no exame do Recurso Especial nº 1.102.101 - RS (2008/0254680-0):

RECURSO ESPECIAL. PENAL. FIXAÇÃO DA PENA BASE AQUÉM DO MÍNIMO LEGAL. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 231 DO STJ.

1. A teor da Súmula 231 desta Corte, fixada a pena-base no mínimo legal, o reconhecimento de circunstância atenuante não tem o condão de reduzir a pena in concreto a patamar aquém daquele limite mínimo, sob pena de se permitir, a contrario sensu, que as agravantes possam elevar a pena acima do limite máximo. 2. Recurso especial a que se dá provimento para afastar a redução de pena abaixo do mínimo legal pelo reconhecimento de atenuante, ficando a sanção definitiva, para cada um dos recorridos, em 6 (seis) anos, 6 (seis) mês e 12 (doze) dias de reclusão e 16 (dezesseis) dias-multa. (STJ, Recurso Especial nº 1.102.101 – RS (2008/0254680-0). 6ª Turma. Rel. Ministro OG Fernandes. Julgado em: 04 nov. 2010).

Encerrada a segunda fase, passa-se a terceira e última, onde serão analisadas as causas de aumento e diminuição da pena, sendo fixada a pena definitiva. Nessa fase, incidirão as causas de aumento e diminuição, tanto da parte geral quanto da parte especial do Código Penal. O quantum a ser aumentado ou diminuído vem predeterminado, não ficando a cargo do Juiz essa determinação.

O artigo 68, parágrafo único, do CP, determina que “no concurso de causas de aumento ou diminuição prevista na parte especial, pode o juiz limitar-se a um só aumento ou a uma só diminuição, prevalecendo, todavia, a causa que mais aumente ou diminua”. Por conseguinte, o Código estabelece essa regra apenas para as majorantes e minorantes prevista na parte especial, já as causas de aumento e diminuição previstas na parte geral incidirão umas sobre as outras. Ao contrário da segunda fase, nessa é pacífico o entendimento de que a pena poderá ser aumentada além do máximo ou diminuída aquém do mínimo.

Concluída estas três etapas, o magistrado chegará ao quantum de pena que será atribuída ao condenado.

3.4 REGIMES PENAIIS

Regime de cumprimento de pena é a forma pelo qual o condenado a uma pena privativa de liberdade irá executá-la.

Determina o artigo 59, III, do CP e o art. 110 da LEP, que o Juiz depois de aplicar a pena, respeitando o critério trifásico estabelecido pelo artigo 68 do mesmo diploma legal, deverá fixar “o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade”.

O artigo 33, do CP, estabelece as três formas de regimes existentes no ordenamento jurídico brasileiro, que são: o fechado, o aberto e o semiaberto.

Bitencourt (2010, p. 518) preleciona que “os regimes são determinados fundamentalmente pela espécie e quantidade de pena e pela reincidência, aliadas ao mérito do condenado, num autêntico sistema progressivo”.

Preconiza o artigo 33, §§2º e 3º, do CP, que:

Art. 33: [...]

§2º - As penas privativas de liberdade deverão ser executadas em forma progressiva, segundo o mérito do condenado, observados os seguintes critérios e ressalvadas as hipóteses de transferência a regime mais rigoroso: a) o condenado a pena superior a 8 (oito) anos deverá começar a cumpri-la em regime fechado; b) o condenado não reincidente, cuja pena seja superior a 4 (quatro) anos e não exceda a 8 (oito), poderá, desde o princípio, cumpri-la em regime semi-aberto; c) o condenado não reincidente, cuja pena seja igual ou inferior a 4 (quatro) anos, poderá desde o início, cumpri-la em regime aberto.

§3º - A determinação do regime inicial de cumprimento de pena far-se-á com observância dos critérios previstos no art. 59 deste código.

Portanto, o magistrado observando a quantidade de pena aplicada ao condenado e a reincidência, bem como observando as circunstâncias do artigo 59 do CP, fixará o regime inicial de cumprimento de pena.

3.4.1 Regime fechado

Estabelece o artigo 33, § 1º, "a", do CP, que o cumprimento da pena em regime fechado ocorrerá em estabelecimento de segurança máxima e média.

Nesse regime o exame criminológico de classificação é obrigatório, sendo realizado no início do cumprimento da pena pela Comissão Técnica de Classificação (art. 6º, da LEP), para fins de individualização da execução (art. 34, *caput*, do CP).

O condenado estará obrigado ao trabalho interno em comum durante o período diurno, respeitado suas aptidões ou ocupações anteriores, desde que compatíveis com a execução da pena, e ficará isolado durante o repouso noturno (art. 34, §§1º e 2º, do CP). Com relação ao trabalho externo, só será admissível quando se tratar de serviços ou obras públicas (art. 34, §3º, do CP) e desde que cumpridos 1/6 (um sexto) da pena (art. 37, da LEP).

Para os condenados que estão neste regime, não poderão freqüentar cursos, quer de instrução, quer profissionalizante.

3.4.2 Regime semiaberto

O artigo 33, §1º, "b", do CP, determina que o cumprimento da pena no regime semiaberto ocorrerá em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar. Nesse regime o exame criminológico é facultativo, de acordo com o artigo 8º, parágrafo único, da LEP.

Estabelece o artigo 5º, §1º, do CP, que o condenado ficará sujeito a trabalho comum durante o período diurno, em colônia agrícola, industrial ou em estabelecimento similar. Já o §2º do presente artigo, estabelece que o condenado que cumpre pena no regime semiaberto terá direito a freqüentar cursos supletivos profissionalizantes, de instrução de segundo grau ou superior e também de realizar trabalhos externos, inclusive em obras da iniciativa privada.

3.4.3 Regime aberto

O artigo 33, §1º, "c", do CP, determina que o cumprimento da pena no regime aberto será realizado em casa de albergado ou estabelecimento adequado.

No entanto, o artigo 117 da LEP possibilita que o condenado que cumpre pena no regime aberto se recolha em residência particular nos casos especificados, conforme se depreende da leitura do mesmo:

Art. 117 – Somente se admitirá o recolhimento do beneficiário de regime aberto em residência particular quando se tratar de: I – condenado maior de 70 (setenta) anos; II – condenado acometido de doença grave; III – condenada com filho menor ou deficiente físico ou mental; IV – condenada gestante.

Portanto, conforme se verifica na leitura do artigo supramencionado, a LEP determinou taxativamente quando será possível o cumprimento de pena em prisão domiciliar.

Uma questão que surge sobre o presente assunto, é quando na comarca não existir casa de albergado. Será que nessa hipótese o condenado deverá cumprir pena em regime mais severo? ou será que ele poderá ser recolhido em prisão domiciliar?

A doutrina e a jurisprudência majoritária têm entendido que essa é a única exceção ao artigo 117, da LEP, haja vista que por motivo de grande relevância, não poderá o condenado ser obrigado a cumprir pena em regime mais gravoso do que o fixado na sentença. Por isso, ele terá que cumprir a pena em seu domicílio, respeitando as regras do regime aberto, quando do cumprimento em casa de albergado.

Esse regime é baseado na autodisciplina e no senso de responsabilidade do condenado (art. 36, caput, do CP).

O artigo 36, §1º, do CP, determina a obrigatoriedade do trabalho/de frequentar cursos ou exercer outra atividade no meio externo e sem vigilância, devendo o condenado se recolher apenas no período noturno e nos dias de folga.

Conclui-se que este regime é uma forma de possibilitar que o condenado volte a ter contato direto com a família e com o meio social, incentivando o mesmo a

ter responsabilidade com suas obrigações, para que o próximo passo a ser dado pelo condenado possibilite o alcance da sua liberdade incondicionada.

3.5 PROGRESSÃO DE REGIME

O artigo 33, §2º, do CP, preceitua que “as penas privativas de liberdade deverão ser executadas em forma progressiva, segundo o mérito do condenado [...]”, portanto, a reforma penal de 1984 adotou um sistema progressivo de cumprimento de pena.

O artigo 112, da LEP, determina que:

Art. 112 - A pena privativa de liberdade será executada em forma progressiva com a transferência para regime menos rigoroso, a ser determinada pelo juiz, quando o preso tiver cumprido ao menos um sexto da pena no regime anterior e ostentar bom comportamento carcerário, comprovado pelo diretor do estabelecimento, respeitadas as normas que vedam a progressão.

O dispositivo mencionado alhures estabelece a possibilidade de o condenado ir galgando um regime menos severo do que aquele fixado inicialmente para cumprimento da pena privativa de liberdade.

Existem, atualmente, dois requisitos necessários para que o condenado possa progredir de regime, que são eles: o cumprimento de pelo menos um sexto da pena e o mérito do condenado.

Em relação ao primeiro, estabelece o legislador que o condenado deverá cumprir no mínimo um sexto da pena no regime anterior, não fazendo menção alguma se esse cálculo deverá incidir sobre o total da pena ou sobre o restante desta. Tem entendido a doutrina que a segunda progressão de regime deve incidir sobre o restante da pena, haja vista que o contrário estaria prejudicando o condenado, devido já ter este cumprido parte da pena, não podendo mais esta ser contabilizada. Nesse raciocínio estabelece Capez (2005, p. 370): “A cada nova progressão exige-se o requisito temporal, o novo cumprimento de 1/6 da pena, porém, refere-se ao restante da pena e não a pena fixada na sentença”.

O segundo requisito é o mérito do condenado, ou seja, o comportamento deste durante a execução da pena, demonstrando sua aptidão para ir aos poucos conquistando um regime menos rigoroso até se chegar a liberdade plena. O bom comportamento do condenado é comprovado mediante declaração do Diretor do estabelecimento prisional.

Sobre o assunto, Bitencourt (2010, p 525-526), em suas precisas palavras, preleciona que:

É bom frisar que não basta o simples cumprimento de um sexto da pena para o condenado ter direito à progressão (esse é somente o requisito temporal). É indispensável que o apenado demonstre que merece a progressão e que está preparado para cumprir a sanção imposta em regime menos rigoroso, sem prejudicar os fins da pena.

Não é permitida a chamada progressão por “salto”, ou seja, o condenado não pode progredir para um regime menos severo sem ter passado pelo imediatamente anterior, exemplificando: o condenado que esteja cumprindo sua pena no regime fechado, não poderá progredir diretamente para o aberto, sem ter anteriormente cumprido um sexto da pena no regime semiaberto.

Preceitua o artigo 66, III, “b”, que caberá ao juiz da execução decidir sobre a progressão de regime, por conseguinte, o juiz da condenação fixa o regime inicial de cumprimento de pena e, o juiz da execução cuida da progressão de regime.

Conclui-se, portanto, que a progressão de regime é um direito do condenado de passar para um regime menos severo, desde que sejam preenchidas as exigências legais.

4 DISCUSSÃO ACERCA DA CONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 2º, §1º, DA LEI 8.072/90, EM FACE DOS PRINCÍPIOS DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA E DA PROPORCIONALIDADE

A Lei 8.072/90, em seu artigo 2º, § 1º, inicialmente previa a impossibilidade da progressão de regime, após longos anos, o Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade desse dispositivo, sendo, posteriormente promulgada a Lei 11.464/2007 que determinou a fixação do regime de cumprimento de pena inicialmente fechado, possibilitando, assim, a progressão de regime para os crimes hediondos e equiparados.

A alteração produzida pela Lei 11.464/2007 repercutiu no meio jurídico, haja vista a relevante discussão sobre a constitucionalidade do dispositivo que determina a obrigatoriedade da fixação do regime de cumprimento de pena inicialmente fechado e, conseqüentemente, a possibilidade do condenado de iniciar a execução da pena em regime mais brando quando lhe for adequado.

4.1 FIXAÇÃO DO REGIME DE CUMPRIMENTO DE PENA INICIALMENTE FECHADO.

Faz-se necessário fazer uma breve análise do surgimento da possibilidade de progressão de regimes nos crimes hediondos e equiparados, para se chegar ao que hoje determina o artigo 2º, §1º, da lei 8.072/90, que é a fixação do regime de cumprimento de pena inicialmente fechado.

Inicialmente a Lei dos Crimes Hediondos preceituava que o regime de cumprimento de pena seria integralmente fechado, este preceito apesar de ser flagrantemente inconstitucional era aplicado pelos tribunais naquela época, como se observa na decisão proferida em 1992 pelo STF (HC nº 69.657-1/SP) que declarou a constitucionalidade da lei, afirmando que:

[...] O princípio da individualização da pena não se ofende na impossibilidade de ser progressivo o regime de cumprimento da pena: retirada a perspectiva da progressão frente à caracterização legal da

hediondez, de todo modo tem o juiz como dar trato individual à fixação da pena, sobretudo no que se refere à intensidade da mesma.

Posteriormente, com a publicação da lei dos crimes de tortura (lei 9.455/97) em oito de abril de 1997, que estabeleceu: "Art. 1§. [...] §7º. O condenado por crime previsto nesta Lei, salvo a hipótese do §2º, iniciará o cumprimento da pena em regime fechado", esta lei prescreveu regime menos severo para o crime de tortura, sendo este equiparado aos crimes hediondos. A partir desse momento começou a ser discutida a constitucionalidade do art. 2º, §1º da lei 8.072/90 que prescrevia o regime integralmente fechado de maneira mais mordaz, tendo em vista que a lei 9.455/97 era um diploma legal de igual categoria a lei dos crimes hediondos e, por isso, teria derogado o dispositivo que asseverava a proibição de progressão de regime.

No entanto, apesar desse entendimento firmado por alguns tribunais, o STF editou a súmula 698, segundo a qual: "Não se estende aos demais crimes hediondos a admissibilidade de progressão no regime de execução da pena aplicada ao crime de tortura".

Todavia, o entendimento jurisprudencial até então dominante foi rompido com o julgamento do HC nº 82.959-7/SP, impetrado pelo próprio detento, fomentado pela nova composição do STF que declarou "incidenter tantum" a inconstitucionalidade do §1º do artigo 2º da lei 8.072/90, permitindo a progressão de regime para os crimes hediondos e equiparados. Essa decisão surtiu dois efeitos: *ex nunc*, isto é, não retroage até aqueles que já cumpriram integralmente suas condenações, impedindo possíveis ações reparatórias; e *erga omnes*, ou seja, era aplicável para todos os outros casos semelhantes, haja vista que a Corte Suprema discutiu a lei em tese.

Sobre o assunto preceitua Bitencourt (2010, p. 529):

Essa decisão – com eficácia *erga omnes* e efeito *ex nunc* – permite que, em outros processos, que ainda se encontram em fase recursal ou executória (cuja pena ainda não tenha sido integralmente cumprida), possam igualmente ser beneficiados pelo sistema progressivo, desde que seus requisitos sejam examinados, casuisticamente, pelo juiz competente. Referida decisão não está, por conseguinte, limitada ao processo objeto de exame no Habeas Corpus n. 82.959, e tampouco permite que outros juizes ou tribunais recusem seu cumprimento invocando como obstáculo o disposto no inciso X do art. 52 da Constituição Federal.

No mesmo sentido, preleciona Mendes, Coelho e Branco (2010, p. 1244):

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 necessariamente 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, por que haveria a declaração de inconstitucionalidade, proferida no controle incidental, valer tão somente para as partes?

Portanto, após a decisão proferida pelo o STF de inconstitucionalidade da impossibilidade de progressão de regime nos crimes hediondos, os agentes que fossem condenados ou estivessem na fase de execução da pena por terem praticado crime hediondo, poderiam progredir de regime desde que cumprissem mais de 1/6 (um sexto) da pena e possuíssem bom comportamento carcerário, cabendo ao juiz a análise e decisão sobre a progressão.

Apesar dessa decisão proferida pela corte suprema ter sido um marco precursor para a progressão de regime nos crimes hediondos,urgia no seio jurídico a necessidade da promulgação de uma lei que corroborasse esse entendimento e especificasse critérios mais severos para progressão do regime nos crimes hediondos, tendo em vista que não seria razoável fixar os mesmos requisitos impostos para os indivíduos condenados por crimes tidos como menos repugnantes.

Destarte, em 29 de março de 2007 foi publicada a lei 11.464 que alterou alguns dispositivos da lei 8.072/90, entre eles o § 1º do art. 2º que prescrevia o cumprimento de pena em regime integralmente fechado, passando a estabelecer que a pena “será cumprida em regime inicialmente fechado”, possibilitando assim, a progressão de regime para aqueles que fizerem jus a esse direito.

A partir desse momento surge a questão da constitucionalidade do §1º do artigo 2º, da Lei dos Crimes Hediondos, que determina a obrigatoriedade da fixação do regime de cumprimento de pena inicialmente fechado.

4.2 POSICIONAMENTOS DOUTRINÁRIOS E JURISPRUDENCIAIS FAVORÁVEIS A CONSTITUCIONALIDADE DA FIXAÇÃO DO REGIME INICIALMENTE FECHADO PARA OS CRIMES HEDIONDOS E EQUIPARADOS.

Como foi mencionado anteriormente, a Lei 11.464/2007 determinou a fixação do regime de cumprimento de pena inicialmente fechado, alterando o antigo art. 2º, § 1º, da Lei dos Crimes Hediondos, que fixava a impossibilidade de progressão de regime, estabelecendo que a pena deveria ser cumprida em regime integralmente fechado.

Os adeptos da constitucionalidade da fixação de regime inicialmente fechado para os crimes hediondos e equiparados entendem que a própria Constituição Federal previu tratamento diferenciado para estes crimes, em virtude da maior nocividade que esses delitos representam para o bem estar social.

Logo, não poderia os condenados por crimes hediondos e equiparados serem agraciados com o mesmo tratamento dispensado aos crimes comuns, possibilitando a fixação do regime inicial de cumprimento de pena de acordo com o que estabelece o art. 33 do Código Penal. Neste diapasão, a 5ª turma do STJ julgou o HC 166929 SP 2010/0054081-5:

HABEAS CORPUS. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR, COM VIOLÊNCIA PRESUMIDA, PRATICADO NA VIGÊNCIA DA LEI Nº 11.464/2007. CRIME HEDIONDO. REGIME PRISIONAL FECHADO. OBRIGATORIEDADE. ORDEM DENEGADA.

1. O crime de atentado violento ao pudor cometido antes das alterações introduzidas no Código Penal pela Lei 12.015, de 07 de agosto de 2009, ainda que na forma simples e mesmo com violência presumida, configura crime hediondo. 2. O regime inicial fechado é obrigatório para os crimes hediondos cometidos na vigência da Lei n.º 11.464, de 28 de março de 2007, independentemente do quantum de pena aplicado. 3. Ordem denegada. (STJ, Habeas Corpus nº 166929 SP 2010/0054081-5. 5ª Turma. Rel. Ministra Laurita Vaz. Julgado em: 03 fev. 2011)

Neste sentido, também é o entendimento de Greco (2008, p. 502):

Assim, após a nova redação legal, embora seja possível a progressão de regime, o condenado por qualquer das infrações previstas na Lei nº 8.072/90 terá que cumprir sua pena, sempre, *inicialmente*, em regime fechado, não importando a pena aplicada ao caso concreto. Dessa forma, se alguém houver sido condenado, por exemplo, ao cumprimento de uma pena inferior a 8 (oito) anos de reclusão o que, objetivamente, nos termos das alíneas *b* e *c*, do § 2º do art. 33 do Código Penal possibilitaria a fixação dos regimes semiaberto e aberto, de acordo com o mencionado § 1º, do art. 2º da Lei 8.072/90, o regime inicial será, obrigatoriamente, *o fechado*.

Por conseguinte, há entendimento jurisprudencial e doutrinário de que não se vislumbra nenhuma lesão ao princípio da individualização da pena e, conseqüentemente, não há inconstitucionalidade no artigo 2º, § 1º, da Lei dos

Crimes Hediondos, haja vista que a própria Constituição Federal estipulou tratamento mais severo para os crimes hediondos e equiparados, devendo prosperar o dispositivo que determina a fixação do regime de cumprimento de pena inicialmente fechado, possibilitando, todavia, a progressão de regime.

4.3 FUNDAMENTOS ACERCA DA INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 2º, § 1º, DA LEI 8.072/90, EM FACE DA LESIVIDADE AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA E DA PROPORCIONALIDADE.

Hodiernamente, o mundo vem presenciando a consagração de novas perspectivas com relação ao Direito, tendo em vista que o pós-positivismo e o fenômeno da constitucionalização dos ramos do direito têm enxertado no campo jurídico um caráter normativo aos princípios e a submissão de todos os ramos do Direito a Constituição, em virtude de ser esta a fonte de validade de todas as normas de um Estado.

Bonavides (2010, p. 286), assevera que os princípios são normas-chaves de todo o sistema jurídico, conforme se depreende de suas sempre precisas palavras:

A proclamação da normatividade dos princípios em novas formulações conceituais e os arestos das Cortes Supremas no constitucionalismo contemporâneo corroboram essa tendência irresistível que conduz à valoração e eficácia dos princípios como normas-chaves de todo o sistema jurídico; normas das quais se retirou o conteúdo inócuo de programaticidade, mediante o qual se costumava neutralizar a eficácia das Constituições em seus valores reverenciais, em seus objetivos básicos, em seus princípios cardeais.

Assim sendo, os princípios são normas que fundamentam todo o ordenamento jurídico de um Estado, localizando-se no ápice deste.

Existem os princípios constitucionais e os infraconstitucionais, sendo o primeiro ainda dividido em explícitos e implícitos.

Sobre o assunto Nucci (2010b, p. 37) informa que:

Os princípios constitucionais explícitos merecem primazia sobre os princípios infraconstitucionais. Afinal, são os vetores do Estado Democrático de Direito. Os princípios constitucionais implícitos, igualmente, devem predominar sobre os infraconstitucionais.

O princípio da individualização da pena é um princípio constitucional explícito, enquanto que o da proporcionalidade é um princípio constitucional implícito, devendo ambos prevalecer sobre os princípios e regras infraconstitucionais, haja vista a impossibilidade de produção legislativa contrária a princípios constitucionais quer sejam estes implícitos quer sejam explícitos.

O princípio da individualização da pena está previsto na Constituição Federal no seu artigo 5º, inciso XLVI, no rol dos direitos e garantias fundamentais, que estabelece “a lei regulará a individualização da pena [...]”. Já o princípio da proporcionalidade se depreende de alguns dispositivos da CF, como do próprio artigo 5º, XLVI, haja vista que o legislador descreve as espécies de sanções que deverá ser imposta ao condenado, devendo o magistrado selecionar aquela que mais se adéque ao condenado.

O princípio da proporcionalidade estabelece que o juiz deverá aplicar a sanção penal ao condenado que seja razoável ao delito por ele cometido, devendo haver uma harmonia entre o dano provocado pela conduta do condenado e a reprimenda imposta pelo Estado.

Conforme foi analisado anteriormente, a individualização da pena ocorre em três fases distintas, que são: a individualização legislativa, a individualização judicial e a individualização feita pelo juiz da execução durante a fase de cumprimento de pena.

Nucci (2007, p. 30) conceitua o que seria individualizar, dizendo em suas sempre precisas palavras que:

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.

Portanto, o objetivo precípua do presente princípio é estabelecer que o julgador deverá aplicar a reprimenda penal a qual realmente faça jus o acusado para que esta possa alcançar os seus objetivos, que são: retribuir/ressocializar/prevenir, e

permitir que o Juiz da execução possa determinar o cumprimento individualizado da reprimenda imposta pelo Estado.

O legislador no momento da elaboração da lei não é capaz de saber a medida adequada a ser atribuída ao infrator, haja vista que só o Juiz no decorrer da análise fática detém o poder/dever de impor a reprimenda que seja “[...] necessária e suficiente, a reprovação e prevenção do crime” conforme preceitua o art. 59 do CP, fixando, conseqüentemente, o regime que se adéque ao condenado. Corroborando com este entendimento estabelece com precisão o ministro Britto (STF – MEDIDA CAUTELAR - HC 97.256-RS) que “a lei comum não pode subtrair a força do juiz sentenciante que se incumbe do poder-dever de impor a sanção criminal, balanceando as circunstâncias objetivas e subjetivas do fato”.

Com base no entendimento ora exposto, o §1º do artigo 2º da lei 8.072/90 estaria violando a Constituição Federal quando estabelece que o infrator deverá cumprir sua pena em regime inicialmente fechado mesmo quando ele fizer jus a outro, restringindo a atuação do juiz a simples fixação do regime inicial fechado, impedindo que este possa analisar qual seria o regime mais adequado para que o condenado venha a executar sua pena.

Neste sentido estabelece Nucci (2007, p.169):

A fixação do regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade – fechado, semiaberto ou aberto – também faz parte do processo judicial discricionário, mas não abusivo, devidamente fundamentado de concretização da pena. Não pode o juiz optar por um regime qualquer, havendo mais de uma opção oferecida pela lei, sem dar as razões que o levaram a tomar a referida decisão.

No mesmo sentido, assevera Delmanto et al. (2010, p. 218):

Assim, se a antiga imposição de regime fechado integral de cumprimento de pena era inconstitucional, também é afrontoso ao princípio da individualização da pena, garantido constitucionalmente, o disposto na nova redação do § 1º do art. 2º da Lei 8.072/90 que, com base na gravidade abstrata do crime, e independentemente da pena efetivamente aplicada e das circunstâncias judiciais, determina que o juiz imponha o regime inicial fechado, engessando-o.

Assim sendo, não pode o legislador estabelecer que o juiz deverá fixar o regime de cumprimento de pena inicialmente fechado quando o condenado fizer jus a outro, haja vista que estará indo de encontro com os princípios da individualização

da pena e da proporcionalidade, consagrados na Constituição Federal. Desta feita, preceitua Nucci (2010b, p. 37), que “Em qualquer situação, os princípios constitucionais e infraconstitucionais coordenam o sistema normativo, não podendo ser afastados para dar lugar à aplicação de qualquer norma específica da legislação ordinária”.

Por conseguinte, há entendimentos de que o artigo 2º, §1º, da Lei dos Crimes Hediondos, mesmo tendo sido alterado pela lei 11.464/2007, ainda continua flagrantemente inconstitucional por está ferindo os princípios constitucionais da individualização da pena e o da proporcionalidade, haja vista que toda norma ordinária possui como fonte de validade a norma superior do Estado, que no presente caso é a Carta Magna de 1988.

Recentemente a primeira turma do STF, no informativo 617, afetou o julgamento sobre a constitucionalidade ou não do artigo 2º, §1º, da lei 8.072/90 ao plenário, conforme se depreende do texto do informativo:

A 1ª Turma deliberou afetar ao Plenário julgamento de habeas corpus em que se discute a constitucionalidade, ou não, do § 1º do art. 2º da Lei 8.072/90. Na espécie, os pacientes foram condenados, pela prática do crime de tráfico de entorpecentes privilegiado, a penas inferiores a 8 anos de reclusão. Alega a defesa que, de acordo com a regra geral prevista no CP, caberia a imposição de regime inicial semi-aberto e que, portanto, a norma impugnada atentaria contra o princípio da individualização da pena. (HC 101284/MG. 1ª Turma. Rel. Min. Dias Toffoli. Julgado em: 22 fev. 2011).

Enquanto a Suprema Corte não se posiciona sobre o assunto, entende parte da doutrina, que não poderá prosperar nos demais órgãos do poder judiciário a idéia de que a fixação do regime de cumprimento de pena inicialmente fechado para os crimes hediondos e equiparados seja constitucional.

4.4 POSSIBILIDADE DA FIXAÇÃO DE REGIME DIVERSO DO INICIALMENTE FECHADO PARA OS INDIVÍDUOS QUE PRATICAREM OS CRIMES TIPIFICADOS NA LEI 8.072/90, QUANDO ESTES PREENCHEREM OS REQUISITOS PARA FIXAÇÃO DE UM REGIME MAIS BRANDO

Conforme foi analisado anteriormente, assevera o artigo 33 e seus §§ 2º e 3º do código penal que as penas privativas de liberdade deverão ser executadas em forma progressiva de acordo com o mérito do acusado devendo ser respeitados o quantum de pena determinado na sentença e as circunstâncias descritas no artigo 59 do CP (culpabilidade, antecedentes, conduta social, personalidade do agente, motivos, circunstâncias, conseqüências do crime e comportamento da vítima).

A 2ª Turma do STF proferiu o informativo 615, cujo conteúdo está intrinsecamente ligado ao tema ora abordado, que reza:

Lei 8.072/90 e regime inicial de cumprimento de pena - considerou-se que deveria ser superado o disposto na Lei dos Crimes Hediondos quanto à obrigatoriedade do início de cumprimento de pena no regime fechado, porquanto o paciente preencheria os requisitos previstos no art. 33, § 2º, c, do CP. Aduziu-se, para tanto, que a decisão formalizada pelo magistrado de primeiro grau: 1) assentara a não reincidência do condenado e a ausência de circunstâncias a ele desfavoráveis; 2) reconhecera a sua primariedade; e 3) aplicara reprimenda inferior a 4 anos. No que concerne ao pedido de substituição da pena por restritiva de direitos, registrou-se que o Plenário desta Corte declarara incidentalmente a inconstitucionalidade da expressão "vedada a conversão em penas restritivas de direitos", constante do § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006, e da expressão "vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos", contida no referido art. 44 do mesmo diploma legal. (Alguns precedentes citados: HC 82959/SP (DJU de 1.9.2006); HC 97256/RS (DJe de 16.12.2010). HC 105779/SP, rel. Min. Gilmar Mendes. 08 fev. 2011).

Outros Tribunais já vinham se posicionando no mesmo sentido do presente informativo. Conforme se verifica na decisão proferida pela sexta turma do STJ (HC Nº 128.889 – DF):

HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. CRIME PRATICADO DURANTE A VIGÊNCIA DA LEI Nº 11.464/07. APLICAÇÃO DO REGIME INICIAL FECHADO. PENA DE CURTA DURAÇÃO. AMBIENTE DELETÉRIO E PREJUDICIAL À RECUPERAÇÃO DA CONDENADA. ORDEM CONCEDIDA. 1. Verifica-se que o delito fora praticado em 04/10/2007, quando a Lei nº 11.464/2007, que instituiu o regime inicial fechado aos crimes hediondos e assemelhados, já se encontrava em vigor. Contudo, o cumprimento de pena de curta duração em ambiente deletério é prejudicial à recuperação da condenada. O raciocínio a ser utilizado é o mesmo para a concessão do sursis, cabível nas hipóteses de pena inferior a 2 (dois) anos. 2. Na situação em análise, na qual a paciente ostenta circunstâncias judiciais favoráveis, tendo sido condenada a cumprir pena de 01 (um) ano, 11 (onze) meses e 10 (dez) dias de reclusão, o regime prisional, à luz do artigo 33, § 2º, alínea "c", deve ser o aberto. 3. Ordem concedida para estabelecer à paciente o regime inicial aberto para o cumprimento de sua pena reclusiva. (STJ, Habeas Corpus nº128889 DF 2009/0028719-0. 6ª Turma. Rel. Min. Celso Limongi (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP). Julgado em: 24 ago. 2009).

Enquanto o STF não se posicionar definitivamente sobre o assunto, deve o magistrado ter em mente que o artigo 2º, §1º, da Lei dos Crimes Hediondos, não é absoluto, ou seja, deverá ele, baseado na proporcionalidade e razoabilidade, analisar o caso concreto e fixar a medida mais adequada ao fato.

Assim sendo, o condenado que fizer jus a um regime menos severo, poderá começar a execução do cumprimento de pena sob a égide deste, haja vista que o princípio da individualização da pena possuiu aptidão para flexibilizar os textos legais especiais, evitando, assim, a violação a Constituição Federal exarada por parte do dispositivo contido na lei 8.072/90 que impõe compulsoriamente a fixação do regime inicialmente fechado.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Neste trabalho monográfico de revisão bibliográfica foram realizados apontamentos sobre a fixação do regime inicial de cumprimento de pena para os crimes hediondos e equiparados.

Observou-se, primeiramente, o conceito e o surgimento dos crimes hediondos no ordenamento jurídico pátrio, ressaltando o motivo da rápida elaboração da lei 8.072/90, que ocorreu em virtude do aumento da criminalidade no final da década de 80 e início da de 90, atrelada a esse fator, a comoção social e o sensacionalismo midiático contribuíram significativamente para o surgimento da lei dos crimes hediondos.

Nesse passo, analisou-se também as espécies de crimes hediondos e seus assemelhados, abordando as conseqüências produzidas pela hediondez em virtude do tratamento mais severo dispensado pelo legislador no momento de elaboração da lei, como: a insuscetibilidade da concessão de anistia, graça e indulto; elevação do prazo da prisão temporária; maior severidade na progressão de regime e no livramento condicional; entre outras.

Apresentou-se a pena privativa de liberdade, a partir de sua origem, ressaltando a finalidade da pena prevista no artigo 59 do Código Penal, que adota a teoria mista ou unificadora da pena, segundo a qual a finalidade desta é retribuir e ao mesmo tempo prevenir (geral e especial) o crime, encontrando-se a ressocialização na prevenção especial.

Sobre este assunto, também foi feito um estudo sobre a aplicação da pena, dando ênfase a sua individualização e dosimetria, analisando-se, posteriormente, as três espécies de regime previsto no Código penal, que são: o fechado, o semiaberto e o aberto. A progressão de regime que ocorre de forma geral quando transcorrido 1/6 (um sexto) da pena junto com a análise das circunstâncias do art. 59, de acordo com a Lei Execuções Penais, foi exposta.

Por fim, discutiu-se a constitucionalidade do artigo 2º, § 1º, da Lei dos Crimes Hediondos, que estabelece a fixação do regime de cumprimento de pena inicialmente fechado. Partiu-se, inicialmente, da averiguação do surgimento desse dispositivo, que foi inserido no ordenamento jurídico brasileiro através da lei 11.464/2007, acenando a possibilidade de progressão de regime nos crimes

hediondos e equiparados, revogando o antigo artigo 2º, § 1º, da Lei 8.072/90, que vedava essa possibilidade. Em seguida, foram analisados os posicionamentos favoráveis e contrários a constitucionalidade do dispositivo em tela e a consequente possibilidade de fixação de um regime de cumprimento de pena diverso do inicialmente fechado quando o condenado preencher os requisitos legais para um regime mais brando.

De todo o exposto, pode-se concluir que, o artigo 2º, §1º, da Lei dos Crimes Hediondos fere os princípios da individualização da pena e o da proporcionalidade, em virtude de restringir a atuação do magistrado no momento da fixação do regime de cumprimento de pena, impondo um regime que nem sempre será o adequado ao condenado.

Portanto, não pode uma lei infraconstitucional ir de encontro com princípios consagrados constitucionalmente, sendo necessário que o STF declare a inconstitucionalidade do artigo 2º, §1, da lei 8.072/90.

Assim sendo, é clarividente a possibilidade do condenado executar sua pena em regime diverso do inicialmente fechado quando preencher os requisitos legais para um regime mais brando, haja vista que não é razoável exigir que este cumpra pena em regime mais gravoso quando na verdade o mais adequado seria a fixação de um regime mais brando.

É preciso romper as barreiras de que somente o cárcere é a solução mais viável e eficaz para punir o indivíduo, é necessário ter em mente que o atual sistema penitenciário é um meio deletério para a recuperação do condenado. Deve-se buscar os meios mais adequados para punir e ao mesmo tempo fazer com que o condenado não venha mais a delinqüir, possibilitando a sua reintegração ao convívio em sociedade, inserindo no meio social o pensamento de que existem outras formas de diminuir a criminalidade diversa da criação de leis mais severas por parte dos legisladores, quando a única e exclusiva intenção destes é mostrar a população que o Estado está presente e atuando de forma positiva. Verifica-se neste caso a ineficácia dos meios adotados para reprimir a criminalidade, tendo em vista que o aumento desta é visível, conseqüentemente, verifica-se, que a simples inserção de leis mais severas não é a solução mais viável.

Entende-se que os crimes hediondos realmente devem ser julgados e punidos de forma mais rigorosa, porém, não impondo sanções que não sejam adequadas ao condenado, vez que isto não possibilita a sua ressocialização, uma das principais

finalidades da pena, ao contrário, acaba transformando uma pessoa de menor periculosidade em um criminoso nato.

Concorda-se, portanto, com o informativo 615 proferido pelo STF e com os anseios da doutrina majoritária, de que é possível que o condenado venha a cumprir sua pena em regime mais brando, não sendo obrigatória a fixação do regime de cumprimento de pena inicialmente fechado para os crimes hediondos e equiparados.

REFERÊNCIAS

ANGRIMANI SOBRINHO, Danilo. **Espreme que sai sangue: um estudo do sensacionalismo na imprensa**. 1. ed. São Paulo: Summus, 1995.

BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas**. Tradução: Torrieri Guimarães. 3. ed. São Paulo: Martin Claret, 2011.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: Parte Geral 1**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 25. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

BRASIL. **Constituição Federal (1988)**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 20 jul. 2011.

_____. **Dec. nº 4.388**, de 25 de setembro de 2002. Promulga o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional. Disponível em: <<http://www2.mre.gov.br/dai/tpi.htm>>. Acesso em: 22 jul. 2011.

_____. **Lei nº 8.072**, de 25 de julho de 1990. Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8072.htm>. Acesso em: 20 jul. 2011.

_____. **Lei 9.455**, de 07 de abril de 1997. Define os crimes de tortura e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9455.htm>. Acesso em: 20 jul. 2011.

_____. **Lei 11.464**, de 28 de março de 2007. Dá nova redação ao art. 2º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, que dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do inciso XLIII do art. 5º da Constituição Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2007/Lei/L11464.htm>. Acesso em: 20 jul. 2011.

_____. **Lei nº 2.889**, de 01 de outubro de 1956. Define e pune o crime de genocídio. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L2889.htm>. Acesso em: 15 jul. 2011.

_____. **Lei nº 7.960**, de 21 de dezembro de 1989. Dispõe sobre a prisão temporária. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7960.htm>. Acesso em: 16 out. 2011.

_____. **Lei nº 12.403**, de 04 de maio de 2011. Altera dispositivos do Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, relativos à prisão processual, fiança, liberdade provisória, demais medidas cautelares, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12403.htm>. Acesso em: 15 out. 2011.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal: Legislação Penal Especial**. São Paulo: Saraiva, 2006. 4 v.

_____. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. 1 v.

DELMANTO, Celso et al. **Código Penal Comentado**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir**. 23. ed. Petrópolis: Vozes, 2000.

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal: Parte Especial**. Rio de Janeiro: Impetus, 2009. 3 v.

_____. **Curso de direito penal: Parte Geral**. Rio de Janeiro: Impetus, 2008. 1 v.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

NUCCI, Guilherme de Sousa. **Leis penais e processuais penais comentadas**. 5. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010a.

_____. **Princípios Constitucionais Penais e Processuais Penais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010b.

_____. **Individualização da Pena**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

SILVA, Marisya Souza e. **Crimes Hediondos & Progressão de Regime Prisional**. Curitiba: Juruá, 2007.

STF. **HC nº 69.657-1/SP**. Brasília, DF; Diário da Justiça. Julgado em 18 de dezembro de 1992 e publicado no DJU de 18 de junho de 1993. Disponível em: <<http://www.pesquisedireito.com/lch.htm>>. Acesso em: 17 out. 2011.

STF. **HC nº 82.959-7/SP**. Rel. Min. Marco Aurélio. Julgado em 23 fev. 2006. Disponível em: <http://www.ibccrim.org.br/tvibccrim/pdf/dialogos_crimeHediondo_jurisprudencia.pdf>. Acesso em: 20 set. 2011.

STF. **Medida Cautelar no Habeas Corpus nº 97256 RS**. Rel. Min. Carlos Ayres Brito. Julgado em 19 dez. 2008. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14767316/medida-cautelar-no-habeas-corporus-hc-97256-rs-stf>>. Acesso em: 17 out. 2011.

STF. **Informativo 615**. 2ª Turma. Brasília: Diário da Justiça. Fevereiro de 2011. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoInformativoTema/anexo/Informativo_mensal_fevereiro_2011.pdf>. Acesso em: 22 de abril de 2011.

STF. **Informativo 617**. 1ª Turma. Lei 8.072/90 e regime inicial de cumprimento de pena. Brasília, 21 a 25 de fevereiro de 2011. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo617.htm#Lei 8.072/90 e regime inicial de cumprimento de pena](http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo617.htm#Lei%208.072/90%20e%20regime%20inicial%20de%20cumprimento%20de%20pena)>. Acesso em: 17 out. 2011.

STF. **Súmula nº 698**. Não se estende aos demais crimes hediondos a admissibilidade de progressão no regime de execução da pena aplicada ao crime de tortura. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula_601_700>. Acesso em: 17 out. 2011.

STJ. **Habeas Corpus nº 91775 RS 2007/0234411-2**, da 6ª Turma. Rel. Min. Jane Silva (Desembargadora convocada do TJ/MG). Julgado em 24 fev. 2008. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/2343/habeas-corporus-hc-91775-rs-2007-0234411-2-stj>>. Acesso em: 15 out. 2011.

STJ. Habeas Corpus nº 136.337-MG (2009/0092688-8), da 5ª Turma. Rel. Ministro Adilson Vieira Macabu (Desembargador Convocado do TJ/RJ). Julgado em: 17 fev.2011. Disponível em:

<<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/18447096/habeas-corpus-hc-136337-mg-2009-0092688-8-stj/inteiro-teor>>. Acesso em: 17 out. 2011.

STJ. Recurso Especial nº 1.102.101 - RS (2008/0254680-0), da 5ª Turma. Rel. Ministro OG Fernandes. Julgado em: 04 nov. 2010. Disponível em:

<<http://www.dietrich.adv.br/verNoticia.php?nid=3950>>. Acesso em: 17 out. 2011.

STJ. Habeas Corpus nº 166929 SP 2010/0054081-5, da 5ª Turma. Rel. Ministra Laurita Vaz. Julgado em: 03 fev. 2011. Disponível em:

<<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/18396253/habeas-corpus-hc-166929-sp-2010-0054081-5-stj>>. Acesso em: 17 out. 2011.

STJ. Habeas Corpus nº 128889 DF 2009/0028719-0, 6ª Turma. Rel. Min. Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ/SP). Julgado em: 24 ago. 2009.

Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/6028539/habeas-corpus-hc-128889-df-2009-0028719-0-stj>>. Acesso em: 17 out. 2011.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 4. ed. Salvador: Jus Podivm, 2010.