



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

ANDRÉIA LUÍZA BATISTA BRAGA

A INEFICÁCIA DA LEI 8.072/90, LEI DOS CRIMES HEDIONDOS,  
CONTRA A VIOLÊNCIA CRIMINAL

SOUSA - PB  
2004

ANDRÉIA LUÍZA BATISTA BRAGA

A INEFICÁCIA DA LEI 8.072/90, LEI DOS CRIMES HEDIONDOS,  
CONTRA A VIOLÊNCIA CRIMINAL

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 Bacharela em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientadora: Professora Esp. Doneves Fernandes Dantas Rodrigues.

SOUSA - PB  
2004

ANDRÉIA LUÍZA BATISTA BRAGA

A INEFICÁCIA DA LEI 8.072/90, LEI DOS CRIMES HEDIONDOS,  
CONTRA A VIOLÊNCIA CRIMINAL

Monografia apresentada à Banca Examinadora do Curso de Direito do Centro de Ciências Jurídicas e Sociais CCJS - UFCG, como requisito para a obtenção do Título de Bacharel em Direito.

Doneves Fernandes Dantas  
ORIENTADORA

SOUSA  
2004

## FOLHA DE APROVAÇÃO

A presente monografia de conclusão do Curso de Direito da Universidade Federal de Campina Grande - UFCG, elaborada pela graduanda **ANDRÉIA LUIZA BATISTA BRAGA**, sob o título **A INEFICÁCIA DA LEI 8.072/90, LEI DOS CRIMES HEDIONDOS, CONTRA A VIOLÊNCIA CRIMINAL**, foi submetida em 22 de Julho de 2004 à Banca Examinadora composta pelos seguintes Professores:

**Doneves Fernandes Dantas** (Orientadora e Presidenta da Banca)

**José Alves Formiga** (Membro 01)

**Alba Tânia Abrantes Casimiro** (Membro 02)

A Deus, por está presente em todos os momentos da minha vida iluminando os meus caminhos;

À Professora Doneves, pela orientação que me foi dada ante as inúmeras e particulares intempéries havidas.

Aos meus amigos que comigo compartilharam mais essa etapa de nossas vidas, Davi e Lorena que moram num lugar especial no meu coração.

Ao meu companheiro de trabalho que contribuiu muito para a elaboração desse trabalho, meu amigo Décio.

Ao meu pai, José Basílio Braga, minha mãe, Pedrina Batista Braga, e a minha irmã Adjara Batista Braga.

Henrique Cavalcanti, meu esposo, pela compreensão, companheirismo e principalmente pela constância, nesta fase da minha vida;

Principalmente à minha filha, Ana Luiza, que é a pessoa mais importante que me determina a seguir minha caminhada.

"Será necessário estudar o delinqüente para o conhecer, conhecê-lo para o tratar racionalmente, e tratá-lo para o melhorar".

**[SAPORITO]**

## RESUMO

O Universo Jurídico não é estático, tampouco se desenvolve numa redoma indiferente aos fatos sociais. O Direito nasce e adquire vida, quando se amolda para exercer sua essencial disciplina à sociedade que o originou. Tendo em vista a finalidade do Direito, qual seja, de resguardar a paz social, mediante a proclamação da Justiça em tempo hábil e sua eficácia, o ordenamento jurídico estatal torna-se mutável e, no caso vertente, introduziu no seu âmago a lei nº 8.072/90, que dispõe sobre os crimes hediondos e assemelhados. Referida lei trata dos crimes hediondos e assemelhados, proclamada na nossa Carta Magna de 1988 em seu art. 5º, XLIII, cuidando do combate à criminalidade, com a brutalidade das penas. A malsinada lei é um retrocesso penal, já que é oriunda de legisladores incompetentes, sem a participação de qualquer jurista; aquilo que se ganhou de conquista no direito penal, ao longo do tempo, perdeu-se nos últimos anos com a malsinada lei, pois, nenhuma lei pode ter como fim, apenas, a celeridade da justiça criminal e a racionalização do Ministério Público, mas, sobretudo, a conveniência ou não do encarceramento, pois encarcerar sem necessidade é um crime contra a humanidade. A referida lei se demonstra inconstitucional quando fere dois princípios constitucionais básicos, relativos à pena, quais sejam, o princípio da humanidade e o princípio da individualização da pena. De posse desse conhecimento, procurou-se realizar uma abordagem crítica dessa lei, observando-se as mudanças ocorridas e suas influências, tudo com o objetivo de melhor analisar o fenômeno social para que não apenas seja punido com lei severa, mas se corrija o delinqüente, fazendo dele um membro útil do corpo social e reduzi-lo à média normal.

**Palavras-chaves:** crimes hediondos – assemelhados – criminalidade – delinqüente - inconstitucional

## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	07
CAPÍTULO I – CRIMES HEDIONDOS	
1. Antecedentes históricos.....	09
2. Conceituação dos crimes hediondos.....	11
3. Alterações nas tipificações dos crimes hediondos e assemelhados.....	14
4. A derrogação da lei nº 8.072/90 pela lei nº 9.455/97.....	15
CAPÍTULO II – CUMPRIMENTO DA PENA	
1. Cumprimento da pena em regime totalmente fechado e seu conflito com os princípios constitucionais da individualização da pena e da Humanidade de seu cumprimento.....	20
2. A Prisão temporária – Leis nº 7.960/89 e 8.072/90, art. 2º, § 3º .....	24
3. O apelo em liberdade em face do princípio constitucional da inocência, do art. 594 do código de processo penal, do art. 35 da lei nº 6.368/76 e do § 2º do art. 2º da lei nº 8.072/90.....	25
4. A reincidência específica como causa impeditiva do livramento condicional na lei nº 8.072/90.....	30
CAPÍTULO III – A VIOLÊNCIA DA LEI Nº 8.072/90 CONTRA A VIOLÊNCIA CRIMINAL	
1. A ineficácia da lei 8.072/90.....	34
2. A severidade das penas.....	40
3. Inafiançabilidade, inadmissibilidade de liberdade provisória e princípio constitucional da inocência.....	42
4. Impossibilidade de progressão de regime e sua constitucionalidade.....	43
CONCLUSÃO.....	49
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	55
ANEXO.....	57

## INTRODUÇÃO

A Lei dos crimes hediondos foi implantada em nosso sistema criminal através da Lei de nº 8.072/90 de 25 de julho do ano de 1990.

O presente trabalho tem por escopo contribuir com os juristas para a revogação ou modificação profunda da Lei nº 8.072/90, que dispõe sobre os crimes hediondos e assemelhados.

A Lei dos Crimes Hediondos representa uma grande transformação da maneira com que o Estado passou a tratar determinados crimes. Crimes estes considerados pelos legisladores, como de maior gravidade social. Esses crimes, a partir do início da vigência da Lei 8.072/90, passaram a ser tratados com uma forma punitiva mais rígida por parte de um Estado que, na época, já se via acuado por crimes como o seqüestro, por exemplo, que já chocava a população, que, por sua vez, clamava por punições mais severas para coibir tais delitos. Partiremos, inicialmente, dos antecedentes históricos, mostrando a necessidade da criação de tal lei e, em seguida, abordaremos a conceituação dos crimes hediondos, as alterações nas tipificações dos crimes hediondos e assemelhados, bem como a derrogação da lei nº 8.072/90 pela lei nº 9.455/97, ponto chave para que se estabeleça às necessárias mudanças corrigindo as distorções da lei anterior, obrigando a lei dos crimes hediondos a adaptar-se ao preceito maior da Carta Magna.

Em seguida, destacaremos, o cumprimento da pena, passando pelo cumprimento da pena em regime totalmente fechado e seu conflito com os princípios constitucionais da individualização da pena e da humanidade de seu cumprimento, a prisão temporária- Leis nº 7.960/89 e 8.072/90, art. 2º, § 3º, no apelo em liberdade

em face do princípio constitucional da inocência, do art. 594 do código de processo penal, do art. 35 da lei nº 6.368/76 e do § 2º do art. 2º da lei nº 8.072/90, adentrando também na reincidência específica como causa impeditiva do livramento condicional na lei nº 8.072/90. Ademais, trataremos no capítulo terceiro, da violência da lei dos crimes hediondos, a Lei nº 8.072/90, contra a violência criminal, que exerceu influências consideráveis no que concerne aos crimes tipificados como hediondos, trataremos da ineficácia da lei 8.072/90, a severidade das penas, a inafiançabilidade, inadmissibilidade de liberdade provisória e princípio constitucional da inocência, como também a impossibilidade de progressão de regime e sua constitucionalidade.

Enfocaremos, assim, o tema dos crimes hediondos, obedecendo à ordem acima adiantada, para que haja melhor compreensão e objetividade, não deixando de lado, em nenhum momento, de levantar questões pertinentes, sobre o assunto aqui tratado.

O tipo da nossa monografia é de compilação, uma vez que utilizamos a pesquisa bibliográfica para emitir as opiniões sobre o assunto estudado.

Na elaboração e formalização da monografia procuramos, quanto possível, dar cumprimento as regras da ABNT. As conclusões do trabalho foram no sentido de que a mencionada lei é inconstitucional e muito severa, e de que a sua utilização é que constitui causa poderosa para o aumento da criminalidade mais violenta.

Este trabalho foi, por óbvio, posterior a lei nº 8.072/90, de 25 de julho de 1990, sendo objeto desse estudo. Aos interessados oferecemos a leitura da lei que segue em anexo.

## CAPÍTULO I – CRIMES HEDIONDOS

### 1 ANTECEDENTES HISTÓRICOS

Em 1822, proclamada a Independência do Brasil, as Ordenações Filipinas, que regiam as normas penais e civis de Portugal continuaram a ser aplicadas entre nós no plano criminal, aguardando a promulgação do código criminal de 1830, caracterizadas pela severidade das penas, as ordenações não primavam pelo princípio da tipicidade, punindo fatos simplesmente ofensivos à moral e à religião, permitindo a elasticidade dos tipos que seus intérpretes aplicassem penas a acusados de condutas às vezes insignificantes, assediados pelas paixões e perseguições políticas.

Influenciado pelo código da Baviera de 1813 e pelo código penal francês de 1810, o código criminal de 1830, na esteira da Constituição Federal de 1824, reagiu à tendência de um direito penal de intensa severidade, embora ainda adotando o sistema da pena retributiva. Substituído pelo código penal de 1890, manteve-se a resposta penal como repressão e aflição.

Em 1940 surgiu o código penal brasileiro; em 1961 o Governo Federal resolveu alterar a obra de Néelson Hungria, que no Estatuto de 1940 havia demonstrado toda sua capacidade e competência, encarregando-o de elaborar um anteprojeto do novo código, publicado em 1963; depois de diversas alterações no Anteprojeto, surgiu o código penal de 1969, que nem chegou a ser aplicado.

A criminalidade, principalmente a violenta, tinha o seu momento histórico de intenso crescimento, aproveitando-se de uma legislação penal excessivamente

liberal. Apareceram então, mais duas damas em nosso sistema penal: justiça morosa e legislação liberal, criando a certeza da impunidade.

O Governo Federal, consciente da situação, pretendeu, pela reforma penal de 1984, dar uma feição realista ao nosso sistema criminal. A criminalidade, violenta, entretanto, não diminuiu em face da reforma do código penal de 1984. Ao contrário, os índices atuais são alarmantes; não se desconhece que o direito penal, atuando de maneira isolada, não se mostra instrumento hábil para reduzir a criminalidade, fruto de causas complexas e múltiplas.

O clima de pânico que se estabelece em nossas cidades, à certeza da impunidade que campeia célere na consciência do nosso povo, forjando novos criminosos, estão a reclamar medidas firmes e decididas. Urge, pois, que se faça algo no plano legislativo com o fim de reduzir a prática delituosa, protegendo os interesses mais importantes da vida social com uma resposta criminal mais severa e rápida.

A Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º, XLIII, preceitua que a lei considerará inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia os crimes definidos como hediondos. O preceito, atendendo ao anseio de proteção legal do povo brasileiro, atendeu em parte à pretensão de conceder maior severidade à forma de aplicação da sanção penal, restringindo-se a aqueles de maior gravidade objetiva, contra os quais a resposta penal não pode ser liberal.

A Carta Magna, preocupando-se com os direitos do cidadão quando autor de infrações penais, procurou o justo equilíbrio com os interesses sociais. Ao mesmo tempo em que incisos de seu art. 5º estabeleceram uma série de garantias do homem como réu de crime, consignou o princípio de que a sanção penal, em certos casos, deve ser severa e grave. Por isso tornou inafiançáveis e fora de alcance da

clemência soberania os delitos hediondos, que assim devem ser considerados os que, pela sua natureza ou pela forma de execução, mostrem-se repugnantes, causando clamor social. Desta forma, a edição da Lei 8.072 de 25 de julho de 1990, era imperativo constitucional previsto no art. 5º, XLIII. Da promulgação da Constituição até a da Lei nº 8.072/90, passaram-se dois anos, sendo editada de afogadilho, sem uma análise ou discussão por parte de juristas e da sociedade civil como um todo.

Para tentar explicar essa pressa, o que não justifica de forma alguma as imprecisões contidas e os conflitos gerados, devemos entender o momento de pânico que atingia alguns setores da sociedade brasileira, sobretudo por causa da 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, considerado a gota d'água para a edição da lei.

O clima emocional para o surgimento de dispositivos duros que combatessem os chamados crimes hediondos estava assim criado. A sociedade exigia uma providência drástica para pôr fim ao ambiente de insegurança vivido no país. O governo precisava dar ao povo a sensação de segurança.

## **2 CONCEITUAÇÃO DOS CRIMES HEDIONDOS**

Se perguntarmos a qualquer do povo o que seria um crime hediondo, obteremos certamente expressões como estas: o crime que é cometido de forma brutal; o que causa indignação às pessoas quando dele tomam conhecimento; o que é sórdido, repugnante..., ou como escreveu o médico Dr. Raul Marino Jr, num artigo intitulado "carta aberta a um assassino", "hediondo foi o assassinato em massa"

cometido pelo assassino do Dr. Antonio dos Santos Rocha, titular de Clínica Médica da Faculdade de Medicina da USP, porque “a bala não matou apenas o simples, o humilde o caridoso professor. Ela feriu e condenou à morte uma multidão de pessoas que iriam depender do saber daquele grande médico...”.

Não podemos criticar esse entendimento leigo. Ele revela de fato, o significado da palavra “hediondo” quando entendida em seu conteúdo qualificativo. Aurélio em seu dicionário informa-nos que o vocábulo origina-se do espanhol, significando “repelente, repulsivo, horrendo”.

Teríamos assim um crime hediondo toda vez que uma conduta delituosa estivesse revestida de excepcional gravidade, seja na execução, quando o agente revela total desprezo pela vítima, insensível ao sofrimento físico ou moral a que a submete, seja quanto à natureza do bem jurídico ofendido, seja ainda pela especial condição das vítimas.

No direito penal brasileiro o termo “hediondo” não havia sido empregado até que a Constituição de 1988, como vimos no seu art. 5º, XLIII, utilizasse a expressão “crimes hediondos”, remetendo à legislação ordinária a tarefa de defini-los. É, que, apesar de a hediondez, como conduta humana, ser de fácil entendimento, não precisando de definição, no momento em que é erigida à categoria de qualificativo de um delito por força do princípio da reserva legal, torna-se imperativo que haja uma tipificação legal. Assim é que o próprio texto constitucional, no inciso citado, diz que hediondos serão aqueles crimes definidos em lei, nasceu assim a Lei de nº 8.072, de 25 de julho de 1990, como resposta ao mandamento constitucional.

Desta forma, crime hediondo será único e exclusivamente aquele que está previsto em lei, já chamado de “lei dos crimes hediondos,” assim o disser.

A Lei 8.072/90 definiu o crime hediondo pelo chamado sistema legal, enumerando-os de forma exaustiva. Portanto, crime hediondo é tão-somente aquele que, independentemente das características de seu cometimento, da brutalidade do agente ou do bem jurídico ofendido, estiver enumerado no art. 1º da referida Lei. Estamos assim, diante de um grupo de crimes que embora de objetos jurídicos distintos e de outros elementos de afinidade discutível, têm o mesmo tratamento processual pela simples razão de que a lei assim o quis.

Os crimes hediondos estão previstos no art. 1º da Lei 8.072/90, em sete incisos e parágrafo único. São os seguintes:

- I) Homicídio (art. 121), quando praticado em atividade típica de grupo de extermínio, ainda que cometido por um só agente, e homicídio qualificado (art. 121, § 2º, I, II, III, IV e V);
  - II) Latrocínio (art. 157, §3º, *in fine*);
  - III) Extorsão qualificada pela morte (art. 158, § 2º);
  - IV) Extorsão mediante seqüestro e na forma qualificada (art. 159, *caput* e §§ 1º, 2º e 3º);
  - V) Estupro (art. 213 e sua combinação com o art. 223, *caput* e parágrafo único);
  - VI) Atentado violento ao pudor (art. 214 e sua combinação com o art. 223, *caput* e parágrafo único);
  - VII) Epidemia com resultado morte (art. 267, § 1º).
- Parágrafo único. Considera-se também hediondo o crime de genocídio previsto nos arts. 1º, 2º e 3º da Lei n.2.889, de 1º de outubro de 1956, tentado ou consumado.

A inclusão do homicídio entre os crimes hediondos de alguma forma vem ao encontro de algumas posições doutrinárias que não se conformavam com a sua não-inclusão já na versão inicial da lei. Não se justificava a ausência do homicídio qualificado, sobretudo se praticado com certos requintes de hediondez.

Foi excluído do rol dos crimes hediondos o envenenamento de água potável ou de substâncias alimentícia ou medicinal, qualificado pela morte, crime esse previsto no art. 270, combinado com o art. 285 do Código Penal. Em relação a este crime, operou-se a chamada *novatio legis in mellius*, lei nova mais favorável. É que, embora a Lei nº 8.930 não tenha operado a *abolitio criminis* em relação ao

envenenamento, este diploma legal favorece o agente de outra maneira. Deixando de ser hediondo, já não se aplicam ao indiciado, réu ou condenado por este crime os dispositivos da Lei nº 8.072/90, porque mais severos do que os previstos nos diplomas normais do Código Penal, do Código de Processo Penal ou da Lei de Execução Penal. Desta forma a prisão temporária será apenas de cinco dias, prorrogável por mais cinco, e não de trinta; o sentenciado poderá beneficiar-se da progressão de regimes etc.

### **3 ALTERAÇÕES NAS TIPIFICAÇÕES DOS CRIMES HEDIONDOS E ASSEMELHADOS.**

A Lei nº 8.072 que passou a vigorar a partir de 25 de julho de 1990, em sua redação original classificava os crimes considerados hediondos no artigo primeiro, que possuía apenas o caput, onde eram elencados os supra citados delitos:

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.

Além disto, em consonância com a carta magna a redação original da referida lei, em seu artigo segundo "caput", determinou que, além dos crimes hediondos, os

crimes de prática de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, e o terrorismo, se equiparariam aos crimes hediondos nas hipóteses citadas dentre os incisos e parágrafos do mesmo artigo.

Após a ocorrência de um polêmico homicídio qualificado (assassinato da atriz Daniela Perez, filha de Glória Perez), em 1992, a Lei 8.930, que entrou em vigor em 06 de outubro de 1994, veio a revogar o artigo primeiro supramencionado, substituindo-o. Esta nova redação inclui o homicídio qualificado e, por outro lado, exclui o envenenamento de água potável ou de substância alimentícia ou medicinal qualificado pela morte.

Dessa forma, a lei dos crimes hediondos, passou a ser formada por sete incisos, representados por crimes previstos no código penal, que incluíam dentre os hediondos, os delitos tipificados como homicídio, latrocínio, extorsão qualificada pela morte, extorsão mediante seqüestro e na forma qualificada, estupro, atentado violento ao pudor, epidemia com resultado morte. Além disso, a lei incluiu o parágrafo único, que se referiu ao genocídio, crime tipificado em lei esparsa.

#### **4 A DERROGAÇÃO DA LEI Nº 8.072/90 PELA LEI Nº 9.455/97, QUE DISPÕE SOBRE OS CRIMES DE TORTURA**

Muitos anos após a Promulgação da Carta Magna, surgiu a lei, que não é tão drástica como a de nº 8.072/90, esta em evidente e ostensiva desconformidade com a *Lex Fundamentalis* e o sistema penal brasileiro, por vedar a liberdade provisória, impedir a progressão de regimes, aumentar o tempo para a obtenção do livramento condicional, inadmití-lo no caso de reincidência específica e fazer também restrições de natureza processual.

Destarte, com a lei nº 9.455/97, apareceu um tratamento diferenciado entre crimes de tortura e os demais do preceito inserto no art. 5º, XLIII, embora aqueles sejam de maior potencial ofensivo.

Filhas da mesma matriz, as duas leis não podem entrar em conflitos. E em qual delas o legislador errou mais? Naturalmente na primeira, por haver extrapolado o preceito constitucional, produzindo no universo jurídico-penal do País exarcebada crítica, a ponto de ser cognominada *Lei do terror e Lei Hedionda*, tal sua incompatibilidade com o mandamento constitucional e o sistema penal pátrio, que, as duras penas, havia atingido um certo grau de modernidade.

Deste modo, a nova lei impôs uma nova vontade, corrigindo as distorções da lei anterior, obrigando esta a adaptar-se ao preceito maior do inciso XLIII do art. 5º da Constituição Federal.

Nunca se viu tão antinormativa como a famigerada Lei nº 8.072/90, tão violadora da Lei Maior, vulnerando a hierarquia das leis, e o conhecimento normativo não tolera contradições entre duas normas do mesmo sistema.

A lei não provém do céu, como queria a velha Escola Teológica. Nem é interpretada artificialmente pelo arbítrio do homem ou de um grupo. É elaborada segundo a espontânea consciência jurídica de um povo, como produto da psicologia coletiva. A Lei nº 9.455/97 representa, ainda que pouco tímida, a repulsa da consciência jurídico penal unânime do Brasil, reação que não foi lenta, mas de pronto.

Parte da Lei nº 8.072/90 está revogada. É que a Lei nº 9.455/97, definindo os crimes de tortura, seguiu o preceito constitucional do inciso XLIII do art. 5º da Constituição Federal, isto é, inadmitiu a fiança, a graça, e a anistia, firmando um novo princípio, quanto ao cumprimento da pena privativa de liberdade, que apenas

será fechado no regime inicial, e silenciando-se sobre a liberdade provisória, o direito de apelar em liberdade e o livramento condicional, restrições impostas pela Lei nº 8.072/90, que violou o referido preceito.

Existe um *Espírito das Leis*, como disse Montesquieu. Espírito significa princípios, motivos, tendências. O legislador obedece a diretrizes examináveis pela razão. Uma lei não é uma fantasia, porque há de ser relativa a um elemento da realidade moral e social.

A Lei nº 9.455/97 deu tratamento diferenciado do que a Lei nº 8.072/90 deu aos crimes elencados no inciso XLIII do art. 5º da Constituição Federal, criou com ela uma incompatibilidade parcial, substancial e formal, impondo-lhe a derrogação, principalmente porque seu alcance e seu sentido foram buscados em circunstâncias que contribuíram para sua existência, nos moldes em que foi elaborada, buscando um fim firmado numa razão *-ratio júris-*, que é força viva que anima a lei e a acompanha na sua formação.

Esse choque entre as duas leis não pode escapar do prudente critério de discernir do intérprete, pois o espírito da Lei nº 9.455/97 foi o de aniquilar parte da lei anterior, que infringiu a Lei Maior, fundamento da validade das normas a ela inferiores.

O excesso praticado pela Lei nº 8.072/90 era mesmo anulável, o que quer dizer: só era válido até sua anulação. E a Lei nº 9.455/97 o anulou, porque o conhecimento normativo não tolera contradições entre duas normas do mesmo sistema.

O direito positivo é fruto de ação e reação de seus criadores, que representam a vontade social, que amolda as instituições jurídicas. E o legislador aparece como órgão coordenador do pensamento da coletividade, criando o direito,

modificando-o, moderando-o, principalmente porque as contingências sociais criam necessidades, das quais brotam as leis, que podem perder, total ou parcialmente, a sua eficácia. No último caso, deixa na lei anterior as disposições não alcançadas.

Com isso, a nova lei reajustou-se ao mandamento constitucional, elucidou questões controvertidas da lei anterior, sobre a mesma matéria, em respeito ao sistema da legislação penal, fazendo restar à Lei nº 8.072/90 não admitir mais apenas a fiança, a graça e a anistia, uma vez que excluiu a restrição quanto ao indulto, admitiu a progressão de regime de cumprimento da pena, impondo apenas seu início em regime fechado, e o livramento condicional, silenciando-se sobre as demais restrições da lei anterior, deixou claro que fez voltarem a seus leitos da legislação ordinária o livramento condicional, a liberdade provisória, o direito de apelar em liberdade e o prazo da prisão temporária - Lei nº 7.960/89.

E não era mister o legislador revogar, expressamente o excesso da Lei nº 8.072/90, diante da inconciliável oposição parcial entre as duas leis, não há dúvida de que o intérprete tem de harmonizá-las.

Claro que os magistrados, a que se juntam os representantes dos Ministérios Públicos, irão relutar no sentido da prevalência da Lei nº 8.072/90, porque não são sensíveis às mutações das leis e porque fazem parte, também, das classes melhor situadas, econômica e socialmente, que querem domar a violência com o terrorismo das leis penais e processuais penais.

Ao Poder Judiciário não compete revogar a lei. Cabe-lhe, contudo, recusar aplicá-la, porque nula, ineficaz, tudo isso em atenção ao princípio genérico segundo o qual, no choque entre duas leis, prevalece a mais recente, por força do art. 2º, § 1º, da Lei de Introdução ao Código Civil, e ainda porque as leis, conformes no seu fim, devem ser aplicadas e executadas de modo a não produzirem decisões

diferentes sobre crimes que a *Lex Fundamentalis* manda que sejam punidos da mesma forma.

## CAPÍTULO II – CUMPRIMENTO DA PENA

### **1 CUMPRIMENTO DA PENA EM REGIME TOTALMENTE FECHADO E SEU CONFLITO COM OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA E DA HUMANIDADE DE SEU CUMPRIMENTO**

O Inciso XLVI do art. 5º da Constituição Federal reza que “a lei regulará a individualização da pena...”.

O Inciso XLIX do mesmo artigo dispõe que “é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral”.

O direito constante do primeiro inciso é o princípio da individualização da pena, ou seja, da sua graduação conforme a natureza e as circunstâncias da prática do fato ilícito do qual resulta a condenação e das condições personalíssimas do condenado. Ele elenca cinco hipóteses de individualização.

Os regimes previstos no Código Penal e na Lei de Execução Penal não se sustentam na idéia de maior ou menos sacrifício do condenado, mas no seu tratamento, segundo a criminologia clínica, a qual cabe estudar suas modalidades, conforme as diferentes fases da progressão: regime fechado – semi-aberto – aberto – sendo admitido, ainda, o livramento condicional, que é regime em meio livre.

No regime fechado, o empenho dos agentes responsáveis pela inserção do condenado na sociedade é maior. É por isso mesmo que, se ele revela inadaptado a um regime menos severo, volta ao regime anterior pela regressão.

Não se pode, pois, por força disso, admitir que o regime possa ser, do início ao fim da pena – salvo hipótese do livramento condicional -, fechado, principalmente porque, aí, não se pode falar em fases de progressão vertical, nem da horizontal,

quando reincidente o condenado, ainda que ele tenha aderido, *sponte sua*, ao processo de ressocialização.

É inadmissível que o autor de crimes hediondos e assemelhados seja irrecuperável e, como a Lei nº 8.072/90 dispõe em sentido contrário, é ela a manifestação ostensiva de uma ignóbil vingança, pelo que não pode contar com o apoio de qualquer penalista sábio.

Isso, chamou atenção de Lúcio Adolfo (1992, p. 09):

Se, dentre os objetos da pena, destaca-se a recuperação, ressocialização e reabilitação do indivíduo, como se poderá, após o cumprimento em regime fechado de toda a pena, querer que o condenado possa gradualmente, readaptar-se ao convívio social?.

Segundo Alberto Silva Franco, (1994, p. 39): “O § 1º do art. 2º da Lei nº 8.072/90 proíbe o regime progressivo de cumprimento da pena privativa de liberdade. Tal dispositivo legal lesa os princípios constitucionais da individualização da humanidade da pena”.

Para ele, a não progressão de regime no seu cumprimento já é predisposta, não dando ensejo à individualização, o que retira do juiz qualquer atividade concretizadora na sua execução pelo que diz – “é lei inaceitável do ponto de vista constitucional”.

Com o regime absolutamente fechado, a ressocialização do criminoso perde sua *ratio* por desaparecer o tratamento criminológico do condenado, quando se sabe que para cada regime há um tratamento ligado à pena privativa de liberdade.

Segundo Francisco Vani Bemfica (1995, p. 30):

Existe um evidente conflito do § 1º do art. 2º da hedionda Lei nº 8.072/90 com a Constituição Federal, quer no princípio isonômico em sua latitude maior, que no da individualização da pena previsto no inciso XLVI do art. 5º da carta fundamental, com evidente violação da dignidade da pessoa humana, que não pode perder a esperança de cumprir a pena em um regime menos rigoroso, à custa de seus méritos.

O cumprimento da pena no regime aqui tratado fratura a coluna vertebral do direito penal e da Lei de Execução Penal, principalmente em vista de uma de suas finalidades.

Verdade que a criminalidade está crescendo. Mas o problema não se resolverá apenas com o direito penal. A violência da ameaça penal, no que concerne, também, ao cumprimento da pena na Lei nº 8.072/90, é uma ficção. Pelo encarceramento, sem progressão, não se previne o crime. Aí estão as reincidências, principalmente quando longa é a pena, e maior será quando falta ao preso o que toda pessoa almeja: progredir.

Só a capacidade dos governantes tem a prisão violenta como instrumento de reação, porque lhes é mais fácil, quiçá menos dispendioso, e para uma sociedade indefesa, diante dos fenômenos sócio-políticos, qualquer coisa serve, até mesmo a terrível repressão.

Eis, a propósito, a lição de Heleno Fragoso, (1980, p. 42):

Dir-se-á que a criminalidade violenta aumenta e que a humanização das execuções beneficia a criminalidade. Não é essa a conclusão unânime dos estudiosos, todos de acordo em admitir que a prisão favorece a criminalidade, favorecimento que é tanto maior quanto mais forte a pena.

O cumprimento da pena em regime não progressivo -segregação absoluta do condenado - é um retrocesso ao tempo anterior ao sistema penitenciário progressivo ou irlandês.

O livramento condicional, já naquela época, não era um favor ao condenado, mas um direito seu. Reabilitado, não havia mais razão para tê-lo segregado.

Pois bem: o sistema prisional da Lei nº 8.072/90 é uma espécie de sistema celular, criada em 1903, ao tempo de Clément XI, de rigor férreo, configurado o silêncio, no isolamento, passando o condenado a viver como um eremita, quando se sabe que o homem é um animal sociável, logo gregário.

Cumprindo ele a pena em regime totalmente fechado, isso não lhe traz nenhum benefício, nem à sociedade.

Uma pessoa isolada numa sociedade degradante, respirando sempre numa atmosfera tensa e miserável, há de se transformar em um revoltado, um divorciado da sociedade, um candidato a um ou mais crimes no dia da saída do presídio – se sair – ao suicídio ou à alienação.

Mas até aí se encontrava um começo da individualização da pena, que o sistema da Lei nº 8.072/90 contraria frontalmente, porque é fixo no modo de seu cumprimento, não levando em conta o caráter de cada criminoso.

Uma pena indevida e desigual humilha, corrompe e deforma, ainda mais o criminoso. A pena e o modo de sua execução não podem representar um molde único para todos os criminosos, sob pena de se tornarem irracionais.

A individualização pode ser penal, judiciária e administrativa, esta na execução da pena. A primeira, só, é insuficiente, porque não opera em cada caso em espécie, mas em generalidade; a segunda é que o juiz estuda a personalidade do criminoso, busca a causa do crime, seus antecedentes sociais, hereditários e judiciários, sua moralidade, temeridade e outros fatores que a clínica judiciária e a antropologia criminal revela, para que se possa indicar o regime a que tem direito o condenado; já a individualização na execução da pena, que é mais importante, é a aplicada pelo sistema penitenciário, ao qual incumbe observar a conduta do condenado, sua aplicação ao trabalho, seu progresso, obediência às ordens administrativas e outras condições.

É aí que se pode aferir se o condenado é ou não corrigível e onde a pena encontra sua complementação.

Se não há mais razão para tê-lo fechado, para que detê-lo e exorbitar o fim da pena?

Não há dúvida de que o Código Penal de 1940 aderiu ao sistema progressivo e que a parte geral do Código vigente o fez com maior desenvoltura, passando a ser violentamente agredido pela Lei nº 8.072/90, que não pode ter sua origem creditada à Lei nº 7.209/84, como, contrariamente, entende Valdir Sznick, que a chama de *lei abre prisões*.

## **2 A PRISÃO TEMPORÁRIA – LEIS Nº 7.960/89 E 8.072/90, ART. 2º, § 3º**

O inciso LXIII do art. 5º da Constituição Federal abriu caminho para as Leis penais violentas, em face do alarme provocado pelo aumento da criminalidade.

Daí surgiu a Lei nº 7.960/89, praticamente com as mesmas cores da famigerada prisão para averiguações, então comum no Brasil.

Objetivou ela a coleta de elementos para indiciamento mais rápido de autores de fatos criminosos mais graves: prende-se o suspeito para que contra ele se faça a prova.

Paulo Lúcio Nogueira (1995, p. 18), manifestando-se sobre ela, informa:

Se a sociedade precisa de meios defensivos – o que não se discute – há necessidade de que sejam criados meios eficazes para combater a criminalidade, que não seja simplesmente a prisão, que, dada sua ociosidade e promiscuidade, só deseduca e revolta o criminoso.

Weber Martins Batista afirma que a prisão provisória não é vantajosa nem para a justiça nem para o detido.

Insatisfeita, a mesma fonte foi inspiradora e criadora da Lei nº 1.760/89, que fez vir à escuridão a Lei nº 8.072/90, nesta inseriu o § 3º no seu art. 2º, ampliando a prisão temporária, prevista na Lei nº 7.960/89, para 30 dias, prorrogáveis por igual

prazo, "em caso de extrema e comprovada necessidade", o que ainda é mais revelador de que a Lei 8.072/90 representa um sistema de força contra as conquistas feitas pela legislação penal e processual penal ao longo do tempo.

Não só isso: Alberto Silva Franco vale-se do posicionamento da juíza Maria Lúcia Karan, para quem "o intuito da prisão temporária já veio contaminado por um vício original, pois criado através da Medida Provisória baixada pelo Presidente da República que converteu na Lei nº 7.960/89, de manifesta inconstitucionalidade".

Também, para ele, sendo ela um instrumento de coerção pessoal a atingir o direito de liberdade, a prisão provisória só poderia ser objeto da lei em sentido estrito, como ato normativo do Poder Legislativo.

A prisão provisória é um perigo e todo perigo deve ser evitado, principalmente porque do perigo não pode resultar qualquer bem.

Saliente-se que, contrariando o art. 3º da referida lei, os presos temporários, de regra, têm permanecido com os demais detentos, quando devem ficar separados. Se não há lugar para separação, entende-se – e isso contraria quase todos os juristas – que deve o detido permanecer fora de qualquer lugar fechado, ou, até, em seu domicílio, por ser essa solução mais favorável a ele, nos estritos limites dos arts. 4º e 5º da Lei de Introdução do Código Civil.

### **3 O APELO EM LIBERDADE EM FACE DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA INOCÊNCIA, DO ART. 594 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL, DO ART. 35 DA LEI Nº 6.368/76 E DO § 2º DO ART. 2º DA LEI Nº 8.072/90.**

O inciso LVII do art. 5º da Constituição Federal dispõe que "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Isso, em suma, significa que durante a subsistência de acesso às vias judiciárias, através de recursos para reforma de sentença condenatória, o indivíduo não poderá ser por outros, considerado infrator da norma penal.

O art. 594 do Código de Processo Penal diz que “o réu não poderá apelar sem recolher-se à prisão, ou prestar fiança, salvo se primário e de bons antecedentes, assim reconhecido na sentença condenatória, ou condenado por crime de que se livre solto”.

O § 2º do art. 2º da Lei nº 8.072/90 informa que, “em caso de sentença condenatória, o juiz decidirá fundamentadamente se o réu poderá apelar em liberdade”.

Apresenta-se, aí, um bom número de disposições legais que tem produzido questionamentos na doutrina e na jurisprudência.

No que concerne ao princípio constitucional da inocência, alguns doutrinadores têm entendido que ele tem sido trombado por leis ordinárias, admitindo prisão sem sentença transitada em julgado.

Outros, ao contrário, acham que não há incompatibilidade entre os princípios consagrados nos incisos LVII e LXVI, do art. 5º da Carta Magna, e os referidos dispositivos.

Parece que tudo estar a indicar que a *constituição Cidadã* pretendeu mesmo dar esse sentido elástico à ampla defesa e à liberdade individual, até transitado em julgado da sentença condenatória, pois ela é de 1988, época em que, no Brasil, era moda demonstrar enorme preocupação com os direitos individuais, notadamente de liberdade.

Isso, naturalmente, entrou em conflito com o aumento da criminalidade violenta no país, principalmente a relativa aos crimes de seqüestro, que puseram em

pânico, principalmente, as classes mais favorecidas, econômica, política e socialmente.

Daí, também, entender Alberto Silva Franco, (1994, p.45):

Que a inauguração em nossa Carta Magna do referido princípio acarreta a necessidade de uma reinterpretação das normas legais precedentes à data da entrada em vigência da nova Constituição, sob o fundamento de que o princípio da presunção de inocência não passa de uma norma constitucional raramente pragmática, de nenhum alcance, sem efeitos concretos, para continuar afirmando que tal postura ideológica revela uma evidente unilateralidade no exame de relação tensional entre a tutela e a proteção dos direitos e liberdade dos acusados, de um lado, e a tutela e proteção do interesse estatal na perseguição e punição dos criminosos, de outro: o peso dos órgãos oficiais de controle social deve sobrepor-se às garantias pessoais no processo penal.

A Lei nº 8.072/90 é um instrumento normativo prenhe de imperfeições, feita às carreiras, rica de incoerências e de defeitos técnicos e ilegalidades ostensivas, atentatórias à Constituição Federal, o Supremo Tribunal Federal e o Tribunal Superior de Justiça se opõem a isso, entendendo válidas as disposições que admitem as restrições da apelação em liberdade, rompendo inteiramente com os princípios consagrados pela Carta Magna, o que se retrata na Súmula nº 9, do último.

É da referida Súmula que “a exigência de prisão provisória, para apelar, não ofende a garantia constitucional da presunção de inocência”.

Com isso, qualquer discussão a respeito da questão, na prática, já não tem sentido. Mas suas decisões, bem como as do Supremo Tribunal Federal, são no sentido de que, de conformidade com a Constituição em vigor, cabe ao juiz sempre demonstrar, de modo circunstanciado, que a prisão de alguém é necessária e que, em princípio, não importa a gravidade do crime. Exige-se que se demonstre que a custódia do indiciado, ou acusado, se faz necessária.

A Lei nº 8.072/90 suavizou, em seu art. 2º, a exigência do recolhimento do sentenciado, admitindo também o apelo em liberdade, mediante justificação da sentença.

Por aí se vê que a regra geral é o sentenciado recorrer em liberdade; seu recolhimento, a exceção.

O juiz há de, fundamentadamente, revelar as razões do recolhimento para apelar.

A *quaestio* relacionada com o art. 594 do Código de Processo Penal, no que pertine à proibição de o agente apelar em liberdade, se reincidente, respondendo solto ao processo, já está sendo dirimida por quase todos os Tribunais, para os quais o réu só não poderá apelar solto quando presentes os requisitos para a prisão preventiva. /

Disso se infere que a exigência de recolhimento ao presídio do agente reincidente é um constrangimento inadmissível pelo sistema processual penal vigente, que não pode ser praticado pelo juiz, e, se praticado, deve ser corrigido através de *habeas corpus*.

Anote-se que até a horrenda Lei nº 8.072/90, que dispõe sobre os crimes hediondos e assemelhados, no seu art. 2º § 2º, admite o apelo em liberdade.

Questão estarrecedora é a relacionada a não possibilidade de o sentenciado recorrer solto, se preso estiver por ocasião da sentença condenatória, em face do § 2º do art. 2º da Lei nº 8.072/90, que não se destina a revogar prisão fundada em outras causas não identificáveis com a simples exigência para apelar, com a sua prisão em flagrante delito ou a decorrente da prisão preventiva, ainda que seja ele primário e de bons antecedentes.

Uma decisão não apenas deve ter brilho, que envaidece o espírito de seu prolator, mas, sobretudo, deve buscar a justiça que consola o seu coração, quando lida com um dos maiores bens da criatura humana: a liberdade.

Tem de compreender que o réu não é apenas um nome, mas uma pessoa que, como ele, também vive, anseia, palpita, ri e chora.

A Constituição Federal – art. 5º, XLIII – não conferiu ao legislador ordinário o poder de proibir a liberdade provisória prevista no parágrafo único do art. 310 do Código de Processo Penal, mas, apenas, a fiança, que não se confunde com ela, como também, faz com relação à prática do racismo, no seu inciso XLII.

A Lei nº 8.072/90, tornando os crimes por ela regidos insuscetíveis de liberdade provisória, extrapolou a Carta Magna, violentando o *status libertatis* da pessoa em favor do *status detentionis*, atropelando o instituto de conotação processual penal, que é a liberdade provisória.

Destarte, a liberdade provisória, por ser um direito fundamental constitucional, não pode ser contrariada por qualquer lei, só podendo ser inadmitida pelo juiz ou tribunal, conforme o caso concreto, segundo as regras indicadas em Lei, tal como hoje reguladas pelo Código de Processo Penal.

Como, então, resolveu o juiz a *quaestio*? Naturalmente optando pela justiça em desfavor da Lei nº 8.072/90, extremamente polêmica, sem nenhum jurista de renome que a defina, *in totum*.

Os juízes, em questões penais, precisam partir para decisões corajosas, numa tendência de transformação de mentalidades, não porque devam julgar contra a lei ou de acordo com critérios pessoais de justiça, mas de interpretação da lei à luz da Constituição e dos princípios gerais de direito, porquanto a palavra direito não é sinônima da palavra lei.

Uma lei injusta não pode ser cegamente seguida. Há meios para amansá-la, sem que haja ditadura do poder judiciário e perigo de insegurança.

#### **4 A REINCIDÊNCIA ESPECÍFICA COMO CAUSA IMPEDITIVA DO LIVRAMENTO CONDICIONAL NA LEI Nº 8.072/90**

Já vai longe o tempo em que os criminólogos discutiam sobre a reincidência genérica e específica sem que chegassem a um consenso sobre qual delas era mais perigosa: se a decorrente da prática de qualquer crime anterior; se, da mesma forma, da prática de crime previsto no mesmo tipo. Daí tratar o Código Penal, simplesmente, da reincidência, no seu art. 61, I.

A lei supra ressuscitou um cadáver sepultado pelo ordenamento penal, que, na doutrina e na jurisprudência, será, doravante – e já sendo – objeto de controvérsias, pois não faltará alguém que entenda que o reincidente específico, *in casu*, seja considerado o agente que pratique crime quando já condenado definitivamente por qualquer dos crimes hediondos ou assemelhados.

Segundo Antonio Lopes Monteiro, (1995, p. 55):

Reincidente específico, para efeito da lei, é o sujeito que comete crime hediondo, terrorismo, de drogas ou tortura depois de transitar em julgado sentença que, no País ou no estrangeiro, o tenha condenado por um desses mesmos crimes. E dentro do elenco pode haver diversificação: o primeiro delito pode ser tortura; o segundo, terrorismo.

Com o respeito que se deve ao talentoso autor, tecnicamente não se aceita que a reincidência específica seja admitida quando o crime praticado não seja do mesmo tipo do anterior.

Segundo Alberto Silva Franco, (1994, p. 56) diz que: “A reincidência que deve ser levada em conta tem características próprias, exclusivas: tem sua especificidade.

E tal especificidade reside, exatamente, na comunicabilidade dos dados de composição típica dos dois delitos”.

Destarte, voltando o legislador, de modo impróprio, a considerar uma reincidência específica, outra hipótese não há que não seja ter como genérica a reincidência quando o agente for, anteriormente, condenado por crime não da mesma espécie.

Diga-se, também, que a reincidência prevista no art. 61, I, do Código Penal não é científica, porque o estado perigoso do agente não pode ser considerado em abstrato, presumidamente, mas segundo os fatos reveladores de seu caráter, que pode ser mais perigoso ou menos perigoso, perigoso ou não perigoso, o que exige imperiosa necessidade de estudar sua caída no crime, como resultante de sua tendência ou hábito, ou de circunstâncias alheias a isso.

Na verdade, para se aferir à reincidência, é mister buscar as causas que originaram o segundo crime, a fim de que nelas se encontrem ou não o grau de perversidade do agente.

Proibir o livramento condicional é uma heresia jurídica no campo da execução da pena, e a submissão do condenado ao exame criminológico revelará se ele tem ou não o requisito subjetivo para a progressão, tanto vertical, para obtê-lo, quanto horizontal, para efeito de progressão de regime.

Mantê-lo preso, se não constitui perigo para a sociedade, não é razoável. É princípio de nossa legislação penal que o réu reincidente em crime doloso deve começar a cumprir a pena privativa de liberdade em regime fechado, independentemente da sanção infligida.

Diga-se que não se estudam os homens considerados em geral, mas o caráter de cada um. Não se condena com mais violência pelo passado, porque a

pena é uma projeção para o futuro, e a simples relação de causalidade entre o fato e seu autor, anteriormente condenado, não pode, cientificamente, tê-lo como perigoso. Exige-se investigação consistente no exame de sua personalidade, sem que se descuidem dos fatores exógenos, outros elementos geradores da delinquência, e medidas para contê-lo.

A reincidência, com suas terríveis conseqüências para o condenado, é um entulho da *presumptio iuris et de iure* da periculosidade, configurada, agora, de modo mais danoso, pela Lei nº 8.072/90.

Cumprimento de pena severa em regime totalmente fechado é o mesmo que pena perpétua, vedada pela Constituição Federal.

Uma disposição penal que inadmite o livramento não é apenas retrógrada: é degenerada, mormente porque pode ser aplicada contra santos e bandidos, jogando perigosos e não perigosos num mesmo caldo de cultura da microbiogenia dos presídios em que eventuais predisposições para o crime se explodem, com nítidos prejuízos ao condenado, à sua família e à sociedade.

Ao juiz cabe domar a lei e não apenas conhecer o roteiro do Código Penal, que é o dicionário dos crimes e o consignatário das penas. Tem de se precaver, porque no País o delinqüente terá seu diploma de especialista em crimes nas cadeias, escolas que os estados mantêm, portas pelas quais entram como seres humanos e saem como bichos, porque não é possível ao condenado prover-se das aptidões necessárias ao convívio social, impondo-se-lhe um isolamento antinatural que supõe, necessariamente, perda de suas atividades normais e da companhia de seus familiares e amigos.

A negação do livramento condicional ao condenado, quando satisfaz os requisitos da lei, é o ápice da repressão representada pela Lei nº 8.072/90, e, se a

repressão prevenisse a incidência e a reincidência, as sementes da criminalidade teriam sido perdidas para com o primitivismo e o absolutismo.

## CAPÍTULO III – A VIOLÊNCIA DA LEI Nº 8.072/90 CONTRA A VIOLÊNCIA CRIMINAL

### 1 A INEFICÁCIA DA LEI 8.072/90.

A Lei 8.072/90, lei dos crimes hediondos é uma lei que regula os crimes praticados de forma repugnante, sórdido, asqueroso.

A criminalidade e a violência no Brasil, que cresce vertiginosamente, faz com que as pessoas procurem defender-se de qualquer modo seja armando-se, seja recolhendo-se as suas residências, rompendo com o direito de locomoção. Esse fenômeno alarma a sociedade, porque a violência se torna um fato corriqueiro.

Segundo Thaís Vani Bemfica (1988, P.9):

A sociedade não pode esperar que toda criminalidade desapareça um dia. Também não há de se investigar se ela é um fenômeno patológico. Ela aparece como um fenômeno normal, mas seu aumento é um sintoma de mal-estar social. A própria sociologia criminal ainda não está certa acerca de suas causas verdadeiras porquanto as investigações metodológicas não estão em evolução, e os dados do problema são muito complexos.

Todavia, não resta dúvida de que a criminalidade tem dupla origem: uma no indivíduo; outra no meio, que é a própria sociedade, que deve ser, defendida contra as oposições individuais ou agrupadas, porém sem que a defesa social vá além do necessário. Não pode ela se limitar apenas à aplicação da pena aos criminosos. Indivíduo e meio são os dois fatores etiológicos da criminalidade, pelo que não basta reprimi-la, mas prevê-la e demovê-la.

Segundo Vani Bemfica (1998, p.12):

não se contesta que a sociedade tem o direito de punir o criminoso. É inútil discutir semelhante questão. Não pode ela ficar indiferente aos que perturbam a ordem estabelecida, e a experiência informa que o medo é um começo de prudência.

É portanto, justificado que todos os países tenham um sistema penal como fenômeno natural, que a sociologia aceita e compreende.

Segundo Monteiro (1997, p.150), "não é o rotular de hediondo, certo tipo de delito, cominando-lhe penas mais severas, que irá diminuir a criminalidade".

Querer que apenas um texto legal resolvesse tão crucial problema é ignorar ser ele gerado por causas mais profundas que a simples falta de uma lei mais severa.

A Lei nº 8.072/90, que não foi submetida à livre manifestação do povo, através de seus representantes, começa a ser danosa também, por ser resultado de um conflito de ideologias. Se os políticos da direita, hoje denominação imprópria, nela conseguiram inserir a punição rigorosa do terrorismo, os da esquerda pretenderam livrar-se de eventuais torturas, o que não passou despercebido pelo desembargador Marcelo Flores Barbosa, ao interrogar: "Por que a lei dos crimes hediondos não coibiu a violência?".

Daí a convergência da má qualidade da lei com a má qualidade de seus feitores, que criaram um monstro híbrido

Não se deve esquecer, que, pretender-se combater a criminalidade contemporânea com a edição de leis novas severas equívale a desconsiderar ou a desconhecer o estágio atual das investigações criminológicas, segundo as quais o fenômeno do crime é feito de muitas causas, pelo que não se deixa vencer por armas exclusivamente jurídico-penais.

A luta contra o crime não é tarefa apenas do direito penal. Há muitos anos também sobre isso opinou o príncipe dos penalistas brasileiros, Aníbal Bruno.

Por isso, todos os países têm um sistema penal como fenômeno natural, que a sociologia aceita e compreende.

A vida social há de se adaptar à aplicação de sanções penais, quando as regras forem violadas. A pena, como medida de defesa coletiva, é universal. Funciona como fator inibitivo da vontade criminosa. Assim, é inútil, porque também "atua na determinação do ato criminoso, que tende a impedir a vontade como um peso material faz pender o prato de uma balança".

Nada valem as reformas penais com penas mais agressivas, porque a crise só poderá ser contida com a aplicação de remédios diferentes, como a melhoria das estruturas sociais, dos órgãos de controle social, a que se juntam outros fatores relacionados com a sociologia do crime, aspectos psiquiátricos e psicológicos do criminoso, exame e avaliação do sistema penal, estrutura de organização da polícia, sociologia dos estabelecimentos prisionais, prevenção da criminalidade, aperfeiçoamento do juiz, mormente na aplicação da pena, e sua execução, e leis elaboradas cientificamente.

Concomitantemente, há de se apreciar o papel da lei penal e da pena sob a ação das idéias modernas, não se procurando apenas punir, mais corrigir o delinqüente, fazer dele um membro útil do corpo social e reduzi-lo à média normal.

A sociedade, ao reagir contra a infração, deve dirigir seus esforços para uma reação justa, equilibrada com o fato, na proporção do prejuízo e em harmonia com a natureza do criminoso.

A Lei nº 8.072/90 conflita com tudo isso. É um retrocesso penal e não podia ser de outra forma, por ser oriunda de legisladores incompetentes, sem a participação de qualquer jurista.

Tiveram eles apenas a errônea concepção de que o fator psicológico da violência de seus resultados fosse causa energética de inibição de seus eventuais infratores.

Entenderam que inibir, pelo medo apenas, é função da pena; causar sofrimento, pela sua execução, a sua destinação, em nome de uma justiça transcendente, que se satisfaz apenas com isso, inobstante ser certo que a população carcerária do Brasil é mais sujeita aos vícios do que às virtudes e que aqueles são causas criminógenas.

Daí o grande percentual de reincidência, que constitui causa poderosa para o aumento da criminalidade mais violenta.

Aquilo que se ganhou de conquista no direito penal, ao longo do tempo, perdeu-se nos últimos anos com a malsinada lei.

Os anos têm passado sem que o direito penal tenha conseguido extinguir o castigo da pena privativa de liberdade, embora tenha ela alcançado muitas utilidades, como a prevenção geral e especial, esta levando em consideração a pessoa do delinqüente e lhe criando estímulos para que não cometa mais crimes e tenha uma conduta compatível com a vida em sociedade.

Romeu Falcon, versando sobre as Escolas Penais e sobre correntes de pensadores mais avançados, entre eles Marc Ancel, afirma: "para esses juristas, o crime e a criminalidade devem ser enfocados desde o **HOMEM REAL**, vivo e efetivo. Não esse homem abstrato, apenas representado como sujeito ativo do crime, como pretendem alguns estudiosos".

Nunca deixará de existir a pena. Ela, também, sempre representará ao criminoso a perda de algum bem, como acentua Eliseu F. Mota Júnior, "uma sociedade depravada certamente precisa de leis severas, ainda que, por enquanto, sejam destinadas a punir o mal depois de feito".

Todavia, severidade não se confunde com violência, nem com os meios ineficazes para a defesa social, representados por leis retrógradas e por um sistema penitenciário perverso.

O neodefensismo social, sugerido por Marc Ancel, é aceito pela ONU, que busca a proteção social sem descuidar da recuperação do criminoso, revela que a Lei nº 8.072/90 é uma aberração jurídica, que contraria todas as doutrinas e escolas, estando a exigir sua revogação imediata, para dar lugar a um diploma legal cientificamente elaborado, que não entre em conflito com a evolução do direito penal, produto de alta indagação cultural, que inadmite a sanção como o meio de vingança contra o mal do crime ou instrumento que vise, apenas, o objetivo simplesmente pragmático.

O conteúdo da Lei 8.072/90 não tem qualquer caráter de prevenção especial, que é uma das finalidades da pena. É instrumento puramente compensatório, sem qualquer substrato ético. Seu mal só traz ao condenado a desesperança de qualquer bem haurido no cumprimento da pena, quando nenhum penalista sábio ignora que uma de suas finalidades é o seu reajuste aos padrões reclamados pela sociedade.

Daí por que a legislação penal moderna há de atentar-se para a finalidade da pena, procurando dar viabilidade à ressocialização do condenado.

Nesse caminho se encontra a legislação penal brasileira, até que os feitores da Lei nº 8.072/90, revelando desconhecimento total dos meios de defesa social, não encontraram outro caminho, senão a sua violência, o que não poderá ser corrigido por modificações, dada a sua imprestabilidade total.

Se a luta ou reação social contra o crime é uma imposição, que ninguém nega, da conservação e sobrevivência da sociedade, esta, para melhor, se defender,

tem de auxiliar o criminoso alcançar um nível subjetivamente superior de moral para que se adapte a ela e não destituí-lo.

Segundo Ubirajara Rocha (1968, p.35) Afirma:

A lei penal deve ter por mira, não propriamente punir o mal, mas secar-lhe a fonte; não infringir castigo ao criminoso, mas regenera-lhe, reeducá-lo. A justiça é a razão unida ao sentimento; a bondade é a terapêutica das deformidades de caráter: tal é a lição da consciência, tal é o que nos ensina a experiência moral.

De sua observação, *permissa venia*, vê-se que a lei não alcançou a finalidade que propôs, porquanto aí estão os seqüestros, em maior números, agora não só nas duas capitais, porém em quase todas as grandes cidades, chegando às pequenas. Admitindo, expressamente, que é ela severa e excessiva, dá como sua origem a Lei nº 7.209/84, a que denomina Lei abre prisões, afirmando, ainda, que existe a violência “simplesmente por dois motivos: de um lado, a falta de impunidade, o crime grassando livremente, e, de outro, certo desinteresse em punir determinadas infrações”.

Em grande parte, não é a impunidade causa de incentivo a conduta criminosa, mas a punição injusta, o cumprimento da pena requintado de sofrimentos.

Na verdade, onde não há o resultado morte ou, até, lesão corporal de natureza grave, não pode encontrar-se a hediondez, sendo certo, também, que esse resultado, só por si, não significa hediondez.

No que concerne aos crimes assemelhados, é certo que, com sua alta potencialidade ofensiva, o crime de tráfico de drogas, sem dúvida, é grave. O narcotráfico está sendo muito nocivo, principalmente a juventude.

E não será com leis penais violentas que se combaterá o mal. Eis, a propósito, a observação do saudoso jurista mineiro Serrano Neves (1980, p.13), “Há medidas (de defesa social) que, a curto prazo, podem (e devem) ser tomadas, já e

já, pelo Governo, como remédio que são, ou como vacinas, contra a violência, e, portanto, contra o crime”.

As medidas a que se refere são as pré-delituais, chamadas de segurança ou de defesa social, ou seja, o antes é mais importante do que o depois, segundo ele, como apoio de grandes doutrinadores e *sob respeitáveis bandeiras*.

Melhor seria usar a denominação de *crimes de alto potencial ofensivo*.

## 2 A SEVERIDADE DAS PENAS

Da criminalidade a que se refere a Lei nº 8.072/90 derivaram corolários, entre eles, as penas mais severas como instrumento ameaçador a onda criminoso, representando terror contra terror. Essa brutalidade está, inclusive, no seu hibridismo, quando excursiona em áreas do direito processual penal e da Lei de Execução Penal, no primeiro caso – admitindo que o réu possa apelar em liberdade ou não -, art. 2º, elevando os prazos previstos na Lei nº 6.368/76 em dobro; admitindo a prisão temporária por 30 dias, prorrogável por igual tempo, vedando a liberdade provisória com fiança, ou sem ela; no segundo caso, proibindo a anistia, a graça e o indulto e determinando que seja a pena cumprida em regime fechado; que o livramento condicional só possa ser concedido após o cumprimento de mais de dois terços da pena e não o admitindo quando reincidente específico criminoso.

Vê-se que a pena menos grave imposta pela Lei nº 8.072/90 é, no tocante aos crimes hediondos, no mínimo, de seis anos de reclusão, evidentemente muito alta, principalmente levando em conta que em alguns crimes tratados por ela existem diferenças de condutas criminosas, algumas delas menos graves, como, por

exemplo, a prática de um beijo lascivo em uma pessoa com idade não superior a 14 anos ou o fato de uma pessoa dessa idade masturbar um homem.

Certo é que a tendência dominante da legislação penal no tocante à pena, é no sentido contrário à Lei nº 8.072/90: a da redução do grau máximo da pena privativa de liberdade para 15 anos, porque, fora disso, é ela a destruição moral do preso e não tem eficácia ressocializadora, como, aliás, acentuou o jurista português Eduardo Correia (1992, p. 25), "O homem e o pecador são coisas distintas. Dar morte ao culpado, para castigar o pecado, é perder o homem".

A pena, conforme dispõe a Lei nº 8.072/90, pela sua gravidade, em muitos casos, representa a morte lenta do condenado, mormente se for ele reincidente específico, que inadmite o livramento condicional. A violência da lei faz parelha a violência geral que campeia no Brasil, com reflexos até na mente de muitos magistrados.

Anote-se que, conforme noticia o jornal *Estado de Minas* de 30 de agosto de 1995, o juiz da vara criminal de Belo Horizonte, julgando um autor por crime de estupro, proclamou a necessidade de adoção da pena de castração, bem como das penas de morte e de prisão perpétua, "como forma de diminuir a criminalidade que a legislação ainda não conseguiu coibir".

Conduta como essa revela que vai indo muito mal no País a Justiça Criminal, representada por alguns magistrados e representantes do Ministério Público despreparados e com sentimentos atávicos.

Muito ao contrário do legislador que trouxe, não a lume, mas às trevas, a Lei nº 8.072/90, a legislação penal e processual penal de países mais desenvolvidos não é no sentido de maior severidade da pena, porém de alargamento no que toca aos crimes de menor potencialidade ofensiva do uso da pena alternativa à prisão.

No Japão, 90% das penas aplicadas são de multa; na Alemanha e Suécia, 80%; em Portugal, mesmo sob a égide do Código Penal de 1982, revogado pelo Código que entrou em vigor em 1º de outubro de 1995, 50%.

Nenhuma lei pode ter como fim, apenas, a celeridade da justiça criminal e a racionalização do Ministério Público, mas, sobretudo, a conveniência ou não do encarceramento. Encarcerar sem necessidade é um crime contra a humanidade.

### **3 INAFIANÇABILIDADE, INADMISSIBILIDADE DE LIBERDADE PROVISÓRIA E PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA INOCÊNCIA**

O inciso XLIII do art. 5º da Constituição Federal faz menção apenas à inafiançabilidade dos crimes que elenca. Não se refere à liberdade provisória. Seria de melhor técnica que mencionasse a última, que envolve a fiança e não vice-versa.

A Lei nº 8.072/90, ao contrário, dispõe sobre as duas modalidades de liberdade provisória em seu artigo 2º, II.

Segundo Alberto Silva Franco, (1994, p, 27):

No que pertine à admissão da fiança, entende ociosa a proibição, por considerar que quase a totalidade dos crimes previstos nos arts. 1º e 2º da lei possui pena mínima superior a dois anos de reclusão ou são crimes que se cometem mediante violência ou grave ameaça, logo já vedada, consoante art. 323, I e V, do Código de Processo Penal.

O inciso LXVI da Carta Magna dispõe que ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisoriamente, com fiança ou sem ela.

Em face de um aparente conflito entre a norma constitucional e a Lei nº 8.072/90, acirraram discussões doutrinária, sendo as mais expressivas as dos juristas Alberto Silva Franco e Francisco de Assis Toledo.

Para o primeiro, “a postura do legislador ordinário não pode, contudo, merecer apoio, por constituir explícita violação de normas constitucionais”. Informa o jurista que o legislador não pode dispor do conteúdo de um direito fundamental. Para o segundo, o legislador ordinário pode ampliar ou restringir esse direito sem violar a *lex fundamentalis*.

Um acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo – 6ª Câmara Criminal – informa que, “quando for discutível ou duvidosa a capitulação do crime constante da denúncia, não estará o juiz ou tribunal impedido de deferir a liberdade provisória em face do delito mas ajustado ao caso concreto, para evitar injustiça flagrante”. (RT, 671/ 323-329).

Na verdade, a Suprema Corte decidiu pela constitucionalidade da não – admissão da liberdade provisória, politicamente, para não enfraquecer a Lei nº 8.072/90, pois, afinal, o inciso XLIII considera os crimes nele elencados apenas inafiançáveis, e fiança, tecnicamente, não é o mesmo que liberdade provisória, embora esta, ao contrário, possa envolver aquela.

Certo Arruda Campos, (1959, p. 35) quando afirma que:

O direito ainda é uma cristalização de força, suas regras não são como as da física, que permanecem constantes e não admitem progressos nem recuos. Diante delas, as leis dos indivíduos são garatujas hesitantes, grotescas e freqüentemente até anti-sociais.

#### **4 IMPOSSIBILIDADE DE PROGRESSÃO DE REGIME E SUA CONSTITUCIONALIDADE**

Realizada uma prévia identificação com relação a quais são os crimes hediondos e assemelhados, cumpre-nos explicar a impossibilidade da progressão do regime na execução da pena privativa de liberdade, imposta aos mesmos.

O art. 2º da Lei em análise, após, em seu caput, determinar quais os crimes equiparados aos hediondos, em seu § 1º determina que: “a pena por crime previsto neste artigo **será cumprida integralmente em regime fechado**”.

Na língua portuguesa o vocábulo integral, significa total, inteiro, global. Diante disso, a frase acima em destaque, já em seu sentido jurídico tem o significado de que a pena, em toda a sua execução, será cumprida em um só regime, o regime fechado.

Considerando que a progressão de regime é uma das formas de individualização da pena privativa de liberdade em sua fase executória, e que esta individualização é garantida pela Constituição Federal, em princípio, a Lei de crimes hediondos, ao vedar a progressão de regimes seria materialmente inconstitucional, embora tal aspecto, no plano formal já tenha sido amplamente debatido pelos Tribunais.

Com relação ao assunto, existem duas correntes, que oscilam em torno da constitucionalidade ou não deste inciso. Ambas se formam a nível jurisprudencial e doutrinário.

A primeira corrente, defende a constitucionalidade do referido parágrafo. Esta representa a uniformidade de julgamentos do STJ e do STF.

O STJ, em sua jurisprudência dominante, considera que:

A Lei dos crimes hediondos – Lei 8.072/90 – ao estabelecer em seu art. 2º, § 1º, que os delitos nela arrolados devem ser punidos sob o rigor do regime fechado integral, embora dissonante do sistema preconizado no CP – arts. 33/36 – e da Lei de Execuções Penais que preconizam a execução da pena privativa de liberdade de forma progressiva, não afronta o texto constitucional, pois a Carta Magna conferiu ao legislador ordinário, competência para dispor sobre a individualização da pena (art. 5º, XLVI), situando-se aquele diploma legal na linha filosófica do estatuto maior, que estabeleceu princípios rigorosos no trato dos crimes hediondos (art. 5º, XLIII).

O Supremo Tribunal Federal, de acordo com a base jurisprudencial uniforme, entende que à Lei ordinária compete fixar os parâmetros dentro dos quais o julgador poderá efetivar ou a concreção ou a individualização da pena. Se o legislador ordinário, segundo este tribunal, dispôs, no uso da prerrogativa, que lhe foi deferida pela norma constitucional, que nos crimes hediondos o cumprimento da pena será no regime fechado, significa que não quis ele deixar, em relação aos crimes dessa natureza, qualquer discricionariedade ao juiz na fixação do regime prisional, entendendo ser constitucional o referido ordenamento.

Júlio Fabrini Mirabete defende a constitucionalidade do dispositivo, através do seguinte argumento:

Conforme pacifica a jurisprudência, não há qualquer inconstitucionalidade derivada de infringência ao princípio de individualização da pena previsto no art. 5º, XLVI, da Carta Magna, uma vez que cabe à lei determinar as regras para a citada individualização.

Por outro lado, há uma segunda corrente que defende que a impossibilidade de progressão de regime é inconstitucional.

Eugênio Raúl Zaffaroni e José Henrique Piarangeli, ao examinarem o artigo segundo, parágrafo primeiro, da lei, observam ser sua constitucionalidade, no mínimo, duvidosa.

Marcos Aurélio Mendes de Faria Mello, Ministro Presidente do Supremo Tribunal Federal, é um dos partidários da inconstitucionalidade do dispositivo que veda a progressão de regime na lei de crimes hediondos:

Destarte, tenho como inconstitucional o preceito do § 1º do art. 2º da lei 8.072/90, no que dispõe que a pena imposta pela prática de qualquer dos crimes nela mencionados será cumprida, integralmente, no regime fechado. Com isto, concedo parcialmente a ordem, não para ensejar ao paciente qualquer dos regimes mais favoráveis, mas para reconhecer-lhe, porque cidadão e acima de tudo pessoa humana, os benefícios do instituto geral que é o da progressão do regime de cumprimento da pena, providenciando o Estado os exames cabíveis.

Da mesma forma, o ex-ministro do Superior Tribunal de Justiça, atualmente aposentado, Luiz Vicente Cernicchiaro, também, enquanto em atividade, demonstrou-se favorável à referida inconstitucionalidade, porém, também com inúmeros votos vencidos:

A Constituição da República consagra o princípio da individualização da pena, compreende três fases: cominação, aplicação e execução. Individualizar é ajustar a pena cominada, considerando os dados objetivos e subjetivos da infração penal, num momento da aplicação e da execução. Impossível, por isso, legislação ordinária impor (desconsiderando os dados objetivos e subjetivos) regime único inflexível, e ainda individualização de pena significa ensejar ao juiz definir a qualidade e quantidade da pena, nos limites da cominação legal. Imperativo de justiça e de boa aplicação da sanção penal. Inconstitucional, por isso, lei ordinária impor, inflexivelmente que a pena será cumprida integralmente em regime fechado.

Em que pesem as vozes em contrário, é obvio que, ao impedir a progressão de regime de cumprimento de pena, a Lei de crimes hediondos inviabiliza a individualização da pena na execução penal e contraria o preceito constitucional que garante o direito à pena individualizada, e ainda ao vedar a progressão de regime de cumprimento de pena, a lei dos crimes hediondos volta aos primórdios do direito penal para relevar o crime e ignorar por completo o homem.

Segundo Thaís Vani Benfica (1998, p.34), em obra sobre o assunto afirma:

Cumprimento de pena severa em regime totalmente fechado é o mesmo que pena perpétua, vedada pela Constituição Federal. Uma disposição penal que inadmita o livramento não é apenas retrógrada: é degenerada, mormente porque pode ser aplicada contra santos e bandidos, jogando perigosos e não perigosos no mesmo caldo de cultura da microbiogenia dos presídios em que eventuais predisposições para o crime explodem, com nítidos prejuízos ao condenado à sua família e a sociedade.

Diante de respeitáveis posições doutrinárias percebemos ser variada a gama de argumentos, de uma e outra corrente, porém, cumpre-nos analisar neste momento a questão com base nos princípios constitucionais pertinentes ao direito penal.

Sendo assim, consideremos como fundamentais cinco princípios, quais seja: legalidade, individualização, personalidade, humanidade, e culpabilidade.

A impossibilidade de progressão de regimes, imposta pela Lei de Crimes Hediondos em seu art. 2º, § 1º, para os condenados por crimes por ela regidos, se mostra aderente aos princípios da legalidade, da personalidade e da culpabilidade, não carecendo maiores aprofundamentos.

Por outro lado, ao nosso entendimento, esta impossibilidade de progressão de regimes fere os dois dos princípios constitucionais basilares da pena privativa de liberdade, os princípios da humanidade e da individualização, além de ferir o princípio da proporcionalidade adotado pelo nosso ordenamento jurídico. Para o momento, porém nos ateremos em analisar os princípios constitucionais violados, destacando, desde já, que ambos estão correlacionados.

O princípio da humanidade, é um dos mais importantes princípios pertinentes à pena em nosso direito penal nacional, uma vez que este harmoniza os direitos fundamentais garantidos a todos com os que são vedados ao condenado com segregação.

Assim, o princípio da humanidade garantem aos condenados, independente do tipo e quantidade de pena, certos direitos que lhes alcançam o direito natural de vivência como ser humano.

O regime integralmente fechado, ao segregar uma pessoa por um longo período de tempo (durante toda a pena), sem que a mesma tenha qualquer perspectiva ou esperança, seja de abrandar sua pena, seja de voltar a ter os direitos que lhe foram suprimidos, está sendo levado a condições desumanas. Com isto, o condenado é comparado a certos animais que passam toda a vida mantidos em cativeiro.

Tamanha a desumanidade se demonstra pelo fato de que, se um condenado passar toda a sua pena recluso e sem contato com o mundo exterior e com a

sociedade, certamente não se readaptará a esta. Quando do fim de sua pena, o recluso estará, como um ser alheio aos acontecimentos sociais, bitolado à vida interna de uma penitenciária, na qual viveu fechado por no mínimo, seis anos. Isto o faz deixar de compreender regras básicas de vivência em sociedade, o que lhe confere uma consciência desumana e desastrosa.

Já com relação ao princípio da individualização e esta, dentre outras formas, se dá através da progressão de regime na fase de execução. Sobre este princípio devemos considerar que “a lei regulará a individualização”. Com isto se torna explícito que esta individualização deve ser regulada e não privada por uma lei.

A lei de crimes hediondos, quanto à impossibilidade de progressão de regime, fere estes dois princípios constitucionais básicos relativos à pena. Por este motivo, a referida lei se demonstra inconstitucional, embora a situação política, criminal e carcerária atual em nosso país leve, infelizmente nossos tribunais superiores a desconsiderarem estes princípios de imensurável relevância.

O legislador ao vedar a progressão de regime para os delinqüentes que cometem os delitos hediondos e equiparados, está abandonando toda a orientação principiológica (princípio da individualização, da proporcionalidade e da humanidade) resguardada pela Carta Magna a todos os brasileiros e estrangeiros residentes no país, evidenciando imposições, aos baseados nela condenados, uma única função retributiva, a qual representa uma regressão à idéia penal constituída anteriormente ao século XVIII, caracterizada como desumana e cruel.

## CONCLUSÃO

Exsurge relevante à arguição de conflito do § 1º do art. 2º da Lei nº 8.072/90 com a Constituição Federal, considerado quer o princípio isonômico em sua latitude maior, quer o da individualização da pena previsto no inc. XLVI do art. 5º da Carta, quer, até mesmo, o princípio implícito segundo o qual o legislador ordinário deve atuar tendo como escopo maior o bem comum, sendo indissociável da noção deste último a observância da dignidade da pessoa humana, que é solapada pelo afastamento, por completo, de contexto revelador da esperança, ainda que mínima, de passar-se ao cumprimento da pena em regime menos rigoroso.

Preceitua o parágrafo em exame que nos crimes hediondos definidos no art. 1º da citada Lei, a pena será cumprida integralmente em regime fechado.

No particular, contrariando-se consagrada sistemática alusiva à execução da pena, assentou-se a impertinência das regras gerais do Código Penal e da Lei de Execuções Penais, distinguindo-se entre cidadãos não a partir das condições sócio-psicológicas que lhes são próprias, mas de episódio criminoso no qual, por isto ou por aquilo, acabaram por se envolver. Em atividade legislativa cuja formalização não exigiu mais do que uma linha, teve-se o condenado a um dos citados crimes como senhor de periculosidade ímpar, a merecer, ele, o afastamento da humanização da pena que o regime de progressão viabiliza, e a sociedade, o retorno abrupto daquele que segregara, já então com as cicatrizes inerentes ao abandono de suas características pessoais e à vida continuada em ambiente criado para atender à situação das mais anormais e que, por isso mesmo, não oferece quadro harmônico com a almejada ressocialização.

Tenho o regime de cumprimento da pena como algo que, no campo da execução, racionaliza-a, evitando a famigerada idéia do "mal pelo mal causado" e que sabidamente é contrária aos objetivos do próprio contrato social. A progressividade do regime está umbilicalmente ligada à própria pena, no que, acenando ao condenado com dias melhores, incentiva-o à correção de rumo e, portanto, a empreender um comportamento penitenciário voltado à ordem, ao mérito e a uma futura inserção no meio social. O que se pode esperar de alguém que, antecipadamente, sabe da irrelevância dos próprios atos e reações durante o período no qual ficará longe do meio social e familiar e da vida normal que tem direito um ser humano? Que ingressa em uma penitenciária com a tarja da despersonalização?

Sob este enfoque, digo 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 punitivo do Estado. A ela não interessa o retorno de um cidadão, que enclausurou, embrutecido, muito embora o tenha mandado para detrás das grades com o fito, dentre outros, de recuperá-lo, objetivando uma vida comum em seu próprio meio, o que o tempo vem demonstrando, a mais não poder, ser uma quase utopia. Por sinal, a Lei nº 8.072/90 ganha, no particular, contornos contraditórios. A um só tempo dispõe sobre o cumprimento da pena no regime fechado, afastando a progressividade, e viabiliza o livramento condicional, ou seja, o retorno do condenado à vida gregária antes mesmo do integral cumprimento da pena e sem

que tenha progredido no regime. É que, pelo art. 5º da Lei nº 8.072/90, foi introduzido no art. 83 do Código Penal preceito assegurando aos condenados por crimes hediondos, pela prática de tortura ou terrorismo e pelo tráfico ilícito de entorpecentes, a possibilidade de alcançar a liberdade condicional, desde que não sejam reincidentes em crimes de tal natureza - inciso V. Pois bem, a Lei em comento impede a evolução no cumprimento da pena e prevê, em flagrante descompasso, benefício maior, que é o livramento condicional. Descabe a passagem do regime fechado para o semi-aberto, continuando o incurso nas sanções legais a cumprir a pena no mesmo regime. No entanto, assiste-lhe o direito de ver examinada a possibilidade de voltar à sociedade, tão logo transcorrido quantitativo superior a dois terços da pena.

Conforme salientado na melhor doutrina, a Lei nº 8.072/90 contém preceitos que fazem pressupor não a observância de uma coerente política criminal, mas que foi editada sob o clima da emoção, como se no aumento da pena e no rigor do regime estivessem os únicos meios de afastar-se o elevado índice de criminalidade.

Por ela, os enquadráveis nos tipos aludidos são merecedores de tratamento diferenciado daquele disciplinado no Código Penal e na Lei de Execuções Penais, ficando sujeitos não às regras relativas aos cidadãos em geral, mas a especiais, despontando a que, fulminando o regime de progressão da pena, amesquinha a garantia constitucional da individualização.

Diz-se que a pena é individualizada porque o Estado-Juiz, ao fixá-la, está compelido, por norma cogente, a observar as circunstâncias judiciais, ou seja, os fatos objetivos e subjetivos que se fizeram presentes à época do procedimento criminalmente condenável. Ela o é não em relação ao crime considerado abstratamente, ou seja, ao tipo definido em lei, mas por força das circunstâncias

reinantes à época da prática. Daí cogitar o art. 59 do Código Penal que o juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e conseqüências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime, não só as penas aplicáveis dentre as cominadas (inciso I), como também o quantitativo (inciso II), o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade - e, portanto, provisório, já que passível de modificação até mesmo para adotar-se regime mais rigoroso (inciso III) - e a substituição da pena privativa da liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível (inciso IV).

Dizer-se que o regime de progressão no cumprimento da pena não está compreendido no grande todo que é a individualização preconizada e garantida constitucionalmente é olvidar o instituto, relegando a plano secundário a justificativa socialmente aceitável que o recomendou ao legislador de 1984. É fechar os olhos ao preceito que o junte a condições pessoais do próprio réu, dentre as quais exsurgem o grau de culpabilidade, os antecedentes, a conduta social, a personalidade, enfim, os próprios fatores subjetivos que desaguaram na prática delituosa. Em duas passagens, o Código Penal vincula a fixação do regime às circunstâncias judiciais previstas no art. 59, fazendo-o no § 3º do art. 33 e no inc. III do próprio art. 59. Todavia, ao que tudo indica, receou-se, quando da edição da Lei nº 8.072/90, que poderia faltar aos integrantes do aparelho judiciário, aos juízes, aos tribunais, o zelo indispensável à definição do regime e sua progressividade e, aí, alijou-se do crivo mais abalizado que pode haver tal procedimento.

Assentar-se, a esta altura, que a definição do regime e modificações posteriores não estão compreendidas na individualização da pena é passo demasiadamente largo, implicando restringir garantia constitucional em detrimento

de todo um sistema e, o que é pior, a transgressão a princípios tão caros em um Estado Democrático como são os da igualdade de todos perante a lei, o da dignidade da pessoa humana e o da atuação do Estado sempre voltada ao bem comum. A permanência do condenado em regime fechado durante todo o cumprimento da pena não interessa a quem quer que seja, muito menos à sociedade, que, um dia, mediante o livramento condicional ou, o mais provável, o esgotamento dos anos de clausura, terá necessariamente que recebê-lo de volta, não para que este torne a delinquir, mas para atuar como um partícipe do contrato social, observados os valores mais elevados que o respaldam.

Por último, há de se considerar que a própria Constituição Federal contempla as restrições a serem impostas aqueles que se mostrem incurso em dispositivos da Lei nº 8.072/90 e dentre elas não é dado encontrar a relativa à progressividade do regime de cumprimento da pena. O inc. XLIII do rol das garantias constitucionais - art. 5º - afasta, tão-somente, a fiança, a graça e a anistia para, em inciso posterior (XLVI), assegurar de forma abrangente, sem excepcionar esta ou aquela prática delituosa, a individualização da pena. Como, então, entender que o legislador ordinário o possa fazer? Seria a mesma coisa que estender aos chamados crimes hediondos, e assim enquadrados pela citada lei, a imprescritibilidade que o legislador constitucional somente colou às ações relativas a atos de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático (inciso XLIV). Indaga-se: é possível ao legislador comum fazê-lo? A resposta somente pode ser negativa, a menos que se coloque em plano secundário a circunstância de que a previsão constitucional está contida no elenco das garantias constitucionais, conduzindo, por isso mesmo, à ilação no sentido de que, "*a contrario sensu*", as demais ações ficam sujeitas à regra geral da prescrição. O mesmo

raciocínio tem pertinência no que concerne à extensão, pela lei em comento, do dispositivo atinente à clemência ao indulto, quando a Carta, em norma de exceção, apenas rechaçou a anistia e a graça - inc. XLIII do art. 5º.

Destarte, tenho como inconstitucional o preceito do §1º do art. 2º da Lei nº 8.072, no que dispõe que a pena imposta pela prática de qualquer dos crimes nela mencionados será cumprida, integralmente, no regime fechado.

Terminado este trabalho devemos levantar a grande questão quanto à eficácia desta Lei. Como assinalamos reiteradamente, não é o rotular de hediondo certo tipo de delito, cominando-lhe penas mais severas, que irá diminuir a criminalidade. Os dispositivos processuais que deveriam dar, desde, logo, o tom de maior eficácia serão sistematicamente questionados e contestados, processo a processo. Em suma, só o tempo e a jurisprudência poderão dizer se esta Lei terá o condão de influir na diminuição da criminalidade. Querer que apenas o texto legal resolva tão crucial problema é ignorar ser ele gerado por causas mais profundas que a simples falta de uma lei mais severa.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ADOLFO, Lúcio. *Pequenos comentários À Lei dos Crimes Hediondos*, Belo Horizonte, Livraria Jurídica Mineira, 1992.

ALBERGARIA, Jason. *Das Penas e da Execução Penal*, Belo Horizonte, Ed. Del Rey, 1992.

ANCEL, Marc. *A nova defesa social*, Rio de Janeiro, Ed. Forense, 1971.

\_\_\_\_\_. *Sociologia Criminal*, Rio de Janeiro, Ed. Forense, 1969.

BEMFICA, Francisco Vani. *Da Lei Penal, da Pena e sua aplicação, da execução da pena*, Rio de Janeiro, Ed. Forense, 1995.

BEMFICA, Thais Vani. *Crimes Hediondos e Assemelhados: Questões polêmicas*, Rio de Janeiro, Ed. Forense, 1998.

BRUNO, Aníbal. *Direito Penal*, 3ª ed., Rio de Janeiro, Ed. Forense, 1997.

BRASIL, *Código Penal*. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

CAMPOS, Arruda. *A Justiça a serviço do crime*, São Paulo, Ed. Saraiva, 1999.

FALCONI, Romeu. *Lineamentos de direito penal*, São Paulo, Ícone Ed., 1994.

FRANCO, Alberto Silva, *Crimes Hediondos: Anotações sistemáticas à Lei nº 8.072/90*. 4º ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

GOLART, Henny. *Penologia I*, São Paulo, Editora de Direito, s/d.

GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. *Reincidência Específica e Livramento Condicional*, São Paulo: Site jus navigandi, 2003.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Terrorismo e criminalidade política*. Rio de Janeiro, Forense, 1991.

JESUS, Damásio E. de. *Direito Penal*. 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

MIRABETE, Júlio Fabrini. *Execução Penal, comentários à Lei 7.210/84*. 9ª ed. São Paulo: Atlas, 2000.

MONTEIRO, Antonio Lopes, *Crimes Hediondos*, São Paulo, Ed. Saraiva, 1997.

NOGUEIRA, Paulo Lúcio. *Em defesa da vida*, São Paulo, Ed. Saraiva, 1995.

NEVES, Serrano. *Violência e Criminalidade*, Rio de Janeiro, Ed. Forense, 1980.

\_\_\_\_\_. "Dos Crimes Hediondos", RJTJSP, 128/27.

ROCHA, Ubirajara, *A Face Trágica das Prisões*, São Paulo, Serviço Gráfico da Secretaria de Segurança Pública, 1968.

Site: [www.google.com.br](http://www.google.com.br).

Site: [www.jusnavigandi.com.br](http://www.jusnavigandi.com.br)

## ANEXO

### LEI Nº 8.072, DE 25 DE JULHO DE 1990

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

#### O PRESIDENTE DA REPÚBLICA:

Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte lei:

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:

**\*\* Caput com redação determinada pela Lei nº 8.930, de 6 de setembro de 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 I com redação determinada pela Lei nº 8.930, de 6 de setembro de 1994.**

II - latrocínio (art. 157, § 3º, **in fine**);

**\*\* Inciso I com redação determinada pela Lei nº 8.930, de 6 de setembro de 1994.**

III - extorsão qualificada pela morte (art. 158, § 2º);

**\*\* Inciso I com redação determinada pela Lei nº 8.930, de 6 de setembro de 1994.**

IV - extorsão mediante seqüestro e na forma qualificada (art. 159, **caput**, e §§ 1º, 2º e 3º);

**\*\* Inciso I com redação determinada pela Lei nº 8.930, de 6 de setembro de 1994.**

V - estupro (art. 213 e sua combinação com o art. 223, **caput** e parágrafo único);

**\*\* Inciso I com redação determinada pela Lei nº 8.930, de 6 de setembro de 1994.**

VI - atentado violento ao pudor (art. 214 e sua combinação com o art. 223, **caput** e parágrafo único);

**\*\* Inciso I com redação determinada pela Lei nº 8.930, de 6 de setembro de 1994.**

VII - epidemia com resultado morte (art. 267, § 1º).

**\*\* Inciso I com redação determinada pela Lei nº 8.930, de 6 de setembro de 1994.**

VII-A – (Vetado);

VII-B – Falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais (art. 273, caput, e § 1º, § 1º A, § 1º B, com redação dada pela Lei nº 9.677, de 2-7-1998);

**\*\* Inciso VII-B, acrescentado pela Lei nº 9.695, de 20 de agosto de 1998.**

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

**\*\* Inciso I com redação determinada pela Lei nº 8.930, de 6 de setembro de 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.

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:

"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. ...§ 1º 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 – seqüestrar pessoa com o fim de obter, para si ou para outrem, qualquer vantagem, como condição ou preço do resgate: Pena - reclusão, de oito a quinze anos...§ 1º Se o seqüestro dura mais de 24 (vinte e quatro) horas, se o seqüestrado é menor de 18 anos, ou se o crime é cometido por bando ou quadrilha: Pena - reclusão, de doze a vinte anos; § 2º - se do fato resulta lesão corporal de natureza grave: Pena - reclusão, de dezesseis a vinte e quatro anos; § 3º - se resulta morte: Pena - reclusão, de vinte e quatro a trinta anos”.

“Art. 213 – constranger mulher à conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça: Pena - reclusão, de seis a dez anos”.

“Art. 214 – Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a praticar ou permitir que com ele se pratique ato libidinoso diverso da conjunção carnal: Pena - reclusão, de seis a dez anos”.

“Art. 223 – se da violência resulta lesão corporal de natureza grave: Pena - reclusão, de oito a doze anos. Parágrafo único. Se do fato resulta a morte: Pena - reclusão, de doze a vinte e cinco anos”.

“Art. 267 – causar epidemia, mediante a propagação de germes patogênicos: Pena - reclusão, de dez a quinze anos”.

“Art. 270 – envenenar água potável, de uso comum ou particular, ou substância alimentícia ou medicinal destinada ao consumo: Pena - reclusão, de dez a quinze anos”.

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

“§ 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:

“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.

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

**FERNANDO COLLOR**