



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

REINALDO BESERRA

**A PROGRESSÃO DE REGIME E A NOVA TEMÁTICA ADOTADA
PARA OS CRIMES HEDIONDOS E ASSEMELHADOS**

**SOUSA - PB
2007**

REINALDO BESERRA

**A PROGRESSÃO DE REGIME E A NOVA TEMÁTICA ADOTADA
PARA OS CRIMES HEDIONDOS E ASSEMELHADOS**

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.

Orientadora: Prof^a. Esp. Alba Tânia Abrantes Casimiro.

**SOUSA - PB
2007**

Reinaldo Beserra

A PROGRESSÃO DE REGIME E A NOVA TEMÁTICA ADOTADA PARA OS
CRIMES HEDIONDOS E ASSEMELHADOS

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado à Banca Examinadora do
Curso de Direito do Centro de Ciências
Jurídicas e Sociais – UFCG, como
requisito para obtenção do título de
Bacharel em Direito.

Orientadora: Prof^a. Alba Tânia de
Abrantes Casimiro.

Aprovado em: _____ de _____ de 2007.

COMISSÃO EXAMINADORA

Alba Tânia Abrantes Casimiro – Professora-Orientadora - UFCG

Examinador(a)

Examinador(a)

Sousa – PB
Junho/2007

A meus pais, Zé Marinho e Maria do Carmo, pelo amor, carinho e dedicação de toda uma vida. A vocês, que trilharam comigo esse sonho que agora se realiza. Meus queridos pais, a vitória é nossa!

AGRADECIMENTOS

A meu bom Deus, que com a força do seu espírito concedeu-me o incentivo e a inspiração necessários para desenvolver este trabalho.

À minha família, alicerce de minha personalidade e amparo em minhas dificuldades, grupo de pessoas que me ensinou valores como dignidade, responsabilidade e humildade; pela confiança que deposita em mim, jamais duvidando de que seria capaz de sonhar, lutar e conseguir; por entender a minha escolha profissional e por me estimular no sentido de sempre buscar meus objetivos.

À Professora Alba Tânia Abrantes Casimiro, minha orientadora, por sua disponibilidade e incansável colaboração para o amadurecimento de uma idéia.

Aos amigos, companheiros de curso, Ernany, Patrícia, Kallyne, Alanna, Carla, Edílson e José Vieira, pessoas de valor inestimável.

Aos amigos da Residência Universitária: Davi, Daniel Bruno, César, Watha, Valter Gonzaga, Júnior Gonzaga, Marcos Raniery, Waltinho, Marcelo e Giliard, pessoas inesquecíveis.

Aos amigos: Samuel, Dedé, Eugênio, Jocivan, Francisco Farias e Selmar, companheiros de uma vida.

A Doutor Leonardo Dantas Nagashima, Promotor de Justiça Substituto da Comarca de Pau dos Ferros – RN, pelos ensinamentos ao longo de um ano de estágio e pela contribuição deferida a este trabalho.

A todos... Obrigado!

“Eu não recearia muito as más leis se elas fossem aplicadas por bons juizes. Não há texto de lei que não deixe campo à interpretação. A lei é morta. O magistrado vivo. É uma grande vantagem que ele tem sobre ela”.

(Anatole France)

RESUMO

Discute-se a problemática evolutiva da interpretação da Lei dos Crimes Hediondos, haja vista que a mesma fere vários princípios Constitucionais, no que diz respeito ao cumprimento da pena privativa de liberdade, tais como proporcionalidade, humanidade e individualização da pena. Por meio do método científico de pesquisa bibliográfica, além dos métodos exegético-jurídico, histórico-evolutivo e do estudo comparado chega-se à conclusão de que o Supremo Tribunal Federal, bem como o legislador infraconstitucional têm entendido que não é a dureza da pena que proporciona a recuperação do preso, mas sim uma forma progressiva de cumprimento da mesma. Organiza-se o trabalho em três capítulos, sendo que o primeiro aborda o histórico das penas no Brasil, bem como se faz menção aos regimes de cumprimento da pena privativa de liberdade. No segundo abordam-se os precedentes da Lei dos Crimes Hediondos, encerrando com a discussão de cada instituto processual presente na Lei 8.072/90. No terceiro capítulo discute-se a questão da inconstitucionalidade do dispositivo que proibia a progressão de regime para os crimes hediondos, buscando, como fundamentação, a ofensa aos tratados internacionais sobre direitos humanos ratificados pelo Brasil e aos vários princípios constitucionais. Discute-se também a Lei de Tortura e a Lei 11.464/2007, fazendo-se, ao final, uma análise crítica à Lei 8.072/90. Conclui-se enfatizando que não é as leis rígidas que faz diminuir a criminalidade sempre crescente, mas um estudo detalhado sobre a realidade brasileira, e, uma vez encontrado o foco do problema, desenvolver políticas sociais voltadas à criança e ao adolescente, a fim de que se possa resolvê-lo no seu nascedouro.

Palavras-chave: Progressão de regime; Crimes hediondos; princípio da individualização da pena; *Hábeas Corpus* n. 82.959/SP; Lei 11.464/2007.

ABSTRACT

It is argued problematic evaluative of the interpretation of the Law of the Hideous Crimes, has seen that the same one wounds some principles Constitutional, in what say respect to the fulfillments of the privative penalty of freedom, such as proportionality, humanity and individualization of the penalty. By means of the scientific method of bibliographical research, beyond the methods exegetic-legal, description-evolution and of the comparative study it is arrived conclusion of that the Supreme Federal Court, as well as the infraconstitutionality legislator has understood that it is not the hardness of the penalty that provides the recovery of the prisoner, but yes one forms gradual of fulfillments of the same one penalty. The work in three chapters is organized, being that the first one approaches the description of the penalties in Brazil, as well as if it makes mention to regimes of fulfillments of the privative penalty of freedom. In as the precedents of the Law of the Hideous Crimes are approached, locking up with the quarrel of each present procedural institute in Law 8.072/90. In the third chapter it is argued question of the unconstitutionality of the device that forbade the progression of regimen for the hideous crimes, searching, as recital, the offence to the international treated ones on human rights ratified by Brazil and to the some principles constitutional. One also argues the Law of Torture and Law 11,464/2007, becoming, to the end, a critical analysis to Law 8.072/90. One concludes emphasizing that it is not the rigid laws that make to diminish always increasing crime, but a study detailed on the Brazilian reality, and, an joined time the focus of the problem, to develop come back social politics to the child and the adolescent, so that if it can decide it in its to be born.

Word-keys: Progression of regimen; Hideous crimes; principle of the individualization of the penalty; *Habeas Corpus* n. 82.959/SP; Law 11.464/2007.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
CAPÍTULO 1 A PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE NO BRASIL E SEUS REGIMES	13
1.1 Colônia	13
1.2 Império	14
1.3 República	15
1.4 Regimes de Cumprimento da Pena Privativa de Liberdade	17
1.4.1 Regime Fechado	18
1.4.2 Regime Semi-Aberto	19
1.4.3 Regime Aberto	21
1.4.4 Regimes Domiciliar e Especial	22
1.4.5 Regime Disciplinar Diferenciado	23
1.4.6 O Regime Inicial, Progressão e Regressão	25
1.4.6.1 Regime Inicial	25
1.4.6.2 A Progressão	26
1.4.6.3 A Regressão	28
CAPÍTULO 2 OS CRIMES DENOMINADOS HEDIONDOS E EQUIPARADOS.....	30
2.1 Crime Hediondo: Conceito e Histórico	30
2.2 Espécies	32
2.3 Crimes Equiparados aos Hediondos	36
2.4 Peculiaridades da Lei 8.072/90	38
2.4.1 Insuscetibilidade de Anistia, Graça e Indulto	39
2.4.2 Fiança e Liberdade Provisória	40
2.4.3 Direito de Apelar em Liberdade	41
2.4.4 Prisão Temporária e Penas Alternativas	42
2.4.5 Estabelecimentos de Segurança Máxima	43
2.4.6 Regime de Cumprimento da Pena e o Princípio da Individualização da Pena	43
CAPÍTULO 3 A PROGRESSÃO DE REGIME E A NOVA TEMÁTICA ADOTADA PARA OS CRIMES HEDIONDOS E ASSEMELHADOS	47
3.1 A Inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da lei 8.072/90 e o Controle de Constitucionalidade	47
3.2 Ofensa aos Tratados Internacionais	50
3.3 A Lei dos Crimes Hediondos em Face da Lei de Tortura e dos Princípios da Isonomia e da Retroatividade da Lei Mais Benéfica	51

3.4 A Lei 11.464, de 29 de Março de 2007 e sua Aplicabilidade.....	55
3.5 Análise Crítica	59
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	64
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	67
ANEXOS.....	71

INTRODUÇÃO

O Direito Penal brasileiro encaminha-se aceleradamente a um movimento de alteração substancial da aplicação da pena privativa de liberdade, tendente ao abrandamento por meio de processos alternativos e modelos prisionais suficientes à repressão, calcado na constatação de que o delinqüente não se reabilita com a severidade que lhe é imposta, antes, torna-se absolutamente corrompido, desviando-se em definitivo dos fins e utilidades da sanção a que está sendo submetido.

Assim, no presente trabalho abordar-se-á toda a fase evolutiva da pena no Brasil, mas sempre que possível se fazendo uma comparação com o Direito Comparado. Mencionar-se-á, a partir do período colonial, o histórico da pena privativa de liberdade, a fim de que se possa demonstrar a sua real finalidade e se a mesma é alcançada.

Com a publicação da Lei 6.466/77 surgiu o disciplinamento dos regimes prisionais, ou seja, a pena seria cumprida em forma progressiva. Desta feita, se fará menção a cada regime e suas peculiaridades para, em seguida, entrar no que dispõe a Constituição Federal de 1988, no que respeita aos crimes tidos como hediondos.

Assim, tendo como base o disposto no artigo 5º, XLIII, da Constituição Federal, onde "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 hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem", foi que o legislador ordinário instituiu e promulgou diploma de regulamentação deste dispositivo, fazendo-se cumprir o mandamento constitucional.

Foi então, com a finalidade de conter a devastadora onda de criminalidade que assombrava a sociedade brasileira na época, que o legislador criou, às pressas, atendendo ao clamor público, a Lei n. 8.072/90, conhecida como Lei dos Crimes Hediondos, que define os crimes desta natureza e determina outras providências de natureza penal, processual penal e de execução da pena destes crimes, bem como da tortura, do tráfico de entorpecentes e do terrorismo.

A Lei de Crimes Hediondos representa uma grande mutação da forma com que o Estado passou a tratar determinados crimes; crimes estes considerados pelos legisladores, como de maior gravidade social. Estes, a partir do início da vigência da Lei de Crimes Hediondos, passaram a ser tratadas com uma forma punitiva mais agressiva por parte de um Estado que, na época, já se via acuado por crimes como o seqüestro, por exemplo, que já chocavam a população, que, por sua vez, clamava por punições mais severas para os mesmos.

Porém o que se percebeu foi uma lei que acolheu os clamores populares, mas, de uma forma que colide frontalmente com os princípios penais e, sob certos pontos, com a Constituição Federal, o que revela um enorme contrasenso da mesma com o ordenamento jurídico a ela pertinente.

Diante da fragilidade da mencionada lei frente aos princípios constitucionais, bem como às normas que disciplinam a progressão de regime prisional, desde a sua publicação vem enfrentando diversas discussões no que diz respeito à inconstitucionalidade de alguns pontos nela existentes.

Assim, em fevereiro de 2006 foi julgado o *Habeas Corpus* 82.959/SP, declarando a inconstitucionalidade do § 1º, art. 2º da Lei 8.072/90. Apesar de o julgamento ter sido em sede de controle difuso de constitucionalidade, incrementou ainda mais a discussão sobre a permissão da progressão de regime para os crimes hediondos.

E, para garantir o critério diferenciador dos crimes hediondos em relação aos crimes comuns, era premente a necessidade de regulamentação da matéria, pois não havia sentido aplicar progressão de regime na proporção de 1/6 da pena cumprida. Com isso, em 29 de março de 2007 foi publicada a Lei 11.464, disciplinando que a pena por crimes hediondos será cumprida em regime inicialmente fechado, sendo que a progressão se dá na proporção de 2/5 para primários e 3/5 para reincidentes.

Vale salientar que a escolha do tema se deu frente às discussões sobre a constitucionalidade ou não do § 1º, art. 2º da Lei 8.072/90, bem como frente às novas decisões que tratavam da progressão de regime para os crimes hediondos, culminando na publicação da Lei 11.464/2007.

Para a realização do presente trabalho utilizar-se-á o método científico de pesquisa bibliográfica, além dos métodos exegético-jurídico, histórico-evolutivo e de estudo comparado para que da análise da legislação ordinária frente à Constituição Federal de 1988, e em razão dos conhecimentos contraídos, se possa demonstrar o equívoco que foi a publicação da Lei dos Crimes Hediondos tal como se deu.

O estudo se desenvolve em três capítulos, sendo que no primeiro abordar-se-á o histórico das penas no Brasil, partindo do Brasil-colônia até os dias atuais, bem como se fará menção aos regimes de cumprimento das penas privativas de liberdade.

O segundo capítulo abordará os precedentes da Lei de Crimes Hediondos, bem como seu conceito, adentrando, em seguida, em cada uma de suas espécies, discorrendo, ainda, sobre os denominados crimes equiparados aos hediondos. Por fim, discorrer-se-á sobre cada instituto processual presente na Lei 8.072/90.

No terceiro capítulo se discutirá a questão da inconstitucionalidade do § 1, art. 2º da Lei 8.072/90, analisando para tanto a ofensa aos tratados internacionais sobre direitos humanos ratificados pelo Brasil. Ademais, se fará uma abordagem sobre a Lei de Tortura, fazendo menção ao princípio da isonomia e da retroatividade da lei mais benéfica. Com a publicação da Lei 11.464/2007 se faz necessário uma análise sobre sua aplicabilidade, finalizando o capítulo com uma análise crítica da Lei 8.072/90.

CAPÍTULO 1 A PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE NO BRASIL E SEUS REGIMES

Para iniciarmos o presente trabalho é imprescindível uma abordagem histórica sobre as penas, partindo do período colonial até os dias atuais. Em seguida, falaremos sobre os vários regimes prisionais adotados no Brasil, bem como sobre o sistema progressivo de cumprimento da pena.

1.1 Colônia

Os índios nativos brasileiros utilizavam o direito penal costumeiro, caracterizado pela vingança privada e coletiva e a lei de talião, conforme anotações do estudioso René Ariel Dotti, citado por Shecaira (2002, p. 38). Certo é que as punições utilizadas pelos índios brasileiros eram fruto do costume e não influenciavam a legislação penal pátria.

Com a colonização, a legislação penal que passou a ser utilizada foi a portuguesa, que correspondia à vigente em toda a Europa na época, com mistura de crime e pecado e aplicação de sanção desproporcional ao crime, como pena de morte, açoite, enforcamento, fogueira e outras crueldades. Era o mesmo Direito Penal aplicado na Europa na Idade Média.

As Ordenações Manuelinas (1521), por certo foram a primeira legislação a ser aplicada no Brasil Colonial, já que, logo após o descobrimento, a legislação vigente foi a da Coroa Portuguesa.

As Ordenações Filipinas (1603), que vigoraram durante dois séculos em Portugal, foram aplicadas no Brasil, durante todo o período colonial. Nelas imperava a pena de morte, e a prisão somente era utilizada como custódia, ou seja, para assegurar que o infrator não se furtasse ao julgamento, tanto que ficava em pequenas cabanas aguardando a hora do sacrifício, sempre com alguém de guarda. Essa legislação foi a utilizada como fundamento para matar Joaquim José da Silva Xavier (Tiradentes), que foi enforcado, teve sua cabeça arrancada e seus membros espalhados pela cidade, e a pena de infâmia imposta até a sua terceira geração.

Por oportuno, vale salientar que o Brasil apresentou, no início do ano de 2000, o Primeiro Relatório Relativo à Implementação da Convenção contra a

Tortura e outros tratamentos ou penas cruéis, desumanas ou degradantes¹. Nesse relatório o Brasil apontou, como forma originária dos tratamentos desumanos, degradantes e cruéis, e também da prática da tortura, a colonização portuguesa, lembrando que as Ordenações do Reino, que tiveram força normativa no Brasil Colônia, tinham nas penas corporais seu principal instrumento de punição dos mais diversos tipos de delito.

Assim, a prisão, como pena privativa de liberdade, não foi utilizada no Brasil Colônia.

1.2 Império

Ainda sob os efeitos da Revolução Francesa, D. Pedro I proclamou a independência do Brasil de Portugal, em 07.09.1822, mas continuaram em vigor no País as Ordenações da Coroa. Em 1824 foi outorgada a primeira Constituição Brasileira, que previa a elaboração de um Código Criminal, *ex vi* do art. 179, XVIII, que assim dispunha:

“Art. 179, XVIII – Organizar-se-á quanto antes um código civil, e criminal, fundado nas sólidas bases da justiça, e equidade”.

O Código Civil não o quanto antes, posto que só entraria em vigor no ano de 1916, com a Lei 3.071, daquele ano, mas, o Código Criminal sim, aprovado em 1830 e, por consequência, o Código de Processo Criminal em 1832. O Código Criminal do Império tinha como preceito basilar, que a pena não passaria da pessoa do condenado. Aboliu-se, dentre outros, as penas cruéis. Todavia, o mesmo Código previu a pena de morte para o homicídio, latrocínio e insurreição de escravos.

O Código Criminal de 1830 filiou-se à Escola Clássica (Beccaria) e na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 27.08.1789, adotando como princípios a responsabilidade moral, a legalidade e o livre-arbítrio.

Com relação às penas, era a de prisão a mais disciplinada e era, também, aplicada a mais da metade dos crimes definidos no Código Criminal. Ela

¹ Primeiro Relatório ao Comitê contra a Tortura – CAT. Ministério da Justiça, 2000.

poderia ser simples ou com trabalho, embora não existissem estabelecimentos prisionais no Brasil, naquela época.

O Código do Império se referia apenas ao dolo, não definindo culpa, e embora a Constituição assegurasse tratamento igualitário aos indivíduos, com base na justiça e na equidade, os escravos recebiam tratamento mais severo e penas infames, contrariando a ordem jurídica. Nesse período da história brasileira, a prisão como pena começou de fato a substituir as penas corporais e deu sinais de que seria a modalidade punitiva do futuro.

1.3 República

Proclamada a República em 15.11.1889 foi, em seguida, editado o Código Penal de 1890, antecedido pelo Dec. 774/1890, que aboliu a pena de galés, reduziu para 30 anos o cumprimento máximo da pena perpétua, instituiu a prescrição das penas e estabeleceu a detração penal, que se constitui no desconto do total da pena privativa de liberdade do tempo de prisão preventiva.

Em 1891 foi promulgada a Constituição da República que declarou abolida a pena de galés e banimento judicial, bem como a pena de morte, ressalvada a legislação militar em tempo de guerra (art. 72).

A pena passou a ser basicamente privativa da liberdade, consistindo o sistema de penas na prisão celular; no banimento; na reclusão; na prisão com trabalho obrigatório; na prisão disciplinar para os menores de 21 anos; na interdição; na suspensão; na perda do emprego público e multa (CP, art. 43).

O Código Penal de 1890 foi sendo complementado por um grande número de leis especiais, o que dificultou a aplicação do direito repressivo. Diante da realidade tão urgente, o Desembargador Vicente Piragibe compilou e organizou as diversas leis penais, unindo-as, trabalho que foi oficializado pelo Dec. 22.213, de 14.12.1932. Em seguida, do anteprojeto elaborado pelo Professor Alcântara Machado, revisado por Nelson Hungria, Roberto Lyra e outros juristas, adveio novo projeto, o Código Penal de 1940, que passou a vigorar em 01.01.1942, com a adoção do princípio da reserva legal, sistema progressivo do cumprimento da pena e outros importantes institutos.

Nelson Hungria elaborou anteprojeto que foi promulgado por decreto em 1969, projeto encampado pelos militares, que nunca vigorou. Posteriormente, algumas modificações foram introduzidas na parte geral do Código Penal, como: a concessão do *sursis* aos condenados à pena de até dois anos de reclusão; extinção da reincidência após cinco anos sem nova condenação e o reajuste dos valores das multas. A Lei 6.416/77, estabeleceu os regimes como forma de cumprimento da pena privativa de liberdade (regimes: aberto, semi-aberto e fechado).

Em 1980, o Governo Federal nomeou uma comissão encarregada de elaborar o anteprojeto da parte geral do Código Penal, que foi aprovado e se transformou na Lei 7.209/84, alterando, desta forma, toda a parte geral do Código Penal Brasileiro. Com essa alteração foi adotado o sistema vicariante (pena ou medida de segurança) e instituiu as penas restritivas de direitos e a pena pecuniária.

Acompanhou a reforma da parte geral do Código Penal a Lei 7.210/84, que institui a Lei de Execuções Penais, segundo a qual a pena não é somente forma de prevenção e repressão, mas também instrumento de readaptação e ressocialização do infrator.

Ainda no contexto de inovações, a Lei 6.368/76, que disciplinou o tráfico ilícito de entorpecentes; a Lei 8.072/90, que institui os chamados crimes hediondos; a Lei 9.099/95, que dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais; a Lei 10.259/01, que ampliou para dois anos o máximo da pena privativa de liberdade, para que o crime possa ser considerado de pequeno potencial ofensivo, bem como a Lei 10.409/02, que estabeleceu novo procedimento para os crimes de tóxicos. E, mais recentemente, revogando as Leis 6.368/76 e 10.409/02, foi publicada a Lei 11.343/06, estabelecendo penas maiores para os traficantes e tratamento mais brando aos usuários de entorpecentes.

Em vista do exposto, não obstante as inúmeras alterações sofridas pelo Código Penal de 1940, como a extinção do duplo binário, a instituição do sistema do dia-multa e a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, bem com a suspensão condicional do

processo e a transação penal, vê-se que temos uma nova legislação penal, mas não um novo Código Penal, haja vista que continua em vigor o de 1940.

1.4 Regimes de Cumprimento da Pena Privativa de Liberdade

A Constituição Federal de 1988 consagrou a pena privativa de liberdade, mantendo-a como sanção prescrita para a maioria das infrações penais, assim como na maioria dos sistemas punitivos contemporâneos, visto que ainda predomina a idéia de que a prisão é imprescindível para o controle social dos crimes mais graves, ou seja, aqueles que atentam contra bens jurídicos de maior relevância para o indivíduo e para a sociedade num dado momento histórico.

Como visto, a pena privativa de liberdade é a principal forma de punição do nosso sistema punitivo, prevista para a maioria dos crimes. É classificada em três espécies: *reclusão* e *detenção* para os crimes, e *prisão simples* para as contravenções penais. Na verdade, não existe diferença substancial entre uma e outra, salvo no que se refere às conseqüências da aplicação de cada modalidade.

O condenado à pena de reclusão deve cumprir sua pena em uma penitenciária, trabalhando durante o dia e permanecendo isolado em cela durante a noite, seguindo uma ordem de etapas estabelecidas pelo sistema progressivo de cumprimento da pena. Primeiro ocorre o isolamento inicial, depois o trabalho em comum, seguido da liberação para trabalho fora e retornar para dormir e, por fim, o livramento condicional.

Já a detenção deve ser cumprida em Colônia Penal agrícola, industrial ou similar e não exige tamanho rigor na execução. O reeducando é dispensado do isolamento inicial, começando a cumprir a pena no regime semi-aberto, podendo escolher o trabalho e comparecer ao estabelecimento prisional apenas para dormir.

A Lei 6.416/77, como dito anteriormente, foi quem implantou os regimes de cumprimento da pena privativa de liberdade no Brasil e disciplinou o sistema progressivo (CP, art. 33). A lei penal estabelece as características para cada um dos regimes fechado, semi-aberto e aberto (CP, arts. 34, 35 e 36) e

prevê o regime especial para as mulheres (CP, art. 38). O sistema vigente, o vicariante, dispensa a aplicação cumulativa da pena privativa de liberdade e da medida de segurança, salvo para os inimputáveis, considerados de alta periculosidade (CP, art. 26 e parágrafo único).

O julgador, ao sentenciar e condenar o acusado deve indicar o regime inicial e não definitivo de cumprimento da pena privativa de liberdade, ante a execução progressiva da pena prevista no nosso ordenamento jurídico, que possibilita a progressão e regressão de regime, desde que preenchidos os requisitos legais exigidos. Exceção a tal regra era o regime integralmente fechado estabelecido pelo legislador ordinário para os denominados crimes hediondos e equiparados. Neste caso, antes da promulgação da Lei 11.464, de 29 de março de 2007, o regime de cumprimento da pena era fechado, integralmente.

1.4.1 Regime Fechado

No regime fechado, o condenado permanece completamente isolado do meio social e fica privado de sua liberdade de locomoção, pois deve ficar internado em uma penitenciária de segurança máxima ou média, geralmente construída em locais afastados dos grandes centros urbanos, com segurança e vigilância vinte e quatro horas, mediante fiscalização de agentes penitenciários.

A Lei das Execuções Penais estabelece que o reeducando deve ser alojado em cela individual, mas, na maioria de nossos estabelecimentos prisionais, as celas são coletivas. Logo, embora seja direito do preso permanecer em cela individual, esta exigência legal, assim como muitas outras, não é cumprida. Via de regra, durante o dia, o condenado deve trabalhar com os seus companheiros no interior do próprio estabelecimento, geralmente executando trabalhos manuais, como confecção de bolas de futebol, carteiras escolares, artesanato, dentre outros.

Por outro lado, a legislação também admite a possibilidade de o preso, em regime fechado, realizar trabalho externo em serviços ou obras públicas, desde que monitorado, para evitar fuga e que o trabalho seja sempre remunerado.

Por certo, o preso deve obedecer a uma série de regras disciplinares internas do estabelecimento prisional, como horário para as refeições e para o repouso e o silêncio, apesar de nem sempre observados. Os presos, inclusive os do regime fechado, gozam de inúmeros direitos, dentre os quais o de vestuário adequado; práticas de esportes e jogos; lazer; educação regular e profissionalizante; prática religiosa e outros tantos enumerados na própria LEP e na Resolução nº. 14, de 11 de novembro de 1944, que fixou as Regras Mínimas para o Tratamento do Preso no Brasil.

No início do cumprimento da pena privativa de liberdade e quando vai progredir de regime, o preso deve ser submetido ao exame criminológico que tem por objetivo proporcionar adequada individualização da pena e avaliar a periculosidade do agente, por meio de análise de sua personalidade, comportamento social, profissional e familiar. Mas, sob o argumento de ausência de recursos financeiros e humanos, o exame não tem sido efetivamente realizado, não alcançando o seu fim, que é contribuir para a individualização da execução da pena e a consequente e efetiva recuperação do condenado.

No que respeita às mulheres, estas devem ocupar prédio distinto do destinado aos homens, sendo obrigatório o funcionamento de creche e de sala destinada a socorrer parturiente.

Antes da Lei 11.464/07, o condenado por crime hediondo ou equiparados, reincidente ou não, qualquer que fosse a pena aplicada, deveria cumprir a pena em regime integralmente fechado, embora ao condenado por crime de tortura (Lei 9.455/97) tenha sido admitida a progressão de regime. Nesse diapasão, ao condenado por crimes previstos na Lei 8.072/90, cumprindo a pena em regime integralmente fechado, faltava-lhe a esperança de voltar a conviver em sociedade, devendo aguardar, única e exclusivamente, pelo benefício do livramento condicional.

1.4.2 Regime Semi-Aberto

A idéia de um regime mais rigoroso, sem isolamento celular, nasceu na Suíça, e foi experimentada na prisão de Witzeil, situada na zona rural, onde os condenados trabalhavam nas fazendas, com vigilância mais branda. Deste

exemplo surgiu o modelo das colônias agrícolas, industriais ou similares, hoje aplicado dispensando cercas e muros, ou seja, uma maior vigilância e controle do condenado.

O regime semi-aberto foi instituído no sistema penal brasileiro em 1984, com a reforma que modificou a parte geral do Código Penal (CP, art. 33). Neste regime o condenado pernoita em estabelecimento coletivo, exercendo o trabalho em comum, durante o dia. Admite-se, inclusive, o trabalho externo e a freqüência aos cursos profissionalizantes, secundários e superiores, com objetivo de preparar o condenado para o retorno à liberdade.

O regime semi-aberto retira da sociedade o condenado e o torna produtivo, diminuindo os custos com a sua manutenção e proporcionando a retomada do gosto pela vida, pelo trabalho remunerado, preparando o condenado para o regime aberto. Este período de transição entre o regime fechado e o aberto é essencial para a readaptação social do condenado, que primeiro volta a trabalhar e só depois será transferido para o regime aberto, cuja flexibilidade é ainda maior.

Neste sistema de cumprimento de pena, devem ser igualmente observadas as regras mínimas de tratamento de preso, a individualização da pena na execução, via exame criminológico, e, ainda, as aptidões do condenado, se para o trabalho agrícola ou para o industrial ou, ainda, para outro similar.

O art. 112, *caput*, da Lei de Execuções Penais estabelece que sempre que o condenado tiver cumprido um sexto de sua pena, desde que seu comportamento prisional recomende, terá direito a progressão de regime. Por outro lado, em caso de o reeducando se revelar incompatível com o novo regime, poderá ser transferido (regressão) para o mais gravoso, fechado ou semi-aberto (LEP, art. 118, I e II).

Quando o sistema penitenciário não possui vagas para receber o condenado que deve iniciar o cumprimento da pena no regime semi-aberto, predomina o entendimento no sentido de que o mesmo cumpra a pena no regime aberto (RT 776/546). Igualmente na progressão, uma vez que a eventual ausência de vaga não autoriza a manutenção do condenado no regime fechado quando concedida a progressão para o regime semi-aberto. Nesse caso deve o

Juiz da Execução encaminhar o condenado direto ao regime aberto, sem passar pelo intermediário, sob pena de constrangimento ilegal.

1.4.3 Regime Aberto

A experiência de aplicação e a adoção de regime aberto de cumprimento de pena privativa de liberdade ocorreu em vários países, e com sucesso antes de ser adotado pelo Brasil. A prisão aberta foi instituída como regime com a lei 6.416/77, que implantou os regimes fechado, semi-aberto e aberto como forma de cumprimento da pena privativa de liberdade, regra ratificada na reforma da parte geral do Código Penal de 1940 e que se mantém até os dias de hoje.

Conforme disposição expressa do art. 36 do Código Penal, o regime aberto "baseia-se na autodisciplina e senso de responsabilidade do condenado", que exercerá seu trabalho externo ao estabelecimento penal nele permanecendo apenas durante o repouso noturno, aos domingos e feriados. A pena será cumprida em casa de albergado ou estabelecimento adequado (CP, art. 33, § 1º, "c").

O art. 33, § 2º, "c", do Código Penal dispõe que o condenado não reincidente pode iniciar o cumprimento da pena no regime aberto, desde que a pena não ultrapasse 4 (quatro) anos. Entretanto, essa regra tem validade somente para os condenados à pena de reclusão, pois, em se tratando de detenção, prevalece a regra do *caput* do art. 33 do CP, ou seja, o condenado, mesmo reincidente, pode iniciar o cumprimento da pena no regime aberto.

A regra no ordenamento jurídico brasileiro é que o condenado que tiver cumprido, pelo menos um sexto da pena em regime semi-aberto, poderá ser transferido para o regime aberto (LEP, art. 112), mas somente se sua conduta e comportamento forem compatíveis com a natureza do regime aberto, podendo o Juiz da Execução negar tal benefício quando as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do CP não autorizam ou recomendam o cumprimento da pena no regime aberto. Essas circunstâncias devem ser analisadas pelo julgador para a fixação do regime de cumprimento da pena (art. 33, § 2º, CP).

O condenado maior de 70 (setenta) anos de idade ou os condenados acometidos de doença grave, bem como a condenada gestante ou com filho menor ou deficiente físico ou mental poderão cumprir a pena em regime aberto em residência particular (LEP, art. 117). Além de comparecer ao local nos dias indicados, fica ele proibido de se ausentar da cidade em que reside sem autorização judicial. Certo é que na prática, nas comarcas do interior, onde normalmente inexistente casa de albergado, os condenados não comparecem regularmente à cadeia pública, pela ausência de controle e também pela amizade com os agentes penitenciários que os apóiam, frustrando a execução da pena.

Na verdade, o regime aberto perdeu sua função, pois, com a edição da Lei 9.714/98, que admitiu a substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos, estabelecendo o período de 4 (quatro) anos como limite de pena para substituição. E, como a substituição é medida mais recomendável, caiu em desuso a aplicação da pena a ser cumprida em regime inicial aberto.

Porém, apesar de mais salutar para a ressocialização do infrator, tem-se que a pena restritiva de direito somente poderá alcançar seus objetivos se for efetivamente fiscalizada, exigida e cumprida, para não se tornar ineficaz.

1.4.4 Regimes Domiciliar e Especial

O Código Penal adotou expressamente como regimes de cumprimento de pena privativa de liberdade o sistema fechado, o semi-aberto e o aberto. Mas a doutrina trata a prisão domiciliar como regimes. Entretanto, independentemente da controvérsia sobre a adequada nomenclatura a ser utilizada, merecem estas destaque porque constituem formas excepcionais de cumprimento da pena privativa de liberdade. Certo é que não deixam de ser formas ou regimes especiais de cumprimento de pena adotados no Brasil.

É importante destacar a diferença entre prisão domiciliar e regime especial de cumprimento da pena privativa de liberdade concedida a determinadas pessoas (mulheres e maiores de 60 anos), regime agora chamado de prisão especial, que é uma espécie de prisão cautelar destinada aos presos

que gozam de prerrogativas de função, formação em curso superior e que aguardam o julgamento afastados dos presos comuns.

A prisão domiciliar surgiu exatamente em razão da necessidade de cuidados especiais que alguns agentes exigem e que o Estado, devido a ausência de estabelecimentos adequados, que se ajustem às peculiaridades do art. 117, da Lei de Execuções Penais, não pode suprir. Assim sendo, admite-se o recolhimento do beneficiário do regime aberto em residência particular no caso de o condenado ter mais de 70 (setenta) anos de idade estar acometido de doença grave, de ser a condenada gestante ou com filho menor ou deficiente físico ou mental.

A prisão domiciliar só é possível nos casos expressos na legislação, salvo quando o Estado não dispõe de vagas para o recolhimento do condenado a cumprir pena privativa de liberdade em regime aberto. A prisão domiciliar é encarada pela sociedade civil que, via de regra, desconhece a permissão legal, como mais uma forma de impunidade num país onde ela impera.

Já o regime especial, prevista no art. 37, do Código Penal, destina-se às mulheres condenadas que devem cumprir a pena em estabelecimento próprio, distinto e que lhe assegure condições para que possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação. Trata-se de direito assegurado na Constituição Federal (art. 5º, incs. XLVIII e L). Esta garantia também é estendida aos condenados maiores de 60 (sessenta) anos de idade pela Lei 9.406, de 04.06.1997, que alterou a redação do art. 82, § 1º, da LEP. Os estabelecimentos prisionais destinados às mulheres, além de observar as exigências asseguradas a todos os reeducandos, devem ser dotados de berçário, onde possam amamentar seus filhos (LEP, art. 83, § 2º).

1.4.5 Regime Disciplinar Diferenciado

Conforme bem salientou o jurista e Magistrado Adeildo Nunes²: "A morte de dois Juízes de Execução Penal, no mês de março de 2003, em São Paulo e Espírito Santo, fez ressurgir no âmbito do Congresso Nacional o Projeto

² Adeildo Nunes. O regime disciplinar na prisão. Disponível na Internet: <http://www.ibccrim.org.br,28-7-2003>.

de Lei 7.053, enviado em 2001 pela Presidência da República. Em 26-03-2003 o PL foi aprovado na Câmara dos Deputados e seguiu para o Senado Federal, agora modificando vários dispositivos da Lei de Execução Penal, criando, com força de Lei, o Regime Disciplinar Diferenciado". O referido Projeto de Lei foi convertido na Lei 10.792, e de 1º de dezembro de 2003.

O regime disciplinar diferenciado é modalidade de sanção disciplinar, conforme elucida o art. 53, V, da Lei de Execução Penal, e as hipóteses em que se faz cabível estão reguladas no art. 52 da mesma lei.

O regime disciplinar diferenciado possui as seguintes características: 1ª - duração máxima de 360 dias, sem prejuízo de repetição da sanção por nova falta grave de mesma espécie, até o limite de um sexto da pena aplicada; 2ª - recolhimento em cela individual; 3ª - visitas semanais de duas pessoas, sem contar as crianças, com duração de duas horas; 4ª - o preso terá direito à saída da cela por duas horas diárias para banho de sol.

Segundo o disposto no § 1º do art. 52, o regime disciplinar diferenciado também poderá abrigar presos provisórios ou condenados, nacionais ou estrangeiros, que apresentem alto risco para a ordem e a segurança do estabelecimento penal ou da sociedade. Por fim, dispõe o § 2º do mesmo dispositivo que estará igualmente sujeito ao regime disciplinar diferenciado o preso provisório ou o condenado sob o qual recaiam fundadas suspeitas de envolvimento ou participação, a qualquer título, em organizações criminosas, quadrilha ou bando.

O condenado, mesmo estando em RDD, também tem direito a progressão de regime prisional. Ora, uma das causas ensejadoras de inclusão no RDD é a prática de fato previsto como crime doloso, quando tal agir ocasione subversão da ordem ou disciplina internas (art. 52, caput, da LEP). De tal forma, é bem possível que o preso pratique a conduta ensejadora de sua inclusão no RDD, e após vários meses venha atingir a fração percentual de 1/6 da pena no regime fechado (p. ex.), e sob regime disciplinar diferenciado apresente boa conduta carcerária.

Sabendo que as faltas não podem ser eternizadas; que seus efeitos não podem se alongar indefinidamente, não podemos negar que diante de

determinadas hipóteses será possível a progressão de regime prisional, estando o preso sob RDD, desde que atendidos os requisitos do art. 112 da LEP.

1.4.6 O Regime Inicial, Progressão e Regressão

Ao prolatar a sentença condenatória e fixar a pena, o magistrado deve, obrigatoriamente, estabelecer o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade, cabendo ao Juiz da Execução deferir, ou não, o pedido de progressão e de livramento condicional, bem como determinar a regressão de regime, nos casos expressos em lei, sendo esta a transferência de um regime menos rigoroso para um mais severo. Vale salientar que, nos casos de regressão, o apenado poderá sair do regime aberto diretamente para o fechado, desde que fundamentada a decisão.

1.4.6.1 Regime Inicial

O Julgador ao proferir a sentença penal condenatória deve, obrigatoriamente, indicar o regime no qual o condenado deverá iniciar o cumprimento da pena privativa de liberdade, sob pena de nulidade, conforme disposição expressa do art. 59, inc. III, do Código Penal e art. 110 da LEP, observadas as regras dispostas no art. 33 e seus parágrafos do Código Penal, pois o nosso sistema de execução de penas é o progressivo.

Exceção a essa regra era estabelecida pela Lei 8.072/90, que dispõe sobre os crimes denominados hediondos e equiparados. Segundo a referida Lei, a pena aplicada deveria ser cumprida em regime integralmente fechado. Era vedada a progressão para regime menos rigoroso, admitindo-se, todavia, a última fase do sistema progressivo, que é o livramento condicional. Assim sendo, era vedada a progressão do regime fechado para o semi-aberto e deste para o aberto, mas admitiu o legislador a concessão do livramento condicional, numa total incoerência, pois proibia a progressão e admitia, e ainda admite, que o condenado passe direto do regime fechado para o livramento condicional.

A Lei 9.034, de 03.05.1995, determina que os condenados por crimes decorrentes de organizações criminosas devem iniciar o cumprimento da pena privativa de liberdade no regime fechado (art. 10). O mesmo dispõe a Lei de Tortura (Lei 9.455/97), ressalvados os casos de omissão.

1.4.6.2 A Progressão

O sistema progressivo de cumprimento de pena foi adotado no Brasil com o Código Penal de 1940, estabelecendo que o condenado seria inicialmente isolado em cela por um prazo não superior a três meses, seguindo de período de trabalho comum durante o dia, após o qual poderia ser transferido para colônia penal ou estabelecimento similar. Por fim, poderia o recluso alcançar o livramento condicional, mas a progressão dependeria de seu mérito e da demonstração de que possuía condições para tal.

A Lei 6.416/77 estabeleceu os regimes: fechado, semi-aberto e aberto, e adotou forma progressiva, mas a Lei 7.209/84, que disciplinou o sistema progressivo de execução da pena, excluiu o isolamento inicial e manteve a progressão por mérito do condenado.

A Lei 7.210/84 (Lei de Execução Penal) reafirma a adoção do sistema progressivo, ao dispor no art. 112, alterado pela Lei 10.792,

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. (Redação dada pela Lei 10.792, de 1º.12.2003).

§ 1º A decisão será sempre motivada e precedida de manifestação do Ministério Público e do defensor. (Redação dada pela Lei 10.792, de 1º.12.2003).

§ 2º Idêntico procedimento será adotado na concessão de livramento condicional, indulto e comutação de penas, respeitadas os prazos previstos nas normas vigentes. (Incluído pela Lei 10.792, de 1º.12.2003).

Diz, ainda, que a decisão deve ser sempre motivada e precedida de manifestação do Ministério Público e do Defensor, dispensando a realização do

exame criminológico. O mesmo procedimento deve ser adotado para o livramento condicional, indulto e comutação de penas.

O sistema progressivo foi adotado no ordenamento jurídico brasileiro a partir da conscientização de que a pena deve também buscar a ressocialização do condenado. Com esse objetivo é que se estabeleceu um sistema de fato progressivo em que o condenado, de acordo com o seu mérito (critério subjetivo) e o cumprimento de um sexto da pena (critério objetivo), passa do regime fechado para o semi-aberto e deste para o aberto, mas nunca diretamente do fechado para o aberto. Logo, a progressão e a regressão (retorno para o regime mais rigoroso) dependem do próprio condenado.

O critério objetivo exigido, para a progressão de regime, a princípio é facilmente verificado pela quantidade da pena cumprida no regime inicial ou a contar da prática de novo crime. Entretanto, dúvidas surgem quanto ao cálculo do período de um sexto de cumprimento da pena. O Supremo Tribunal Federal já firmou entendimento de que se leva em conta para o cálculo do período de um sexto da pena a soma total das penas aplicadas, e não o limite de 30 anos previsto no art. 75, do Código Penal³.

Quando o sentenciado sofre uma nova condenação durante a execução da pena, soma-se à nova pena o que restar da pena anterior, fixando novo regime de cumprimento, tudo conforme o art. 111 da LEP. Se o condenado se encontrar em regime mais brando e, com a soma, exigir-se regime mais rigoroso, ocorrerá a regressão.

Ocorrendo regressão de regime, pelo cometimento de falta grave, interrompe-se o tempo para efeito de progressão, e inicia-se novo prazo a partir do que resta a cumprir. O lapso temporal relativo à remição da pena pelo trabalho (LEP, art. 126) deve ser computado para efeito de progressão.

A progressão ocorre em etapas. Logo, não é possível saltar do regime fechado para o aberto, pois, obrigatoriamente, a evolução deve seguir a gradação estabelecida no art. 33, § 1º, do Código Penal. Essa exigência atinge a progressão mesmo após a regressão de regime (RT 64/268). Entretanto, quando o sistema penitenciário não dispõe de vagas no regime semi-aberto, o condenado

³ STF – HC 75.341/SP – 2ª T. – Rel. Min. Carlos Veloso – j. em 10.06.1997 – DJU 15.08.1997.

não pode ser prejudicado permanecendo no regime fechado, motivo pelo qual se admite seja transferido diretamente para o regime aberto.

Sobre o tema, essa é a decisão do Superior Tribunal de Justiça:

“Execução penal. Inobservância do regime prisional da sentença. Regime mais severo. Constrangimento ilegal. Beneficiado o réu com a progressão de regime prisional semi-aberto, não pode o mesmo permanecer cumprindo pena em regime fechado, enquanto espera vaga no estabelecimento adequado, resultando em constrangimento ilegal. Recurso Ordinário parcialmente provido” – RT 776/546.

Um tema que enseja discussão é a da progressão de regime para o preso provisório, que aguarda na prisão o trânsito em julgado da sentença penal condenatória ou o julgamento do recurso. Ora, se o preso já cumpriu tempo suficiente para a primeira progressão (1/6) e o seu mérito indica a progressão, deve esta ser concedida. Daí, conclui-se que o adequado é que cada caso seja analisado pelo Juiz da Execução, porque o condenado por crime hediondo pode merecer a progressão, enquanto outro que praticou crime considerado menos grave, não.

Apesar das falhas, o sistema progressivo é o que de mais positivo foi imaginado para a execução das penas graves, uma vez que proporciona ao infrator a possibilidade de gradualmente se readaptar ao convívio social, com direito à individualização da pena também na fase da execução.

1.4.6.3 A Regressão

A regressão constitui mecanismo de controle do preso que não consegue adaptar-se ao regime semi-aberto ou aberto, e não apresenta condições de reinserção social. Cuida-se da transferência do condenado para regime mais rigoroso, quando pratica ato definido como crime ou falta grave; quando sofre condenação por crime anterior, cuja pena, somada ao restante da pena em execução, torne incabível o regime.

Ao condenado que se encontra no regime aberto será determinada a regressão, além das hipóteses já elencadas, nos casos de frustração dos fins da execução e de deixar de pagar a multa cumulativamente imposta (LEP, art. 118)

Na hipótese de prática de crime doloso ou falta grave, o condenado deverá ser ouvido previamente antes da regressão (LEP, art. 118, § 2º).

A primeira hipótese enumerada pela legislação de cabimento de regressão ocorre quando o condenado comete crime doloso ou falta grave. Mas, para a regressão, não é necessário que tenha sido prolatada a sentença penal condenatória transitada em julgado ou aplicada pena disciplinar, pois o mero envolvimento do indivíduo já caracteriza a sua falta de mérito para o retorno ao convívio social.

Porém, antes da decisão sobre a regressão, o Juiz da Execução deve analisar o caso concreto, as especificidades e o contexto social, e somente quando oportunizado ao reeducando recolher a multa, bem como conseguir trabalho, é que deverá regredir de regime, não se aplicando friamente o texto legal, sem adequá-lo à realidade social e econômica brasileira e do próprio reeducando. O operador do direito moderno não pode ser formalista, mas um atuante agente na defesa do direito e da dignidade humana. De nada adianta regredir o regime de um condenado que não conseguiu emprego, não por falta de iniciativa, mas, porque o desemprego é crescente, e a oferta de emprego é cada vez mais escassa, mormente quando se tratará de apenados.

CAPÍTULO 2 OS CRIMES DENOMINADOS HEDIONDOS E EQUIPARADOS

Neste capítulo, especificando ainda mais o tema do presente trabalho, abordaremos, de uma forma crítico-sistematizada, os precedentes da Lei de Crimes Hediondos, bem como seu conceito, adentrando, em seguida, em cada uma de suas espécies. E, como a lei em comento traz os denominados crimes equiparados aos hediondos, falaremos também sobre os mesmos.

Por fim, discorreremos sobre cada instituto processual presente na Lei 8.072/90.

2.1 Crime Hediondo: Conceito e Histórico

Aurélio, em seu dicionário, informa que o vocábulo hediondo significa “*repente, repulsivo, horrendo*” (1993, p. 884). Crimes hediondos são os delitos considerados repugnantes pela sociedade. Mas o que é repugnante, horrroso para alguns, pode não o ser para outros. Como então definir os crimes denominados hediondos, se o legislador não ofereceu uma noção sequer do que se entendeu ser a hediondez do crime, quando da elaboração da lei? Isso tornou o conceito elástico, com o propósito de possibilitar, quando necessário e os interesses dominantes desejarem, a ampliação taxativa do rol.

O termo hediondo, por si só, traz uma grande carga axiológica e ideológica, no sentido de que o que é denominado hediondo é terrível, sem falar que, conforme informa Antônio Lopes Monteiro (2002, p. 3), a permanência da expressão “*crimes hediondos*” no texto constitucional deu-se após acordo de lideranças de partidos e “*barganha*” por aprovação de outros pontos problemáticos da Constituição de 1988. Logo, o termo hediondo desde a sua concepção primeira enfrentou controvérsias, a começar pela nomenclatura.

A Lei dos Crimes Hediondos também é controversa porque abruptamente aprovada, sem discussão doutrinária e participação da sociedade civil, num momento em que o pânico geral atingia a população, com roubos, estupros, homicídios e uma onda de seqüestros no Rio de Janeiro, culminando com o do empresário Roberto Medina, irmão do Deputado Federal pelo Estado do

Rio de Janeiro, Rubens Medina, fato que provocou a edição da Lei dos Crimes Hediondos.

Alberto Silva Franco (200, p. 87-89) afirma que, devido ao aumento crescente da criminalidade violenta, projeto de lei foi elaborado pelo Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária dispendo sobre os crimes hediondos, e as razões elaboradas pelo Professor Damásio Evangelista de Jesus demonstravam a preocupação da contenção do crime que, aproveitando-se da legislação excessivamente liberal e da justiça morosa, gerou a certeza da impunidade.

Além do projeto de lei do CNPCP, outros já tinham sido apresentados e tramitavam no Congresso Nacional e, após junção de vários projetos, surgiu o Projeto 5.405/90, elaborado pelo Dep. Roberto Jefferson, Relator da Comissão de Constituição e Justiça. Em virtude de acordo entre os líderes dos partidos, sem discussão mais aprofundada, foi aprovado pela Câmara dos Deputados e, em seguida, pelo Senado Federal, transformando-se na Lei 8.072, de 25.07.1990, que foi promulgada com dois vetos (arts. 4º e 11).

Segundo pesquisa de Antônio Lopes Monteiro (2002, p. 6-8) junto ao Senado Federal, conclui como marco inicial o projeto datado de 17.05.1990, e Lei foi promulgada em 25.07.1990, tempo exíguo para discussão e aprovação de uma norma penal de tamanha importância, o que demonstra a pressa com que foi aprontada.

O legislador não definiu o que é hediondo, mas a população brasileira considera hediondo o crime que é cometido de forma brutal, horrível, repugnante, e causa indignação às pessoas, o que acaba por revelar o significado qualitativo do definido pelo legislador constituinte.

Pode-se então chamar de hediondos todas as condutas delituosas de excepcional gravidade, seja quanto a sua exceção, seja quanto à natureza do bem jurídico ofendido, bem como, à especial condição da vítima, que causam reprovação e repulsão.

Desta feita, são crimes hediondos somente aqueles expressamente enumerados no art. 1º da Lei 8.072/90, independentemente de suas características ou do bem jurídico atingido. Assim, todos os denominados hediondos recebem o mesmo tratamento processual.

Independentemente das indagações e críticas, os crimes considerados hediondos foram exaustivamente enumerados pela própria lei, e possíveis inclusões ou exclusões de tipos devem ser objeto de projeto de lei, não tendo o julgador competência para analisar individualmente a gravidade de cada crime e considerá-lo hediondo ou não, em face do emprego de violência e dos meios cruéis de execução, bem como da repulsa que tal conduta causa à sociedade.

2.2 Espécies

Antônio Lopes Monteiro (2002, p. 33) afirma que a Lei 8.072/90 inova ao declarar hediondo o latrocínio (CP, art. 157, § 3º, *in fine*), pois o conceito de latrocínio abrange o de roubo qualificado pelo resultado de lesões corporais de natureza grave e o que é qualificado pelo resultado morte, enquanto se convencionou chamar latrocínio apenas a última figura. Considera-se que o latrocínio, ou roubo qualificado pelo resultado morte, é um crime complexo, pois atinge, além do patrimônio, a liberdade individual e a própria vida humana.

Certo é que, independentemente da posição adotada pela doutrina, a última figura do tipo descrito no § 3º do art. 157 foi considerada hedionda pelo legislador e, como tal, passou a ter pena ainda mais alta, em verdadeira desproporção em relação a outros tipos também graves que têm penas muito mais baixas.

Com a Lei dos Crimes Hediondos o mínimo da pena do latrocínio foi alterado, passando a pena a ser de 20 (vinte) a 30 (trinta) anos. No caso, a ação penal é pública incondicionada e a competência é do juiz singular e não, do Tribunal do Júri.

O art. 8º da Lei 8.072/90 criou uma segunda modalidade do tipo denominado “*quadrilha ou bando*”, com a mesma denominação do art. 288 do Código Penal, referindo-se a idêntico núcleo do tipo “*associar-se*”, com o mínimo de 4 (quatro) integrantes com vínculo associativo permanente para a prática criminosa. A diferença é que na figura da Lei 8.072/90 o objetivo dos agentes é a associação criminosa com o fim de praticar delitos denominados hediondos.

Quando se fala em quadrilha ou bando, vem à tona a figura da delação premiada, trazida pela Lei 8.072/90. Segundo tal assertiva, qualquer que seja o co-autor ou participante que delate atividade de associação delitiva (quadrilha ou bando) terá a sua pena reduzida de um a dois terços. O critério para aferir o valor aplicável de redução de pena acha-se diretamente relacionado à maior ou menor contribuição das informações para o desmantelamento do grupo criminoso, devendo o juiz aplicá-la ao delator apenas, não cabendo aos demais integrantes da quadrilha ou bando que em nada contribuíram com a investigação, pois tal benefício é pessoal.

A Lei de Crimes Hediondos alterou também a pena imputada ao crime de estupro, tanto o simples quanto o qualificado, assim como ao de atentado violento ao pudor, mas o legislador já solucionou a questão de ser ou não, hedionda a forma simples, pois, ao enumerar o atentado violento ao pudor e o estupro como crimes hediondos, dispôs também que seriam estes tipos combinados com o art. 223 do Código Penal (resultando lesão corporal grave ou morte), ou seja, nestas hipóteses somente é que são chamados crimes hediondos e, como tais, obedecem aos preceitos da Lei 8.072/90.

O tipo previsto no art. 270 do Código Penal, após a Lei dos Crimes Hediondos, teve sua pena majorada e, quando combinado com o art. 285 do Código Penal, é considerado crime hediondo. O emprego de veneno é considerado como uma circunstância que sempre agrava a pena ou a qualifica, como, como no caso do homicídio. O mencionado artigo não trata do emprego de veneno diretamente sobre as pessoas, mas sim, do "*envenenamento de água potável, de uso comum ou particular, ou de substância alimentícia ou medicinal destinada ao consumo*". A consequência, porém, é a mesma, ou seja, a saúde pública, que é o bem jurídico tutelado pela norma.

Para a punição não é necessário que o risco ocorra, basta a prova do envenenamento, uma vez que o crime é de perigo abstrato, independentemente, portanto, de qualquer resultado efetivamente lesivo.

Epidemia. Esta é a ocorrência de uma determinada doença contagiosa em uma região, que atinge um grande número de indivíduos, visto que a doença se espalha rapidamente. Para tipificar o crime, a disseminação deve ser dos chamados microorganismos, como vírus, bactérias, bacilos etc.

A inclusão desse crime na Lei dos Crimes Hediondos, assim como o da falsificação e adulteração de água, substância alimentícia ou medicinal e do genocídio, por exemplo, visa proteger a saúde pública, preservando a vida de todos e não a vida de apenas um indivíduo. É o prolongamento da proteção aos chamados direitos coletivos e difusos assegurados na Constituição Federal do Brasil.

Esse crime consuma-se com o surgimento da epidemia. O simples fato de ser distribuído o germe não consuma o delito; é necessária disseminação e, para o reconhecimento da qualificadora morte, basta a ocorrência de um caso fatal.

Assim como os demais crimes incluídos e chamados de hediondos, a extorsão qualificada pela morte (CP, art. 158, § 2º) sofreu grande exacerbação de pena. O mínimo passou para 20 anos e o máximo, para 30 anos de reclusão. Como é mais severa tal regra somente se aplica aos fatos ocorridos após a entrada em vigor da Lei 8.072/90.

O tipo objetivo da extorsão exige, além da coação, que a conduta tenha como finalidade a obtenção de vantagem econômica indevida. Para a consumação do delito, discute-se se é crime formal ou material. Se material, o agente deve obter a vantagem indevida; por outro lado, se formal, basta para a consumação a ação do agente sobre a vítima, sendo irrelevante a obtenção de vantagem. Na jurisprudência, a maioria entende que é crime formal, mas admite-se a tentativa.

“Recurso Especial. Crime de extorsão. Crime formal que admite tentativa. Na hipótese dos autos, as vítimas submetidas à ameaça de mal injusto e grave contra sua filha menor e sobrinhos, por parte dos réus, entregando-lhe um pacote, que acreditaram ser dinheiro, quando foram presos por policiais civis, em disfarce. É o caso típico, embora excepcional, de tentativa de extorsão, crime de natureza formal. Recurso parcialmente provido, para desclassificar o delito na sua forma tentada, com redução da pena”.⁴

Aplica-se aqui o mesmo tratamento conferido ao latrocínio, inclusive a pena é igual, bem como é a mesma a competência para julgar a extorsão qualificada pela morte, que é do juiz singular e não do Tribunal do Júri.

⁴ Resp. 16.123/RT – 6ª T. – Rel. Min. José Cândido de Carvalho Filho – DJ 17.10.1994 – P. 27.917.

O art. 159 do Código Penal traz o tipo denominado extorsão mediante seqüestro, onde se exige que a vítima tenha sido privada de sua liberdade e que o agente tenha tido por objetivo a obtenção de vantagem indevida. A efetiva obtenção da vantagem é indiferente para a consumação do crime.

A extorsão mediante seqüestro possui as maiores penas cominadas na nossa legislação; a Lei de Crimes Hediondos manteve essa característica, mas eliminou a pena de multa, antes aplicada. Dispôs, ainda, que a pena será aumentada da metade em qualquer das hipóteses do art. 224 do Código Penal. Assim como no crime de quadrilha ou bando, na extorsão mediante seqüestro também abarca a figura da delação premiada, que constitui uma causa obrigatória de diminuição de pena (Lei 8.072/90, art. 7º).

O delito do art. 273 do Código Penal foi considerado crime hediondo pela Lei 9.695/98, o que constitui um contra-senso, já que o crime de envenenamento de água e alimentos não foi considerado hediondo, ao passo que a alteração de produtos terapêuticos ou medicinais sim.

O referido artigo refere-se a falsificar, corromper e adulterar. Falsificar “*é imitar ou alterar fraudulentamente uma coisa, dando-lhe a aparência de genuína*”, segundo Heleno Cláudio Fragoso (1981, p. 271). Corromper é alterar a essência ou composição do medicamento; e adulterar é mudar a composição da substância, tornando-a pior, mais maléfica à saúde pública.

A Lei 8.930/94 inseriu o homicídio simples, mas somente o praticado por grupo de extermínio, inc. I, do art. 1º, da Lei 8.072/90. Ocorre que na nossa legislação não existe tipo ou lei especial definindo o que seja grupo de extermínio. Assim sendo, de quantas pessoas deve entender o julgador constituir-se o grupo, ao aplicar a lei ao caso concreto? Quatro no mínimo, assim como na quadrilha ou bando? E em que consiste o grupo de extermínio? Portanto, vê-se que a mencionada omissão acarreta ofensa ao princípio da legalidade, dando margem a decisões conflitantes, já que o intérprete pode considerar hediondo o crime praticado por um só agente ou não.

Ora, como pode ser um grupo formado por apenas uma pessoa? O indicado seria relacionar o homicídio aos elementos do tipo descrito no art. 288 do

Código Penal, aplicando pena mais severa à quadrilha ou bando que se associasse para o fim de cometer homicídios.

E, no tocante à pena, tem-se que a prática do homicídio simples por grupo de extermínio não teve sua pena majorada, aplicando-se a pertinente ao homicídio praticado por uma só pessoa, e por se tratar de crime doloso contra a vida, a competência para o julgamento é do Tribunal do Júri.

Já o homicídio qualificado, tanto o tentado como o consumado, foi chamado de hediondo, sendo mantidas as mesmas penas. Nesse diapasão, enquadrar o homicídio qualificado como hediondo serviu apenas para impedir a concessão de fiança, anistia, graça, indulto e liberdade provisória, sem falar que a progressão de regime não era permitida.

As conseqüências processuais da Lei 8.072/90 são sérias, pois, sob o pretexto de diminuir a criminalidade, delinqüentes ocasionais acabam recebendo tratamento extremamente severo, razão pela qual a prova para condenar por crime hediondo deve ser robusta e cristalina. Na dúvida, os efeitos processuais advindos da Lei 8.072/90 devem ser afastados. Vale frisar que o homicídio qualificado foi incluído no rol dos crimes hediondos em 1994, através da Lei 8.930 do mesmo ano, após o brutal assassinato da atriz Daniela Peres.

Dentre os crimes hediondos, o último é o de genocídio. A lei 2.889/56 define e pune o crime de genocídio, adotando os mesmos critérios da Convenção das Nações Unidas. Entretanto, como noticia Antônio Lopes Monteiro (2002, p. 89), no que diz respeito às penas não foi fiel a Convenção, uma vez que, em vez de cominar penas específicas, mandou aplicar às diversas figuras do delito as penas previstas nos arts. 121, § 2º; 129, § 2º, 270, 125 e 148 do Código Penal, punindo também a associação para a prática e a incitação pública e direta da mesma prática.

O bem jurídico tutelado por essa norma não é a vida do indivíduo em si, mas a vida de um grupo de pessoas em sua totalidade. A conduta delitiva deve ser dirigida a membros de determinado grupo nacional, ético, religioso ou racial.

2.3 Crimes Equiparados aos Hediondos

A prática da tortura não é considerada crime hediondo, mas equiparado a ele, aplicando-se-lhe muitos dos dispositivos da Lei de Crimes Hediondos. A Lei 9.455/97, ao definir o crime de tortura, foi mais benigna do que a Lei 8.072/90, admitindo, inclusive, a progressão de regime prisional.

A conduta criminosa combatida centra-se nos verbos “*constranger*”, “*submeter*” e “*omitir*”. O crime consuma-se com o sofrimento físico ou mental da vítima, decorrente do constrangimento, no caso manifestamente ilegal.

Em relação à pena, na forma omissiva, hipótese em que o agente tinha o dever de agir, a lei tratou como crime comum, enquanto deveria ser próprio, conforme conceito contido em convenções internacionais, adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Na forma qualificada, se resulta lesão grave ou gravíssima, a pena é de reclusão de quatro a dez anos; se resultar morte, a reclusão é de oito a dezesseis anos. Se o resultado lesão ou morte for a título de culpa, é absorvido pela prática da tortura, porém, se dolosa a morte, haverá homicídio qualificado pela tortura.

A Lei 9.455/97 dispõe, ainda, que a condenação por tortura implicará perda do cargo, função ou emprego do agente público e a interdição para o seu respectivo exercício pelo dobro do prazo da pena aplicada.

A Lei dos denominados Crimes Hediondos não admitia a progressão de regime no cumprimento da pena, o que foi autorizado pela Lei de Tortura, surgindo a partir daquele momento, uma verdadeira confusão legislativa, porque, se a tortura é equiparada aos crimes hediondos pela própria Constituição Federal, como pode crimes de mesma gravidade receber tratamento diverso? A solução seria aplicar a lei nova, mais benigna, aos crimes hediondos.

A presente lei tem ampla abrangência, alcançando condutas como, por exemplo, a da babá que bate na criança. Todavia, sua elaboração objetiva os policiais que estão acostumados a utilizar a prática da tortura para conseguir a confissão dos acusados. Realidade que ainda não mudou, pois é preciso informar a população e educar os agentes policiais, bem como criar uma nova mentalidade na sociedade brasileira, de respeito aos direitos humanos, inclusive do acusado, e a conseqüente repulsa aos meios de tortura, hoje aceitos tacitamente até pelos

aplicadores do direito que condenam as “babás” e raramente, os agentes da polícia que praticam tortura.

O tráfico de substâncias entorpecente que determinam dependência física ou psíquica também não é denominado hediondo, mas recebe tratamento assemelhado, tanto que sujeito a diversos dispositivos da Lei de Crimes Hediondos.

As substâncias consideradas entorpecentes não vêm enumeradas na lei, mas relacionadas pelo Serviço Nacional de Fiscalização da Medicina e Farmácia do Ministério da Saúde, que possui condições de atualizar o rol de drogas proibidas, razão pela qual se tem aí uma norma penal em branco.

Em 23.06.2006 foi aprovada e sancionada a Lei 11.343, revogando as leis anteriores que tratavam sobre drogas, quais sejam, a Lei 6.368/76 e 10.409/2002. A nova Lei de Tóxico disciplina, material e processualmente, sobre o tema, definindo crimes e tratando da investigação e instrução criminal. Foram estabelecidas penas mais severas para os traficantes e tratamento distinto para o usuário, que não será preso em flagrante delito, podendo receber como sanção medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo e tratamento de saúde especializado.

A Lei 8.072/90 ainda dispõe sobre o terrorismo, estabelecendo que, assim como os demais hediondos e assemelhados, não se admite liberdade provisória, nem fiança. Ocorre que a nossa legislação não tipificou o delito de terrorismo e as figuras típicas que lhe são afins, logo são inócuas as regras da Lei de Crimes Hediondos para o terrorismo.

A Constituição Federal de 1988 garante o princípio da reserva legal e, como inexistente o tipo penal incriminador, não há como aplicar as regras da Lei de Crimes Hediondos ao terrorismo, por ausência de previsão legal.

2.4 Peculiaridades da Lei 8.072/90

A Lei dos denominados Crimes Hediondos apresenta inúmeras questões controvertidas, como a proibição da progressão de regime prisional – isso ocorria antes da publicação da Lei 11.464/2007 – a aplicabilidade ou não, das penas restritivas de direitos, a suspensão condicional da pena, dentre outras,

que serão abordadas em seguida, na tentativa de se compreender a intenção do legislador infraconstitucional ao elaborar a lei penal mais severa do sistema penal brasileiro. Assim sendo, vejamos algumas dessas peculiaridades.

2.4.1 Insuscetibilidade de Anistia, Graça e Indulto

O art. 2º, inc. I, da Lei 8.072/90, dispõe que os crimes hediondos e assemelhados são insuscetíveis de anistia, graça e indulto. Trata-se de mera repetição, pois a Constituição Federal já dispusera sobre a matéria em seu art. 5º, inc. XLIII.

Observando-se os dois dispositivos, vê-se que a Constituição não dispôs expressamente sobre o indulto, enquanto que a lei ordinária inseriu o indulto na norma proibitiva, junto com a anistia e a graça.

A anistia, a graça e o indulto são institutos de direito material e causas de extinção da punibilidade previstas no art. 107, inc. II, do Código Penal.

A anistia constitui verdadeiro ato de perdão do ato infracional, que extingue a punibilidade e todos os seus efeitos penais. Ela é concedida mediante lei, e sua aplicação fica a cargo do Poder Judiciário. A anistia se refere a fatos e não a pessoas, e geralmente se aplica aos crimes políticos.

A graça é o perdão concedido a determinado condenado pelo Presidente da República, e extingue, total ou parcialmente, a pena imposta. Ela abrange a pena e sua execução, e não, o crime, razão pela qual persistem os seus efeitos.

A graça constitui instituto de interesse público e não, direito do réu, embora o favoreça, tanto que ela não pode ser recusada. Pode ser requerida pelo próprio condenado, pelo representante do Ministério Público, pelo Conselho Penitenciário ou, ainda, concedida espontaneamente pelo Presidente da República.

O mais concedido dos três institutos, o indulto, pode ser individual ou coletivo, e é concedido anualmente, por ocasião das festas natalinas. O indulto também é uma forma de dispensa da aplicação da lei ao condenado, mas exclui apenas a punibilidade e não, o crime, tanto que não afasta a reincidência, quando já houver sentença com trânsito em julgado.

Como já mencionado, a Lei de Crimes Hediondos inseriu o indulto entre os benefícios desfeitos aos criminosos hediondos, enquanto a Constituição Federal não o mencionou.

Sobre a controvérsia, entende o Professor Licínio Leal Barbosa (1993, p. 203):

(...) Estranho que não haja, o Constituinte de 1988, incluído o *indulto*, dentre esses benefícios interditados aos criminosos hediondos, - eis que este instituto é muito semelhante à graça, e de efeito bem menos amplo que a anistia. Por isso, agiu corretamente o legislador ordinário ao incluir o *indulto* entre os benefícios que os crimes hediondos não podem fruir, - apesar de esse benefício não estar inserido no referido preceito constitucional (...)

Por outro lado, Alberto Silva Franco (2000, p. 142) entende que o inciso I, do art. 2º, da Lei 8.072/90 é inconstitucional ao estender aos delitos hediondos a proibição do benefício do indulto.

2.4.2 Fiança e Liberdade Provisória

Assim como a anistia, a graça e o indulto, a fiança e a liberdade provisória foram interdidadas aos acusados de crime denominado hediondo.

Merece registro que a melhor técnica indica que o legislador deveria ter-se referido à liberdade provisória com ou sem fiança, e não dizer que os crimes hediondos e assemelhados são insuscetíveis de fiança e liberdade provisória.

A liberdade provisória, bem como a fiança, visa retirar o acusado da prisão, quando ela não se apresenta necessária para o bom andamento do processo, e também quando se quer evitar que o acusado receba punição antes da condenação. Mas, com o advento da Lei dos Crimes Hediondos, tal direito subjetivo foi negado ao acusado desses crimes.

De fato, a proibição do gozo de tal benefício tem por objetivo dizer à sociedade que os acusados pela prática de crimes graves não serão liberados, deixando cair por terra o chavão comum de que a polícia prende e o Judiciário libera, além de servi de exemplo e resposta ao clamor popular pela redução da criminalidade.

Assim como na vedação da progressão de regime, há divergências sobre a interpretação quanto à constitucionalidade ou inconstitucionalidade do art. 2º, inc. II, da Lei 8.072/90, que vedou a liberdade provisória aos autores de crimes hediondos.

Sobre a inconstitucionalidade, veja-se a decisão do Superior Tribunal de Justiça:

“Não foi dada ao legislador ordinário legitimidade constitucional para vedar, de forma absoluta, a liberdade provisória quando em apuração de crime hediondo e assemelhado. Inconstitucionalidade do art. 2º, II, da Lei 8.072/90. A manutenção da prisão em flagrante deve, necessariamente, ser citada em um dos motivos constantes do art. 312 do Código de Processo Penal e, por força dos arts. 5º, XLI e 93, IX, da Constituição da República, o magistrado, ao negar a liberdade provisória, está obrigado a apontar os elementos concretos mantenedores da medida.”⁵

2.4.3 Direito de Apelar em Liberdade

Em princípio, o condenado primário e possuidor de bons antecedentes pode recorrer em liberdade (CPP, art. 594). Todavia, segundo o disposto no art. 2º, da Lei 8.072/90, o acusado poderá apelar em liberdade, desde que fundamentada a permissão. Ocorre que o acusado pode encontrar-se em duas situações: a) respondeu o processo em liberdade e b) encontrava-se preso provisoriamente. Na segunda, dificilmente o acusado poderá recorrer em liberdade, mesmo porque seria incoerente que ele permanecesse preso durante todo o processo e após a sentença condenatória fosse liberado para recorrer em liberdade. Encontrando-se solto por ocasião da sentença, é-lhe permitido apelar em liberdade, desde que fundamentada a decisão do magistrado.

Logo, vê-se que a decisão fica a critério do juiz, mas ele deve observar se a hipótese comporta a liberdade para apelar, se o condenado é reincidente e foi decretada a sua prisão preventiva, se os motivos dela persistem e, ainda, se presentes os impedimentos do art. 594 do CPP. Na prática, dificilmente um condenado por crime hediondo apela em liberdade, porque estão

⁵ RHC 15.478/MG – 6ª T. – Rel. Min. Paulo Medina – j. em 06.04.2004 – DJU 10.05.2004, p. 347.

presentes os pressupostos da prisão preventiva, é portador de péssimos antecedentes ou é reincidente.

2.4.4 Prisão Temporária e Penas Alternativas

A prisão temporária constitui nova espécie de prisão cautelar, ao lado da prisão em flagrante e preventiva. Surgiu nestes moldes com a Lei 7.960, de 21.12.1989, ou seja, após a promulgação da Constituição Federal. Denomina-se temporária porque tem uma duração máxima fixada em lei. Antes era de 5 (cinco) dias, prorrogável por igual período, mas com o advento da Lei dos Crimes Hediondos, a prisão temporária passou a ter o prazo de 30 dias, prorrogável por igual período, em caso de extrema e comprovada necessidade.

Ela somente pode ser decretada pela autoridade judiciária competente e após oitiva do Ministério Público, com o fim de proporcionar uma investigação mais rápida e eficaz, sendo cabível somente nos tipos penais enumerados no inc. III, do art. 1º, da Lei 7.960/89. Entretanto, não basta a previsão legal, é necessário que estejam presentes os requisitos dos incs. II e III, do art. 1º da mencionada lei.

Já no que diz respeito às penas alternativas, estas são tratadas pela Lei 9.714/98. Damásio Evangelista de Jesus, abordando o cabimento ou não, das penas alternativas nos crimes hediondos, apresentou as duas posições e os seus argumentos sobre a matéria.⁶

A primeira corrente entende que a aplicação do sistema vicariante previsto na mencionada norma é inadmissível nos crimes hediondos, sendo, portanto, proibida a substituição das penas privativas de liberdade pelas restritivas de direitos, entendimento adotado pelos Tribunais Superiores.⁷ Já a segunda, defendida por Celso Delmanto (2000, p. 80), dentre outros, entende que as penas alternativas podem ser aplicadas aos crimes previstos na Lei dos Crimes Hediondos.

É admissível a substituição desde que presentes os requisitos legais objetivos, subjetivos e normativos, uma vez também que a lei que regulou a

⁶ Os crimes hediondos e assemelhados admitem penas alternativas? Disponível em www.damasio.com.br. Acessado em: 25 de abril de 2007.

⁷ STJ – HC 9.271 – 5ª T. – Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca – DJU 13.09.1999, p. 79.

matéria não fez qualquer restrição a tipos de crimes, logo, alcança os hediondos e assemelhados.

2.4.5 Estabelecimentos de Segurança Máxima

O art. 3º da Lei dos Crimes Hediondos prevê que à União, por meio do Poder Executivo, cabe a construção dos estabelecimentos penais de segurança máxima, que devem ser o mais seguro possível, de modo a dificultar a fuga dos reeducandos, e evitar, como nos dias atuais, que os presos se comuniquem via rádio e telefone celular com o mundo externo e continuem planejando ações criminosas.

Nesses estabelecimentos devem ser recolhidos os condenados dotados de maior periculosidade e que iam cumprir a pena no regime integralmente fechado outrora estabelecido para os crimes hediondos. A lei dispõe que os condenados de alta periculosidade devem ser transferidos para os de segurança máxima, quando colocarem em risco a ordem ou a incolumidade pública.

É de se observar que a situação carcerária piorou bastante após a publicação da Lei dos Crimes Hediondos, que dispunha sobre o regime integralmente fechado. Na verdade, contudo, a preocupação do legislador foi correta ao determinar a criação e manutenção de estabelecimentos de segurança máxima, mas o que se vê é que a União não tem destinado verbas suficientes para a ampliação do sistema existente.

2.4.6 Regime de Cumprimento da Pena e o Princípio da Individualização da Pena

A Constituição Federal garante aos condenados a individualização da pena (art. 5º, inc. XLVI), individualização esta que se opera tanto no plano legislativo (elaboração e aprovação de lei), quanto no de sua aplicação (individualização – art. 59 do CP) e no de sua execução (individualização executória).

O inc. XLVIII do art. 5º da CF dispõe que a pena deverá ser cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, idade e sexo do apenado. Ora, não resta dúvida de que o legislador aqui reafirmou que a individualização da pena alcança sua execução.

Maria Lúcia Karam (1991, p. 190) observa que a determinação do regime inicial de cumprimento da pena é um dos aspectos do princípio da individualização da pena, e que também a exposição de motivos da parte geral do Código Penal esclarece que *“cabe ao juiz fixar o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade, fator indispensável da individualização que se completará no curso do procedimento executório”*.

O código Penal, no seu art. 33, § 2º, bem como a Lei de Execução Penal (Lei 7.210/84), em seu art. 112, disciplina a progressão de regime. De fato, ocorre verdadeira individualização da pena na execução quando o Juiz da Execução, verificando o mérito do condenado, ao lado de seu exame criminológico, decide sobre a passagem de um regime mais rigoroso para outro de menor rigor, bem como, o inverso, em caso de prática de crime ou conduta grave durante o cumprimento da pena.

A progressão de regime, além de constituir um direito do apenado, representa também um compromisso com o princípio da humanidade, que deve reger a execução penal. Constitui hoje medida de segurança pública, porque, se o condenado não tem assegurado esse direito, somente lhe restam rebeliões e fuga, pois os estabelecimentos penitenciários não oferecem sequer condições mínimas de higiene e sobrevivência.

Com isso, o § 1º, do art. 2º, da Lei 8.072/90, ao proibir a progressão de regime de cumprimento das penas por crimes hediondos ou assemelhados, ofende o princípio da individualização da pena. Ademais, a regra é injusta, porque obriga o juiz a deixar de examinar os fatores subjetivos que levaram o autor a cometer o delito, tratando de forma diferente os condenados por crimes hediondos, uma vez que subtraiu deles o direito de terem esperança de retorno ao convívio social.

O direito a individualização da pena encontra-se entre os direitos e garantias fundamentais do cidadão; é um imperativo constitucional que deve ser

observado sempre, não podendo ser suprimido por lei infraconstitucional, como ocorreu com o advento da Lei dos Crimes Hediondos.

Sobre a matéria, assim leciona Nelson Messias Morais (2000):

Não pode, assim, o legislador ordinário romper com o sistema da progressão de regime de cumprimento da pena, sendo inconstitucional o § 1º do art. 2º da hedionda Lei 8.072/90, devendo, por isso, ser eliminada do mundo jurídico, uma vez que viola todo o sistema. Ressalta-se, ainda, que um dos maiores incentivos que o condenado tem para a sua correção de conduta é a progressão de regime, o que o leva a ter um bom comportamento, visando à oportunidade de se reinserir no meio social. É incongruente não dar a progressão de regime, ao final da pena, reintroduzir o condenado na sociedade sem a sua preparação, quando da concessão do livramento condicional após o cumprimento de 2/3 da pena.

Paralelamente à inconstitucionalidade ou não, da norma, vê-se a contradição estabelecida pelo legislador ao negar a progressão de regime e, ao mesmo tempo, autorizar o livramento condicional, esquecendo-se de que ele, na verdade, é a última etapa do sistema progressivo de cumprimento da pena privativa de liberdade.

Logo, se a intenção era negar a progressão, por coerência também deveria ter suprimido o direito ao livramento condicional, em qualquer hipótese, para os crimes hediondos. Por outro lado, pode ser que o legislador não tinha a intenção de prever o regime integralmente fechado, e sim, o inicialmente fechado, razão pela qual estabeleceu o livramento condicional para os crimes hediondos, o que poderia refletir uma coerente política criminal.

Marco Aurélio de Melo, em artigo publicado no IBCCrim 8 (1994, p. 100) afirma que:

(...) a principal razão de ser da progressividade no cumprimento da pena não é em si a minimização desta, ou o benefício indevido, porque contrário ao que inicialmente sentenciado, daquele que acabou perdendo o bem maior que é a liberdade. Está, isto sim, no interesse da preservação do ambiente social, da sociedade, que, "*dia menos dia*", receberá de volta aquele que inobservou a norma penal e com isto, deu margem à movimentação do aparelho do Estado.

Observa-se ainda que as restrições impostas aos crimes hediondos e assemelhados foram contemplados pela própria Constituição Federal, não cabendo ao legislador infraconstitucional ampliar tal rol, principalmente quando

afronta direitos fundamentais do cidadão e princípios constitucionais como o da individualização, da humanidade e o da proporcionalidade da pena.

Por fim, Alberto Silva Franco (2000, p. 164-165) afirma que três são os objetivos da execução da pena: o estímulo à boa conduta e a obtenção paulatina da reforma moral do recluso e sua conseqüente preparação para a vida em liberdade, e que o sistema progressivo deve ser observado na fase da execução para proporcionar a passagem de uma fase mais rigorosa para outra menos severa.

CAPÍTULO 3 A PROGRESSÃO DE REGIME E A NOVA TEMÁTICA ADOTADA PARA OS CRIMES HEDIONDOS E ASSEMELHADOS

No presente capítulo abordar-se-á a questão da inconstitucionalidade do dispositivo que tratava da vedação da progressão de regime para os crimes hediondos, analisando para tanto a ofensa aos tratados internacionais sobre direitos humanos ratificados pelo Brasil, como forma de fundamentar a questão.

Para efeito de ratificação do que se pretende neste momento, também se faz necessário uma abordagem sobre a Lei de Tortura, fazendo menção ao princípio da isonomia e da retroatividade da lei mais benéfica.

Assim, das grandes discussões sobre a inconstitucionalidade da vedação da progressão de regime para os crimes hediondos, nasceu a Lei 11.464, de 29 de março de 2007, motivo pelo qual também se abordará sobre sua aplicabilidade, fazendo ao final do capítulo, uma análise crítica da Lei 8.072/90.

3.1 A Inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da lei 8.072/90 e o Controle de Constitucionalidade

Vários são os princípios constitucionais aplicados ao direito penal e processual penal, especialmente os que regem a aplicação da pena. A Carta Magna de 1988 tem cunho garantista, uma vez que enumera direitos e garantias fundamentais da pessoa humana e essenciais ao convívio social.

Dentre eles, merece destaque o princípio da dignidade da pessoa humana que constitui verdadeira matriz informadora de todos os direitos e garantias individuais assegurados à pessoa no nosso ordenamento jurídico, pois o ser humano deve ser a prioridade na tutela estatal, inclusive no direito penal, em que a pena privativa de liberdade não pode também privar o custodiado de sua dignidade. O Estado e a sociedade devem promover a dignidade humana e respeitá-la como princípio orientador da ordem jurídica.

A proibição da progressão de regime estabelecida no art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/90, afrontou diretamente o princípio da dignidade da pessoa humana, pois estabeleceu pena cruel ao sentenciado, tratando-o como sujeito que merece

o pior dos castigos, qual seja, ser mantido recluso nas dependências físicas do presídio durante todo o período da reprimenda.

As condições extremamente precárias e desumanas, mormente pela insuficiência de vagas no sistema prisional, tornam questionável a vedação da progressão de regime prisional. A superlotação das celas gera um sentimento de injustiça e abandono por parte dos presos, causando, muitas vezes, violência e morte.

A vedação da progressão de regime prisional não tem observado também o princípio da proporcionalidade. Na esteira do entendimento de Luigi Ferrajoli (2002, p. 246), o princípio da proporcionalidade deve ser observado em três momentos distintos: 1) no da elaboração da norma penal, que deve cominar sanções proporcionais à gravidade do delito; 2) no da aplicação da pena, quando o julgador deve, com fundamento no art. 59 do Código Penal, estabelecer pena necessária e suficiente à reprovação do delito; e, por fim, 3) na fase da execução da pena, onde o Juiz da Execução, atentando para circunstâncias objetivas e subjetivas, isto é, analisando individualmente cada caso, deve aplicar a progressão ou regressão do regime prisional.

Assim, o princípio da proporcionalidade permite ao Poder Judiciário, via controle difuso e também concentrado de constitucionalidade, invalidar atos legislativos ou administrativos e deixar de aplicar a norma que regula a matéria porque confronta com princípios e regras constitucionais.

Portanto, o sistema progressivo de cumprimento da pena constitui garantia ao preso de que, preenchidos os requisitos legais, passará do regime mais rigoroso para o menos gravoso até alcançar a liberdade.

O princípio da humanidade da pena acolhe e ampara o sistema progressivo que possibilita ao preso, por meio de etapas, alcançar a liberdade. Mas a Lei dos Crimes Hediondos excluiu o sistema progressivo para os crimes nela incertos, contrariando os princípios da dignidade da pessoa humana, da humanidade da pena e da individualização da pena na fase da execução, uma vez que a legislação trata todos os condenados como “*objetos*” idênticos, desprovidos de característica pessoais diversas.

Individualizar a pena na sua execução determina o ajustamento da pena do indivíduo, preservando sua dignidade e a não-dessocialização. Isto

possibilita a redução ou ampliação do prazo de cumprimento da pena, do regime, do modo de execução, de acordo com as características pessoais de cada reeducando e com base nos princípios norteadores do Estado Democrático de Direito.

Camem Silvia de Moraes Barros (2004, p. 179-193) defende a individualização da pena na fase executiva como garantia constitucional irrenunciável, tendo em vista o sentenciado e seu retorno ao convívio social, afirmando ainda sobre a progressão de regime prisional:

"A cumplicidade não será contida (como até hoje não foi) em virtude da manutenção de alguns criminosos presos a perder de vista. É sabido que a grande maioria daqueles que praticam crimes jamais será preso ou passará pelo sistema penitenciário. Ademais, os prazos não foram estipulados pela LEP aleatoriamente, por óbvio, estão diretamente ligados aos fins da pena no Estado de Direito. A manutenção de presos em um único regime por período superior ao legalmente estipulado inevitavelmente leva à dessocialização e à prisionalização (como vimos nos Estados de São Paulo e Rio de Janeiro. A permanência de presos por longo tempo no regime fechado acabou levando à organização dentro dos presídios, culminando com a criação das temidas facções criminosas, produtos típicos da cultura do cárcere, efeito direto da prisionalização). As facções surgidas dentro dos presídios são prova cabal de que quanto mais afastado se mantiver o condenado do convívio social, maior será seu envolvimento com a cultura do cárcere e sua dessocialização. Dessa maneira, atendendo aos fins que tem a pena no Estado de Direito, a permanência nos regimes mais rigorosos deverá ser a mínima necessária".

Individualizar a pena na fase de sua execução também tem por prioridade o sentenciado e seu futuro, razão pela qual é essencial analisar cada caso de forma particular, mesmo porque o reeducando que fugiu, mas não voltou a cometer crimes não pode receber o mesmo tratamento que o foragido que cometeu novo delito.

Fala-se em inconstitucionalidade quando se verifica um conflito ou confronto entre uma norma infraconstitucional e a Constituição Federal. No caso da Lei dos Crimes hediondos, trata-se de inconstitucionalidade material, pois diz respeito à violação de conteúdo normativo do art. 5º, incs. XLVI e XLVII, da Constituição Federal.

Nesse contexto, o controle que nos interessa é o difuso ou via de defesa, no qual a alegação de inconstitucionalidade surge por incidente em um processo judicial, podendo ser invocado no curso da ação e cuja apreciação é

condição para a decisão da lide, produzindo efeitos somente para as partes litigantes do processo, ou seja, faz coisa julgada apenas *inter partes*.

Sobre o controle difuso, assim leciona Canotilho (1991, p. 1057):

“Uma norma em desconformidade material com a Constituição é nula, devendo o juiz, antes de decidir qualquer caso concreto de acordo com esta norma, examinar (direito de exame, direito de fiscalização) se ela viola as normas e princípios da Constituição. Desta forma, os juízes têm acesso direto à Constituição, aplicando ou desaplicando normas cuja inconstitucionalidade foi impugnada”.

Assim, embasados nos ditames constitucionais, o Supremo Tribunal Federal, através do Min. Marco Aurélio julgou, no dia 23.02.2006, o *Habeas Corpus* 82.959/SP. Na oportunidade o Ministro Relator concluiu pela inconstitucionalidade do § 1º, art. 2º, da Lei 8.072/90.

Embora a decisão do STF configurasse hipótese de controle difuso de inconstitucionalidade, sem efeito vinculante e *erga omnes*, o certo é que acirrou a discussão, no meio jurídico, sobre a permissão da progressão de regime para os crimes hediondos e assemelhados.

3.2 Ofensa aos Tratados Internacionais

A negativa da progressão de regime aos crimes hediondos e assemelhados, repita-se, fere princípios constitucionais, tais como o da individualização da pena, o da proporcionalidade e o da humanidade.

No que diz respeito aos direitos humanos, o tema tem relevância internacional e não pode ser tratado de forma fracionada, tanto que vem sofrendo um processo de universalização e também de constitucionalização dos tratados de direitos humanos, como ocorreu no Brasil, que, acrescentando o § 3º ao art. 5º da CF/88, disciplinou que os tratados sobre direitos humanos se equiparam às emendas constitucionais.

Sobre a internacionalização dos direitos humanos, Flávia Piovesan (1997, p. 140-141) leciona:

A necessidade de uma ação internacional mais eficaz para a proteção dos direitos humanos impulsionou o processo de internacionalização desses direitos, culminando na sistemática normativa de proteção

internacional, que faz possível a responsabilização do Estado no domínio internacional, quando as instituições nacionais se mostram falhas ou omissas na tarefa de proteção dos direitos humanos.

Em caso de conflito entre os tratados de proteção dos direitos humanos e as leis infraconstitucionais, consoante assevera Piovesan (1997, p. 123), deve prevalecer a norma que melhor proteja os direitos da pessoa humana, conferindo hierarquia constitucional aos tratados de proteção dos direitos humanos.

Portanto, pode-se afirmar que os pactos internacionais firmados pelo Brasil após a edição da Lei 8.072/90, como o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e o Pacto de São José da Costa Rica, revogaram a Lei dos Crimes Hediondos no que se refere à vedação da progressão de regime prisional, pois configura pena cruel submeter um condenado a cumpri-la em regime integralmente fechado, excluindo-lhe a possibilidade de progressão prisional por mérito pessoal.

3.3 A Lei dos Crimes Hediondos em Face da Lei de Tortura e dos Princípios da Isonomia e da Retroatividade da Lei Mais Benéfica

Constitui preceito básico do ordenamento jurídico brasileiro o princípio da igualdade, que tem como destinatário principal o legislador ordinário. Cabe a ele, observando as limitações impostas pela obrigatoriedade da igualdade, assegurar a segurança do ordenamento jurídico, elaborando leis harmônicas e em sintonia com os preceitos fundamentais.

Alexandre de Moraes (2003, p. 181) destaca e aponta a tríplice finalidade limitadora do princípio da igualdade, quais sejam:

Limitação ao legislador, ao intérprete da norma, à autoridade pública e ao particular que deve nortear a sua vida política, social, econômica e jurídica pelo princípio da igualdade, sob pena de responder civil e penalmente pelos seus atos. Igualmente o julgador não poderá aplicar a lei ao caso concreto para aumentar as desigualdades e sim, no sentido de propiciar uma interpretação igualitária às normas jurídicas.

No caso, há um interesse constitucionalmente assegurado e uma unidade estabelecida ao considerar os crimes hediondos e equiparados de maior potencial ofensivo. Da leitura do art. 5º, XLIII, da Constituição Federal vê-se que a própria norma exige tratamento isonômico para os referidos crimes. Isso significa dizer que a lei ordinária que disciplinou os crimes hediondos e equiparados deveria ter dado o mesmo tratamento ofertado pelo legislador constituinte, o que

não ocorreu, porque deferiu a progressão de regime prisional para o crime mais grave, qual seja, tortura, e proibiu para os demais.

A garantia da legalidade (CF/88, art. 5º, II e XXXIX) impede que alguém seja punido por fato não definido como delito ao tempo do seu cometimento, ou seja, condenado a cumprir pena mais grave do que aquela prevista ao tempo da realização da conduta delituosa. Portanto, os princípios da irretroatividade da lei penal e da retroatividade da mais benéfica derivam do princípio da legalidade consagrado no art. 5º, inc. XL, da Constituição Federal, que dispõe: *“a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu”*.

Na mesma linha de raciocínio, o parágrafo único do art. 2º do Código Penal acrescenta: *“A lei posterior, que de qualquer modo favorecer o agente, aplica-se aos fatos anteriores, ainda que decididos por sentença condenatória transitada em julgado”*.

Assim, o princípio da irretroatividade da lei penal, salvo para beneficiar o réu, constitui limite essencial para resguardar a segurança da ordem jurídica. Nesse sentido, Maria Helena Diniz, citada por Regina M. M. N. Ferrari (2004, p. 113), disciplina:

O magistrado é o intermediário entre a norma e a vida, cabendo a ele interpretá-la, integrá-la e corrigi-la, dentro dos limites legais, mas sempre buscando decidir em consonância com o conteúdo da consciência jurídica geral, com o espírito do ordenamento jurídico, que é mais rico de conteúdo do que as normas, possibilitando alcançar a justiça e a ética.

A lei dos Crimes Hediondos não admitia a progressão no cumprimento da pena, porém a Lei 9.455/97 dispôs que o crime de tortura, delito equiparado aos hediondos pelo legislador constituinte, teria um regime inicialmente fechado. Aí surgiu a confusão legislativa, porque, se a tortura é equiparada aos crimes hediondos pela própria Constituição Federal, como podem crimes da mesma gravidade receber tratamento diverso? A solução seria aplicar a lei nova, mais benéfica, aos crimes hediondos.

Todavia, o Supremo Tribunal Federal, por unanimidade de votos, não admitiu a interpretação sistemática, inclusive editando a Súmula 698 que assim dispõe:

“Súmula 698 - Não se estende aos demais crimes hediondos a admissibilidade de progressão no regime de execução da pena aplicada ao crime de tortura”

Alberto Silva Franco (2000, p. 182-185) defende a interpretação sistemática para se estender o tratamento mais benigno da Lei 9.455/97 aos crimes hediondos e assemelhados, a fim de assegurar tratamento isonômico aos tipos penais uniformemente equiparados em sua danosidade pelo legislador constituinte.

“A contradição entre as duas normas não encontra justificativa, pois o crime de tortura não exige tratamento mais benigno do que o conferido aos crimes hediondos, terrorismo e tráfico de entorpecentes, ao contrário, mais gravoso porque de maior gravidade, já que os tipos penais de tortura descrevem condutas dolosas que provocam sofrimento agudo, físico ou mental à vítima, com meios de execução dos mais cruéis possíveis”. (Teles, 1997, p. 24).

Desta feita, questionava-se a constitucionalidade do regime integralmente fechado que era estabelecido pela 8.072/90 por ofensa a princípios constitucionais. Robustos são os argumentos de que a Lei de Tortura por ser posterior e mais benéfica deveria retroagir e aplicar-se aos crimes hediondos e equiparados e, de que ainda pelo princípio da igualdade o legislador ordinário tinha o dever de tratar de forma igual crimes equiparados pelo legislador constituinte.

Portanto, embora dominantes as decisões dos Tribunais de que a progressão de regime prisional estabelecida pela Lei de tortura não se estende aos crimes hediondos e equiparados, acredita-se que, em atenção aos princípios da isonomia e da retroatividade da lei penal mais benéfica, deve ser estendido a todos os crimes hediondos e equiparados o regime progressivo.

Essa posição foi consignada em acórdão do Superior Tribunal de Justiça, *verbis*:

“REsp. Constitucional. Penal. Execução de Pena. Crimes hediondos (Lei 8.072/90). Tortura (Lei 9.455/97). Execução. Regime fechado. A Constituição da República (art. 5º, XLIII) fixou o regime comum, considerando-os inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia, a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos. A Lei 8.072/90 conferiu-lhes a disciplina jurídica dispondo: ‘A pena por crime previsto neste artigo será cumprida integralmente em regime fechado’ (art. 2º, § 1º). A Lei 9.455/97, quanto ao crime de tortura, registra, no art. 1º, § 7º:

'O condenado por crime previsto nesta Lei, salvo a hipótese do § 2º, iniciará o cumprimento da pena em regime fechado'. A Lei 9.455/97, quanto à execução da pena, é mais favorável do que a Lei 8.072/90. Afetou, portanto, no particular, a disciplina unitária determinada pela Carta Política. Aplica-se incondicionalmente, assim, modificada, no particular a lei dos crimes hediondos. Permitida, portanto, quanto a esses delitos, a progressão de regimes". (STJ – REsp. 140.617/GO – **Revista Consulex**, a. I, n. 11, de 30.11.1997 – RT 759/543).

A propósito, transcreve-se a seguir considerações consignadas pelo relator Ministro Vicente Cernicchiaro, no referido julgamento:

"A lei mais recente, comparada com a Lei dos Crimes Hediondos, mostra-se mais favorável. A lei mais benéfica, por imperativo constitucional e do Código Penal, aplica-se incondicionalmente. Insista-se: os crimes relacionados na Constituição e na Lei 8.072/90 receberam o mesmo tratamento. Estatuíram os mencionados textos disciplina unitária. Insista-se, por imperativo da Carta Política. A lei alterando a matéria, embora, literalmente, restrita a uma parte, repercute no todo. Vale dizer, o disposto no art. 2º, § 1º da Lei 8.072/90 foi afetado por lei posterior ensejando o cumprimento da pena, por etapas, ou seja, no início, no regime fechado"

Acerca do assunto, assim se posicionou o ilustre Min. Marco Aurélio, em voto proferido no julgamento do *Habeas Corpus* 76.371-0 de São Paulo, do qual se destaca:

"No caso da tortura, veio à baila diploma específico, definidor do respectivo tipo, e aí, em verdadeira correção de rumo no sentido de respeitar-se à Constituição Federal, isso relativamente à individualização da pena, dispôs-se, assim, a conclusão acerca de haver sido contemplada a progressão no regime de cumprimento da pena. O legislador, ao prever apenas o início, tão-somente o início, de cumprimento da pena no regime mais rigoroso, sinalizou no sentido da pertinência de fases outras, adentrando-se o regime semi-aberto e o aberto, ao § 1º do art. 2º da Lei 8.072/90, de 25.07.1990. Não faz sentido entender-se que o crime mais grave do rol – o de tortura – contemple a aplicação da pena e o cumprimento em regime de progressão, não o admitindo os demais crimes situados no mesmo sistema". (RT 759/541-542).

Portanto, não como renegar esse entendimento, pois coerente com a Constituição Federal que tem como fundamento o princípio da isonomia e da retroatividade da lei penal mais benéfica, imperativa é a progressão de regime quando da individualização das penas aos demais delitos mencionados no art. 5º, inc. XLIII, da Constituição Federal.

Assim sendo, respeitando-se opiniões em sentido contrário, tem-se que os crimes mencionados pelo legislador constitucional devem ser concebidos numa visão unitária e aplicada a progressão de regime em atenção à orientação

constitucional e também pelo estabelecido no Código Penal e Lei de Execuções Penais.

3.4 A Lei 11.464, de 29 de Março de 2007 e sua Aplicabilidade

A nova Lei 11.464 de 28 de março de 2007 com publicação no Diário Oficial da União em 29/03/2007 em edição extra, entrando em vigor na mesma data de sua publicação conforme dicção do seu art. 2º, instituiu por intermédio de uma modificação redacional no art. 2º, Lei 8.072/90 um novo sistema de execução penal para condenados por tais delitos. Essa alteração contou com a completa mudança na redação do § 2º, art. 2º, deslocando-se os primitivos §§ 2º e 3º (dever da sentença condenatória fundamentar o direito de recorrer em liberdade e prorrogação da prisão temporária) para serem considerados respectivamente como §§ 3º e 4º.

A partir da decisão do 'Caso Oséas' pelo Excelso STF restou insustentável a posição de que o § 1º, art. 2º, Lei 8.072/90 ao permitir que a pena por crime hediondo fosse integralmente cumprida em regime fechado fosse constitucional. Avalanche de decisões, seguindo a linha interpretativa do Supremo veio sucedendo, com mudança de entendimentos, enfim, colaborando para uma necessária e urgente administração linear do sistema penitenciário, porquanto a insegurança jurídica e diversidade de tratamento para presos em situações idênticas é motivo de instabilidade no cárcere.

Assimilando esse novo direcionamento, a redação dada pela Lei 11.464/2007 ao § 1º do art. 2º, Lei dos Crimes Hediondos diz expressamente que a pena por crime ali tratado será cumprida "inicialmente" em regime fechado, posição que já era adotada para o crime de tortura.

A publicação da nova lei trás com ela entendimentos divergentes quanto a sua aplicabilidade aos crimes cometidos antes de sua publicação.

Existem posicionamentos de que a nova lei deverá retroagir, haja vista a decisão do Supremo Tribunal Federal, no *Habeas Corpus* 82.959/SP, ter efeitos vinculantes apenas entre as partes.

Outro entendimento diz que a lei é irretroativa, pois a decisão do STF, embora em controle incidental, possui "efeitos transcendentais" e alcança

não só o paciente do *habeas corpus* referenciado, mas todos que se encontram na mesma situação. Segundo este posicionamento, a declaração de inconstitucionalidade que atingiu a vedação da progressão de regime foi revogada e, portanto, o cálculo da pena para a progressão deve se dar na proporção de 1/6.

Vale salientar que a referida declaração de inconstitucionalidade no HC 82.959 se deu como questão incidental para a solução de determinado caso concreto, sem a análise da lei em tese, a qual sucede, por elementar, na hipótese de manejo de ação própria, desgarrada de um caso específico, isto é, via controle concentrado de constitucionalidade.

No caso do controle difuso de constitucionalidade a lei declarada inconstitucional não é revogada; pode ter, no máximo, seus efeitos suspensos por força de ato do Senado Federal e, no caso da progressão de regime para crimes hediondos, sequer resolução senatorial existiu.

Nesse sentido, sobre os efeitos da resolução do Senado, explicita André Ramos Tavares que nem mesmo com ela se dá a revogação da lei, e, se não se tem tal efeito após a intervenção do legislativo, com maior razão despir-lhe de aplicabilidade imperativa, com força *erga omnes* em fase anterior, quando se tem apenas a declaração incidental do Supremo Tribunal Federal:

A resolução do Senado incide no plano da eficácia da lei, não em sua validade ou existência. A resolução não se presta a reconhecer a invalidade da lei. Ao contrário, ela deve partir da invalidade, reconhecida em definitivo pelo Supremo Tribunal Federal, para alcançar a lei no plano de sua eficácia. A suspensão, pois, não pode ser confundida com revogação. Esta apenas compete ao órgão do qual emanou a norma. Como bem pondera Alfredo Buzaid, 'suspender a execução de uma lei ou decreto, no todo ou em parte, é cassar-lhe definitivamente a eficácia. A lei não mais obriga. Deixa de ser obrigatória. Porém, o Senado não a substitui por outra, nem a revoga; limita-se a suspender a execução. (In: Curso de Direito Constitucional. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 351).

Há de se compreender que a declaração de inconstitucionalidade proferida em sede incidental não produz efeitos como aquela prolatada em controle concentrado. Isso porque a norma somente é considerada nula para aquele caso posto em discussão. Para os demais continua existindo de forma válida e eficaz

Até 29/03/2007 a proibição da progressão de regime carcerário a condenados por crimes hediondos era a regra regente; sua não aplicação se dava

apenas por razões de técnica e em privilégio à falta de previsão de critérios pertinentes a uma correta política criminal na negativa de progressão, que ora não mais se justifica face à nova previsão legal.

Assim, não sendo a declaração do STF meio válido para banir a regra do ordenamento jurídico, de forma que vigente a proibição de progressão até o advento da Lei n. 11.464/04, a exigência de 2/5 ou de 3/5 como o requisito objetivo para se obter a progressão mostra-se benéfica ao condenado cuja execução penal está em curso, de modo a alcançar todos que cumprem pena por tal modalidade delitiva, em atenção ao princípio da retroatividade penal da lei *novatio legis in mellius* ou da lei penal mais benigna, conforme Cezar Roberto Bittencourt:

Há uma regra dominante em termos de conflito de leis penais no tempo. É a da irretroatividade da lei penal, sem a qual não haveria nem segurança nem liberdade na sociedade, em desrespeito ao princípio da legalidade e da anterioridade da lei, consagrado no art. 1º do CP e no art. 5º, XXXIX, da CF. (...) Contudo, o princípio da irretroatividade vige somente em relação à lei mais severa. Admite-se, no direito intertemporal, a aplicação retroativa da lei mais favorável (art. 5º, XL, da CF). Assim, pode-se resumir a questão no seguinte princípio: o da retroatividade da lei penal mais benigna. A nova lei que for mais favorável ao réu sempre retroage. (In: Código Penal Comentado. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 02)

Como referido pelo autor, neste caso, tal como na aplicação da *abolitio criminis*, tem-se exceção ao princípio da irretroatividade da lei penal, havendo de ser aplicada imediatamente a regra que confere melhoria no regime de cumprimento da pena. O que se tem é que a *lex mitior* deve retroagir sempre que, em qualquer sentido, favoreça o réu ou o sentenciado. A verificação acerca de qual seja a lei mais favorável é de ser feita com base no caso concreto, pois é impossível que se aplique, ao mesmo tempo, mais de uma norma.

Noutras palavras, no plano abstrato, o artigo da Lei 8072/90 por meio do qual se impedia a progressão em crimes hediondos, continuava a vigor; podia deixar de ser aplicado dado o exercício do controle difuso de constitucionalidade, sem que, todavia, estivesse excluído do sistema jurídico, dado que essa exclusão somente se a faz por via das ações diretas.

Não custa recordar que no controle difuso de constitucionalidade a lei permanece válida e apta à produção de efeitos para todos os demais, sendo que somente para as partes envolvidas é que a situação é alterada.

É possível a extensão dos efeitos de uma decisão proferida incidentalmente, em sede de controle difuso. A Constituição dá ao Senado Federal a possibilidade de suspender a norma declarada inconstitucional por via do controle difuso por meio de resolução que vale para todos a partir da sua publicação na imprensa oficial. Trata-se de ato voluntário do Senado, não havendo qualquer obrigatoriedade para sua elaboração.

Assim, para que se tornasse imediata a aplicação da decisão haveria de ter sido suspensa sua execução através de ato do Senado Federal, o que não ocorreu.

Ou seja, para que a nova lei não fosse imediatamente aplicada, haveria de ser a decisão da Corte Superior que declarou inconstitucional o artigo 1º, parágrafo 2º da Lei n. 8.072/90, de efeitos *erga omnes*, hipótese que não sucede.

Pelo contrário, *in casu*, o Senado não se manifestou em prol da inconstitucionalidade do dispositivo, deixando ao Congresso Nacional a apreciação de projeto de lei destinado a corrigir o embaraço legislativo e determinando critérios para a progressão de regime para apenados condenados por crimes hediondos.

É verdade que o sistema de regime fechado, vedada a progressão, é maléfico à recuperação do indivíduo, revelando-se regra contrária à política criminal.

A falta de cumprimento das etapas intermediárias entre o encarceramento e a conquista da liberdade, especialmente diante da desorganização do sistema carcerário brasileiro, impede a regeneração que pretende a Constituição e que é necessária à sociedade.

O fato de ter o relator do HC 82.959 apontado caminhos para decisões judiciais em outros casos não confere à sua decisão o poder revogatório; isso somente ocorreu com a edição da Lei n. 11.464/07. E o que se revogou, então, foi norma que vedava a progressão, por outra que a admite, fixados prazos razoáveis para tal.

O cotejo, portanto, que se há de estabelecer, frise-se bem, é entre a lei nova e a Lei 8072/90, essa que teve revogado às expressas um de seus tópicos. E esse cotejo revela uma conclusão: a lei nova é a mais favorável.

Nesse diapasão, tanto permanecia vigente, hígido no sistema jurídico – embora passível de controle difuso tal qual realizado pelo Supremo – a norma da Lei 8072/90, que ela foi expressamente revogada pela Lei 11464, em seu artigo 1º, que lhe deu nova redação.

Com o novo texto legal corrige-se o erro de política criminal existente na proibição da progressão carcerária, sem que seja lesado o princípio da igualdade material, conferindo-se maior rigidez aos condenados por crimes hediondos.

Não por acaso é a previsão de punição rígida e efetiva determinada pelo constituinte para os crimes hediondos no artigo 5º, XLIII, da Constituição Federal. Conferir idêntico tratamento para condenados em crimes diversos, especialmente depois da Lei n. 11.464/04, isto sim implica em ignorar a regra constitucional.

Tem-se, então, exigível o cumprimento de 2/5 de pena para a implementação do requisito objetivo ao benefício da progressão carcerária para condenados por crime hediondo não reincidentes e de 3/5 de pena aos reincidentes, consoante dispõe a atual redação do artigo 1º, parágrafo 2º da Lei n. 8.072/90. Essa regra está em perfeita consonância com as prescrições da Constituição Federal e se mostra, também, coerente com as regras da Lei de Execuções penais

3.5 Análise Crítica

A Lei de 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 foi votada e aprovada, com a edição e promulgação da Lei 8.930, de 06.09.1994.

A política criminal adotada nos dias atuais é a do Movimento da Lei e da Ordem, sustentando que as leis penais de extrema severidade são a solução para todos os males da sociedade, numa tentativa infrutífera de compensar a falta de política social e econômica justa, limitando-se a tentar combater os efeitos de problemas sociais, sem buscar e atacar suas causas.

Essa lei foi promulgada sobre forte clamor e pressão, e padece de inúmeros defeitos de forma e conteúdo, a maioria já mencionada, alguns originários do próprio texto constitucional.

O Estado, atualmente, tem diminuído sua áreas de atuação, mas, por outro lado, tem ampliado sua atuação no campo da repressão penal, com o aumento da produção de normas penais, cada vez mais amplas e rígidas, a fim de transmitir uma falsa sensação de segurança. As normas penais não possuem, entretanto, capacidade de transformar a realidade social do País, que, devido à pobreza e às desigualdades sociais, tem sofrido crescente aumento da violência e da criminalidade.

Um aspecto passível de crítica é que o art. 5º, inc. XLIII, da Constituição Federal refere-se somente à graça e à anistia, enquanto a Lei dos Crimes Hediondos inclui entre as vedações a insuscetibilidade do indulto, ampliando o texto constitucional.

A proibição da concessão de fiança e liberdade provisória aos casos de crimes hediondos e assemelhados constitui verdadeira injustiça, porque trata de forma igualitária situações completamente diversas, impedindo o julgador de avaliar cada conduta e os aspectos subjetivos que a envolvem, sem mencionar que melhor técnica legislativa teria sido utilizada se o legislador se referisse à liberdade provisória com ou sem fiança.

O art. 5º da Lei 8.072 trouxe a figura do livramento condicional e a reincidência específica, esclarecendo que o livramento pode ser concedido aos condenados por crimes hediondos e assemelhados, desde que cumpridos mais de dois terços da pena e que o condenado não seja reincidente em crimes hediondos ou assemelhados.

Outra incoerência do legislador encontra-se no § 7º do art. 1º da Lei de Tortura, ao dispor que o condenado, salvo a hipótese do § 2º, deve iniciar o cumprimento da pena em regime inicialmente fechado. Enquanto, segundo

dispunha o art. 2º, § 1º, da Lei 8.072, o cumprimento da pena deveria se dar integralmente em regime fechado, realidade modificada pela Lei 11.464, de 29 de março de 2007. Nesse aspecto, existia uma clara ofensa ao princípio constitucional da igualdade, pois crimes da mesma natureza receberam tratamentos diversos, embora citados de maneira uniforme no texto constitucional.

O fato é que a Lei dos Crimes Hediondos não atingiu seu objetivo, qual seja, a redução da criminalidade violenta. Ao contrário, algumas ações criminosas tratadas como hediondas cresceram de forma acentuada, conforme dados relatados por Alberto Silva Franco (2000, p. 494-503). Segundo estatística da Secretaria de Segurança Pública de São Paulo, naquele Estado de 1991 a 1998, a população carcerária subiu em um só ano cerca de 16,24%. Cresceram consideravelmente os índices dos crimes de homicídio doloso, de tráfico de entorpecentes e de “chacinas”.

Com relação aos crimes hediondos de caráter patrimonial, como o latrocínio, a extorsão mediante seqüestro, e aos de conotação sexual, os índices manifestaram-se estabilizados, não se detectando uma tendência de aumento nem de redução.

Defasada a citada pesquisa, mas pertinente, e o perfil da população carcerária de dezembro de 2004 publicado pelo Departamento Penitenciário Nacional (V. anexo), demonstra que essa realidade não se alterou porque, além de a maioria dos presos ser constituída de homens, retrata que a grande maioria encontra-se cumprindo pena em regime fechado e, conseqüentemente, o predomínio de condenação por crimes de maior potencial ofensivo, aqui incluídos os denominados hediondos e equiparados.

O crime de racismo é imprescritível, enquanto os crimes hediondos mais graves, via de regra, não o são. O erro foi do legislador constituinte, que com a intenção de defender e representar a raça negra acabou criando regra constitucional inadequada. Melhor solução seria, conforme lição do Professor Lícínio Leal Barbosa (1993, p. 204-205), ampliar o prazo prescricional para prazo superior ao hoje previsto, com o fim de garantir a punição do infrator.

A pena de multa também não adequadamente tratada pela Lei dos Crimes Hediondos, uma vez que ela se encontra presente em todos os crimes contra o patrimônio, entretanto, nos hediondos contra o patrimônio a lei excluiu a

pena de multa. Isso não justo, porque a pena privativa de liberdade foi elevada e, por outro lado, esquecida a pena pecuniária.

Ofendeu também a citada norma o princípio constitucional da igualdade quando deixou de estender ao Código Penal Militar a denominação de hediondos aos delitos da mesma natureza (homicídio qualificado, estupro etc), tratando de modo diferente o civil do militar, apesar de idênticas as condutas.

No Estado Democrático de Direito, o dever de punir não pode ser arbitrário, sem limites, razão pela qual a Carta Magna estabeleceu direitos e garantias fundamentais que devem ser observados por todos, inclusive pelo legislador ordinário, para a efetiva proteção de bens jurídicos preciosos com a vida, a liberdade, a integridade física, dentre outros.

De fato, a Lei dos Crimes Hediondos deixou de lado princípios constitucionais como a individualização da pena, legalidade, proporcionalidade ou razoabilidade, humanização da pena e presunção de inocência.

O Pacto de São José da Costa Rica, de 22.11.1969, foi ratificado pelo Brasil, que assumiu o compromisso de que "*as penas privativas de liberdade devem ter por finalidade essencial a reforma e a readaptação social dos condenados*". Essa regra tornou-se lei aplicável em nosso ordenamento jurídico pelo Decreto Presidencial 678, de 06.11.1992, que, no seu art. 2º, determina a observância do Pacto.

O Código Penal brasileiro, humanista e libera, foi mencionado por muitos como o culpado pelo aumento da criminalidade, razão pela qual vieram leis tão severas como a dos Crimes Hediondos, num verdadeiro retrocesso, e contradição, pois o mesmo legislador que aprovou lei tão dura como a Lei 8.072/90, é o mesmo que promulgou a Lei 9.099/95 e a Lei 10.259/2002, que possibilita a transação penal e a suspensão do processo, bem como estabeleceram quais os crimes de menor potencial ofensivo, ampliando posteriormente o rol desses crimes.

Certo é que o medo da pena cruel, como a estabelecida para os crimes hediondos, não intimida os agentes propensos ao crime e, conseqüentemente, não diminui a criminalidade. Entretanto, a solução não ser benevolente com o crime, mas sim, punir todos os infratores, ricos ou pobres,

restabelecendo a certeza da punição, com eficiência e respeito aos direitos humanos essenciais.

A Lei dos Crimes Hediondos é a prova de que o movimento da Lei e da Ordem, ou seja, repressivo e duro para conter a criminalidade, não funciona. Sem falar que a referida norma não se preocupou com a ressocialização do condenado, tratando-o como ser desprezível, que deve ser eliminado, esquecendo-se de que ele volta ao meio social, aí sim, um verdadeiro criminoso, formado na escola do ócio e da criminalidade.

O caminho para a redução da criminalidade é a certeza da punição, não como castigo, mas com tratamento humano, digno e justo dos detentos. É preciso criar condições para a ressocialização do condenado, oportunidade viável somente no sistema progressivo de cumprimento da pena privativa de liberdade.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

No âmbito da noção do castigo, a privação da liberdade é a maneira específica pela qual o Direito Penal objetivo concretiza o princípio da reparação equivalente. A prisão, como instrumento realizador da pena-castigo, só tem contribuído para a reprodução da criminalidade. Neste sentido, há que se buscar mecanismos e instrumentos que possibilitem a efetiva diminuição da delinquência, a salvaguardar o interesse público e social.

O sistema prisional, por sua realidade, é denunciado como um fracasso, pois não tem conseguido cumprir a primordial função de reeducar ou preparar o condenado para a volta ao convívio na sociedade, mormente aqueles condenados por crimes hediondos, que cumpriam suas penas em regime integralmente fechado.

Feitas estas primeiras considerações, passa-se à ponderação do tema principal deste trabalho, que foi conceder uma visão sobre a evolução da problemática dos crimes hediondos, culminando na publicação da Lei 11.464, de 29 de março de 2007.

Depois de mais de uma década de vigência, o § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/90, foi revogado, ante um amplo debate sobre o regime de progressão de pena em matéria de crimes hediondos e equiparados, sem dúvida, a questão mais polêmica da referida lei.

Tendo em vista a finalidade da pena, de integração ou reinserção social, o processo de execução deve ser dinâmico, sujeito a mutações ditadas pela resposta do condenado ao tratamento penitenciário. Assim, ao dirigir a execução da pena para a "forma progressiva", estabelece o artigo 112 a progressão, ou seja, a transferência do condenado de regime mais rigoroso a outro menos rigoroso quando demonstra condições de adaptação ao mais suave.

De outro lado, determina a transferência de regime menos rigoroso para outro mais rigoroso quando o condenado demonstrar inadaptação ao menos severo, o que chamamos de regressão, que ocorre nas hipóteses do artigo 118 da Lei de Execução Penal.

Com isso, corrigindo o erro cometido quando da publicação da Lei dos Crimes Hediondos, o legislador ordinário deu nova redação ao § 1º do art. 2º, admitindo, desta feita, a progressão de regimes para os crimes nela inseridos.

A publicação da Lei 11.464/2007 veio extemporaneamente, haja vista que a Lei dos Crimes Hediondos já nasceu falha, sendo atacada desde a sua publicação.

Contudo, a lei supramencionada foi precedida de amplas discussões sobre a matéria da progressão de regime para os crimes hediondos. Assim, o Supremo Tribunal Federal, em fevereiro de 2006, proferiu a decisão do *Habeas Corpus* n. 82.959/SP, declarando por maioria de votos, a inconstitucionalidade do § 1º, art. 2º da Lei 8.072/90.

Se, por um lado, tal decisão, acompanhada da publicação da Lei 11.464/2007, representa o reconhecimento da fragilidade e ineficiência do sistema de ressocialização da pena no Brasil, admitindo na progressão a última esperança na consecução de sua finalidade, por outro demonstra preocupação com a dignidade da pessoa humana e assenta definitivamente o princípio da individualização da pena como postulado regulador da execução penal.

Em análise ao processo legislativo da Lei dos Crimes Hediondos, percebeu-se que a mesma foi, como tantas outras, aprovada às pressas, sem uma análise extensiva por parte dos legisladores, que a fizeram em um momento de clamor popular pela diminuição da criminalidade devido a seqüestros de várias pessoas influentes.

Como conseqüência dessa acelerada atuação legislativa, surgiu o que podemos chamar de movimento da Lei e da Ordem, estabelecendo-se penas mais rígidas para condenados por crimes hediondos. Por outro lado, sob o ponto de vista jurídico, percebeu-se a existência de um grande tropeço legislativo, haja vista o afronte direto a vários princípios constitucionais, tais como individualização, proporcionalidade e humanidade.

As leis, como um dos instrumentos de controle social, têm caráter abrangente (ou seja, destinam-se à sociedade como um todo) e são legítimas e juridicamente aceitáveis quando não resultantes de clima passional de determinada época e, só serão juridicamente válidas e aceitáveis, enquanto persistir a existência dos mesmos fatos sociais que lhe derem origem.

Com isso, evita-se o desacerto das interpretações que conspiram contra as garantias individuais presentes no texto constitucional. O Poder Judiciário não pode fechar os olhos para as garantias previstas na Constituição Federal, principalmente quando se referem a fundamentos da Ciência Penal.

Conclui-se com o presente trabalho que não é a rapidez em que as leis são feitas que atenderá o clamor social. Definitivamente, não! O que se deve fazer é um estudo da realidade brasileira, encontrando o foco do problema, o seu nascedouro.

Políticas sociais voltadas para a criança e o adolescente, esse é o ponto de partida para se resolver a questão da criminalidade sempre crescente em nosso País. A Lei dos Crimes Hediondos é um exemplo de ineficiência legislativa! É um exemplo de como as leis não devem ser feitas. Educar as crianças de hoje para que não tenhamos que punir os adultos de amanhã, eis o maior clamor social!

**UFCG - CAMPUS DE SOUSA
BIBLIOTECA SETORIAL**

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARBOSA, Licínio. **Direito Penal e Direito de Execução Penal**. Brasília: Zamenhof, 1993.

BARROS, Carmen Silvia de Moraes. **A individualização da pena na execução penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Trad. Flório de Angelis. Bauru: Edipro, 1997.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da pena de prisão: causas e alternativas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. São Paulo Saraiva, 2006.

_____. **Código Penal**. São Paulo, 2006.

_____. **Código de Processo Penal**. São Paulo: Saraiva, 2006.

CABETTE, Eduardo Luiz Santos. Retroatividade da Lei nº 11.464/07 quanto ao tema da progressão de regime. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 11, n. 1380, 12 abr. 2007. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9736>>. Acesso em: 05 maio 2007.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1991.

CERNICCHIARO, Luiz Vicente; COSTA, Paulo José Jr. **Direito Penal na Constituição**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. Comissão Nacional de Direitos Humanos. **Direitos Humanos**.

DELMANTO, Celso. **Código Penal Comentado**. São Paulo: Renovar.

FARIAS, José Eduardo de Lucena. Progressão de regime nos crimes hediondos (HC nº 82.959). *Jus Navigandi*, Teresina, ano 10, n. 999, 27 mar. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8160>>. Acesso em: 08 mar. 2007.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: teoria da organização do garantismo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa**. 2. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993.

FERREIRA, Pinto. **Comentários à Constituição Brasileira**. São Paulo: Saraiva, 1989.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal – par especail (art. 213 a 359)**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

FRANCO, Alberto Silva. **Crimes hediondos**: anotações à Lei n. 8.072/90. 4. ed., ver., atual., e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

_____. O regime progressivo em face das leis n. 8.072/90 e 9.455/97. **Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**. São Paulo, n. 58, ser. 1997.

GOMES, Luiz Flávio. Crimes Hediondos, tráfico de entorpecentes e penas substitutivas. **Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**. São Paulo, a. 7, n. 83, out. 1999.

_____. STF admite progressão de regime nos crimes hediondos. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 10, n. 1003, 31 mar. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8181>>. Acesso em: 25 abril 2007.

GONTIJO, André Pires. A concretização do princípio da individualização da pena: a interpretação evolutiva da lei de crimes hediondos. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 10, n. 980, 8 mar. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8072>>. Acesso em: 13 maio 2007.

GRECO, Lucas Silva e. Lei nº 11.464/07: progressão de regime de cumprimento de pena também para condenados pela prática de crimes hediondos. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 11, n. 1371, 3 abr. 2007. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9689>>. Acesso em: 05 maio 2007.

JESUS, Damásio E. de. **Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, 1991.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Execução Penal**: comentários à Lei 7.210, de 11.07.1984. São Paulo: Atlas, 2001.

MONTEIRO, Antônio Lopes. **Crimes hediondos**: texto, comentários e aspectos polêmicos. São Paulo: Saraiva, 1991.

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**. São Paulo: Atlas, 2003.

PONTIERI, Alexandre. A Súmula nº 698 do STF e o tráfico ilícito de entorpecentes. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 9, n. 524, 13 dez. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6018>>. Acesso em: 07 abril 2007.

REZENDE, Reinaldo Oscar de Freitas Mundim Lobo. O fenômeno da omissão nos crimes hediondos e assemelhados. Nova abordagem constitucional. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 7, n. 62, fev. 2003. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3707>>. Acesso em: 15 abril 2007.

SILVA, Amaury. Crimes hediondos: Lei nº 11.464/2007 e fatos pretéritos. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 11, n. 1371, 3 abr. 2007. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9687>>. Acesso em: 05 maio 2007.

SILVESTRE, Fábio Galindo. Comentários à decisão do STF no HC 82.959-7. Inconstitucionalidade do regime integralmente fechado aos condenados por crimes hediondos. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 10, n. 975, 3 mar. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8056>>. Acesso em: 13 maio 2007.

TELES, Ney Moura. **Direito Penal**: parte geral. São Paulo: Atlas, 2004. v. 1.

VAREJÃO, José Ricardo do Nascimento. Lei dos Crimes Hediondos (Lei nº 8.072/1990): questões polêmicas acerca de sua aplicabilidade. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 8, n. 126, 9 nov. 2003. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4326>>. Acesso em: 15 abril. 2007.

VEIGA, Marcio Gai. Lei de Crimes Hediondos: uma abordagem crítica. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 7, n. 61, jan. 2003. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3637>>. Acesso em: 08 mar. 2007.

ZAFFARONI, Eugênio Raul; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**: parte geral. 4. ed., ver. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

ANEXOS

ANEXOS



Presidência da República
Casa Civil
 Subchefia para Assuntos Jurídicos

LEI Nº 8.072, DE 25 DE JULHO DE 1990.

Mensagem de veto

Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA, faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte lei:

~~Art. 1º São considerados hediondos os crimes de latrocínio (art. 157, § 3º, in fine), extorsão qualificada pela morte, (art. 158, § 2º), extorsão mediante seqüestro e na forma qualificada (art. 159, caput e seus §§ 1º, 2º e 3º), estupro (art. 213, caput e sua combinação com o art. 223, caput e parágrafo único), atentado violento ao pudor (art. 214 e sua combinação com o art. 223, caput e parágrafo único), epidemia com resultado morte (art. 267, § 1º), envenenamento de água potável ou de substância alimentícia ou medicinal, qualificado pela morte (art. 270, combinado com o art. 285), todos do Código Penal (Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940), e de genocídio (arts. 1º, 2º e 3º da Lei nº 2.889, de 1º de outubro de 1956), tentados ou consumados.~~

Art. 1º São considerados hediondos os seguintes crimes, todos tipificados no Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, consumados ou tentados: (Redação dada pela Lei nº 8.930, de 6.9.1994)

I - homicídio (art. 121), quando praticado em atividade típica de grupo de extermínio, ainda que cometido por um só agente, e homicídio qualificado (art. 121, § 2º, I, II, III, IV e V); (Inciso incluído pela Lei nº 8.930, de 6.9.1994)

II - latrocínio (art. 157, § 3º, in fine); (Inciso incluído pela Lei nº 8.930, de 6.9.1994)

III - extorsão qualificada pela morte (art. 158, § 2º); (Inciso incluído pela Lei nº 8.930, de 6.9.1994)

IV - extorsão mediante seqüestro e na forma qualificada (art. 159, **caput**, e §§ 1º, 2º e 3º); (Inciso incluído pela Lei nº 8.930, de 6.9.1994)

V - estupro (art. 213 e sua combinação com o art. 223, **caput** e parágrafo único); (Inciso incluído pela Lei nº 8.930, de 6.9.1994)

VI - atentado violento ao pudor (art. 214 e sua combinação com o art. 223, **caput** e parágrafo único); (Inciso incluído pela Lei nº 8.930, de 6.9.1994)

VII - epidemia com resultado morte (art. 267, § 1º). (Inciso incluído pela Lei nº 8.930, de 6.9.1994)

VII-A - (VETADO) (Inciso incluído pela Lei nº 9.695, de 20.8.1998)

VII-B - falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais (art. 273, **caput** e § 1º, § 1º-A e § 1º-B, com a redação dada pela Lei nº 9.677, de 2 de julho de 1998). (Inciso incluído pela Lei nº 9.695, de 20.8.1998)

Parágrafo único. Considera-se também hediondo o crime de genocídio previsto nos arts. 1º, 2º e 3º da Lei nº 2.889, de 1º de outubro de 1956, tentado ou consumado. (Parágrafo incluído pela Lei nº 8.930, de 6.9.1994)

Art. 2º Os crimes hediondos, a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo são insuscetíveis de:

I - anistia, graça e indulto;

II - fiança e liberdade provisória.

~~§ 1º A pena por crime previsto neste artigo será cumprida integralmente em regime fechado.~~

~~§ 2º Em caso de sentença condenatória, o juiz decidirá fundamentadamente se o réu poderá apelar em liberdade.~~

~~§ 3º A prisão temporária, sobre a qual dispõe a Lei nº 7.960, de 21 de dezembro de 1989, nos crimes previstos neste artigo, terá o prazo de trinta dias, prorrogável por igual período em caso de extrema e comprovada necessidade.~~

II - fiança. (Redação dada pela Lei nº 11.464, de 2007)

Art. 214.

Pena - reclusão, de seis a dez anos.

.....

Art. 223.

Pena - reclusão, de oito a doze anos.

Parágrafo único.

Pena - reclusão, de doze a vinte e cinco anos.

.....

Art. 267.

Pena - reclusão, de dez a quinze anos.

.....

Art. 270.

Pena - reclusão, de dez a quinze anos.

....."

Art. 7º Ao art. 159 do Código Penal fica acrescido o seguinte parágrafo:

"Art. 159.

.....

§ 4º 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 um a dois terços."

Art. 8º Será de três a seis anos de reclusão a pena prevista no art. 288 do Código Penal, quando se tratar de crimes hediondos, prática da tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins ou terrorismo.

Parágrafo único. O participante e o associado que denunciar à autoridade o bando ou quadrilha, possibilitando seu desmantelamento, terá a pena reduzida de um a dois terços.

Art. 9º As penas fixadas no art. 6º para os crimes capitulados nos arts. 157, § 3º, 158, § 2º, 159, caput e seus §§ 1º, 2º e 3º, 213, caput e sua combinação com o art. 223, caput e parágrafo único, 214 e sua combinação com o art. 223, caput e parágrafo único, todos do Código Penal, são acrescidas de metade, respeitado o limite superior de trinta anos de reclusão, estando a vítima em qualquer das hipóteses referidas no art. 224 também do Código Penal.

Art. 10. O art. 35 da Lei nº 6.368, de 21 de outubro de 1976, passa a vigorar acrescido de parágrafo único, com a seguinte redação:

"Art. 35.

Parágrafo único. Os prazos procedimentais deste capítulo serão contados em dobro quando se tratar dos crimes previstos nos arts. 12, 13 e 14."

Art. 11. (Vetado).

Art. 12. Esta lei entra em vigor na data de sua publicação.

Art. 13. Revogam-se as disposições em contrário.

§ 1º A pena por crime previsto neste artigo será cumprida inicialmente em regime fechado. (Redação dada pela Lei nº 11.464, de 2007)

§ 2º A progressão de regime, no caso dos condenados aos crimes previstos neste artigo, dar-se-á após o cumprimento de 2/5 (dois quintos) da pena, se o apenado for primário, e de 3/5 (três quintos), se reincidente. (Redação dada pela Lei nº 11.464, de 2007)

§ 3º Em caso de sentença condenatória, o juiz decidirá fundamentadamente se o réu poderá apelar em liberdade. (Redação dada pela Lei nº 11.464, de 2007)

§ 4º A prisão temporária, sobre a qual dispõe a Lei nº 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. (Incluído pela Lei nº 11.464, de 2007)

Art. 3º A União manterá estabelecimentos penais, de segurança máxima, destinados ao cumprimento de penas impostas a condenados de alta periculosidade, cuja permanência em presídios estaduais ponha em risco a ordem ou incolumidade pública.

Art. 4º (Vetado).

Art. 5º Ao art. 83 do Código Penal é acrescido o seguinte inciso:

"Art. 83.
.....

V - cumprido mais de dois terços da pena, nos casos de condenação por crime hediondo, prática da tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, e terrorismo, se o apenado não for reincidente específico em crimes dessa natureza."

Art. 6º Os arts. 157, § 3º; 159, caput e seus §§ 1º, 2º e 3º; 213; 214; 223, caput e seu parágrafo único; 267, caput e 270; caput, todos do Código Penal, passam a vigorar com a seguinte redação:

"Art. 157.

§ 3º Se da violência resulta lesão corporal grave, a pena é de reclusão, de cinco a quinze anos, além da multa; se resulta morte, a reclusão é de vinte a trinta anos, sem prejuízo da multa.

.....

Art. 159.

Pena - reclusão, de oito a quinze anos.

§ 1º

Pena - reclusão, de doze a vinte anos.

§ 2º

Pena - reclusão, de dezesseis a vinte e quatro anos.

§ 3º

Pena - reclusão, de vinte e quatro a trinta anos.

.....

Art. 213.

Pena - reclusão, de seis a dez anos.

Brasília, 25 de julho de 1990; 169º da Independência e 102º da República.

FERNANDO COLLOR
Bernardo Cabral

Este texto não substitui o publicado no D.O.U. de 26.7.1990

Supremo Tribunal Federal
Diário da Justiça de 01/09/2006

23/02/2006 TRIBUNAL PLENO

HABEAS CORPUS 82.959-7 SÃO PAULO

RELATOR : MIN. MARCO AURÉLIO

PACIENTE(S) : OSEAS DE CAMPOS

IMPETRANTE(S) : OSEAS DE CAMPOS

ADVOGADO(A/S) : ROBERTO DELMANTO JUNIOR E OUTRO(A/S)

COATOR(A/S)(ES) : SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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

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

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os ministros do Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária, sob a presidência do ministro Nelson Jobim, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por maioria, em deferir o pedido de habeas corpus e declarar, incidenter tantum, a inconstitucionalidade do § 1º do artigo 2º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, nos termos do voto do relator, vencidos o ministros Carlos Velloso, Joaquim Barbosa, Ellen Gracie, Celso de Mello e Nelson Jobim, Presidente. O Tribunal, por votação unânime, Supremo Tribunal Federal Diário da Justiça de 01/09/2006 HC 82.959 / SP explicitou que a declaração incidental de

inconstitucionalidade do preceito legal em questão não gerará conseqüências jurídicas com relação às penas já extintas nesta data, pois esta decisão plenária

envolve, unicamente, o afastamento do óbice representado pela norma ora declarada inconstitucional, sem prejuízo da apreciação, caso a caso, pelo magistrado competente, dos demais requisitos pertinentes ao reconhecimento da possibilidade de progressão.

Brasília, 23 de fevereiro de 2006.

MARCO AURÉLIO - RELATOR