



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

EMANUEL LOPES GADELHA

A PROGRESSÃO DE REGIME NOS CRIMES HEDIONDOS

**SOUSA - PB
2007**

EMANUEL LOPES GADELHA

A PROGRESSÃO DE REGIME NOS CRIMES HEDIONDOS

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

Orientadora: Professora Ma. Maria de Lourdes Mesquita.

**SOUSA - PB
2007**



G124p Gadelha, Emanuel Lopes.
A progressão de regime nos crimes hediondos. / Emanuel Lopes
Gadelha. - Sousa - PB: [s.n], 2007.

72 f.

Orientadora: Professora Ma. Maria de Lourdes Mesquita.

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

1. Direito Penal. 2. Progressão de regime prisional. 3. Crime
hediondo – progressão de regime. 4. Regime prisional - progressão. 5.
Lei 8.072/90. 6. Ambiente de trabalho – assédio moral I. Mesquita,
Maria de Lourdes. II. Título.

CDU: 343.288(043.1)

Elaboração da Ficha Catalográfica:

Johnny Rodrigues Barbosa
Bibliotecário-Documentalista
CRB-15/626

EMANUEL LOPES GADELHA

A PROGRESSÃO DE REGIME NOS CRIMES HEDIONDOS

Trabalho de Conclusão de Curso aprovado em _____

BANCA EXAMINADORA

Prof.^a Maria de Lourdes Mesquita - Orientadora

Prof.^a Carla Rocha Pordeus - Examinadora

Prof.^a Carla Pedrosa Figueiredo - Examinadora

Sousa – PB.

Junho - 2007

Dedico este trabalho aos meus pais, grandes incentivadores e amigos, por toda a confiança e desprendimento oferecidos na concretização de um sonho, um investimento de vida, que após uma longa e difícil jornada, mais tão almejada, encontra-se realizado.

AGRADECIMENTOS

Acima de todas as coisas, agradeço a Deus, Ser de luz e de acolhedora inspiração, por todos os momentos vividos, bons ou ruins, mais bastante intensos e fundamentais para a formação do meu caráter.

Agradeço à minha professora orientadora, Maria de Lourdes Mesquita, pela paciência e disposição de tempo, pelo constante incentivo e por se mostrar sempre interessada pelo aprimoramento deste trabalho.

Agradeço aos meus grandes amigos, aos companheiros de curso, que sempre estiveram presentes nesta longa caminhada, e em especial a Verônica de Lourdes Pereira de Oliveira, por todo o seu carinho e incentivo.

Agradeço também, a todos os professores e funcionários, que direta ou indiretamente, foram responsáveis pela minha formação.

Não é que a Justiça no Brasil não funcione; é apenas uma questão de moda: enquanto os juízes usam aquelas capas pretas chiquérrimas, os bandidos andam de bermuda e sandália havaiana. É também uma questão de época: a lei é analógica; o crime é digital.

(Arnaldo Jabor)

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	10
CAPÍTULO 1 PROGRESSÃO DE REGIME PRISIONAL NA LEI DE EXECUÇÃO PENAL (LEI Nº. 7.210 DE 11/07/84).....	14
1.1 Histórico da Lei de Execução Penal.....	15
1.2 Princípios da Execução Penal.....	17
1.3 O sistema Progressivo.....	21
1.4 Critérios para progressão de regime.....	22
1.5 Progressão de regime e Exame Criminológico.....	24
CAPÍTULO 2 PROGRESSÃO DE REGIME PRISIONAL NA LEI Nº. 8072/90 (LEI DE CRIMES HEDIONDOS).....	28
2.1 Conceito de Crime Hediondo.....	29
2.2 Contextualização Histórica.....	31
2.3 Proibição de Progressão de Regime.....	37
2.4 Crimes hediondos e os pactos internacionais ratificados pelo Brasil.....	39
2.5 Inconstitucionalidade da vedação da Progressão de Regime e Controle Difuso da Constitucionalidade.....	42
CAPÍTULO 3 PROGRESSÃO DE REGIME PRISIONAL NA LEI Nº. 11.464/07.....	51
3.1 Novos requisitos para progressão de regime.....	53
3.2 Retroatividade ou irretroatividade da Lei nº. 11.464/07.....	55
3.3 Repercussão Geral da matéria.....	59
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	63
REFERÊNCIAS.....	66
ANEXO.....	69

RESUMO

O presente trabalho de conclusão de curso através dos métodos exegético-jurídico e histórico analítico abordará a evolução interpretativa do instituto da progressão de regime de pena na polêmica Lei de crimes hediondos (Lei nº. 8.072/90), em especial atenção ao artigo 2º, § 1º desta lei. O objetivo geral deste trabalho é analisar o instituto da progressão de regime prisional consagrado na Lei de Execução Penal e sua interpretação evolutiva em sede da Lei de Crimes Hediondos e na mudança legislativa introduzida pelo o novo entendimento do Supremo Tribunal Federal e a Lei nº. 11.464/07. Os objetivos específicos são identificar os dispositivos constitucionais envolvidos e as divergências doutrinárias e jurisprudenciais. A Lei de Crimes Hediondos surgiu com a finalidade de conter a intensa e devastadora onda de criminalidade que ainda aflige a sociedade. Esta lei foi criada as pressas e forma precipitada, em meio ao clamor público, representando um verdadeiro endurecimento do sistema penal, e conseqüentemente uma afronta aos princípios constitucionais da individualização da pena, da proporcionalidade e da humanização do cumprimento da pena. A lei define quais são os crimes hediondos e dá algumas providências de natureza penal, processual penal e execução de pena. A mudança tardia, mais necessária, do entendimento legislativo e jurídico introduzido pela Lei nº. 11.464/07 ratifica o instituto da progressão de regime consagrado no artigo 112 da Lei de Execução Penal (Lei nº. 7.210/84), porém com regras próprias, e ajusta-se de forma mais adequada ao caráter de ressocialização da pena, não meramente pela retribuição pelo direito infringido, e se amolda aos tratados e pactos internacionais firmados pelo Brasil, contribuindo para a evolução do direito e para a construção de uma política penal pública mais justa, eficaz e, sobretudo mais humana. A finalidade deste trabalho é elucidar o indispensável instituto da progressão de regime como um dos instrumentos para uma eficiente comprovação de ressocialização, visando buscar o real sentido da lei, considerando que a mesma não deve gere-se por entendimentos retrógrados que em nada contribui para uma efetiva persecução penal.

Palavras Chave: Crimes Hediondos. Progressão. Controle Difuso.

ABSTRACT

The present work of course conclusion through the exegetic-juridical and historical methods analytical will approach the interpretative evolution of the institute of the progression of feather regime in the controversy Law of vile crimes (Law n°. 8.072/90), especially attention to the article 2nd, § 1st of this law. The general objective of this work is to analyze the institute of the progression of regime prison consecrated in the Law of Penal Execution and your evolutionary interpretation in headquarters of the Law of Vile Crimes and in the legislative change introduced by the new understanding of Federal Supreme court and the Law n°. 11.464/07. The specific objectives are to identify the involved constitutional devices and the doctrinaire divergences and jurisprudenciais. The Law of Vile Crimes appeared with the purpose of containing the intense and devastating criminality wave that still afflicts the society. This law was created the hurries and precipitate form, amid the public clamor, representing a true hardening of the penal system, and consequently an insult to the constitutional beginnings of the individualization of the feather, of the proportionality and of the humanization of the execution of the feather. The law defines which are the vile crimes and gives some providences of nature penal, procedural penal and feather execution. The change late, more necessary, of the legislative and juridical understanding introduced by the Law n°. 11.464/07 ratify the institute of the regime progression consecrated in the article 112 of the Law of Penal Execution (Law n°. 7.210/84), however with own rules, and it is adjusted from a more appropriate way to the character resocialization of the feather, no merely for the retribution for the infringed right, and gets used to the treaties and international pacts by Brazil, contributing to the evolution of the right and for the construction of a public penal politics fairer, effective and, above all more human. The purpose of this work is to elucidate the indispensable institute of the regime progression as one of the instruments for an efficient resocialization proof, seeking to look for the Real sense of the law, considering that the same doesn't must is generated by retrograde understandings that in anything contributes to an effective penal persecution.

Key Words: Vile Crimes. Progression. Control Diffuse.

INTRODUÇÃO

No presente trabalho será abordado o instituto da progressão de regime prisional, com enfoque principal na Lei de Crimes Hediondos, tendo em vista que desde sua controvertida edição a referida lei vem instigando o ânimo crítico dos doutrinadores, principalmente no que tange à sua compatibilidade entre os dispositivos limitadores e os princípios recepcionados pela Constituição Federal de 1988.

A aludida lei foi criada as presas, como um instrumento meramente retributivo, demonstrando que a única função estatal que efetivamente funciona no Brasil é o direito de punir. Sua finalidade primária é combater a expansão da criminalidade, que inflige uma rotina de violência e justificável descrença na política de segurança pública nacional, através de uma singela rotulação de crimes definidos como hediondos. Sua finalidade secundária é a intimidação, exercida pelo controle social formal, evitando-se o crime pela prevenção e amoldando um comportamento social de respeito à lei e a ordem democrática. Contudo, a sensação de impunidade e parcialidade estimula a criminalidade e deixa claro que o delinqüente de uma maneira geral não compartilha deste entendimento, simplesmente ignorando tal pretensão de intimidação.

Das várias conseqüências da hediondez, tem-se a insuscetibilidade de anistia, graça e indulto, a proibição da concessão de fiança e liberdade provisória, e até bem pouco tempo atrás, a impossibilidade do cumprimento de pena que não fosse o integralmente fechado.

Indiscutível é a ineficácia da Lei de Crimes Hediondos, visto que o crime como um fenômeno social não é uma exclusividade das camadas mais pobres da sociedade, nem tão pouco uma máxima a ser difundida. A realidade mostra que um lado, temos um verdadeiro poder paralelo e do outro um Estado apático e prolixo, é o Estado desorganizado versus o crime organizado.

Do ponto de vista criminológico a Lei de Crimes Hediondos implementou uma série de fracassos, porque sua principal função, com certeza a mais aparente, é punir. Ignora-se o fator ressocialização, pelo desprezo as condições humanas básicas, lembrando que a atual estrutura física do sistema penitenciário praticamente só comporta um tipo de regime de cumprimento de pena, o fechado.

É de suma importância entender que a priori esta lei surgiu como um mecanismo em defesa de uma burocrática elite, que se via como principal alvo da criminalidade, e requeria, desta forma, um maior rigor punitivo para os praticantes destes crimes tidos como hediondos. Daí pergunta-se, a Lei de Crimes hediondos é um instrumento legítimo para privar o acusado por crimes nela rotulados, de sua liberdade, que é constitucionalmente garantida, e suficiente para proteger a sociedade? A resposta a esta questão é sempre negativa.

O objetivo geral deste trabalho é analisar o instituto da progressão de regime prisional consagrado na Lei de Execução Penal e sua interpretação evolutiva em sede da Lei de Crimes Hediondos e na mudança legislativa introduzida pelo novo entendimento do Supremo Tribunal Federal e a Lei nº. 11.464/07. Os objetivos específicos são identificar os dispositivos constitucionais envolvidos e as divergências doutrinárias e jurisprudenciais.

A composição desta pesquisa utiliza os métodos exegético-jurídico e histórico analítico.

No primeiro capítulo será abordado a Lei de Execução Penal, que prevê em seu artigo 112 o cumprimento progressivo da pena, pela concretização de requisitos (objetivo e subjetivo), passando pela análise histórica do surgimento da Lei de Execução penal (Lei nº. 7.210/84) e do próprio sistema progressivo.

Posteriormente, no segundo capítulo, será analisada a Lei nº. 8.072/90, questionando-se a constitucionalidade do artigo 2º, § 1º, mostrando as opiniões mais recentes dos doutrinadores e da jurisprudência, enfatizando a decisão proferida no *Habeas Corpus* nº. 82.959-7, em matéria de controle difuso da constitucionalidade, que permitiu a progressão de regime. Bem como, os antecedentes históricos que justificaram sua criação.

Ainda neste capítulo será evidenciado como a Lei de Crimes Hediondos feriu os pactos internacionais de direitos humanos, com relação ao princípio da dignidade humana e mostrando o quanto é necessário que se realize algumas mudanças no próprio Código de Processo Penal, bem como, a reformulação da própria Lei de Crimes hediondos.

No terceiro capítulo será abordada a Lei nº. 11.464/07, bem como, as mudanças que foram introduzidas na Lei de crimes hediondos, que passará a vigorar com um novo parágrafo 1º em seu artigo 2º, prevendo expressamente a possibilidade da progressão de regime, com critérios diferenciados, quais sejam, 2/5 no caso do condenado ser for primário e, 3/5 se for reincidente, não fazendo nenhuma referência a que tipo de reincidência.

Neste mesmo capítulo ficará evidenciado que a exemplo da Lei nº. 8.072/90, o contexto histórico e clamor social mais uma vez influenciaram no

processo de criação e aprovação mais célere de uma lei, com a proposta de ser mais rígida. Desta forma, o critério objetivo para progressão de 1/6 de cumprimento de pena da Lei de Execução Penal deverá vigorar somente em relação aos casos pretéritos a data da vigência desta lei, em respeito ao princípio da irretroatividade da lei penal mais severa.

Portanto, a finalidade deste trabalho é elucidar o indispensável instituto da progressão de regime como um dos instrumentos para uma eficiente comprovação de ressocialização, visando buscar o real sentido da lei, considerando que a mesma não deve gerir-se por entendimentos retrógrados que em nada contribui para uma efetiva persecução penal.

CAPÍTULO 1 PROGRESSÃO DE REGIME PRISIONAL NA LEI DE EXECUÇÃO PENAL (LEI Nº. 7.210 DE 11/07/84).

A vigente Lei de Execução Penal é reconhecida como instrumento legal, moderno e de razoável racionalidade. Entretanto, como obra humana, certamente esta longe da perfeição, diante da realidade de sua plena aplicação. Ademais, em pontos resente-se da necessidade de adequação constitucional, tendo em vista que o sistema político sofreu sensível alteração em período posterior à sua entrada em vigor.

Na LEP estão estabelecidas as normas fundamentais que regerão os direitos e obrigações do sentenciado no curso da execução da pena. Constitui-se na Carta Magna dos presos, tendo como finalidade precípua atuar como um instrumento de preparação para o retorno ao convívio social do recluso.

Cumprida integralmente, a Lei de Execução Penal certamente propiciaria a reeducação e ressocialização de uma parcela significativa da população carcerária atual. No entanto, como a maioria das leis existentes em nosso país, a LEP permanece satisfatória apenas no plano teórico e formal, não sendo cumprida por nossas autoridades públicas.

A lei deixa bem claro que é pressuposto da ressocialização do condenado a sua individualização, a fim de que possa ser dado a ele o tratamento penal adequado. Já encontramos aqui o primeiro grande obstáculo do processo ressocializador do preso, pois devido à superlotação de nossas unidades prisionais torna-se praticamente impossível ministrar um tratamento individual a cada preso.

A história do surgimento desta lei como veremos adiante, é permeada pela falta de interesse público em relação ao sistema de aplicação de penas que garanta a dignidade da pessoa humana.

1.1 Histórico da Lei de Execução Penal.

A tentativa de constituir um código que estabelecesse as normas relativas ao direito penitenciário no Brasil vem de longa data. A matéria era disposta dentro do Código Criminal do Império, até que em 1933, o jurista Cândido Mendes de Almeida, presidiu uma comissão que visava elaborar o primeiro Código de Execuções Criminais da República.

O projeto era inovador e já tinha como princípio a individualização e distinção do tratamento penal, como no caso dos toxicômanos e dos psicopatas. Previa também a figura das Colônias Penais Agrícolas, da Suspensão Condicional da Execução da Pena e do Livramento Condicional. No entanto o projeto não chegou nem mesmo a ser discutido em virtude da instalação do regime do Estado Novo, em 1937, que acabou por suprimir as atividades parlamentares.

Ainda carente de uma legislação que viesse a dispor sobre a matéria penitenciária, em 1951, o então deputado Carvalho Neto, produziu um projeto que estabelecia normas gerais de direito penitenciário, o qual, no entanto, não se convertera em lei.

Da necessidade de se reformular e se atualizar a lei de execução criminal, em 1957, foi sancionada a Lei nº. 3.274, que dispunha sobre normas gerais de regime penitenciário. Mas diante de sua inicial insuficiência, no mesmo ano foi

elaborado pelo Professor Oscar Stevenson, a pedido do Ministro da Justiça, o projeto de um novo código penitenciário. Nesse projeto, a execução penal era tratada distintamente do Código Penal e a competência para a execução penal era dividida sob a forma de vários órgãos.

Já em 1962, veio o primeiro anteprojeto de um Código de Execuções Penais, do jurista Roberto Lyra, que inovava pelo fato de dispor de forma distinta sobre as questões relativas às detentas e também pela preocupação com a humanidade e a legalidade na execução da pena privativa de liberdade.

Esse projeto não chegou nem mesmo à fase de revisão, e, com um nome idêntico e com a mesma finalidade, em 1970 foi apresentado o projeto do professor Benjamim Moraes Filho, o qual teve a colaboração de juristas como José Frederico Marques, e inspirava-se numa Resolução das Nações Unidas, datada de 30 de Agosto de 1953, que dispunha sobre as Regras Mínimas para o Tratamento de Reclusos.

A esse projeto seguiu-se o de Cotrim Neto, o qual apresentava como inovações às questões da previdência social e do regime de seguro contra os acidentes de trabalho sofridos pelo detento. O projeto baseava-se na idéia de que a recuperação do preso deveria basear-se na assistência, educação, trabalho e na disciplina.

Sem lograr êxito, os projetos apresentados pelos juristas não se convertiam em lei e a República continuava carecendo de uma legislação que tratasse de forma específica a questão da execução penal. Por outro lado, o direito executivo penal cada vez mais se consolidava como sendo uma ciência autônoma, distinta do direito penal e do direito processual penal, e também jurídica, não apenas de caráter meramente administrativo.

O próprio direito positivo através da Constituição Federal de 1988 elevou o direito penitenciário à categoria de ciência autônoma, dispondo em seu artigo 24 sobre a competência da União para legislar sobre suas normas.

Finalmente, em 1983 é aprovado o projeto de lei do Ministro da Justiça Ibrahim Abi Hackel, o qual se converteu na Lei nº. 7.210 de 11 de Julho de 1984, a atual e vigente Lei de Execução Penal.

A Lei de Execução Penal brasileira é tida como sendo de vanguarda, e seu espírito filosófico se baseia na efetivação da execução penal como forma de preservação dos bens jurídicos e de reincorporação do homem que praticou um delito à comunidade. A execução penal é definitivamente erigida à categoria de ciência jurídica e o princípio da legalidade domina o espírito do projeto como forma de impedir que o excesso ou o desvio da execução penal venha a comprometer a dignidade ou a humanidade na aplicação da pena.

De fato, a Lei de Execução Penal é moderna e avançada e está de acordo com a filosofia ressocializadora da pena privativa de liberdade. Porém, depois de tanta luta e tantos desacertos para que o país pudesse ter uma legislação que tratasse de forma específica e satisfatória o assunto, o problema enfrentado hoje é a falta de efetividade no cumprimento e na aplicação da Lei de Execução Penal.

1.2 Princípios da Execução Penal.

Toda a sociedade é regida por determinados valores, que constituem os postulados originários e primários do agrupamento coletivo. Para que exista uma

sociedade, é fundamental uma comunhão mínima de valores que propiciem as diretrizes de como se pretende se conduzir.

Os princípios jurídicos representam os valores materiais que a sociedade elegeu para alcançar à justiça. Constituem as proposições primárias do direito estão vinculados àqueles valores fundamentais da sociedade que exprimem o que foi por ela eleito como sendo o justo.

Em virtude de sua generalidade, os princípios obrigam a adequação das normas secundárias e das condutas aos valores que incorporam. As regras jurídicas estabelecem o dever ser, ou seja, regulam especificamente o comportamento e a conduta social, e nos dizem como devemos agir em determinadas situações. Já os princípios estabelecem direções em que deveriam situar-se as normas. Assim, cabe aos princípios, enquanto proposições fundamentais, orientar concretamente o direito, qualificando as normas dentro de determinados padrões axiológicos.

Entre os princípios que norteiam a Lei de Execução Penal, demos especial atenção aos princípios da Legalidade, da Individualização da Pena, da Proporcionalidade, da Dignidade da pessoa humana e o da Igualdade.

O Princípio da Legalidade encontra-se expresso nos arts. 2º e 3º da LEP (Lei 7.210/84), pois esta determina que a jurisdição seja exercida na forma dela própria e do CPP. Este princípio também está previsto na exposição de motivos da LEP e é denominado o corpo e o espírito da Lei, de forma a impedir que o excesso e o desvio da execução comprometam a dignidade e a humanidade do Direito Penal. É o mais importante dos Princípios do Direito Penal, forma ele a base, a viga mestra, o pilar que sustenta todo o ordenamento jurídico. Seu significado é claro e límpido.

Diz o mesmo, que só a lei pode definir crimes e cominar penar. Desta forma, preceitua o artigo 5º, incisos II e XXXIX da Constituição Federal de 88 que:

Art. 5º (...).

II - Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude da lei.

XXXIX - Não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem previa cominação legal.

Pelo Princípio da Individualização, a pena deve evitar a padronização da sanção penal. Para cada crime tem-se uma pena que varia de acordo com a personalidade do agente e o meio de execução. Temos esculpido no artigo 5º, inciso XLVI de nossa atual Constituição Federal o princípio da Individualização da Pena, que tem por finalidade precípua aplicar ao indivíduo delinqüente uma sanção correspondente ao bem jurídico violado ou destruído. Desta forma prevê o mesmo:

Art.5º, XLVI – A lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes:

- a) Privação de liberdade;
- b) Perda de bens;
- c) Multa;
- d) Prestação social;
- e) Suspensão e interdição de direitos.

O Princípio da Individualização da pena está presente desde cominação da pena, em que se deve observar o limite estabelecido entre o máximo e o mínimo de cada tipo legal; da sua aplicação ao caso concreto, causa de diminuição e aumento de pena; bem como na própria execução, onde o *quantum* da pena e natureza jurídica do delito, a exemplo dos crimes hediondos, irá determinar dentro da respectiva pena privativa de liberdade (reclusão, detenção e prisão simples), o regime de cumprimento de pena (Fechado, semi-aberto e aberto) e o correspondente estabelecimento para cumprimento (Presídio, colônia agrícola e albergue), além das penas restritivas de direitos.

O Princípio da Proporcionalidade atua de maneira vigorosa entre as normas restritivas de liberdade, ao lado de princípios como o da legalidade e igualdade. Informando a atividade Estatal no ordenamento democrático de maneira que as normas restritivas e sua aplicação judicial estejam subordinadas àquele grupo de valores fundantes do critério democrático da legitimidade, entre eles a dignidade da pessoa humana, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça.

O mesmo princípio é denominado por Zaffaroni (1997, p.178) de princípio da racionalidade, o qual, segundo o autor, exige certa vinculação equitativa entre o delito e sua consequência jurídica. Assim, deve o legislador, procurar alcançar a tão almejada proporcionalidade entre a gravidade do fato e a gravidade da pena. Tal proporcionalidade não deve ser considerada unicamente no momento da cominação ou da aplicação da pena, estende-se ao momento de sua execução.

O Princípio da Dignidade da pessoa humana, que vem configurado no artigo 1º, III, da Constituição Federal de 1988 é estabelecido como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito. A dignidade da pessoa humana é um princípio que engloba todas as demais normas jurídicas, razão pela qual, todas as normas infraconstitucionais que não se compatibilizem com o mesmo, devem ser, conforme o caso, tidas como revogadas ou declaradas inconstitucionais. A sua importância serve de critério norteador para o criador e aplicador do direito. É preciso respeitar os valores não materiais, os espirituais, as ideologias, as concepções. Deve ser respeitado o homem como um todo.

Pelo princípio da Igualdade temos que todos devem ser tratados igualmente, sem nenhuma forma de preconceitos. Hoje, não resta dúvida de que o preceito constitucional, no sentido de que todos são iguais perante a lei, dirige-se ao

legislador e ao aplicador da lei. A isonomia, porém, é relativa, á medida que os desiguais não podem receber o mesmo tratamento durante a execução da pena. Daí decorre o princípio da individualização da pena.

Os princípios elencados acima constituem a base para uma justa persecução penal, e devem garantir a aplicação dos direitos básicos do condenado, para que além da pena, retribuição Estatal, sirva como um instrumento de ressocialização.

1.3 O sistema Progressivo.

Sistema progressivo, segundo Mirabete (2000, p. 250), este surgiu na Inglaterra, no século XIX, atribuindo-se sua origem a um capitão da marinha real, Alexander Maconochie. Nesse sistema leva-se em conta o comportamento e aproveitamento do preso, demonstrados pela boa conduta e pela prestação de trabalho, estabelecendo-se três períodos ou estágios no cumprimento da pena, sendo este, o isolamento celular (encarceramento solitário), permissão para o trabalho em comum (atividade genérica em contato com outros condenados) e, posteriormente, o livramento condicional, desde que observados o seu comportamento favorável e aproveitamento no trabalho.

Este sistema foi aperfeiçoado por Walter Crofton na Irlanda e desenvolveu-se da seguinte maneira: recolhimento celular contínuo (encarceramento comum); isolamento noturno, com trabalho e educação diurna; semiliberdade (comparado ao regime semi-aberto), com desenvolvimento de

trabalho externo e recolhimento noturno e; livramento condicional, comprovado pela conduta do condenado, ou seja, pelo merecimento, como última etapa.

O sistema penal brasileiro consagra no artigo 112 da Lei nº. 7.210/84 o regime progressivo no cumprimento da pena, e informa que o mesmo consiste na transferência do condenado para regime menos rigoroso desde que tenha cumprido ao menos um sexto da pena no regime anterior e que seu mérito recomende a progressão.

Vale ressaltar que nesse sistema a pena adota de um lado uma postura retributiva, pela idéia que a mesma constitui um castigo, pela necessidade de se compensar o mal infligido e dá reparação moral; e do outro surge como uma forma de prevenção geral, pela expectativa de que se norma vier a ser descumprida haverá uma sanção previamente constituída, conforme preceitua o artigo 59 do Código Penal. Sendo assim, a sua finalidade no sistema progressivo é preparar gradativamente o indivíduo delinqüente para sua reintegração ao convívio social. E para que a execução seja desde já um processo dinâmico e ressocializador é necessário um investimento maciço do Estado, para a reestruturação das condições básicas de encarceramento e investimento na área de segurança pública, bem como da própria sociedade, pela reinserção dos condenados ao seu convívio.

1.4 Critérios para progressão de regime.

A progressão constitui um instrumento propiciador para ressocialização, pois implica a efetivação de critérios que têm por finalidade auferir a capacidade delitiva do condenado no transcorrer de um período determinado, e a

observação das características de cunho pessoal, essenciais para se justificar a transferência de um regime prisional mais rigoroso para um menos rígido.

Os critérios para a progressão estão delimitados no artigo 112 da LEP:

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

A lei exige dois requisitos materiais. O primeiro, de caráter objetivo, que consiste no cumprimento de um sexto da pena no regime anterior. Desta forma observa-se que além do requisito temporal para a concessão da progressão de regime prisional, exigisse também, em virtude da própria natureza do sistema progressivo adotado pelo Brasil, que esta se processe de forma gradual, ou seja, do regime fechado para o semi-aberto, e deste conseqüentemente para o aberto.

O segundo requisito, de caráter subjetivo, trata sobre o mérito do condenado que indique a progressão de regime, ou seja, dependerá da provável adaptação a um regime menos severo.

A Lei requer "bom comportamento carcerário", mas não define objetivamente que atos o constituem, de forma que basta a singela declaração do diretor do estabelecimento prisional, independente de qualquer qualificação pessoal, para que se obtenha o êxito no critério subjetivo, ou seja, ressocialização.

A ressocialização de que se houve falar, não tem, para condenado, o mesmo sentido que para nós, o de adaptação às regras do sistema político-social. Por isso que, se o condenado ouve falar que ressocialização é trabalho, ele trabalhará, e se ele ouve falar que ressocialização é bom comportamento, ele

buscará a disciplina, porque ressocialização é o termo mais próximo da liberdade que ele conhece.

O condenado sabe da importância de seu comportamento na execução da pena, o difícil é explicar para mesmo o regime integralmente fechado, dissociado do princípio de individualização da pena que norteia a Lei de Execução Penal. Pior é explicar quando o condenado submetido a esse regime tem sua pena executada em conjunto com outros, aos quais é permitida a execução em sistema progressivo, quebrando-se o princípio da isonomia pretendido pela lei, ao estabelecer a diversidade de estabelecimentos penais, pois sob o mesmo teto não poderíamos ter pessoas submetidas a regimes jurídicos diversos.

1.5 Progressão de regime e Exame Criminológico.

A Lei nº. 10.792/03 que institui o Regime Disciplinar Diferenciado (RDD) deu nova redação aos artigos 6º e 112 Lei 7.210/84, dispensando o parecer da Comissão Técnica de Classificação e o exame criminológico, para as progressões e regressões de regime, as conversões de pena, livramento condicional, indulto e comutação. Fica mantida a exigência de exame para classificação, que deve ser realizado ao início da execução, embora se deva registrar que esse exame não tem sido feito, na prática.

Com a edição da Lei nº. 10.792/03, o sistema progressivo, adotado pelo Código Penal e explicitado pela Lei de Execução Penal sofreu profundas alterações decorrentes da nova redação do artigo 112, pois este suprimiu o

parágrafo único do referido artigo, excluindo de forma expressa o parecer da Comissão Técnica de Classificação e o exame criminológico.

Cabe elucidar que o exame criminológico consiste em uma observação científica do indivíduo delinqüente, composto por instrumentos de verificação e processamento das informações jurídicas penais, bem como os exames clínicos e psiquiátricos, e tem a finalidade de demonstrar se efetivamente persiste a periculosidade ou existe adaptação.

Vale ressaltar ainda, que o exame criminológico ainda é obrigatório para classificação do condenado, ou seja, até o limite da presunção de inocência, já que o mesmo só pode ser realizado depois de uma sentença prolatada. A finalidade inicial é evitar que haja a mistura de presos de alta periculosidade com de menor potencial ofensivo.

Corroborando com esta opinião, Mesquita Júnior (2003, p. 94) esclarece que:

A falta de classificação prévia gera a promiscuidade, misturando condenados com personalidades diversas, o que contribui para o desenvolvimento da periculosidade, fomentando a reincidência, visto que criminosos eventuais serão reunidos com delinqüentes profissionais.

Discute-se ainda a eficiência do exame criminológico como meio objetivo de se medir a capacidade delitiva do condenado e, neste sentido Antônio Milton de Barros (2005) evidencia que:

A dispensa do parecer e também do exame criminológico, apóia-se no fato de que os pareceres dos peritos tinham como finalidade apenas dificultar, quando não inviabilizavam, o reconhecimento de direitos, pois, embora não fossem precedidos de estudos efetivos da personalidade do preso, e por mais irracional que fossem suas conclusões, os laudos, em regra, balizavam as manifestações do Ministério Público e as decisões judiciais. Isso porque, geralmente, o preso não tem acompanhamento psicossocial, desde o início da execução, como preconizado pela Lei de Execução Penal,

o que os laudos não revelam, da mesma forma que omitem outras deficiências do sistema.

Em sentido contrário, Laura Diniz (2003) diz que:

Na verdade quando há a necessidade da evolução do regime ou progressão de regime de cumprimento de pena, os sentenciados deveriam ser submetidos a um exame que vai dizer se há potencial criminógeno, se eles continuam perigosos ou não. É assim que acontece hoje. No entanto essa modificação foi aprovada pela congresso e sancionada pelo senhor presidente da República, permitirá o retorno à circulação de criminosos violentos com maior rapidez e é com essa solução que o ministério publico não se conforma.

A despesa do exame criminológico constitui um retrocesso e serve apenas para facilitar a concessão do benefício, pouco importando se o condenado tem ou não capacidade de ser reinserido ao convívio social.

Porém, mesmo com a modificação do artigo 112 da LEP, o juiz pode determinar o exame criminológico quando o preso tiver praticado crime doloso com emprego de violência ou grave ameaça à pessoa, ou seja, se houver a necessidade de ser aferido o mérito do condenado. Neste caso a decisão estará embasada no artigo 33, parágrafo 2º, do Código Penal, onde diz que a pena privativa de liberdade deve ser executada de forma progressiva e segundo o mérito do condenado. Da mesma forma o artigo 83, parágrafo único, do CP, informa que para a concessão do livramento condicional ao condenado por crime doloso com emprego de violência ou grave ameaça à pessoa, exige a constatação de condições pessoais que provem que o mesmo não voltará a delinquir, portanto, dependente do exame criminológico.

Sendo assim, a dispensa do exame criminológico representa uma redução de custos e revela que, enquanto Estado se preocupa em combater erroneamente os criminosos, através de políticas públicas mal direcionadas, achando que o problema do déficit da segurança pública e o declínio do sistema penitenciário brasileiro passa sistematicamente pelo investimento material e

melhoramento estrutural, ignora-se o crime e os fatores determinantes de seu surgimento, como a má distribuição de renda, a falta de educação, o desemprego, etc..

Tudo isso é fruto da evidente incapacidade do Estado em ressocializar o indivíduo delinquente. É a já reconhecida falência do sistema prisional, com o desrespeito aos direitos fundamentais dos condenados e internos, a superpopulação carcerária, as mais violentas rebeliões, entre outros fatores, ficando mais que demonstrando que há uma falha no sistema penitenciário. Tucci (2004) analisando a triste realidade penitenciária diz que:

Realmente, diversificados e importantes fatores, a partir da falta de vontade política para a sua correlata e precisa implantação, contribuíram para que ela, efetivamente, não vingasse. Além do que, a essa triste realidade, outras, de igual relevância, foram, cada vez mais intensamente, acrescidas, e das quais cumpre destacar: a) a grande (até que ponto, não se sabe...) insuperável morosidade da Justiça Criminal; b) a falta de estabelecimentos prisionais, hospitalares e ambulatoriais adequados, em numero suficiente ao recolhimento, à internação e ao tratamento dos condenados; c) as péssimas condições das instalações desses estabelecimentos, afrontosas, inclusive, da dignidade da pessoa humana; d) a desenfreada corrupção de administradores de estabelecimentos penais e de seus agentes penitenciários; e) a criminalidade violenta, crescente (inclusive no interior desses próprios estabelecimentos) diuturnamente; f) a falta de destinação de verbas orçamentárias específicas, pelo menos razoáveis, ao sistema penitenciário.

No tocante aos crimes classificados como hediondos, por serem delitos cujo legislador ordinário atribuiu formalmente um caráter de depravado ou repulsivo, não por sua gravidade objetiva, é fundamental que seja mantido e até mesmo aperfeiçoado os mecanismos para se medir a capacidade delitiva, sendo assim, o exame criminológico deve ser um meio constante e eficiente instrumento da política criminal.

CAPÍTULO 2 PROGRESSÃO DE REGIME PRISIONAL NA LEI Nº. 8072/90 (LEI DE CRIMES HEDIONDOS).

A Lei de Crimes Hediondos representou uma grande mutação da forma com que o Estado passou a tratar determinados crimes. O legislador ordinário passou a considera estes crimes, de forma bastante equivocada, como de maior gravidade social. Estes, a partir do início da vigência da Lei de Crimes Hediondos, passaram a ser tratados de uma forma punitiva mais repressiva por parte do Estado.

O objetivo do legislador, ao estabelecerem estas sanções de maior intensidade, foi coibir o aumento desenfreado da criminalidade percebida, e, em contra senso, é concreta a não eficácia da mesma em relação a estes objetivos, implantando no horizonte virtual da sociedade, um falso ideal de justiça e um controle social formal eficiente, nada eficaz.

Sua fundamentação jurídica está no artigo 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e apoia-se na política criminal denominada movimento da lei e da ordem.

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

A afinidade do tópico escolhido se encontra no sentido de que este representa a individualização de pena privativa de liberdade, na fase de execução da mesma, dentro de uma evolução interpretativa do instituto da progressão de regime.

2.1 Conceito de Crime Hediondo.

A dogmática jurídico-penal não conseguiu chegar a um conceito substancial e geral de crime, baseado na idéia de que este constitui uma conduta incontestavelmente repugnante, perniciosa ou perigosa para toda a ordem social. Estudos criminológicos demonstram que, numa sociedade dividida em classes sociais, com situações e interesses divergentes e até antagônicos, onde existe um conflito entre as metas sociais e meios institucionais para alcançá-los, não pode haver unanimidade em torno dos valores ético-culturais padronizados das formas de conduta social.

O conceito de hediondez de que se reveste uma conduta está diretamente relacionado com os padrões e valores morais vigentes em determinado momento histórico, valores estes que podem ser manipulados ou perpetuados por segmentos dominantes das sociedades.

No Brasil, o crime definido como hediondo não é o que no caso concreto se mostra abominável, horrível ou até mesmo cruel, por sua gravidade objetiva, ou por seu modo ou meio de execuções, ou pela finalidade do agente, mais sim absolutamente aquele definido de forma expressa e taxativa pelo legislador ordinário.

Ao classificar certas condutas como crimes hediondos, baseou-se o legislador no pressuposto de que, seja quem for seu autor, com sua personalidade e sua bagagem social antecedente, sejam quais forem os motivos, as circunstâncias e as conseqüências intrínsecas e extrínsecas do crime, seja, ainda, qual tenha sido o comportamento da vítima, tais crimes merecerão sempre uma resposta punitiva

acentuadamente mais grave e mais severa do que a prevista para as demais infrações penais.

Trata-se, portanto, de um conceito puramente formal, de mera colagem, que contraria a própria natureza das coisas, pois a lei criou uma presunção compulsória do caráter profundamente repulsivo do ato incriminador, de forma discricionária, que marcou certas condutas criminosas, já tipificada na lei positiva, com o rótulo de hediondez absolutamente obrigatória.

Por outro lado, e apenas para argumentar, admitida a necessidade da nova lei, pensa-se que esta deveria atribuir o caráter de hediondez aos crimes envolvidos por certas circunstâncias muito graves, praticados por motivos profundamente condenáveis, ou causadores de conseqüências gravíssimas e que por isso venham a suscitar necessariamente um juízo de reprovação máxima.

De acordo com o pensamento acima exposto, Antônio Lopes Monteiro (1992, p.17), informa que um crime pode ser considerado 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 se submete, seja quanto à natureza do bem jurídico ofendido, seja quando pela especial condição das vítimas.

O critério que parece razoável não conduz a classificar determinados crimes por si mesmo como compulsivamente hediondos, mas somente considera-los como tal em certas circunstâncias, quando praticados por motivos acentuadamente desprezíveis, ou quando causarem conseqüências extremamente graves, como seria o caso de um estupro praticado mediante tortura, lesões gravíssimas ou morte da vítima. A apreciação de tais circunstâncias, motivos e conseqüências ficariam sujeita ao poder discricionário do juiz que, em cada caso concreto, teria a liberdade

de decidir sobre o caráter de hediondez do crime grave praticado, exercitando ainda mais o princípio individualização da pena.

A definição de crime hediondo não é doutrinária, nem da jurisprudência, advém da própria Lei nº. 8.072/90, em seu artigo 1º, e seja como for, o diploma em questão considerou determinados crimes como sendo hediondos independentes de qualquer que seja a circunstância do mesmo.

2.2 Contextualização Histórica.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, surgiu a repressão a crimes hediondos, não se delineando quais delitos seriam considerados como tal, tornando-se claro a partir da análise de seu artigo 5º, inciso XLIII, que afirma:

A lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça e anistia a prática de tortura, o tráfico de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem.

Depois da promulgação da carta magna, teve início a elaboração de inúmeros projetos de lei com intuito de regulamentar os crimes hediondos e assemelhados. Em 1989 verificamos os primeiros projetos, que propunham o agravamento da pena para os crimes de roubo, seqüestro e estupro seguido de morte, excluindo dos réus qualquer tipo de direito na fase de execução de pena. Em seguida, projetos que previam regras mais rigorosas para o tráfico ilícito de entorpecentes, inclusive com a prisão preventiva obrigatória, e outro ainda, que previa aplicação em dobro às penas cominadas e estabelecia que os crimes hediondos seriam os de seqüestro, genocídio, violência praticadas contra menores

impúberes e delitos praticados com extrema perversidade, além do latrocínio e periclitacão de vida dos passageiros de quaisquer veículos de transporte coletivo.

Seguindo esta linha de raciocínio, ou seja, do agravamento de pena, em 1989, foi elaborado e proposto pelo conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária o Projeto nº. 3.754, encaminhada pela Presidência da República, por meio da mensagem 546/89, ao congresso nacional. Este projeto coloca como enfoque principal a guerra contra o crime, propondo um sentido à expressão constitucional "crimes hediondos" através da enumeração de determinadas figuras criminosas que receberam este rótulo, além de definir conceitualmente a referida expressão como sendo todo o delito que se pratique com violência à pessoa, provocando intensa repulsa social e cujo reconhecimento decorra de decisão motivada de juiz de acordo com a gravidade do fato ou pelos meios de execução.

Ainda em 1989, o Projeto nº. 3.875, visava fixar penas superiores a vinte anos de reclusão a diversos crimes referidos na legislação penal e etiquetá-los como hediondos, além dos que provocassem intensa repulsa. Após, o Projeto nº. 4.272, visou incluir o artigo 159, que trata da extorsão mediante seqüestro e o artigo 213, que trata de estupro, como crimes hediondos.

Já no ano de 1990, com a evidência na mídia de crimes que chocaram a opinião pública, como a extorsão mediante seqüestro de pessoas em destaque no cenário econômico nacional a exemplo do caso do empresário Abílio Diniz, o clamor da sociedade passou a exigir uma resposta mais efetiva a tais crimes, que até aquele momento, nunca havia tido uma amplitude tão grande.

Neste contexto descrevendo a situação da época Thais Vani Bemfica (1998, p. 26) evidencia que:

Estavam ainda causando impacto no povo os seqüestros de pessoas bem situadas na vida econômica, social e política, e a mídia passou a sacudir a opinião pública, que encontrou ressonância no poder legislativo, que aprovou o projeto de lei no senado, através de votos de lideranças, sem qualquer discussão, logo sem legitimidade e representabilidade, (...).

Diante do quadro de insegurança social em que se encontrava o Brasil, em 25 de junho de 1990 foi promulgada a lei ordinária, com caráter de lei complementar, de nº. 8.072, baseada no projeto substitutivo de nº. 5.405, elaborado pelo então deputado Roberto Jefferson, relator da comissão de Constituição, Justiça e Redação.

João José Leal (1996, p. 15) considera a edição da Lei de Crimes Hediondos como um instrumento de reprimenda medieval, e aponta como fatores imediatos para a aprovação da Lei nº. 8.072/90: o pensamento extremamente conservador da maioria dos membros do Congresso Nacional, conservadorismo político e alienação influenciada pelo fim de mandato, o que levou os parlamentares a votar um texto legal que representa um verdadeiro retrocesso no processo histórico de humanização do direito penal; a violência urbana e a síndrome do medo, caracterizado pelo intenso clima de violência que vem marcando o cotidiano dos grandes centros urbanos brasileiros, aonde os índices de criminalidade vem elevando-se, em que a impunidade estimula o crime, tornando a população cada vez mais insegura, diante da falta de vontade política e; a indústria do seqüestro, mais precisamente no Rio de Janeiro e em São Paulo, onde surgem quadrilhas de elevado grau de organização e recursos humanos, gerando pânico na população. Afirma ainda o mesmo autor que se não fosse o grande número de seqüestros e a manipulação político-ideológica que tal fenômeno causou, dificilmente os conservadores teriam conseguido a aprovação desta lei.

Sendo assim, a lei de crimes hediondos foi uma resposta do direito penal brasileiro à onda de seqüestros de pessoas influentes, crimes que vinham

assolando a sociedade já naquele momento. O objetivo seria diminuir a onda dos crimes denominados hediondos, que tomaram uma proporção maior, tornando-se estes mais ofensivos à sociedade.

A Lei nº. 8.072/90, mais conhecida como lei de crimes Hediondos, além de arrolar os delitos dessa natureza, trouxe diversas outras providências de cunho penal e processual penal, referentes à execução da pena dos próprios crimes hediondos, do tráfico de entorpecentes, do terrorismo e da tortura, por terem estes últimos delitos elevado-se à condição de assemelhados aos hediondos.

Inicialmente, a lei 8.072 de 1990 relacionava em seu artigo 1º como hediondos os crimes:

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 §§ 1º, 2º e 3º), estupro (art. 213, caput e sua combinação com o art. 223) caput e § único), atentado violento ao pudor (art. 214 e sua combinação com o art. 223), 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.

Posteriormente, no ano de 1992, com a ocorrência de um polêmico homicídio qualificado, tendo como vítima a atriz Daniella Perez, filha de Glória Perez, e como autores, o ator Guilherme de Pádua e sua esposa, este rol aumentou. O crime teve grande repercussão da mídia, sendo divulgado em emissoras de rádio e televisão, que alimentavam o público minuto a minuto com detalhes do mesmo. Jornais diários noticiaram o assassinato em primeira página. Suplementos especiais foram publicados sobre o assunto. Revistas especializadas publicaram edições especiais, com a biografia de Daniella Perez e reportagens sobre sua morte. A vítima foi assassinada na madrugada de 28 de dezembro de 1992, de forma brutal, com 18 facadas. Daniella, que representava Yasmin, bailarina sensual, talentosa e

decidida, foi encontrada morta num matagal algumas horas depois de ter deixado os estúdios de gravação, em Jacarepaguá, zona oeste do Rio de Janeiro.

Alguns meses depois deste fato trágico, as chacinas de candelária e de Vigário Geral, noticiadas na revista *Veja* no dia 20 de agosto de 1993, causaram mais uma vez o espanto da sociedade, novamente o congresso nacional, agindo por impulso, sobre a pressão dos acontecimentos, promulgou a lei 8.930 de 1994 que revogou o artigo 1º supramencionado, substituindo-lhe. A nova redação do artigo trazia como acréscimo o crime de homicídio praticado em atividade típica de grupo de extermínio, ainda que cometido por um só agente e homicídio qualificado e, de outro lado, o legislador excluiu o envenenamento de água potável ou de substância alimentícia ou medicinal, qualificado pela morte.

Anos após, em 1998, ocorreu o vergonhoso incidente conhecido como "pílula de farinha" em São Paulo, este tratou-se da falsificação do anticoncepcional *Microvlar*, notícia publicada por vários jornais, que agitou a opinião pública e exigiu uma nova providência do governo. Deste fato, resultou a criação da Lei nº. 9.695, que entrou em vigor no dia 21 de agosto de 1998, e alterou o artigo 223 do Código Penal, tratando da adulteração de produtos destinados a fins terapêuticos e medicinais. Esta Lei, em seu artigo primeiro, inseriu os itens VII – A e VII – B, ao artigo 1º da Lei de crimes hediondos. O primeiro item mencionado foi revogado, Tendo o segundo inserido a falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais dentro do rol dos crimes hediondos.

Este, em suma, foi o caminho percorrido pela lei de crimes hediondos, até os dias atuais. Passados aproximadamente dezessete anos após sua publicação, esta não demonstrou eficácia, embora esteja comprovado que as penas

nela cominadas são as mais altas já vistas na legislação brasileira. Ressalta-se, oportuno, que tal rigorismo na aplicação de pena em nada contribuiu para o aperfeiçoamento do sistema penal brasileiro, bem como inibiu a atuação dos criminosos, que continuam agindo e acreditando na impunidade que toma conta do país, não só nas classes sociais menos favorecidas, mais também na própria esfera governamental.

Na atualidade, os crimes classificados como hediondos são arrolados pela Lei nº. 8.072/90, com modificações decorridas das Leis 8.930/94 e 9.695/98, estando exposto da seguinte forma:

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:

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 § 2º e 3º);

V – Estupro (art. 213 e sua combinação com o art. 223, caput e § único);

VI – Atentado Violento ao pudor (art. 214 e sua combinação com o art. 223, caput e § único);

VII – Epidemia com resultado morte (art. 267, § 1º);

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

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

Assim, a lei de crimes hediondos definiu o crime hediondo no sistema penal, ou seja, enumerou-os de forma taxativa. Destarte, hediondo é tão somente aquele crime que independentemente das características de seu cometimento, da brutalidade do agente, ou do bem jurídico ofendido, estiver enumerado no artigo 1º desta lei.

É inquestionável a crítica que se faz ao sistema legal adotado pelo legislador ordinário que não se preocupou em traçar as linhas mestras da figura do criminoso. Optou este pela pura e simples rotulação de tipos preexistentes: o crime é hediondo porque faz parte do elenco enumerado na lei e não porque apresenta características próprias, devidamente delineadas.

De acordo com Evandro Lins e Silva (1998), Ex-ministro da Justiça e Ex-ministro do STF, desde da edição da Lei 8.072/90 tornaram-se freqüentes os apelos da opinião pública para o agravamento das penas, não faltando, naturalmente, parlamentares dispostos a tipificar novas condutas e hediondizar outros crimes. Cada fato traumatizante divulgado pela mídia dá origem a novos projetos de lei que pretendem endurecer a lei penal. Desta forma, os que acreditam neste tipo de solução jamais atentaram para o fato elementar de que nenhuma das condutas tipificadas como hediondas em 1990 experimentou qualquer redução. Na verdade, os resultados daquela lei se reduziram ao incremento da superpopulação carcerária, na medida em que dificultou de sobremaneira a concessão dos benefícios da progressão de regime. Acrescenta ainda o mesmo autor que:

Nenhum desses pregoeiros da repressão jamais se alistou entre os que estão pensando na prevenção dos delitos, no atendimento aos menores abandonados, na criação de condições sócio-econômicas que impeçam a geração de novos delinqüentes. Consciente ou inconscientemente estão contribuindo para inculcar na população a falsa noção de que a cadeia, quanto mais tenebrosa, mais eficiente para o combate à criminalidade.

2.3 Proibição de Progressão de Regime.

Desde a edição da controvertida Lei 8.072, no início da década de 90, discutiu-se acerca da constitucionalidade de seu artigo 2º, parágrafo 1º, que ao

determinar o regime integralmente fechado para o cumprimento da pena imposta pela prática de crime nela previsto, acabou por inviabilizar a progressão de regime prisional.

Assim a Lei nº. 8.072/90 descrevia em seu artigo 2º, parágrafo 1º que: A pena por crime previsto neste artigo será cumprida integralmente em regime fechado.

Afirma-se que a referida lei é incoerente, porque ao passo que desconsidera o princípio da individualização da pena e impõe o regime integralmente fechado, admite no artigo 5º o livramento condicional.

Para Alexandre de Moraes (2005, p. 74), a obrigatoriedade do cumprimento de regime prisional integralmente fechado não vai de encontro ao princípio constitucional da Individualização da pena, uma vez que trata de matéria a ser regulada por lei ordinária. O mesmo afirma:

Assim, da mesma forma como o legislado ordinário tem a discricionariedade para a criação de regime de cumprimento de pena, bem como de hipóteses de progressão e regressão ente os diversos regimes prescritos, poderá também instituir algumas hipóteses em que a progressão estará absolutamente vedada.

Contudo, segundo o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, diante da inobservância ou entendimento do próprio juízo em relação a proibição de progressão de regime prisional em matéria de crime hediondo, concomitantemente a falta de manifestação da acusação em relação a apreciação no caso concreto, e conseqüentemente o trânsito em julgado de sentença proferida e não contestada, garante-se ao condenado o direito a progressão de regime, em virtude de se constituir coisa julgada material. Neste sentido:

EMENTA: HABEAS CORPUS – SENTENÇA CONDENATÓRIA – CRIME HEDIONDO – ART.12, DA LEI Nº. 6.368/76 – TRÂNSITO EM JULGADO –

INDICAÇÃO DE REGIME INICIAL FECHADO – PRETENDIDA PROGRESSÃO - OBTENÇÃO DE SAÍDAS TEMPORÁRIAS – INDEFERIMENTO – CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO – ORDEM DEFERIDA.

Tem direito à progressão de regime e saídas temporárias o réu condenado pela prática de crime hediondo, se a sentença estabeleceu regime inicial para cumprimento da pena, quando um único era previsto, contra a lei, transitando livremente em julgado, sem recurso da acusação.

Não é possível alterar-se título judicial à execução, sob pena de afronta à coisa julgada.

2.4 Crimes hediondos e os pactos internacionais ratificados pelo Brasil.

A Carta Política brasileira, em seu artigo 5º, incisos III e XLVII, b, garante a todos os brasileiros e estrangeiros residentes no País, que:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

III - ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante;

(...)

XLVII - não haverá penas:

b) de caráter perpétuo;

Além disso, no mesmo artigo, o seu § 2º, do mesmo artigo, versa o seguinte:

Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

Os direitos citados são de suma importância para o presente estudo. O parágrafo acima citado abre caminho para os tratados internacionais ratificados pelo Brasil e, dentre estes, os tratados referentes aos Direitos humanos.

Nesta área, o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e o Pacto de São José da Costa Rica representam os principais tratados ratificados pelo Brasil.

O Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos foi adotado pela Resolução número 2.200-A da Assembléia Geral das Nações Unidas, em 16 de dezembro de 1966. No Brasil foi aprovado pelo Decreto Legislativo nº. 226, publicado em 13 de dezembro de 1991. Após, foi ratificado em 24 de janeiro de 1992 e promulgado pelo Decreto nº. 592, publicado em 7 de julho de 1992, quando entrou em vigor. Este decreto em seu artigo 1º versa o seguinte: O Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, apenso por cópia ao presente Decreto, será executado e cumprido tão inteiramente como nele se contém.

Não obstante, o artigo 7º do referido pacto determina que ninguém poderá ser submetido a tortura, nem a penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes. Será proibido, sobretudo, submeter uma pessoa, sem seu livre consentimento, a experiências médicas ou científicas.

Além deste, em 22 de novembro de 1969, em San José de Costa Rica, foi adotada pela Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, a Convenção Americana de Direitos Humanos, chamada de Pacto de San José da Costa Rica. Este pacto foi assinado pelo Brasil em 25 de setembro de 1992 e promulgado pelo decreto nº. 678, publicado em 09 de novembro de 1992, quando entrou em vigor.

Ao promulgar este tratado, o referido decreto, em seu artigo 1º, determinou o seguinte:

A Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), celebrada em São José da Costa Rica, em 22 de novembro de

1969, apensa por cópia ao presente Decreto, deverá ser cumprida tão inteiramente como nela se contém.

Assim, também em vigor em nosso país, o referido pacto garante o seguinte:

Artigo 5º - direito à integridade pessoal; 2 - Ninguém deve ser submetido a torturas, nem a penas ou tratos cruéis, desumanos ou degradantes. Toda pessoa privada de liberdade deve ser tratada com o respeito devido à dignidade inerente ao ser humano; 6 - as penas privativas de liberdade devem ter por finalidade essencial a reforma e a readaptação social dos condenados.

Diante destes compromissos assumidos pelo Brasil em preservar os direitos humanos, o regime integralmente fechado encontram-se em total desacordo com os mesmos, uma vez que ambos ferem a dignidade humana por trancafiarem os apenados por um longo período sem concederem a estes benefícios proporcionais a sua ressocialização.

Garantir o regime integralmente fechado afronta às posições tomadas pela Justiça Federal, em relação à progressão de regimes para os condenados pelo crime hediondo de tráfico internacional de entorpecentes, que são de sua competência. Nestes casos, são várias as jurisprudências que confirmam como revogado tacitamente o parágrafo 1º, do artigo 2º da Lei de Crimes Hediondos. Como exemplo, posição tomada pelo Tribunal Regional Federal da Terceira Região, onde a mesma informa que: Concede-se de ofício ordem de habeas corpus aos réus para autorizar a progressão do regime prisional, nos termos do artigo 33, § 2º, do Código Penal e do artigo 112 da Lei nº. 7.210/84. Cabendo ao juízo das execuções penais examinará quando e se os condenados preenchem os requisitos concretos.

O artigo 2º, § 1º, da Lei nº. 8072/90 foi revogado pelo artigo 7º do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, que foi ratificado pelo Brasil, em 24 de janeiro de 1992. Desta forma, constitui tratamento cruel a um condenado submetê-

lo, integralmente, durante o cumprimento da sanção, a regime mais gravoso, excluindo a possibilidade de, pelo mérito, demonstrar que faz jus à progressão prisional.

Diante disso, me posiciono no sentido de que a impossibilidade de progressão de regime, e, por analogia, o livramento condicional extraordinário, foram revogados tacitamente quando da ratificação do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e do Pacto de São José da Costa Rica. Esta afirmação se dá porque ambos os pactos garantem que ninguém deve ser submetido a torturas, nem a penas ou tratos cruéis, desumanos ou degradantes. Além disso, a mesma impossibilidade de progressão de regime também age contra outro compromisso assumido no segundo Pacto, de que as penas privativas de liberdade devem ter por finalidade essencial a reforma e a readaptação social dos condenados.

2.5 Inconstitucionalidade da vedação da Progressão de Regime e Controle Difuso da Constitucionalidade.

O principal fundamento para os defensores da tese da inconstitucionalidade era a inobservância pela norma impugnada do princípio da individualização da pena, esculpido no inciso XLVI do artigo 5º da Constituição da República de 1988. Sinteticamente, alegava-se que o legislador não poderia de forma genérica subtrair do órgão judiciário a possibilidade de fixar o regime de cumprimento de pena que melhor se adequasse a cada caso concreto.

Já para Fábio Galindo Silvestre (2006), quando da fixação do regime de cumprimento de pena, o legislador estipulou critérios que, uma vez presentes,

determinam o regime penal. Assim, criam-se grupos de condenados, que em virtude de encontrarem-se na mesma situação fática, recebem o mesmo regime de cumprimento de pena. A fixação de pena em patamar elevado ocorre única e exclusivamente porque o agente, agindo dentro de seu livre arbítrio, decidiu violentar os bens jurídicos mais caros à sociedade. Por tal razão, merece tratamento penal mais rigoroso. É o chamado caráter retributivo da pena, que é inegável e sempre caminha com a humanidade desde o surgimento das primeiras sociedades. A lógica é perfeita e inexorável: a depender da gravidade do crime, dependerá a severidade da sanção e do tratamento penal. Afirma Silvestre (2006) que:

O equívoco não está na Lei dos Crimes Hediondos, quando estabelece tratamento penal mais rigoroso e impõe o regime integralmente fechado. O equívoco está na estrutura do Estado, especialmente do Poder Executivo, e na elaboração das Políticas Públicas de Segurança, que se esquecem, por completo, dos apenados.

Em sentido contrário, Érick M. Felício (2004), defendendo a tese da inconstitucionalidade do artigo 2º, parágrafo 1º da Lei de Crimes hediondos, diz que a forma que se atende ao princípio da individualização da pena na execução penal esta expressamente contido no artigo 112, caput, da Lei nº. 7.210/84, e recepcionada pela CF/88, perseguindo desta forma a ressocialização e reintegração do condenado ao meio que o gerou, respeitando impreterivelmente o sistema prisional progressivo.

No mesmo sentido Alberto Silva Franco (1994) ensina que o sistema progressivo é fundamental para a individualização da pena e ressocialização do condenado e, complementa o seguinte:

Excluir, portanto, o sistema progressivo da fase de execução é impedir que se faça valer, nessa fase, o princípio constitucional da individualização. Além disso, a "exclusão do regime progressivo de cumprimento de pena

confita com o princípio da humanidade da pena que, na expressão de Jeschck se converteu no pensamento reitor da execução penal.

A Pena executada com um único e uniforme regime prisional significa pena desumana porque inviabiliza um tratamento penitenciário racional e progressivo; deixa o recluso sem esperança alguma de obter a liberdade antes do termo final do tempo de sua condenação e, portanto, não exerce nenhuma influência psicológica positiva no sentido de seu reinserimento social; e, por fim, desampara a própria sociedade na medida em que devolve o preso a vida societária após submetê-lo a um processo de reinserção às avessas, ou seja, a uma verdadeira dessocialização.

O Marco histórico da decisão sobre a inconstitucionalidade ou constitucionalidade da progressão de regime ocorreu no dia 18 de dezembro de 1992, quando o Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal, julgando o Habeas Corpus nº. 69657/SP, proferiu decisão afirmando a constitucionalidade do §1º, do artigo 2º da Lei 8.072/90. Vejamos a ementa do aresto:

HABEAS CORPUS. LEI DOS CRIMES HEDIONDOS. PENA CUMPRIDA NECESSARIAMENTE EM REGIME FECHADO. CONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 2. PAR. 1. DA LEI 8072. TRAFICO ILICITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO, ONDE O ARTIGO 2. PAR. 1. DA LEI 8072, DOS CRIMES HEDIONDOS, IMPÕE CUMPRIMENTO DA PENA NECESSARIAMENTE EM REGIME FECHADO. NÃO HÁ INCONSTITUCIONALIDADE EM SEMELHANTE RIGOR LEGAL, VISTO QUE O PRINCÍPIO DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA NÃO SE OFENDE NA IMPOSSIBILIDADE DE SER PROGRESSIVO O REGIME DE CUMPRIMENTO DA PENA: RETIRADA A PERSPECTIVA DA PROGRESSÃO FRENTE A CARACTERIZAÇÃO LEGAL DA HEDIONDEZ, DE TODO MODO TEM O JUIZ COMO DAR TRATO INDIVIDUAL A FIXAÇÃO DA PENA, SOBRETUDO NO QUE SE REFERE A INTENSIDADE DA MESMA. HABEAS CORPUS INDEFERIDO POR MAIORIA.

Anos após, no dia 08 de abril de 1997, surgia novo fundamento para os defensores da tese da possibilidade de progressão de regime para os condenados pela prática de crime hediondo e equiparados. Na referida data, foi publicada a Lei nº. 9.455/97, que definia os crimes de tortura e dava outras providências, dentre as quais destacou-se a prevista no §7º de seu artigo 1º, que possibilitava ao condenado por crime nela previsto iniciar o cumprimento da pena em regime fechado, admitindo, portanto, a progressão de regime, *in verbis*:

Art. 1º (...).

§ 7º O condenado por crime previsto nesta Lei, salvo a hipótese do § 2º, iniciará o cumprimento da pena em regime fechado.

Logo surgiram vozes afirmando que a referida norma havia derogado o §1º do artigo 2º da Lei 8.072/90, sob a alegação de que a tortura é prevista na Constituição como crime equiparado ao hediondo, não havendo razão para se admitir o tratamento diferenciado para casos tão semelhantes. Desta forma, prevê o artigo 5º da CF/88, *in verbis*:

Art. 5º (...).

XLIII - a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem;

Novamente, o Supremo Tribunal Federal posicionou-se contrariamente à possibilidade de concessão da progressão de regime de cumprimento de pena aos condenados pela prática de crimes hediondos, afirmando que o § 7º do artigo 2º da Lei 9.455/97 não se aplicava aos crimes hediondos. Vejamos:

DIREITO CONSTITUCIONAL, PENAL E PROCESSUAL PENAL. CRIME DE LATROCÍNIO. REGIME DE CUMPRIMENTO DE PENA: INTEGRALMENTE FECHADO. INAPLICABILIDADE DA LEI Nº. 9.455, DE 07.04.1997, À HIPÓTESE.

1. A Lei nº. 9.455, de 07.04.1997, no parágrafo 7º do art. 1º, estabeleceu que, nos casos de crime de tortura, o cumprimento da pena se inicie no regime fechado.

2. Tal norma não se aplica aos demais crimes hediondos, de que trata a Lei nº. 8.072, de 26.7.1990 (art. 1º), e cuja pena se deve cumprir em regime integralmente fechado (art. 2º, parágrafo 1º), inclusive o de latrocínio, como é o caso dos autos.

3. Não há inconstitucionalidade na concessão de regime mais benigno, no cumprimento de pena, apenas inicialmente fechado, para o crime de tortura. E se inconstitucionalidade houvesse, nem por isso seria dado ao Poder Judiciário, a pretexto de isonomia, estender tal benefício aos demais crimes hediondos, pois estaria agindo desse modo, como legislador positivo (e não negativo), usurpando, assim, a competência do Poder Legislativo, que fez sua opção política.

4. Por outro lado, já decidiu o Plenário do STF, no julgamento do "H.C." nº. 69.657, que não é inconstitucional o parágrafo 1º do art. 2º da Lei nº. 8.072/90, quando impõe o regime integralmente fechado, no cumprimento de penas por crimes hediondos, nela definidos.

5. "H.C." indeferido, por maioria, nos termos do voto do Relator. (HC 76371 / SP, julgado pelo Tribunal Pleno em 25/03/1998)

Apesar do posicionamento nos tribunais estaduais e no Superior Tribunal de Justiça contra a posição adotada pela Suprema Corte, o entendimento que prevaleceu foi o da constitucionalidade do dispositivo em questão.

Este era o panorama do tema progressão de regime de cumprimento de pena para os condenados pela prática de crime hediondo até o dia 23 de fevereiro de 2006. Nesta ocasião aproveitando a composição dos três recém-chegados ministros, César Peluzo, Carlos Ayres Britto e Eros Roberto Grau, a tese capitaneada pelo polêmico ministro Marco Aurélio Mello obteve o respaldo, além dos ministros acima mencionados, dos Ministros Sepúlveda Pertence e Gilmar Mendes, sagrado-se vencedora no Pretório Excelso. Resistiram os ministros: Carlos Velloso, Néelson Jobim, Celso de Melo, Joaquim Barbosa, e a ministra Ellen Gracie. Quatorze anos após afirmar a constitucionalidade do §1º do artigo 2º da Lei 8.072/90, o Supremo Tribunal Federal, após alteração na composição de seus ministros, reviu sua jurisprudência sobre o tema.

No julgamento do Habeas Corpus nº. 82959/SP, o Tribunal Pleno da Suprema Corte brasileira, por maioria de votos, decidiu pela inconstitucionalidade do §1º do artigo 2º da Lei 8.072/90, permitindo a progressão do regime de cumprimento de pena a condenado pela prática de crime hediondo. Vejamos:

PENA - REGIME DE CUMPRIMENTO - PROGRESSÃO - RAZÃO DE SER.
A progressão no regime de cumprimento da pena, nas espécies fechado, semi-aberto e aberto, tem como razão maior a ressocialização do preso que, mais dia ou menos dia, voltará ao convívio social.
PENA - CRIMES HEDIONDOS - REGIME DE CUMPRIMENTO - PROGRESSÃO - ÓBICE - ARTIGO 2º, § 1º, DA LEI Nº. 8.072/90 - INCONSTITUCIONALIDADE - EVOLUÇÃO JURISPRUDENCIAL. Conflita com a garantia da individualização da pena - artigo 5º, inciso XLVI, da Constituição Federal - a imposição, mediante norma, do cumprimento da pena em regime integralmente fechado. Nova inteligência do princípio da

individualização da pena, em evolução jurisprudencial, assentada a inconstitucionalidade do artigo 2º, § 1º, da Lei nº. 8.072/90.

Após o dia 23 de fevereiro de 2006, data do julgamento do Habeas Corpus mencionado, a matéria foi pacificada no Supremo, que passou a decidir de maneira uniforme pela inconstitucionalidade do dispositivo em comento, no que foi seguido pelos Ministros do Superior Tribunal de Justiça.

Mas, decidida a questão da inconstitucionalidade pela mais alta corte do país, passou-se a outra discussão, agora acerca dos efeitos que a decisão proferida em sede de controle difuso de constitucionalidade poderia vir a ter sobre os demais órgãos do Poder Judiciário.

O controle Difuso da constitucionalidade, também conhecido como controle por via de exceção ou defesa, constitui uma das formas de controle repressivo realizado pelo Poder Judiciário, caracteriza-se pela permissão que é conferida a todo e qualquer Juiz ou Tribunal de avaliar, no caso concreto, a análise sobre a compatibilidade do ordenamento jurídico com a Constituição. Discricionariedade que é conferida pela CF de 1988, em seu artigo 97:

Art. 97. Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público.

Alexandre de Moraes (2001, p. 577), comentando o instituto esclarece que:

Na via de exceção, a pronúncia do Judiciário, sobre a inconstitucionalidade, não é feita enquanto manifestação sobre o objeto principal da lide, mas sim sobre questão prévia indispensável ao julgamento do mérito. Nesta via, o que é outorgado ao interessado é obter a declaração de inconstitucionalidade somente para o efeito de isentá-lo, no caso concreto, do cumprimento da lei ou ato produzido em desacordo com a Lei Maior. Entretanto, este ato ou lei permanecem válidos no que se refere à sua força obrigatória com relação a terceiros.

O artigo 102, I, a, da Constituição Federal estabelece que:

Art. 112. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

I - processar e julgar, originalmente:

a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal.

Tendo a maioria absoluta como requisito formal, pode o Supremo Tribunal Federal, no caso concreto, incidentalmente, declarar a inconstitucionalidade, sem vinculação aos casos análogos, em virtude de só gerar efeitos entre as partes. A partir deste momento, comunicará oficialmente o Senado Federal, para que este nos termos do artigo 52, X, da CF de 88, suspenda a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão do STF.

Verificando o que seria esse controle difuso, passemos agora a analisar a relação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade em matéria de Crimes hediondos, se sua eficácia seria estritamente entre as partes, ou se em virtude da abrangência ou relevância do assunto, dada existência de grande número de casos análogos, seus efeitos se estenderiam para todos? Respondendo a esta indagação, Mário Helton Jorge (2006) citando a doutrina do professor José Carlos Barbosa Moreira, ao comentar a arguição de relevância, aponta as seguintes situações que a configurariam a eficácia *erga omnes* em sede de controle difuso da constitucionalidade:

I – Decisão capaz de influir concretamente, de maneira generalizada, em grande quantidade de casos;

II - Decisão capaz de servir à unidade e ao aperfeiçoamento do direito;

III - Decisão que tenha imediata importância jurídica ou econômica para círculo mais amplo de pessoas e para mais extenso território da vida pública;

IV - No sentido de corrigir o ordenamento positivo ou de lhe suprimir lacunas.

No mesmo sentido, Luiz Flávio Gomes (2006) diz:

Da abstrativização do controle difuso de constitucionalidade: o STF reconheceu a inconstitucionalidade do § 1º, do art. 2º, da Lei 8.072/1990 (lei dos crimes hediondos) num caso concreto. Logo, de acordo com a clássica doutrina, essa decisão não tem (ou não teria) efeito *erga omnes* (frente a todos), sim, somente *inter partes*. Mas convém sublinhar que esse assunto está ganhando uma nova dimensão dentro do STF e é bem provável que chegaremos em breve à conclusão de que, em alguns casos, do controle difuso de constitucionalidade deve também emanar eficácia *erga omnes* e vinculante (o fenômeno já está recebendo o nome de controle difuso abstrativizado) (...).

Porém, diversos tribunais estaduais entenderam que a decisão proferida no Habeas Corpus nº. 82959 não dispunha de efeito *erga omnes* e continuaram a decidir pela impossibilidade da progressão de regime de cumprimento de pena aos condenados pela prática de crime hediondo.

O Supremo Tribunal Federal, por sua vez, no julgamento da Reclamação nº. 4335 aforada em 19 de abril de 2006 indicava que a decisão proferida no Habeas Corpus nº. 82959 contava, com efeito, *erga omnes*, tendo deferido o pedido de liminar formulado na referida reclamação, para que fosse sua decisão observada por órgão do Judiciário.

Afastou-se na espécie a alegação de inexistência de decisão do STF cuja autoridade deva ser preservada, reputando ser legítimo entender que, atualmente, a fórmula relativa à suspensão de execução da lei pelo Senado há de ter simples efeito de publicidade, ou seja, se o STF, em sede de controle incidental, declarar, definitivamente, que a lei é inconstitucional, essa decisão terá efeitos gerais, fazendo-se a comunicação àquela Casa legislativa para que publique a decisão no Diário do Congresso. Concluiu, assim, que as decisões proferidas pelo juízo reclamado desrespeitaram a eficácia *erga omnes* que deve ser atribuída à decisão do STF no HC 82959/SP. (Informativo Supremo Tribunal Federal número 455, de 5 a 9 de fevereiro de 2007)

Entretanto, no dia 29 de março de 2007, antes que a Suprema Corte pudesse julgar o mérito da apontada reclamação, foi publicada em edição extra do Diário Oficial da União a Lei nº. 11.464, que alterou a redação do art. 2º da Lei nº. 8.072/90, passando a prever expressamente em seu novo §1º a possibilidade de progressão de regime de cumprimento de pena aos condenados pela prática de crimes hediondos, acabando a discussão relativos a amplitude e efeitos da Lei de Crimes Hediondos.

CAPÍTULO 3 PROGRESSÃO DE REGIME PRISIONAL NA LEI Nº. 11.464/07.

A realidade brasileira aponta para um quadro de descontrole social frente ao crescimento da violência nos grandes centros urbanos e o seu deslocamento para as cidades do interior, em especial atenção nas cidades de São Paulo e no Rio de Janeiro.

Tal quadro é agravado por uma política minimalística de segurança pública nacional que de forma equivocada procura punir o condenado, mais que ignora de maneira sistêmica os fatores imediatos para o surgimento do crime dentro de uma visão macrosociológica.

Não bastasse esta crescente onda de criminalidade, no dia 07 de fevereiro de 2007, a morte brutal do menino João Hélio, uma criança de 6 anos de idade, provocou uma profunda comoção social e reabriu a discussão sobre a severidade que deve ser atribuída aos crimes definidos como hediondos, bem como a redução da maioridade penal, como forma de se evitar a impunidade dos menores. A entrevista realizada com a família do menor morto deixa claro a sua indignação e reivindicação por mudanças na legislação penal brasileira. Veja reportagem publicada no periódico on-line do jornal Estado de São Paulo:

RIO DE JANEIRO - Vítima de um crime que chocou o País, a família de João Hélio Fernandes, de 6 anos, que ficou preso ao cinto de segurança e foi arrastado por sete quilômetros pelos assaltantes, deflagrou uma cruzada pela fixação de penas mais severas a menores criminosos. Em entrevista que foi ao ar neste domingo no Fantástico, da TV Globo, a mãe do menino, Rosa Cristina Fernandes, defendeu a criação de uma legislação específica para Estados mais violentos, como o Rio. A irmã de João, Aline, de 14 anos, pede em carta à população brasileira a adesão ao abaixo-assinado pela redução da maioridade penal.

Rosa lembrou do momento em que o crime aconteceu. Ela conta que voltava para casa na mesma via que estava acostumada diariamente. Segundo ela, no sinal já havia um ou dois carros parados à sua frente. Foi quando dois homens correram em direção a seu carro e a abordaram. Rosa

pediu calma aos bandidos, pois João ainda estava preso pelo cinto, e entregou tudo o que tinha, pois já havia sido assaltada e não queria correr riscos.

A descrição da mãe de João é chocante: "Aí ele: 'Vai logo, sua vagabunda'. Bateu a porta, entrou no carro e arrancou", afirmou Rosa. Ela lembra que a porta traseira ainda estava aberta enquanto ela tentava retirar o seu filho. "Nessa hora em que ele me xingou, ele me empurrou bateu a porta. Eu ainda tentei levantar o cinto, não consegui porque ele arrancou". Quando a mãe de João começou a correr atrás do carro, ela lembra que só pensava numa coisa. "Eu sabia que era uma situação difícil. Comecei a rezar, rezar por um milagre."

Ela tentou se controlar durante toda a entrevista, mas a tristeza e o inconformismo eram patentes. "Não pode. Tem que acabar, tem que acabar. Tem que mudar a legislação. O Rio de Janeiro é um caso específico. Os Estados mais violentos têm de ter legislação específica. Se os menores de 18 anos cometem crimes bárbaros, eles têm, sim, de ser punidos. Não pode só ficar três anos, para daqui a três anos matar outro João. Eles não têm coração, não tem, não tem", disse emocionada Rosa Cristina.

Durante a entrevista, concedida à jornalista Fátima Bernardes, foi lido um trecho da carta de Aline, irmã de João, na qual ela pede consciência aos políticos. "Tenho 14 anos e estou péssima. Minha família está sem chão, o Rio emocionado e o Brasil revoltado", afirma ela. Ainda na carta, ela acrescenta que "o Brasil está em fúria, pena de morte não resolve. Eu desejo Justiça rigorosa e, para os políticos, eu peço consciência que é hora de mudar". Aline também agradece "de todo o coração" ao pai de Diego, um dos envolvidos no crime, que denunciou o próprio filho.

O pai de João, Elson Lopes Vieites, diz esperar que a morte de seu filho não fique em vão. E espera que "tudo o que vêm acontecendo ser visse para marcar uma fase de mudança no nosso País. Acho que realmente se houver essa mudança e se fosse marcada essa paz, porque coisas como essa não podem mais voltar a acontecer. As pessoas não podem sofrer como a gente está sofrendo".

Elson também contou que ainda é difícil dormir de noite e retornar à sua casa, que estava sendo reformada justamente para as crianças poderem ter mais espaço para brincar. A família está sendo acolhida pelo cunhado de Rosa.

Com a declaração de inconstitucionalidade da vedação da progressão de regime prisional em matéria de crimes hediondos, realizada em sede de controle difuso pelo Supremo Tribunal Federal, passou-se a admitir em virtude da amplitude da matéria posta em questão o referido instituto da progressão no cumprimento de pena nos crimes definidos como hediondos. Contudo, evolucionário entendimento provocou uma discussão acerca da necessidade de se adotar critérios que desde já não desfigura-se plenamente a finalidade da Lei nº. 8.072/90, o que justificou a criação de critérios próprios para a progressão na Lei nº. 11.464/07.

Mais uma vez, o legislador ordinário atendendo aos clamores sociais, cria uma lei, que a exemplo da própria Lei de Crimes Hediondos, vem promover a majoração no cumprimento da pena, com uma técnica legislativa precária e precipitada, muito suscetível a repercussão social.

3.1 Novos requisitos para progressão de regime.

No dia 29 de março de 2007 foi promulgada a Lei nº. 11.464, que introduziu significativa mudança em relação ao regime progressivo em matéria de crimes hediondos, retificando a hedionda vedação de progressão de regime na Lei nº. 8.072/90, consolidada pela decisão do Supremo Tribunal Federal no *Habeas Corpus* nº. 82.959-7.

Os critérios objetivos para a progressão de regime fixados por esta nova lei, quais seja, 2/5 (se for primário) e 3/5 (se for reincidente) criaram uma nova discussão doutrinária entre os que acreditavam que a Lei nº. 8.072/90 sempre foi impregnada pela a inconstitucionalidade, e os que forma contrária defendiam cegamente que a mesma lei não feria o princípio da individualização da pena, sendo, portanto, perfeitamente constitucional em relação a amplitude e eficácia desta lei no direito intertemporal.

Vale ressaltar neste momento que, segundo o princípio da Irretroatividade da lei penal mais severa (*novatio legis in pejus*), em hipótese nenhuma a lei, pode retroagir para prejudicar o réu. Tratando-se de lei penal de eficácia imediata, seus efeitos só poderiam abranger os casos vindouros a sua promulgação, ou seja, para os casos pretéritos vale os requisitos estabelecidos pela

Lei de Execução Penal para o cumprimento da pena, o decurso temporal de 1/6 da pena e o mérito do condenado.

Desta forma, a Lei nº. 11.464, de 29 de março de 2007, trouxe em sua contextualização a possibilidade da progressão de regime para os crimes definidos como hediondos e criou paralelamente novas regras para a concretização deste requisito objetivo. Tal fato justifica-se pela necessidade de dá um tratamento diferenciado a estes crimes, que diante da regra geral de 1/6 de cumprimento de pena da Lei de Execução Penal, constituiria uma grande injustiça social em relação aos demais crimes e uma descaracterização da própria finalidade da Lei de crimes hediondos. Vejamos o que diz a referida lei:

Art. 1º O art. 2º da Lei no 8.072, de 25 de julho de 1990, passa a vigorar com a seguinte redação:

Art. 2º (...)

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

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

Art. 2º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

A partir desta apresentação observa-se que além da concretização do critério subjetivo (mérito do condenado), com comprovação da ressocialização ou readaptação para a transferência de um regime mais duro para um mais flexível estabelecido pela Lei de Execução Penal, deverá ser suprimido o decurso temporal de 2/5 da pena, se for o apenado for primário, ou 3/5 da pena, se for reincidente. Vale ressaltar, aqui que a lei não faz nenhuma referência a qual tipo de reincidência está sendo tratada.

3.2 Retroatividade ou irretroatividade da Lei nº. 11.464/07.

Desde que a lei entra em vigor, até que cesse sua vigência, rege todos os fatos abrangidos pela sua destinação. Entre estes dois limites, entrada em vigor e cessação de sua vigência, pela revogação total ou parcial, situa-se sua eficácia. É o princípio *tempus regit actum*.

Desta forma temos no princípio da irretroatividade da lei penal a regra que norteia o conflito de leis penais no tempo, sem a qual não haveria nem segurança, nem liberdade na sociedade, sendo que sua vigência somente alcança o ordenamento jurídico em relação à lei mais severa.

O princípio da irretroatividade da lei mais gravosa constitui um direito subjetivo de liberdade, com fundamento no artigo 5º, XXXVI e XI da Constituição Federal. O primeiro inciso diz que a lei não prejudicará o direito adquirido. O segundo que a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu.

A lei penal que entra em conflito com a anterior pode apresentar as seguintes situações:

- a) a lei nova suprime normas incriminadoras anteriormente existentes (*abolitio criminis*).
- b) a lei nova incrimina fatos antes considerados lícitos (*novatio legis incriminadora*).
- c) a lei nova modifica o regime anterior, agravando a situação do sujeito (*novatio legis in pejus*).
- d) a lei modifica o regime anterior, beneficiando o sujeito (*novatio legis in melius*).

Em relação aos crimes hediondos é necessário que se defina, a esta altura, se o novo prazo para o cálculo da progressão de regime – 2/5 de pena cumprida, como regra, ou 3/5, se o condenado for reincidente – tem aplicação retroativa, para os crimes ocorridos antes de 29 de março de 2007, ou se só terá

aplicação para os crimes ocorridos a partir desta data, ficando os anteriores regidos pela regra geral de progressão de regime estabelecida no art. 112 da Lei de Execuções Penais (cumpridos 1/6 da pena).

Não é demais lembrar que a definição deste marco temporal se dá pela teoria da atividade, levando-se em conta o momento da ação, ainda que o resultado venha a se produzir posteriormente. Desta forma, lei penal incriminadora não tem efeito retroativo, o ato é regido pelo tempo que foi praticado, a teor do que dispõe o art. 4º do Código Penal.

Art. 4º - Considera-se praticado o crime no momento da ação ou omissão, ainda que outro seja o momento do resultado.

A resposta a esta indagação se obtém a partir do posicionamento a que anteriormente o observador se filiasse quanto à constitucionalidade da vedação à progressão de regime nos crimes hediondos e figuras equiparadas.

Para aqueles que entendiam que era inconstitucional vedar a progressão de regime em casos tais, só restava resolver a questão afastando a norma impeditiva e, até 29 de março de 2007, calcular a progressão a partir do cumprimento de 1/6 da pena, que era a única regra até então a disciplinar este cálculo (art. 112 da Lei de Execuções Penais). Neste passo, as novas regras quanto ao tempo de cumprimento de pena para progressão constituem-se em *novatio legis in pejus*, sendo vedada, por óbvio, sua aplicação aos fatos anteriores, na forma do art. 5º, XL, da Constituição Federal.

Já para aqueles que entendiam que estava em perfeita sintonia com a Constituição Federal, a vedação à progressão de regime nos crimes hediondos e figuras equiparadas, as novas regras constituem-se em *novatio legis in mellius*, eis que, num cenário de vedação à progressão de regime, passou-se a admiti-la, ainda

que com um tempo maior do que aquele utilizado para o cálculo nas outras espécies de infração penal. Não haveria nenhum problema, portanto, em exigir, para os crimes praticados antes da mudança legislativa, o cumprimento de 2/5 ou 3/5 da pena, conforme o caso, como requisito objetivo à progressão de regime, posto que tal exigência vem a substituir um quadro em que tal progressão era completamente vedada e, sendo assim, vem para melhorar a situação do réu.

Para corroborar com a posição que é sustentada no parágrafo antecedente, parti-se da premissa de que a decisão do Supremo Tribunal Federal, tomada no Habeas Corpus nº. 82.959, produziu efeitos somente em relação ao caso examinado, não gerando eficácia vinculante e, muito menos, efeito erga omnes. Para casos futuros não há qualquer dúvida, uma vez que já resolvidos pela alteração legislativa, porém para casos pretéritos, permanece a discussão, ficando os crimes anteriores, regidos ou não pela regra geral de progressão, cumpridos somente 1/6 da pena.

Para Eduardo Luiz Santos Cabette (2007), Não há outra conclusão a se chegar a não ser a de que o sistema da Lei 11.464/07, nesse contexto, surge como *novatio legis in pejus*, somente podendo ser aplicado aos casos posteriores à sua vigência. Os casos anteriores continuam regidos pela legislação mais benéfica que os regulava. E conclui:

Esta conclusão não implica necessariamente em admitir uma combinação de leis penais, ou seja, aplicar a parte benéfica da Lei 11.464/07 (progressão de regime) e manter o sistema da Lei de Execução Penal quanto ao requisito temporal de 1/6 para os casos pretéritos, conforme entendimento defendido por Gomes. Trata-se simplesmente de reconhecer que a progressão de regime já era um direito que apenas é formalmente ratificado pela nova lei. Antes esse mesmo direito decorria da invalidade da norma que impedia a progressão, agora segue corroborado pela reforma legislativa, de maneira que a única real alteração do quadro foi o regramento especial mais rigoroso do requisito temporal. Por isso ele não pode retroagir, enquanto a progressão apenas segue mais vigente e válida do que nunca, em respeito aos Princípios Constitucionais da humanidade e

da individualização das penas, e em homenagem a um penitenciarismo equilibrado e racional.

Para Rômulo de Andrade Moreira (2007), defensor da inconstitucionalidade da vedação de progressão de regime na Lei nº.8.072/90, somente aos autores de crimes hediondos e assemelhados cometidos após o dia 29 de março de 2007 caberá a exigência do cumprimento de 2/5 ou 3/5 da pena (se primário ou reincidente, respectivamente). Para os fatos praticados antes, prevalece a exigência contida no art. 116 da LEP, ou seja, 1/6 da pena.

De entendimento contrário Marcelo Lessa Bastos (2007) diz que essas novas regras, 2/5 (dois quintos) ou 3/5 (três quintos), conforme se trate de réu primário ou reincidente, respectivamente, ao invés de 1/6, que é a regra geral para os demais crimes, têm plena aplicação aos crimes hediondos e figuras equiparadas praticados antes da vigência da Lei nº. 11.464/07, posto que se constitui em *novatio legis in mellius* em relação ao sistema anterior, que, na redação original da Lei nº. 8.072/90 impunha o regime integralmente fechado ao cumprimento da pena por crime hediondo ou figura equiparada.

A conclusão anterior deste autor se baseia na afirmação de que era perfeitamente constitucional a norma que impunha o regime integralmente fechado para o cumprimento das penas oriundas de crimes hediondos ou figuras equiparadas, já que toca à lei a regular a individualização da pena, nos exatos termos do art. 5º, XLVI, da Constituição Federal. E também na afirmação de que a decisão do Supremo Tribunal Federal, tomada no julgamento do *Habeas Corpus* nº. 82.959, produziu somente efeitos no caso concreto e não *erga omnes* ou, muito menos, eficácia vinculante.

Uma terceira alternativa é oferecida, de forma equivocada, por Renato Marcão (2007), entende ele, ao mesmo tempo, que era constitucional a vedação à

progressão de regime da redação primitiva da Lei de Crimes Hediondos e que a decisão tomada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do Habeas Corpus nº. 82.959-7 produz efeitos erga omnes, independente de vir ou não a Súmula Vinculante, propõe que a aplicação retroativa se dê com limites, somente para os crimes ocorridos antes de 23 de fevereiro de 2006, data do julgamento do referido *Habeas Corpus*. Para os crimes ocorridos entre 23 de fevereiro de 2006 e 28 de março de 2007, sustenta que não caberia aplicar retroativamente as novas regras, as quais só voltariam a reger os crimes praticados a partir de 29 de março de 2007, data da vigência da nova Lei, ficando aquele período intermediário governado pelas regras de progressão da Lei de Execução Penal (1/6 da pena cumprida). Propõe Renato Marcão uma incompreensível hipótese na regência dos fatos criminosos pelas novas regras de progressão.

3.3 Repercussão Geral da matéria.

A Lei nº. 11.464/07 trouxe uma nova realidade no contexto jurídico em matéria de Crimes Hediondos ao ratificar a progressão de regime prisional como uma garantia fundamental ao condenado para a sua ressocialização e reinserção ao convívio social.

Observa-se que há uma resistência dos juizes singulares em conceder a progressão de regime prisional nos moldes da Lei de Execução Penal em relação aos casos pretéritos à vigência da Lei nº. 11. 464/07. O entendimento que ainda prevalece é que a declaração de inconstitucionalidade proferida em sede de controle difuso no *habeas corpus* nº. 82.959-7 em hipótese alguma gerou efeitos *erga omnes*,

bem como o fato de que da criação da Lei nº. 11. 464/07 representa a transição de estágio temporal onde havia veementemente proibição de progressão de regime, justificando assim a plena eficácia desta lei em relação aos casos pretéritos.

Sendo assim, é necessário um posicionamento do Supremo Tribunal Federal para delimitar a amplitude desta nova lei para evitar desde já, decisões afastadas do real sentido da lei. Uma vez que seja reconhecida eficácia vinculante e efeitos *erga omnes* à decisão tomada no julgamento do *Habeas Corpus* nº. 82.959-7, a consequência disto é o afastamento imediato da norma que vedava a progressão de regime, com o resgate também imediato do instituto da progressão, na sua única disciplina até então existente (1/6 de pena cumprida), o que, por se tratar de norma mais benéfica, é imperioso que retroaja.

Com essa nova realidade trazida pela Lei 11.464/07 não se pode permitir uma interpretação distanciada da Base Constitucional, no sentido de que as regras maléficas alcancem indistintamente aqueles que assim não deveriam ser tratados ou considerados e que a regra benéfica só possa ser adotada se trazer o juízo da severidade.

Para os crimes hediondos verificados antes da vigência da lei nova, o regime dever ser o inicialmente fechado, possibilitando a progressão pelo advento de 1/6 e demais requisitos previstos na LEP, enquanto que a exigência do estágio peremptório 2/5 para os primários e 3/5 para os reincidentes, só será tolerável se o fato criminoso tiver ocorrido a partir da entrada em vigor do novo texto legal.

É impossível achar que a criação de uma lei é a resposta definitiva para solucionar todas as necessidades de uma sociedade e controlar eficientemente a violência. O fato não está na imediata eficácia da legislação penal, mas sim, e principalmente, na adoção de uma política social mais justa e uma sociedade mais

equilibrada, onde o condenado não é tido como um mero inimigo do Estado, estigmatizado e rotulado permanentemente.

A violência que assola a sociedade é reflexo de uma política de segurança pública e social desordenada, mascarada pelo populismo político-eleitoreiro, que sobre o uso de uma retórica barata, dá a sociedade a falsa idéia de um controle social formal eficiente e concomitantemente capaz de oferecer segurança e justiça social. Desta forma, o Direito Penal estatal surge, a princípio, como um instrumento de controle da criminalidade, mas o que efetivamente observa-se é uma segregação social, ou melhor, uma marginalização das camadas mais pobres, revelando que o mesmo tem em sua origem a finalidade de controle da "massa", representando fielmente os interesses de uma pequena elite, em detrimento das necessidades da coletividade.

Mas será que não existe uma explicação para tanta segregação? A resposta desta indagação é sempre afirmativa. É necessário manter um sistema, um comércio cada vez mais lucrativo e afastar do convívio social as pessoas que insistentemente não se adequam as instituições e ao democrático mundo do direito, onde todos são aparentemente iguais perante a lei.

As prisões constituem hoje um mal necessário. Contudo, sua origem nunca esteve tão associada a um fator econômico. Cada instituição penitenciária representa de alguma forma lucro para um determinado grupo. Cabe aqui elucidar que os condenados assumiram um verdadeiro status de agente econômico, cumprindo de certa forma uma função social, qual seja, geradora de dividendos para entidades privadas (empregos diretos e indiretos). Exemplos disto e a terceirização das atividades administrativas e o fornecimento de alimentação.

O sistema penal é seletivo e estigmatizante, reproduzindo e aprofundando as desigualdades sociais. O que se constata do caráter criminógeno da prisão é sua ineficácia como instrumento ressocializador, além do seu alto custo social e financeiro.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A vigente Lei de Execução Penal brasileira é tida como sendo de vanguarda, e seu espírito filosófico se baseia na efetivação da execução penal como forma de preservar os bens jurídicos e de reincorporar o homem que praticou um delito à comunidade.

A Lei de Execução Penal prevê em seu artigo 112 o cumprimento progressivo da pena, pela concretização de requisitos (objetivo e subjetivo) e constitui uma das formas para se auferir a capacidade de ressocialização. Sendo assim, a progressão de regime constitui um direito objetivo e uma garantia para o condenado

No que diz respeito aos crimes hediondos, sua fundamentação jurídica está no artigo 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e apoia-se na política criminal denominada movimento da lei e da ordem, que defendia que estes crimes deveriam ser tratados com mais severidade pela estrutura repressiva do Estado.

Em análise ao processo legislativo da lei de crimes hediondos (Lei nº. 8.072/90), concluiu-se que esta lei foi como tantas outras, aprovada às pressas, sem uma análise extensiva por parte dos legisladores, que o fizeram em um momento de clamor popular pela diminuição da criminalidade. Por outro lado, sob o ponto de vista jurídico, evidencia-se um fracasso, por contrariar, em certos artigos e ou incisos, toda a história da pena, ignorando os princípios fundamentais constitucionais relacionados à pena, como os princípios da individualização, da proporcionalidade e da humanidade. Sendo assim, não restam dúvidas que a progressão de regime é parte integrante da individualização da pena, e que o cumprimento da pena, em

regime inteiramente fechado, afronta a finalidade da pena que visa a readaptação social.

Desta forma, a aprovação da Lei nº. 11.464/07 constituiu uma interpretação evolutiva do direito, já que esta ratifica expressamente o princípio da individualização da pena através da progressividade do cumprimento da pena restritiva de liberdade.

Cientes de que o mais importante princípio constitucional é o princípio da individualização, nos reportamos a Carta Magna, que é clara ao garantir que "a lei regulará a individualização da pena".

Diante desta máxima determinação constitucional e considerando que no ordenamento jurídico brasileiro, a Constituição Federal é hierarquicamente superior a todo o restante da legislação, nos resta concluir pela inconstitucionalidade da impossibilidade de progressão de regimes para os condenados por crimes hediondos. A Lei de Crimes Hediondos ao determinar o regime integralmente fechado aos condenados por estes crimes não estava regulando este direito fundamental e sim o vedando.

A presente abordagem fundamentou-se pela certeza de que o regime integralmente fechado para os condenados por crimes hediondos é inconstitucional e fere os pactos internacionais relativos a direitos humanos, transformando-se, pois, em agressões a aspectos principiológicos que devem reger o Estado Democrático de Direito.

Portanto, diante das razões até aqui sustentadas, pode-se ter como conclusão que com o advento da Lei nº. 11.464/07 houve um avanço significativo no que diz respeito a um tratamento jurídico mais racional em relação aos condenados por crimes hediondos. Sendo assim, esta lei constitui em relação a vedação da

progressão de regime da Lei nº. 8.072/90, *novatio legis in mellius* e, deverá retroagir para beneficiar o réu, acabando com a discussão relativa sobre os efeitos da declaração de inconstitucionalidade em sede de controle difuso por parte do Supremo Tribunal Federal no *habeas corpus* nº. 82.959-7.

Dada à proposta inicial da Lei de Crimes Hediondos que era combater de forma mais rígida os condenados por estes crimes, entendeu-se ser perfeitamente constitucional a fixação de critérios próprios para a progressão de regime no tocante ao tempo de cumprimento da pena de crimes considerados hediondos e, desta forma, não há ofensa ao princípio da individualização da pena, amoldando-se a vontade constitucional de estipular um tratamento diferenciado para os condenados por estes crimes.

Em observância ao Princípio da Irretroatividade da lei penal mais severa, as novas regras para progressão de regime em matéria de Crimes Hediondos, 2/5 se for réu primário e 3/5 se for reincidente, em detrimento da regra geral que é 1/6 da pena da LEP, constituiu *novatio legis in pejus* e, desta forma, não poderá retroagir para prejudicar o réu, nos casos pretéritos a sua vigência.

Com estas mudanças, o texto da Lei de Crimes Hediondos se aproxima mais dos ditames da Constituição Federal e do princípio da dignidade da pessoa humana. Contudo, a solução para a violenta realidade brasileira não passa somente pelo crivo da edição de novas leis, e sua proposta utópica de erradicar a criminalidade, faz-se necessário uma série de medidas político-criminais para solucionar o momento instável em que a sociedade vive nos dias atuais.

REFERÊNCIAS

BASTOS, Marcelo Lessa. Crimes hediondos, regime prisional e questões de direito intertemporal. Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1380, 12 abr. 2007. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9734>>. Acesso em: 21 abr. 2007.

BARROS, Antonio Milton de. A reforma da Lei nº. 7.210/84 (Lei de Execução Penal). Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 590, 18 fev. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6322>>. Acesso em: 22 mar. 2007.

BEMFICA, Thais Vani. Crimes Hediondos e assemelhados: Questões Polêmicas. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

CABETTE, Eduardo Luiz Santos. Retroatividade da Lei nº. 11.464/07 quanto ao tema da progressão de regime. Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1380, 12 abr. 2007. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9736>>. Acesso em: 21 abr. 2007.

DINIZ, Laura. Lula sanciona lei que extingue exame criminológico. Revista Consultor Jurídico, dezembro de 2003. Disponível em: <http://conjur.uol.com.br/textos>. Acesso em: 22 mar. 2007.

ESTADÃO, Matéria vinculada ao periódico on-line do jornal Folha de São Paulo. Família do menino João Hélio pede mudança na legislação. Disponível em: <http://www.estadao.com.br/ultimas/cidades/noticias/2007/fev/11/146.htm>. Acesso em: 15 abr. 2007.

FELICIO, Érick V. Micheletti. Progressão de regimes: breves apontamentos em decorrência da Súmula nº. 698 do STF e da reforma do art. 112 da Lei de Execução Penal, promovida pela Lei nº. 10.792/2003. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 534,

23 dez. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6097>>. Acesso em: 09 fev. 2007.

FRANCO, Alberto Silva. Crimes Hediondos. São Paulo: Editora dos Tribunais. 1994.

GOMES, Luiz Flávio. STF admite progressão de regime nos crimes hediondos. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 1003, 31 mar. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8181>>. Acesso em: 09 fev. 2007.

JORGE, Mário Helton. Crimes Hediondos: A possibilidade da progressão do regime penitenciário, a repercussão geral da matéria e a coisa julgada material. Escritório on-line. Disponível em: www.escriptorioonline.com.br. Acesso em: 22 mar. 2007.

LEAL, João José. Aspectos políticos – jurídicos da Lei nº. 8.072/90. São Paulo: Atlas, 1996.

MARCÃO, Renato. Lei nº. 11.464/2007: novas regras para a liberdade provisória, regime de cumprimento de pena e progressão de regime em crimes hediondos e assemelhados. Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1377, 9 abr. 2007. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9695>>. Acesso em: 21 abr. 2007.

MESQUITA JUNIOR, Sidio Rosa de. Manual de execução penal: Teoria e prática. 3. ed. – São Paulo: Atlas, 2003.

MIRABETE, Júlio Fabbrini, Manual de Direito Penal. 16. ed. - São Paulo: Atlas, 2000.

MONTEIRO, Antônio Lopes. Crimes Hediondos. 2. ed. - São Paulo: Saraiva, 1992.

MORAIS, Alexandre de. Direito Constitucional. 10. ed. - São Paulo: Atlas, 2001.

_____. SMANIO, Gianpaolo Poggio. Legislação Penal Especial. 8. ed. – São Paulo: Atlas, 2005.

MOREIRA, Rômulo de Andrade. As alterações na Lei dos Crimes Hediondos. A Lei nº. 11.464/07. Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1380, 12 abr. 2007. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9732>>. Acesso em: 11 abr. 2007.

SILVA, Amaury. Crimes hediondos: Lei nº. 11.464/2007 e fatos pretéritos. Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1371, 3 abr. 2007. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9687>>. Acesso em: 10 abr. 2007.

SILVA, Evandro Lins. Uma Visão Global da História da Pena, in Anais do I Encontro Nacional de Execução Penal, 1998, Brasília-DF.

SILVESTRE, Fábio Galindo. Comentários à decisão do STF no HC 82.959-7. Inconstitucionalidade do regime integralmente fechado aos condenados por crimes hediondos. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 975, 3 mar. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8056>>. Acesso em: 09 fev. 2007.

TUCCI, Rogério Lauria. Vinte anos de vã esperança. Disponível no site www.ibccrim.org.br. Acesso em: 12 abr. 2007.

ZAFFARONI, Raúl Eugenio. PIERANGELI, José Henrique. Manual de Direito Penal Brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

ANEXO



Presidência da República
Casa Civil
Subchefia para Assuntos Jurídicos

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

I - anistia, graça e indulto;

~~II - fiança e liberdade provisória.~~

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

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

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

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

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

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

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

§ 4º A prisão temporária, sobre a qual dispõe a Lei nº 7.960, de 21 de dezembro de 1989, nos crimes previstos neste artigo, terá o prazo de 30 (trinta) dias, prorrogável por igual período em caso de extrema e comprovada necessidade. (Incluído pela Lei nº. 11.464, de 2007)

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

Art. 4º (Vetado).

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

"Art. 83.

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

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

"Art. 157.

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

.....
Art. 159.

Pena - reclusão, de oito a quinze anos.

§ 1º

Pena - reclusão, de doze a vinte anos.

§ 2º

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

§ 3º

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

.....
Art. 213.

Pena - reclusão, de seis a dez anos.

Art. 214.

Pena - reclusão, de seis a dez anos.

.....
Art. 223.

Pena - reclusão, de oito a doze anos.

Parágrafo único.

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

.....
Art. 267.

Pena - reclusão, de dez a quinze anos.

.....
Art. 270.

Pena - reclusão, de dez a quinze anos.

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

"Art. 159.

.....
§ 4º Se o crime é cometido por quadrilha ou bando, o co-autor que denunciá-lo à autoridade, facilitando a libertação do seqüestrado, terá sua pena reduzida de um a dois terços.

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

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

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

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

"Art. 35.....

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

Art. 11. (Vetado).

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

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

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

FERNANDO COLLOR

Bernardo Cabral

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