

**INSTITUTO VALE DO CRICARÉ
FACULDADE VALE DO CRICARÉ
CURSO DE DIREITO**

FLÁVIO SOARES MATOS

**ALGUNS ASPECTOS INCOSTITUCIONAIS DA LEI DE CRIMES
HEDIONDOS**

SÃO MATEUS

2015

FLÁVIO SOARES MATOS

**ALGUNS ASPECTOS INCOSTITUCIONAIS DA LEI DE CRIMES
HEDIONDOS**

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado ao Curso de Direito da
Faculdade Vale do Cricaré, como requisito
parcial para obtenção do grau de Bacharel
em Direito.

Orientador: Prof. Esp. Rubens Silva Cruz

SÃO MATEUS

2015

FLÁVIO SOARES MATOS

**ALGUNS ASPECTOS INCOSTITUCIONAIS DA LEI DE CRIMES
HEDIONDOS**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Direito da Faculdade Vale do Cricaré, como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito.

Aprovado em _____ de Dezembro de 2015.

BANCA EXAMINADORA

PROF.
FACULDADE VALE DO CRICARÉ
ORIENTADOR

PROF.
FACULDADE VALE DO CRICARÉ

PROF.
FACULDADE VALE DO CRICARÉ

A Deus.

Aos meus pais, pelo amor, incentivo e apoio incondicional.

A esta Faculdade, direção, administração e seu corpo docente, que oportunizaram a janela que hoje vislumbramos um horizonte superior.

“Se não puder se destacar pelo talento,
vença pelo esforço.”

Dave Weinbaun

RESUMO

Essa monografia se faz necessária tendo em vista que existem diversas dissonâncias na Lei de crimes hediondos, dentre elas, os tipos penais, as penas cominadas nos crimes, bem como se há de se observar a constitucionalidade da progressão de regime imposta pela Lei nº 11.464, de 2007. Não se verifica, na maioria dos crimes, uma redução nos índices após a edição da lei, o que por si só já indica a inconstitucionalidade da lei.

Palavras-chave: Crimes Hediondos- Lei nº 11.464/07 – Crimes

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1 CRIMES HEDIONDOS E EQUIPARADOS	10
1.1 CRIMES HEDIONDOS	10
1.2 CRIMES EQUIPARADOS	15
1.3 TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES E DE DROGAS AFINS	16
1.4 TERRORISMO	16
1.5 TORTURA	17
1.6 O SURGIMENTO DO CRIME HEDIONDO	17
1.6.1 Crimes insuscetíveis de fiança	18
1.6.2 Lei 8.072/90 e a Liberdade Provisória	18
2. EFEITOS JURÍDICOS DA LEI DE CRIMES HEDIONDOS	19
2.1 ANISTIA	20
2.2 GRAÇA	20
2.3 INDULTO	20
2.4 EM QUE CONSISTE O TRATAMENTO PENAL MAIS SEVERO CONFERIDO AOS CRIMES HEDIONDOS E AOS DELITOS A ELES EQUIPARADOS?	21
3 ANÁLISE DA LEI 11.464/2007 SOBRE A PROGRESSÃO DE REGIME PRISIONAL E CRIME HEDIONDO SOB ÓTICA DA POLÍTICA CRIMINAL	28
3.1 CRIME HEDIONDO E CUMPRIMENTO DA PENA EM REGIME INICIALMENTE FECHADO	29
3.2 CRIME HEDIONDO E PROGRESSÃO DE REGIME PRISIONAL: O RETORNO AO TEMPO PENAL ANTERIOR A 1990	29
3.3 REQUISITOS PARA A PROGRESSÃO DE REGIME PRISIONAL POR CRIME HEDIONDO	30
3.3.1 Bom Comportamento Prisional	30
3.4 RETROATIVIDADE DA NORMA CONTIDA NA LEI 11.464/07: UMA HERMENÊUTICA CONFORME A DECISÃO DO STF	32
3.4.1 Divergências da Doutrina Quanto à Retroatividade da Nova Lei	32
3.5 IRRETROATIVIDADE DA NOVA LEI APARENTEMENTE MAIS BENÉFICA	33
3.6 NOVA SITUAÇÃO JURÍDICO-PENAL EM FACE DA POLÍTICA CRIMINAL E DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS PENAIIS	34
4 SUMULAS NA JURISPRUDÊNCIA DO STF SOBRE AS ALTERAÇÕES NA LEI DE CRIMES HEDIONDOS	36
4.1 SUMULA VINCULANTE Nº 26	36
4.2 JURISPRUDÊNCIAS SUPERIORES AO ENUCIADO	38

4.3 MODULAÇÃO DE EFEITOS DA DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE.....	39
4.4 POSSIBILIDADE DE REALIZAR EXAME CRIMINOLÓGICO PARA PROGRESSÃO DE REGIME	39
4.5 IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO RETROATIVA DA LEI 11.464/2007 E REGIME INICIAL FECHADO PARA OS CRIMES HEDIONDOS	41
4.6 INCONSTITUCIONALIDADE DA OBRIGATORIEDADE DO REGIME INICIAL FECHADO PARA CRIMES HEDIONDOS	42
4.6 MANUTENÇÃO DO REGIME INICIAL MAIS GRAVOSO COM NOVOS FUNDAMENTOS EM INSTÂNCIA SUPERIOR E REFORMATIO IN PEJUS.....	45
4.7 DECLARAÇÃO INCIDENTAL DE INCONSTITUCIONALIDADE DA VEDAÇÃO À CONVERSÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE EM RESTRITIVA DE DIREITOS NOS CRIMES DE TRÁFICO DE DROGAS	47
CONCLUSÃO	49
REFERÊNCIAS BIBLIOGRAFICAS	51

INTRODUÇÃO

É apresentada nessa monografia a contribuição jurisprudencial para a manutenção, atualização e evolução do direito penal e processual brasileiro, se justificando por uma legislação penal mais condizente com nossa realidade e com a Constituição de 1988.

O método a ser utilizado é pesquisa à obras bibliográficas de renomados estudiosos da área constitucional e penal, consulta a jurisprudência dos tribunais pátrios para comprovar a sua atual contribuição para a modernização do Direito Penal brasileiro.

A importância dessa pesquisa está na demonstração o quanto é feito pela jurisprudência para Direito Penal e Processual Penal brasileiro seja mais eficaz, célere, justo, utilizando-a como ferramenta principal que irá inova-lo proporcionando-o uma constante reciclagem.

O rol de crimes hediondos foi criado com a Constituição Federal de 88 em seu artigo 5º, inciso XLIII. Nos anos 80, a preocupação com a criminalidade encontrava-se intensificado principalmente em relação ao crime de extorsão mediante sequestro, que apavorava a classe A e B, nos principais centros urbanos, culminando, por exemplo, no sequestro do empresário Abílio Diniz, em 1989, e do publicitário Roberto Medina, em 1990.

No dia 25 de julho de 1990, o legislativo apresentou uma possível solução para combater os crimes considerados mais graves, a Lei de Crimes Hediondos (Lei nº 8.072/1990). E assim surgiu a lista de crimes hediondos, que classificou como inafiançáveis os crimes de extorsão mediante sequestro, latrocínio (roubo seguido de morte) e estupro e obteve aos seus autores os benefícios da progressão de regime, obrigando-os a cumprir a pena em regime integralmente fechado, salvo o benefício do livramento condicional com 2/3 da pena.

Embora a referida Lei tenha “endurecido” a punição para determinados tipos penais, demonstrou-se ao longo dos anos que só o acréscimo sancionatório das penas para

determinados crimes não é suficiente para lograr o controle ou a diminuição da criminalidade no Brasil.

Tomarei por base o que existe na doutrina, na jurisprudência e, especialmente, na lei, fonte primária do Direito e viga mestra do Estado de Direito. O procedimento que utilizarei nesta monografia fundamentar-se-á na apresentação de fatos e argumentos, inclusive doutrinários e jurisprudenciais, em favor do que defendemos, levando a uma dedução lógico-jurídica sobre o impedimento legal do regime inicialmente fechado para crimes considerados hediondos.

1 CRIMES HEDIONDOS E EQUIPARADOS

1.1 CRIMES HEDIONDOS

A palavra hediondo, de acordo com o dicionário brasileiro, significa um crime considerado sórdido, repugnante pela sociedade. Como observam os doutrinadores Alexandre de Moraes e Gianpaolo Poggio, crimes hediondos são:

Não é aquele que no caso concreto, se mostra repugnante, asqueroso, depravado, horrível, sádico ou cruel, por sua gravidade objetiva, ou por seu modo ou meio de execução, ou pela finalidade do agente, mas sim aquele definido de forma taxativa pelo legislador ordinário. (2007, p. 28).

Os crimes hediondos estão de forma absolutamente taxativa, ou seja, não se pode retirar ou incluir crimes, sem que estes passem pelo legislador ordinário, no artigo 1º da Lei nº 8072/90, e passou a ter nova redação com a mudança feita pela lei nº 8930/94, em seu artigo 1º. No Código Penal, são considerados crimes hediondos os seguintes artigos: 121; 121 § 2º, I, II, III, IV e V; 157, § 3º in fine; 158 § 2º; 159 caput e §§ 1º, 2º e 3º; 213 e 214 caput combinado com 223 caput e parágrafo único; 267 § 1º; 273 caput §§ 1º, 1º-A e 1º-B e os artigos 1º, 2º e 3º da Lei nº 2889/56.

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);

Tais delitos não constavam do elenco original dos crimes hediondos. O homicídio simples somente é considerado delito hediondo, quando praticado em atividade típica de grupo de extermínio, ainda que cometido por um só autor. Da leitura que se faz do artigo 121 do Código Penal, percebe-se que não existe a qualificadora “atividade típica de grupo de extermínio”.

Na prática, o homicídio praticado em atividade de grupo de extermínio nada mais é do que um homicídio qualificado.

O homicídio privilegiado-qualificado, para a maioria da doutrina, não é crime hediondo.

Assim já se posicionou a jurisprudência:

“**STJ - HC 36317 / RJ - PENAL. HABEAS CORPUS. ART. 121, §§ 1º E 2º, INCISOS III E IV, DO CÓDIGO PENAL. PROGRESSÃO DE REGIME. CRIME HEDIONDO. Por incompatibilidade axiológica e por falta de previsão legal, o homicídio qualificado-privilegiado não integra o rol dos denominados crimes hediondos (Precedentes). Writ concedido**”

“**STJ - HC 41579 / SP - HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO QUALIFICADO-PRIVILEGIADO. TENTATIVA. CRIME NÃO ELENCADO COMO HEDIONDO. REGIME PRISIONAL. ADEQUAÇÃO. POSSIBILIDADE DE PROGRESSÃO.**

1. O homicídio qualificado-privilegiado não figura no rol dos crimes hediondos. Precedentes do STJ.

2. Afastada a incidência da Lei n.º 8.072/90, o regime prisional deve ser fixado nos termos do disposto no art. 33, § 3º, c.c. o art. 59, ambos do Código Penal.

3. In casu, a pena aplicada ao réu foi de seis anos, dois meses e vinte dias de reclusão, e as instâncias ordinárias consideraram as circunstâncias judiciais favoráveis ao réu. Logo, deve ser estabelecido o regime prisional intermediário, consoante dispõe a alínea b, do § 2º, do art. 33 do Código Penal.

4. Ordem concedida para, afastada a hediondez do crime em tela, fixar o regime inicial semi-aberto para o cumprimento da pena infligida ao ora Paciente, garantindo-se-lhe a progressão, nas condições estabelecidas em lei, a serem oportunamente aferidas pelo Juízo das Execuções Penais.”

“**STJ - HC 43043 / MG - HABEAS CORPUS. DIREITO PENAL. HOMICÍDIO QUALIFICADO-PRIVILEGIADO. PROGRESSÃO DE REGIME. POSSIBILIDADE.**

1. O homicídio qualificado-privilegiado não é crime hediondo, não se lhe aplicando norma que estabelece o regime fechado para o integral cumprimento da pena privativa de liberdade (Lei nº 8.072/90, artigos 1º e 2º, parágrafo 1º).

2. Ordem concedida.

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

Importante lembrar que a Lei n.º 8072/90 classifica apenas o latrocínio como crime hediondo, excluindo o roubo simples ou circunstanciado.

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

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

V - estupro (art. 213, **caput** e §§ 1º e 2º); (Redação dada pela Lei nº 12.015, de 2009)

O crime de estupro na forma simples está descrito no art. 213 do Código Penal, que dispõe:

Art. 213. Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso:

Pena – reclusão, de 6 (seis) a 10 (dez) anos.

§ 1º Se da conduta resulta lesão corporal de natureza grave ou se a vítima é menor de 18 (dezoito) ou maior de 14 (catorze) anos:

Pena – reclusão, de 8 (oito) a 12 (doze) anos.

§ 2º Se da conduta resulta morte:

Pena – reclusão, de 12 (doze) a 30 (trinta) anos.

São considerados hediondos tanto o estupro na forma simples (quando resulta lesão leve na vítima ou há o emprego de grave ameaça), como na qualificada (quando resulta lesão grave ou morte da vítima).

Havia quem entendesse não ser hediondo o estupro cometido na forma simples, no entanto, não era a posição que prevalecia no Supremo Tribunal Federal, senão vejamos:

Ementa: Habeas Corpus – Estupro – Atentado violento ao pudor – Tipo penal básico ou forma simples – Inocorrência de lesões corporais graves ou do evento morte – Caracterização, ainda assim, da natureza hedionda de tais ilícitos penais (Lei nº 8.072/1990) – Pedido indeferido. – Os delitos de estupro e de atentado violento ao pudor, ainda que em sua forma simples, configuram modalidades de crime hediondo, sendo irrelevante que a prática de qualquer desses ilícitos penais tenha causado, ou não, lesões corporais de natureza grave ou morte, que traduzem, nesse contexto, resultados qualificadores do tipo penal, não constituindo, por isso mesmo, elementos essenciais e necessários ao reconhecimento do caráter hediondo de tais infrações delituosas. Precedentes. Doutrina. (HC nº 89.554/DF).

Ementa: Habeas Corpus. Processual Penal. Atentado Violento ao Pudor. Forma Simples. Crime Hediondo. Livramento Condicional. Requisito objetivo não satisfeito. Exigência. Cumprimento de 2/3 da pena. Ausência de plausibilidade jurídica incontestável. Habeas corpus denegado. 1. A decisão do Superior Tribunal de Justiça, questionada neste habeas corpus, está em perfeita consonância com o entendimento deste Supremo sobre a hediondez dos crimes de estupro e atentado violento ao pudor, mesmo que praticados na sua forma simples. Precedentes. 2. Não há sustentação jurídica nos argumentos apresentados pelo Impetrante para assegurar a concessão do benefício de livramento condicional ao Paciente, pois não satisfeito o requisito objetivo de cumprimento de 2/3 da pena imposta. 3. Habeas corpus denegado. (HC nº 90.706/BA)

Vale destacar que, com a nova redação dada ao crime de estupro, restou revogado o crime de atentado violento ao pudor, pois o tipo penal do art. 213, caput, abarca tanto uma quanto outra conduta. Quando a lei fala em conjunção carnal está se referindo ao sexo convencional e quando se fala em ato libidinoso diverso de conjunção carnal, está se referindo aos atos sexuais não convencionais tais como os sexos anal, oral, toque etc.

Assim, não há mais que se falar da existência do crime de atentado violento ao pudor no ordenamento jurídico nacional.

Antes da alteração promovida pela Lei nº 12.015, conforme expresso no Informativo nº 457, o STF, no tocante à continuidade delitiva entre estupro e atentado violento ao pudor, decidiu que:

Em face de empate na votação, a Turma deferiu habeas corpus impetrado em favor de condenado pela prática dos crimes de estupro e de atentado violento ao pudor para determinar a unificação das penas pelo reconhecimento de crime continuado. Entendeu-se que a circunstância de esses delitos não possuírem tipificação idêntica não seria suficiente a afastar a **continuidade delitiva**, uma vez que ambos são crimes contra a liberdade sexual e, no caso, foram praticados no mesmo contexto fático e contra a mesma vítima. Vencidos, no ponto, os Ministros Carlos Britto, relator, e Cármen Lúcia que aplicavam a orientação da Corte, no sentido de que o estupro e o atentado violento ao pudor, ainda que praticados contra a mesma vítima, caracterizam hipótese de concurso material. Por unanimidade, deferiu-se o writ para

afastar o óbice legal do art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/1990, declarado inconstitucional, de modo que o juiz das execuções analise os demais requisitos da progressão do regime de execução. Rejeitou-se, ainda, a alegação de intempestividade do recurso especial do Ministério Público, ao fundamento de que, consoante assentado pela jurisprudência do STF, as férias forenses suspendem a contagem dos prazos recursais, a teor do art. 66 da Loman. (HC nº 89.827/SP, Rel. Min. Carlos Britto, 27/2/2007).

Porém, anteriormente, no Informativo nº 527 do STF, foi veiculada a seguinte decisão:

[...] a Turma indeferiu habeas corpus impetrado contra acórdão do STJ que não reconheceu a **continuidade delitiva** entre o estupro e o atentado violento ao pudor praticados pelo paciente, e contra ele aplicara, ainda, a causa de aumento de pena prevista para o crime de roubo, em razão do emprego de arma (CP, art. 157, § 2º, I). A impetração pretendia a incidência da orientação firmada pelo Supremo no julgamento do HC nº 89.827/SP (DJU de 27/4/2007), em que admitida a **continuidade** entre os mencionados crimes, assim como arguia a necessidade de realização de perícia demonstrando a idoneidade do mecanismo lesivo do revólver – v. Informativo nº 525. Rejeitou-se, de igual modo, o pretendido reconhecimento da **continuidade delitiva** entre os crimes de estupro e de atentado violento ao pudor. Asseverou-se que tais delitos, ainda que perpetrados contra a mesma vítima, caracterizam concurso material. No ponto, não se adotou o paradigma apontado ante a diversidade das situações, uma vez que os atos constitutivos do atentado violento ao pudor não consistiriam, no presente caso, “prelúdio ao coito”, porquanto efetivados em momento posterior à conjunção carnal.[...] (HC nº 94.714/RS, Rel. Min. Cármen Lúcia, 4/11/2008).

Cumprido destacar que apesar de o crime de estupro estar previsto no Código Penal Militar, tal delito não é considerado hediondo.

VI - estupro de vulnerável (art. 217-A, **caput** e §§ 1º, 2º, 3º e 4º); (Redação dada pela Lei nº 12.015, de 2009)

Tanto o crime de estupro de vulnerável na forma simples como na forma qualificada são considerados hediondos.

Por vulnerável entende-se o menor de 14 (catorze) anos, aquele que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato, ou que, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência.

São as antigas hipóteses da violência presumida previstas no art. 224 do Código Penal.

Além disso, cumpre ressaltar que a Suprema Corte também considerava hediondo o crime de estupro cometido com violência presumida, cabendo citar algumas decisões:

Ementa: Habeas Corpus. Crimes descritos nos arts. 240 e 241 do Estatuto da Criança e do Adolescente e no art. 214, c/c o art. 224 do Código Penal. Continuidade Delitiva. Inocorrência: espaço de tempo igual a seis meses entre as séries delitivas. Atentado violento ao pudor com violência presumida: crime hediondo. Progressão de regime. Ordem concedida de ofício. 1. A continuidade delitiva deve ser reconhecida "quando o agente, mediante mais de uma ação ou

omissão, pratica dois ou mais crimes da mesma espécie e, pelas condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes, devem os subsequentes ser havidos como continuação do primeiro" (CP, art. 71). Evidenciado que as séries delituosas estão separadas por espaço temporal igual a seis meses, não se há de falar em crime continuado, mas em reiteração criminosa, incidindo a regra do concurso material. 2. O atentado violento ao pudor é considerado hediondo em quaisquer de suas formas (precedente do Pleno). 3. O Pleno do Supremo Tribunal Federal, em Sessão realizada em 23/2/2006, declarou inconstitucional o § 1º do art. 2º da Lei nº 8.072/1990 (HC nº 82.959). Ordem concedida, de ofício, para possibilitar a progressão do regime de cumprimento da pena do paciente, quanto ao crime de atentado violento ao pudor." (HC nº 87.495/SP)

Ementa: Penal. Processual Penal. Habeas Corpus. Crime Hediondo. Estupro simples com violência presumida. Falta de fundamentação: constrangimento ilegal. Inocorrência. Progressão de regime prisional. Possibilidade. I – Não há falar em falta de fundamentação do acórdão impugnado quanto ao regime de cumprimento da pena, se há referência expressa à Lei nº 8.072/1990. II – A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é no sentido de que "os crimes de estupro e de atentado violento ao pudor, tanto nas suas formas simples, Código Penal, arts. 213 e 214, como nas qualificadas (Código Penal, art. 223, caput e parágrafo único), são crimes hediondos. Leis nº 8.072/1990, redação da Lei nº 8.930/1994, art. 1º, V e VI." HC nº 81.288/SC, Plenário, Rel. p/ acórdão Min. Carlos Velloso, DJU 25/4/2003. III – Após o julgamento do HC nº 82.929/SP pelo Plenário do STF, não mais é vedada a progressão de regime prisional aos condenados pela prática de crimes hediondos. IV – Ordem parcialmente concedida. (HC nº 87.281/MG).

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

Entende-se por epidemia a propagação de germes patogênicos. Ressalta-se que basta a morte de uma só pessoa para a configuração do crime. A transmissão dolosa do vírus HIV não configura o crime ora em comento.

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)

O presente inciso foi inserido em 1998, após o escândalo nacional dos contraceptivos de "farinha", que foram colocados no mercado consumidor. Cumpre ressaltar que o estudo do artigo 273 do Código Penal deve ser feito de maneira integral. A falsificação de cosméticos, de saneantes ou de produtos usados em diagnóstico são crimes hediondos por incrível que pareça.

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.

Há quem diga que o genocídio é um crime equiparado ao hediondo, o que ousamos discordar. Primeiro, o crime em estudo não foi apontado pelo Constituinte Originário como hediondo. Segundo, a própria lei dos crimes hediondos considera o genocídio como tal.

O STF, no RE 351487/RR, cujo acórdão vale à pena ser lido na íntegra, ressalta que a lesão à vida, integridade física ou à liberdade de locomoção são apenas MEIOS DE ATAQUE nos diversos meios de ação do criminoso. Afirmou-se que o crime de genocídio não visa proteger a vida ou a integridade física, mas sim a diversidade humana. Foi asseverado que um eventual homicídio seria mero instrumento para a execução do crime de genocídio, enfim, este NÃO é um crime doloso contra a vida, mas contra a existência de grupo racial, nacional, étnico e religioso.

Segue a ementa:

EMENTAS: 1. CRIME. Genocídio. Definição legal. Bem jurídico protegido. Tutela penal da existência do grupo racial, étnico, nacional ou religioso, a que pertence a pessoa ou pessoas imediatamente lesionadas. Delito de caráter coletivo ou transindividual. Crime contra a diversidade humana como tal. Consumação mediante ações que, lesivas à vida, integridade física, liberdade de locomoção e a outros bens jurídicos individuais, constituem modalidade executórias. Inteligência do art. 1º da Lei nº 2.889/56, e do art. 2º da Convenção contra o Genocídio, ratificada pelo Decreto nº 30.822/52. O tipo penal do delito de genocídio protege, em todas as suas modalidades, bem jurídico coletivo ou transindividual, figurado na existência do grupo racial, étnico ou religioso, a qual é posta em risco por ações que podem também ser ofensivas a bens jurídicos individuais, como o direito à vida, a integridade física ou mental, a liberdade de locomoção etc.. 2. CONCURSO DE CRIMES. Genocídio. Crime unitário. Delito praticado mediante execução de doze homicídios como crime continuado. Concurso aparente de normas. Não caracterização. Caso de concurso formal. Penas cumulativas. Ações criminosas resultantes de desígnios autônomos. Submissão teórica ao art. 70, caput, segunda parte, do Código Penal. Condenação dos réus apenas pelo delito de genocídio. Recurso exclusivo da defesa. Impossibilidade de reformatio in peius. Não podem os réus, que cometeram, em concurso formal, na execução do delito de genocídio, doze homicídios, receber a pena destes além da pena daquele, no âmbito de recurso exclusivo da defesa. 3. COMPETÊNCIA CRIMINAL. Ação penal. Conexão. Concurso formal entre genocídio e homicídios dolosos agravados. Feito da competência da Justiça Federal. Julgamento cometido, em tese, ao tribunal do júri. Inteligência do art. 5º, XXXVIII, da CF, e art. 78, I, cc. art. 74, § 1º, do Código de Processo Penal. Condenação exclusiva pelo delito de genocídio, no juízo federal monocrático. Recurso exclusivo da defesa. Improvimento. Compete ao tribunal do júri da Justiça Federal julgar os delitos de genocídio e de homicídio ou homicídios dolosos que constituíram modalidade de sua execução.

O crime de envenenamento de água potável ou substância alimentícia ou medicinal era crime hediondo. Porém, tal delito continua no elenco dos crimes suscetíveis de decretação de prisão temporária.

1.2 CRIMES EQUIPARADOS

Dispõe o artigo 5º, XLIII da Constituição Federal, que:

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

Assim a Lei 8.072/90, abrange não só as infrações penais enumeradas em seu artigo 1º, como também os crimes de tortura, tráfico de entorpecentes e terrorismo, que apesar de não serem hediondos são considerados como tal, tornando-se equiparados a estes. Sendo aplicadas a esses crimes todas as regras que traz a lei dos crimes hediondos, conforme o artigo 2º da lei 8.072/90.

1.3 TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES E DE DROGAS AFINS

Em relação a este crime, é importante destacar que, serão considerados hediondos os crimes dos artigos 33, 35 e 36 da Lei nº 11.343/06 (Lei de Drogas). Já o crime descrito no artigo 16 da mesma lei, que se refere ao usuário de drogas, este, não é considerado assemelhado aos crimes hediondos. Porém o STF, em decisão recente, acrescentou a este rol de crimes que não se assemelham aos hediondos, o artigo 35 da referida Lei de Drogas que trata do crime de associação para fins de tráfico.

1.4 TERRORISMO

Quanto a este crime, ressaltamos que em nosso ordenamento jurídico, não há nenhum delito tipificado como terrorismo, gerando assim discussões. Parte dos doutrinadores entende que, por existir o artigo 20 da Lei nº 7.170/83 (lei de segurança nacional), este tipificaria o terrorismo, por inconformismo político, ou para obtenção de fundos destinados a manutenção de organizações clandestinas ou subversivas, podendo ser aplicadas às conseqüências da hediondez. Já outros doutrinadores, entendem que inexistente o tipo penal terrorismo, como ressalta Alexandre de Moraes e Gianpaolo Poggio, citando Alberto Silva Franco:

A falta de um tipo penal que atenda, no momento presente, a denominação de terrorismo e que, ao invés de uma pura cláusula geral, exponha os elementos

definidores que se abrigam nesse conceito, torna inócua, sob o enfoque de tal crime, a regra do artigo 2º da Lei nº 8.072/90. (2007, p. 34).

Ressalta-se, porém, que não há nenhum crime tipificado.

1.5 TORTURA

O artigo 5º, III da Constituição Federal diz: “ninguém será submetido à tortura nem a tratamento desumano ou degradante.”

Assim, o conceito do que seria o crime de tortura ficou vago, tornando necessária a edição de uma lei infraconstitucional, de competência da união, tipificando-os. Essa questão controvertida foi decidida pelo Supremo Tribunal Federal, que declarou por maioria dos votos a existência da tipificação do crime de tortura, descrito no art. 233 do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90). Mas o Min. Marco Aurélio, se posicionou contra, alegando que a simples menção à tortura, sem definir o comportamento que a configure, daria ao juiz campo de interpretação extensiva, definindo ele próprio o que se entenderia como crime de tortura, assumindo assim a posição do legislador. Essa divergência foi solucionada com a edição da Lei nº 9.455/97, que em seu artigo 1º; I “a”, “b” e “c”; II; §§ 1º, 2º e 3º I, II e III, definiu o que seria crime de tortura, e em seu artigo 4º revogou expressamente o artigo 233 do ECA.

1.6 O SURGIMENTO DO CRIME HEDIONDO

Lei 8.072/90 Depois de vários crimes ocorridos no país, vitimizando figuras importantes, o medo, acompanhado da desconfiança tomou conta da população, que atuou como mecanismo de pressão contra o legislador, que acabou por criar a lei dos crimes hediondos (8.072/90). Em vez de o legislador fornecer uma noção explícita do que seria hediondo, ele preferiu adotar um sistema mais simples de classificar como hediondos, tipos já descritos no Código Penal, ou leis penais especiais à insuficiência do critério foram manifestas. As deformidades detectadas na lei não são apenas classificatórias, os tipos receberam a qualificação de hediondos embora não tenham sofrido nenhuma modificação em sua composição, em sua maioria a mudança foi somente sancionatória, permitindo assim que ocorressem punições desproporcionadas, incoerentes e absurdas. Essa também proibiu a concessão de

indultos, e conseqüentemente da comutação da pena, além de criar requisitos mais rigorosos para o livramento condicional. Foi criada, então, a Lei nº 8.930/94, que foi o produto final da pressão dirigida ao Congresso Nacional, onde incluiu na lista de crimes hediondos o homicídio, que não foi útil em nada, já que não houve nenhuma mudança da cominação da pena, nem para reduzir as ações criminosas contra as quais o diploma legal foi preparado. Assim, para corrigir a falta de sintonia dessas leis, foi necessária a produção de uma nova lei, a Lei nº 9.695/98, que logo depois foi substituída pela Lei nº 9.677/98, assim o rol de crimes hediondos, foi acrescido de apenas um único tipo, o artigo 273 do CP, mas ainda sim continua essa lei com uma grave carência de técnica legislativa.

1.6.1 Crimes insuscetíveis de fiança

A Lei nº 8.072/90, em obediência ao texto constitucional (art. 5º, XLIII CF), ordenou de forma explícita, a proibição da concessão da fiança no caso de crimes hediondos e no de crimes a ele equiparados.

1.6.2 Lei 8.072/90 e a Liberdade Provisória

Na Lei 8.072/90, o legislador, além de vedar a fiança, considerou também que seria inadmissível, nos crimes hediondos, de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e terrorismo, a concessão da liberdade provisória. O motivo pelo qual levou o legislador a essa restrição foi a apresentação, do projeto de lei, elaborado pelo Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, que serviu de base para a criação da lei dos crimes hediondos. Ficou consignado que, o impedimento da concessão da fiança da anistia e do indulto, e o réu não poder apelar em liberdade, eram medidas que não impediriam a que, o acusado, durante a ação penal, pudesse responder o processo em liberdade, se, contudo, não tivesse praticado um crime repulsivo. Por isso era proposta a não concessão da liberdade provisória, para que não fosse motivo de frustração, a prevenção penal, que era desejada. Desta forma o legislador ordinário, fez constar no artigo 2º, II, da lei 8.072/90, que, tanto nos crimes hediondos como nos equiparados, não seria cabível a liberdade provisória. Essa postura do legislador, de proibir a liberdade provisória, não pode, contudo merecer o total apoio, por ser

considerado uma explícita violação às normas constitucionais, pelos seguintes motivos. O legislador não tem o poder de dispor, do conteúdo de um direito fundamental, nem lhe é atribuída a capacidade de interpretá-lo, ou seja, o legislador não tem competência para fazer uma interpretação autêntica dos direitos constitucionais, e se o fizer, estará sujeito a um controle de reapreciação por parte dos órgãos com poderes de fiscalização constitucional. A Lei nº 8.072/90 sob a ótica do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, dos direitos fundamentais, da presunção de inocência e da liberdade provisória, afronta a Constituição Federal, na medida em que o texto da lei obsta, sem autorização constitucional, a concessão do direito fundamental à liberdade provisória, e transforma o caráter instrumental das medidas cautelares em formas aflitivas de privação da liberdade para atingir objetivos de prevenção penal, transformando a prisão cautelar em uma medida desnecessária, passível de censura constitucional, e deixando o acusado ou indiciado equiparado à condição de culpados, ofendendo claramente o princípio da presunção de inocência. Além disso, a Lei dos Crimes Hediondos ofende, também, o princípio da proibição do excesso, ainda que o legislador pudesse, constitucionalmente, emitir normas restritivas, não poderia ele, deixar sem resguardo, o núcleo essencial dos direitos. Mesmo quando se admita a anulação do direito subjetivo, em certas situações, esta anulação nunca poderá ser absoluta. Assim podemos dizer que a lei ordinária pode vedar a liberdade provisória em situações concretas, mas nunca em caráter genérico e absoluto. E foi exatamente nessa direção que a lei de crimes hediondos seguiu, proibindo abstratamente a liberdade provisória, em relação a determinadas figuras criminosas.

2. EFEITOS JURÍDICOS DA LEI DE CRIMES HEDIONDOS

Como rege o art. 2º desta Lei, os crimes hediondos e os equiparados, são insuscetíveis de anistia, graça, indulto e de fiança.

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

2.1 ANISTIA

Entende-se por anistia o “esquecimento” jurídico de uma ou mais infrações. É atribuição do Congresso Nacional, por meio de lei federal, a concessão da anistia.

Todos os efeitos de natureza penal deixam de existir.

É causa extintiva da punibilidade do agente.

2.2 GRAÇA

É a concessão de “perdão” pelo Presidente da República por meio de decreto. Trata-se de uma espécie de perdão estatal.

É causa extintiva da punibilidade.

É correto afirmar que a graça é o indulto individual.

2.3 INDULTO

Também é concedido pelo Presidente da República por meio de decreto. É coletivo, pois possui um caráter de generalidade, ou seja, abrange várias pessoas.

A inclusão do indulto no artigo 2º da Lei dos Crimes Hediondos gerou discussões acerca da sua constitucionalidade, já que no art. 5º, inc. XLIII, da CF, proíbe, tão somente, a concessão de graça, a anistia e fiança.

Todavia, o Supremo Tribunal Federal firmou entendimento pela constitucionalidade do art. 2º, I, da Lei nº 8.072/90 - *ADI 2795 MC/DF*.

Entendeu-se que a concessão de indulto aos condenados a penas privativas de liberdade insere-se no exercício do poder discricionário do Presidente da República, LIMITADO à vedação prevista no inciso XLIII, do art. 5º, da CF, de onde o artigo supracitado retira a sua validade. Foi argüido que o termo ‘graça’, previsto no dispositivo constitucional, abrange ‘indulto’ e ‘comutação de penas’.

Por delegação do Presidente da República, podem conceder indulto ou comutar penas no caso de crimes não-hediondos, o Ministro de Estado, o Procurador-Geral da República e o Advogado-Geral da União.

2.4 EM QUE CONSISTE O TRATAMENTO PENAL MAIS SEVERO CONFERIDO AOS CRIMES HEDIONDOS E AOS DELITOS A ELES EQUIPARADOS?

Em sua redação original, a Lei 8.072/90 vedava expressamente a concessão de liberdade provisória a quem fosse processado pela prática de terrorismo, tortura, tráfico ilícito de entorpecentes ou drogas afins e crime hediondo. Durante muito tempo assim se manifestou a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Entendia-se que a simples vedação legal se constituía em óbice à concessão de tal benefício ao acusado por crime hediondo ou a ele equiparado. Entretanto, embora dessa forma se manifestasse a jurisprudência do STF e do STJ, a doutrina já se posicionava no sentido da possibilidade da concessão de liberdade provisória a quem processado pela prática de crime hediondo. É nesse diapasão a correta lição do jurista Alberto Silva Franco. Segundo ele, a Constituição Federal de 1988 não se mostrou indiferente à questão da liberdade provisória. Ao contrário, interessou-se por ela, de modo particular. Antes de tudo, erigiu-a à condição de um dos direitos fundamentais da pessoa humana na medida em que estabeleceu, no inciso LVI do art. 5º da Magna Carta, que "ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança" .

Sob esse prisma, o direito fundamental à liberdade provisória não pode, no entanto, ser analisado de modo isolado, fora de um contexto menos amplo, que se busca numa unidade de sentido que deve existir entre todos os direitos e garantias fundamentais, ou fora de um contexto menos amplo representado pela articulação de outros direitos fundamentais que integram numa estreita conexão (o princípio do devido processo legal e o princípio da presunção de inocência). Além disso, nenhuma interpretação, em nível constitucional, terá validade se não se levar em conta a regra do § 1º do art. 5º da CF, no sentido de que "as normas definidoras dos direitos fundamentais têm

aplicação imediata". Há, sem dúvida, uma unidade de significado a permear os direitos fundamentais incluídos na Constituição Federal. Um Estado Democrático de Direito define-se, substancialmente, pelo reconhecimento e pelo acatamento de certos valores básicos, dos quais se destaca, como sendo o mais fundamental, o da "dignidade da pessoa humana" (art. 1º, III, da CR/88). Com inteiro acerto, Vieira de Andrade (Os Direitos Fundamentais, 1983, p. 101) destacou que o princípio da dignidade da pessoa humana, como princípio fundamental, "está na base do estatuto jurídico dos indivíduos e confere unidade de sentido ao conjunto dos preceitos relativos aos direitos fundamentais. É evidente, assim, que a dignidade da pessoa humana funciona como suporte de todos os direitos fundamentais consagrados na Constituição da República.

Como, portanto, entender que a privação não necessária da liberdade individual não signifique uma pena precipitada e, por isso, uma ofensa à dignidade da pessoa humana atingida e a de todos aqueles que sofram o risco de serem também, indistinta e imotivadamente, alcançados pelo arbítrio? Quem ousaria negar que a proibição da liberdade provisória, a partir de determinados tipos, não constitua o rompimento da ordem que está subjacente e dá sentido ao conglomerado dos direitos fundamentais? Vedar-se o direito fundamental à liberdade provisória, quando a prisão é totalmente desnecessária, é, portanto, afronta flagrante ao princípio da dignidade da pessoa humana. A proibição em voga, de modo global ou em relação a determinados tipos de crime, mediante lei ordinária, traduz-se também numa lesão ao princípio do "due process of law" consagrado no inciso LIV do art. 5º da CF: "ninguém será privado de sua liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal". A impossibilidade de concessão da liberdade provisória "equivale à privação de liberdade obrigatória infligida como pena antecipada, sem prévio e regular processo e julgamento. É uma espécie de bill of attainder (reconhecido como abusivo pela jurisprudência norte-americana), ou seja, um ato legislativo que implica considerar alguém culpado diretamente e destinado a infringir-lhe uma sanção sem processo ou decisão judicial. Os meios de coerção pessoal, supressivos da liberdade individual, estão estribados no princípio da necessidade e não podem, de modo algum, perder a sua conotação cautelar. As medidas de cautela não devem ser ordenadas ou mantidas, a não ser quando forem estritamente necessárias. Bem por isso, não pode o legislador substituir-se àquilo que tão-só pode incumbir ao juiz em face do caso concreto: a

averiguação da necessidade ou desnecessidade da prisão. Observa-se que tal entendimento preconizado inicialmente pela doutrina ganhou corpo na jurisprudência pátria, passando se, então, a possibilitar a concessão da liberdade provisória a acusados por crimes hediondos caso a liberdade dos processados não pusesse em risco a ordem pública ou econômica, não viesse a atrapalhar a instrução criminal ou frustrar a aplicação da lei penal, elementos previstos no art. 312 do CPP. Fica, destarte, evidenciado que a simples vedação legal à possibilidade de concessão de liberdade provisória implicaria aplicação de pena precipitada, instituto incompatível com o sistema acusatório adotado por nossa Constituição da República de 1988. Por fim, estabeleceu a Lei dos Crimes Hediondos, quando publicada em 25 de julho de 1990, em seu art. 2º, § 1º, que a pena por crime hediondo, tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e terrorismo seria cumprida em regime integralmente fechado, ou seja, o réu condenado por qualquer um desses crimes iniciaria o cumprimento da pena em regime fechado e cumpriria essa pena neste regime do começo ao fim. Ele não teria direito à progressão de regime, do fechado para o semiaberto e do semi-aberto para o aberto. Entretanto, em 07 de abril de 1997, foi publicada a Lei 9.455, que estabeleceu os crimes de tortura. Esta lei, em seu art. 1º, § 7º, estranhamente, estabeleceu que o condenado por crime nela previsto iniciará o cumprimento de sua pena em regime fechado; ou seja, aquele condenado pela prática de tortura, um dos crimes mais graves inseridos no rol da lei 9.078/90, terá direito à progressão de regime, previsão que até então não existia àqueles condenados por tráfico ilícito de entorpecentes, terrorismo e crime hediondo, como vimos.

Após a vigência da Lei 9.455/97, tendo em vista que resulta do texto constitucional que os delitos hediondos e os a eles equiparados devem merecer da legislação infraconstitucional tratamento isonômico, cogitou-se a hipótese de que a supracitada lei havia derogado a Lei 8.072/90 no que tange à proibição da progressão de regime. Tal entendimento foi exteriorizado pela Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, que, em acórdão relatado pelo Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro, concedeu a progressão de regime ao condenado pela prática do tráfico ilícito de entorpecentes: "A Lei nº 9.455, de 7 de abril de 1997, específica para o crime de tortura, determina no art. 1º, § 7º: "O condenado por crime previsto nesta lei, salvo a hipótese do § 2º, iniciará o cumprimento da pena em regime fechado". A disciplina anterior (Lei nº 8.072/90) – pena cumprida integralmente em regime fechado – foi substituída: a

sanção passou a ser resgatada "inicialmente" no regime fechado. Em outras palavras, ajustou-se ao sistema progressivo do Código Penal. A lei mais recente, comparada com a Lei dos Crimes Hediondos, mostra-se mais favorável. A lei mais benéfica, por imperativo constitucional e do Código Penal, aplica-se incondicionalmente. Insista-se: os crimes relacionados na Constituição e na Lei n.º 8.072/90 receberam o mesmo tratamento. Estatuíram os mencionados textos disciplina unitária. Insista-se por imperativo da Carta Política.

A lei alterando a matéria, embora literalmente restrita a uma parte, repercute no todo. Vale dizer, o disposto no art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/90 foi afetado por lei posterior, ensejando o cumprimento da pena, por etapas, ou seja, somente no início no regime fechado". (Rec. Esp. nº 140.617-GO, julgado em 12/09/1997). No entanto, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC nº 69.657, aceitou a possibilidade de concessão de progressão de regime a condenado por crime hediondo ou a ele equiparado que não o da tortura. Dada a polêmica e discrepância jurisprudencial, o STF editou a Súmula 698: Não se estende aos demais crimes hediondos a admissibilidade de progressão no regime de execução da pena aplicada ao crime de tortura. Com a edição da súmula, a jurisprudência, com pequenos sobressaltos, quase que se estabilizou, não fosse a propositura da ADI junto ao Supremo Tribunal Federal com vistas a declarar, com efeito erga omnes, a inconstitucionalidade do § 1º, do art. 2º da Lei 8.072/90. Porém, o Pleno do STF, em 23 de fevereiro de 2006, sob a presidência do Ministro Nelson Jobim, por maioria, declarou incidentaliter tantum, a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei 8.072/90, através do julgamento do Habeas Corpus nº 82.959/SP, nos termos do voto do relator, Ministro Marco Aurélio, vencidos os ministros Carlos Velloso, Joaquim Barbosa, Ellen Gracie, Celso de Mello e Nelson Jobim. A decisão plenária afastou o óbice à progressão de regime aos condenados por tráfico de drogas, terrorismo e crimes hediondos. O tribunal também explicitou que a declaração incidental de inconstitucionalidade da referida norma não acarretaria conseqüências com relação às penas já extintas na data do julgamento do HC supracitado. Na precisa lição dos constitucionalistas portugueses J.J. Gomes Canotilho e Vital Moreira, "a inconstitucionalidade consiste na violação do disposto na Constituição ou dos princípios nela consignados. Daqui se deduz que são geradores de inconstitucionalidade, não apenas a violação das normas-disposição (sejam imediatamente preceptivas, sejam programáticas), mas também a violação aos

princípios constitucionais, sejam eles expressos (normas-princípio), sejam eles apenas implícitos (na medida em que sejam admissíveis). " Portanto, foi declarado inconstitucional o § 1º do art. 2º da Lei 8.072/90, porque, ao proibir que os condenados por crimes hediondos ou a eles equiparados progredissem de regime no cumprimento de suas penas, colidia tal dispositivo legal com vários princípios constitucionais, em especial o princípio da isonomia, da individualização da pena, inserto no inc. XLVI do art. 5º da Constituição e da dignidade da pessoa humana.

A pena, no contexto do Estado Democrático de Direito se propõe a três funções básicas e a ela inerentes, quais sejam, a repressão, a prevenção e a ressocialização. O legislador ao prever determinada sanção ao cometimento de uma infração penal pretende com isso punir o infrator, impor a ele um castigo pela transgressão da norma, haja vista que atentou, por via reflexa a toda segurança jurídica da coletividade. Com essa punição, visa-se inibir condutas outras quem venham lesar a referida norma, porque aquele que assim agiu sofrera um castigo. Por fim, é preciso, na imposição da pena, no curso do processo sancionador, fazer com que o infrator se regenere do erro cometido perante a sociedade e perante si mesmo. Quando se fala nos fins, objetivos ou funções da pena, pensa-se nas interferências que o criminoso causará depois do crime. Há de ser considerada a relação entre o criminoso, sua pena e a sociedade. Por isso, a missão do critério penal é defender a sociedade, ao proteger bens ou interesses jurídicos relevantes, garantindo a segurança jurídica, confirmando a validade das normas. Nesse diapasão, segundo o Professor Nilo Batista, a pena apenas retribuirá (mediante a privação de bens jurídicos imposta ao criminoso, seja a liberdade, seja o financeiro etc.) o mal do crime com seu próprio mal, restaurando assim a justiça – função repressiva –, ou em intimidará a todos (pela ameaça de sua cominação e pela execução exemplar) para que não se cometam mais crimes – função preventiva –, ou tratará de conter e tratar o criminoso – função ressocializadora . Com a promulgação da Constituição da República de 1988, há a necessidade de conferir-se relevância oportuna à função ressocializadora da pena. A jurisprudência e a doutrina são uníssonas em afirmar que o sentido de toda pena é a recuperação do condenado, de modo que, ao final, possa normalmente voltar à sociedade e a ela se reintegrar como cidadão capaz de cumprir deveres e usufruir direitos. Sob esse prisma, essa função seria mais eficaz no combate às transgressões normativas do que as próprias funções repressiva e preventiva, porque age na raiz do problema.

Logo, o cumprimento da pena deve ter um caráter dinâmico, tendo em vista os objetivos da execução penal. A vedação da progressão de regime esposada pela Lei 8.072/90 se fez muito bem em consonância às funções da repressão e prevenção do crime, entretanto, aniquilou o objetivo ressocializador. Impedir a progressão, ou seja, que o condenado, por etapas, consoante requisitos objetivos e subjetivos, se aproxime da sociedade, onde voltará a conviver, contraria o comando do Texto Fundamental, vez que o princípio da individualização da pena determina que a execução deve atender às particularidades do crime e do condenado. Por isso, a existência de parâmetros abstratos para aferição de uma pena concreta (pena: de 12 a 30 anos de reclusa).

O regime integralmente fechado, sem direito à progressão, configura castigo típico dos sistemas inquisitivos, inadmissível a qualquer Estado de Direito, além de ferir o princípio da individualização da pena, que por sua natureza constitucional, não pode ser afrontado por simples lei ordinária, ferindo também o princípio da hierarquia das normas. Desta feita, individualizar a pena consiste em aplicar uma sanção em consonância com o fato e com a pessoa que o praticou. É personificar a pena, impô-la em função do indivíduo, da pessoa que comete o delito e dos resultados sociais por ele causados. Portanto, se há uma regra que estabelece o cumprimento de pena em regime integralmente fechado, não se considerando a pessoa do criminoso e nem as circunstâncias do delito, desaparece o sentido da individualização. Nas palavras do eminente relator do HC 82.959, Ministro Marco Aurélio "A progressividade do regime está umbilicalmente ligada à própria pena, no que, acenando ao condenado com dias melhores, incentiva-o à correção de rumo e, portanto, a empreender um comportamento penitenciário voltado á ordem, ao mérito e a uma futura inserção social. (...) Diz-se que a pena é individualizada porque o Estado-Juiz, ao fixá-la, está compelido, por norma cogente, a observar as circunstâncias judiciais, ou seja, os fatos objetivos e subjetivos que se fizeram presentes à época do procedimento criminalmente condenável. Ela o é não em relação ao crime considerado abstratamente, ou seja, ao tipo definido em lei, mas por força das circunstâncias reinantes à época da prática. Daí cogitar o artigo 59 do Código Penal que o juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, aos motivos, às circunstâncias e conseqüências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime, não só

as penas aplicáveis dentre as cominadas (inciso I), como também o quantitativo (inciso II), o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade – e, portanto, provisório, já que passível de modificação até mesmo para adotar-se regime mais rigoroso (inciso III) – e a substituição da pena privativa de liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível." Embora dotada de extremada técnica, proferida com a esperada observância dos cânones constitucionais vigentes, a decisão do STF foi alvo de duras críticas. Afastada a vedação à concessão de progressão de regime, o dispositivo que passou a regular a execução da pena por condenados a crimes hediondos ou a eles equiparados foi o art. 112 da Lei de Execuções Penais.

Assim, cumpridos um sexto da pena interposta pela prática de crime hediondo, terrorismo, tortura ou tráfico de drogas, o condenado, preenchidos os requisitos subjetivos, tinha o direito a progredir de regime. A partir do precedente do STF (HC 82.959), ainda que a priori tenha reconhecido a inconstitucionalidade da vedação da progressão de regime pelo controle difuso, com efeito, portanto, inter partes, STJ e Tribunais Estaduais passaram também a decidir pela possibilidade da progressão de regime, face à inconstitucionalidade da referida norma. As decisões causaram polêmica por tratar de forma isonômica os condenados por crimes hediondos ou a eles equiparados a todos os demais.

O necessário objetivo da Lei 8.072/90, de impor tratamento penal mais severo à prática desses crimes, foi mitigado. A observância do critério ressocializador da pena fez reduzir a incidência de suas funções repressiva e preventiva, fato, em tese, melhorado com o advento da Lei 11.464/07 que alterou a redação do art. 2º da Lei 8.072/90, sobretudo seus parágrafos, dispondo que "a pena por crime hediondo ou a ele equiparado será cumprida no regime inicialmente fechado e a progressão de regime, dar-se-á após o cumprimento de dois quintos da pena (se o apenado for primário) ou três quintos, se reincidente".¹

¹ Lei dos crimes hediondos e suas recentes alterações - Aspectos polêmicos
Por Paulo Junio Pereira Vaz

3 ANÁLISE DA LEI 11.464/2007 SOBRE A PROGRESSÃO DE REGIME PRISIONAL E CRIME HEDIONDO SOB ÓTICA DA POLÍTICA CRIMINAL

A Lei nº 8.072/1990 – Lei de Crimes Hediondos, no ano de 2007 foi objeto de uma modificação em seu texto. A Lei nº 11.464/2007, alterou a redação do art. 2º, da Lei de Crimes Hediondos e passou a permitir a progressão do regime prisional, enquanto que os §§ 3º e 4º, repetem as disposições originais.

3.1 CRIME HEDIONDO E CUMPRIMENTO DA PENA EM REGIME INICIALMENTE FECHADO

Com o advento das mudanças promovidas pelo novo dispositivo legal, a redação do § 1º, do art. 2º, da Lei de Crimes Hediondos, passou a ter a seguinte redação: “a pena por crime previsto neste artigo será cumprida inicialmente em regime fechado”. Os crimes previstos no *caput* do artigo, são os considerados hediondos, referidos ou selecionados no art. 1º, da Lei de Crimes Hediondos, além da prática de tortura, do tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e do terrorismo.

A nova lei trouxe consigo algumas inovações, o condenado por crime hediondo continua com a obrigatoriedade de iniciar o cumprimento de sua pena em regime fechado. Entretanto, não está mais condenado a permanecer neste regime mais rigoroso até alcançar o livramento condicional (quando for o caso) ou a extinção da pena.

3.2 CRIME HEDIONDO E PROGRESSÃO DE REGIME PRISIONAL: O RETORNO AO TEMPO PENAL ANTERIOR A 1990

As alterações na redação original do art. 2º, § 1º, foram aceitas pela doutrina majoritária, desde o primeiro momento de vigência da Lei de Crimes Hediondos. Em tese, os criminalistas já entendiam anteriormente que esta norma - de absoluta proibição *a priori* - divergia dos princípios constitucionais de grau superior de hierarquia normativa da individualização e da humanidade da pena, além dos princípios do devido processo legal e da isonomia.

Em relação à norma proibitiva sob análise, a jurisprudência percorreu caminho marcado por uma hermenêutica de comprometimento com o sentido meramente literal da lei positiva. Assim sendo, com apenas algumas decisões isoladas e marginais em contrário de tribunais estaduais ou federais, a jurisprudência manteve o entendimento em favor da constitucionalidade do então § 1º, do art. 2º, da Lei de Crimes Hediondos.

Após dezesseis anos de muita divergência, é que o Supremo Tribunal Federal mudou o seu entendimento, ao votar o HC 82.959-SP, em sua sessão plenária ocorrida em

23.02.2006. Mesmo declarada de forma incidental, a decisão passou a ser interpretada como declaratória de inconstitucionalidade, com eficácia *erga omnes* da norma proibidora do direito à progressão de regime prisional.

Diante da mutação do entendimento do STF, tornou-se imperiosa a revogação ou, no mínimo, a alteração do mais rigoroso dispositivo (art. 2º e seus incisos e parágrafos), da LCH. A opção do legislador - mais uma vez conduzido pelo calor da emoção e do sensacionalismo, decorrente da exaustiva exposição midiática de um crime que chocou a opinião pública brasileira – foi pela segunda alternativa político-jurídica.

Com a aprovação da Lei 11.464/2007, já não haverá mais qualquer divergência doutrinária ou jurisprudencial: a nova lei permite a progressão de regime. O condenado por crime hediondo inicia, obrigatoriamente, o cumprimento da pena em regime fechado, mas encontra-se adequadamente inserido no espaço político-jurídico do sistema penitenciário progressivo. Pode, portanto, progredir se tiver, é claro, bom comportamento carcerário e cumprido parte de sua pena.

3.3 REQUISITOS PARA A PROGRESSÃO DE REGIME PRISIONAL POR CRIME HEDIONDO

3.3.1 Bom Comportamento Prisional

Com o novo texto, que lhe foi dada pela Lei 11.464/07, o texto do § 2º, do art. 2º da LCH agora dispõe sobre a progressão de regime e está assim redigido:

"A progressão de regime, no caso de 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".

É pertinente, portanto, indagar se, além deste requisito de ordem temporal, deve ser exigido outro e de natureza mais subjetiva, como o bom comportamento carcerário, previsto no art. 112, da Lei de Execução Penal – LEP, requisito, aliás, exigível dos demais apenados por crime não-hediondo.

É preciso interpretar e aplicar o novo comando normativo contido no § 2º, do art. 2º, da LCH, em consonância com o disposto no art. 33, § 2º, do Código Penal, que

condiciona a progressão de regime ao mérito do condenado. Portanto, a lei penal é expressa na exigência do merecimento, ou seja, do bom comportamento carcerário, para que o condenado tenha direito ao avanço no regime prisional.

É necessário compreender, também, que o art. 112, da LEP, foi objeto de derrogação apenas em sua parte relativa ao tempo de cumprimento da pena como requisito para a progressão de regime dos apenados por crime hediondo. No tocante ao mérito prisional, este dispositivo da LEP continua com sua vigência e eficácia preservadas. E é taxativo ao estabelecer que a progressão fica sujeita ao “bom comportamento carcerário, comprovado pelo diretor do estabelecimento”.

A comprovação do bom comportamento prisional, portanto, continua sendo requisito indispensável para a progressão de regime prisional.

O condenado por crime hediondo precisa, também, cumprir parte de sua pena em regime inicialmente fechado, para alcançar o direito à progressão. No caso de ser primário, exige a lei o cumprimento de dois quintos da pena. Por exemplo, o condenado a dez anos de reclusão, pelo crime de homicídio qualificado, se primário, deverá cumprir mais de quatro anos em regime inicialmente fechado, antes da progressão ao semi-aberto.

A nosso ver, trata-se de conceito especial de primariedade, aplicável apenas aos condenados por crime não hediondo. Portanto, diverso daquele geral, estabelecido no CP prática do crime hediondo posterior e objeto da condenação posterior.

No caso de reincidente, o tempo de cumprimento da pena para a progressão é de três quintos. Assim, o condenado a dez anos de reclusão, deverá cumprir, no mínimo, seis anos em regime fechado para ter direito à progressão ao regime semi-aberto, que somente será concedido se comprovado, também, o bom comportamento carcerário.

3.4 RETROATIVIDADE DA NORMA CONTIDA NA LEI 11.464/07: UMA HERMENÊUTICA CONFORME A DECISÃO DO STF

3.4.1 Divergências da Doutrina Quanto à Retroatividade da Nova Lei

Grande parte dos doutrinadores entende que a nova lei, aparentemente mais favorável ao infrator, é na verdade mais severa. Portanto, sua eficácia retroativa, consagrada nos arts. 5º, inciso XL e 2º, parágrafo único, do CP, deve ser afastada, Não sendo norma penal mais benéfica, não pode ser aplicada aos casos pretéritos, mas tão somente aos crimes cometidos a partir de sua vigência, em 29 de março de 2007.

Em síntese, esta corrente doutrinária entende que a decisão do STF, que julgou inconstitucional a proibição de progressão de regime, contida na versão original do § 1º, do art. 2º, da LCH, tem eficácia *erga omnes* e que, portanto, garantiu o direito a este benefício executório-penal a todos os condenados por crime hediondo, a partir de 23.02.2006. Os requisitos, legalmente exigidos para a concessão da progressão, são os previstos no art. 112, da LEP, ou seja, bom comportamento carcerário e cumprimento de um sexto da pena.

Como a nova lei passou a exigir, no mínimo, dois quintos de cumprimento da pena para a progressão, é evidente que se trata de norma de natureza penal mais rigorosa. Portanto, deve ser submetida à regra da irretroatividade, em termos de sua eficácia temporal.

Outra parte da doutrina, no entanto, entende que a decisão do STF não tem eficácia *erga omnes*, pois foi proferida no espaço hermenêutico-judicial do controle difuso, para atender tão somente à demanda jurídica de um caso concreto. Em consequência, a decisão não teria força vinculante para desconstituir as demais situações jurídicas relacionadas à progressão de regime dos apenados por crime hediondo, que permaneceriam regidas por uma lei vigente e aprovada segundo o processo legislativo previsto na constituição federal.

Toda via, a norma contida na lei em análise deveria ser considerada mais benéfica ao infrator, se comparada com a anterior, agora revogada e que não admitia a progressão de regime prisional. Sendo norma penal mais favorável, está sujeita, portanto, à regra da retroatividade consagrada nos arts. 5º, inciso XL e 2º, parágrafo único, do CP, devendo ser aplicada não somente aos casos futuros, mas também a todos os casos pretéritos.

3.5 IRRETROATIVIDADE DA NOVA LEI APARENTEMENTE MAIS BENÉFICA

A decisão do STF, expressa pela maioria de seus membros, não ficou devidamente explicitada quanto ao alcance de sua eficácia *erga omnes*, em relação ao direito à progressão para os demais condenados por crime hediondo. No entanto, é importante destacar que “o Tribunal, por votação unânime, explicitou que a declaração incidental de inconstitucionalidade do preceito legal em questão não geraria consequências jurídicas com relação às penas já extintas nesta data, pois esta decisão plenária envolve, unicamente, o afastamento do óbice representado pela norma ora declarada inconstitucional, sem prejuízo da apreciação, caso a caso, pelo magistrado competente, dos demais requisitos pertinentes ao reconhecimento da possibilidade de progressão”.

É evidente que o STF, ao reconhecer – mesmo que de forma incidental - a inconstitucionalidade da norma proibitiva da progressão de regime, prevista na LCH, garantiu o direito dos condenados por crime hediondo a postular a obtenção deste benefício penal, após o cumprimento de mais de um sexto pena. Pode-se dizer que, após a declaração de inconstitucionalidade pelo STF, a norma contida no § 1º, do art. 2º, da LCH, em exame, manteve sua vigência formal, mas perdeu sua completa eficácia jurídica.

Se isto é juridicamente verdadeiro, é preciso admitir que, até a vigência da Lei 11.464/07, prevalecia uma situação jurídica bem mais favorável aos condenados por crime hediondo, que tiveram o direito garantido de postular a progressão de regime, após cumprimento de um sexto da pena.

Em conseqüência, todos os que tenham praticado crime hediondo antes da vigência da Lei 11.464/07 – aí incluídos os autores dos crimes de tráfico ilícito de drogas e tortura - poderão pleitear a progressão de regime prisional após o cumprimento de um sexto da pena. Basta que comprovem o bom comportamento carcerário.

Assim sendo, a nova norma penal, aparentemente mais benéfica por reconhecer um benefício até então negado pela lei, agora formalmente revogada, é indiscutivelmente mais rigorosa. Por isso, não se pode reconhecer-lhe eficácia retroativa. Sua eficácia somente alcançará os condenados por crime hediondo praticado após a sua vigência, em data de 29.03.2007.

3.6 NOVA SITUAÇÃO JURÍDICO-PENAL EM FACE DA POLÍTICA CRIMINAL E DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS PENAIS

A luz da moderna Política Criminal e dos princípios penais consagrados pela Constituição Federal a lei 11.464/07 a partir de então, todos os condenados têm o direito assegurado de pleitear a progressão de regime prisional. Basta que atendam aos requisitos legais. Com isto, a nova lei colocou o processo de execução penal nos trilhos por onde trafega o princípio da igualdade penal. Trata-se, é verdade, de uma igualdade relativa, pois ainda dispensa tratamento de maior severidade aos condenados por crime hediondo, mas garante-lhes, assim mesmo, o mesmo direito assegurado aos demais condenados por crime não hediondo.

Com o direito à progressão assegurada, o pressuposto prático do princípio da individualização da pena foi restabelecido pela lei penal em exame. A partir de agora, os juízes não se encontram mais impedidos de decidir, com a devida discricionariedade, sobre este relevante e básico componente do princípio individualizador.

Quanto ao princípio da humanidade da pena, já foram formuladas críticas ao rigor - visto como desproporcional - representado pela nova exigência de cumprimento de dois ou de três quintos da pena para a progressão de regime. Realmente, é preciso reconhecer a severidade deste lapso temporal bem maior de cumprimento da pena,

se comparado ao prazo exigido dos demais condenados por crime não hediondo – mesmo os reincidentes – que é de apenas um sexto para a progressão de regime.

Neste ponto, a nova lei representa uma resposta do Parlamento à opinião pública que tem se manifestado, com veemência, a favor de um Direito Penal de maior severidade como instrumento de combate – discutível é verdade – aos elevados e assustadores índices da violência brasileira. No entanto, esqueceu o legislador que, após 17 anos de vigência da LCH e seu leque normativo de maior severidade, a criminalidade violenta não diminuiu em nosso país.

Formalmente, cabe reconhecer que a nova lei, ao afastar uma proibição inconstitucional, por atentar contra os princípios da humanidade e da individualização da pena e restabelecer o direito à progressão, avançou no sentido de tornar nosso direito penal menos rigoroso e mais coerente com o sistema penitenciário progressivo.

A nova norma contida no art. 2º, § 2º, da LCH, deve ser aplicada tão somente aos crimes hediondos e seus assemelhados praticados a partir da vigência da Lei 11.464/07. Em consequência, o condenado por crime desta natureza, praticado antes da vigência desta lei, tem o direito à progressão de regime prisional após o cumprimento de um sexto da pena.

A respeito do tema, trecho do voto do Min. Carlos Ayres de Brito proferido no HC 82959.

“14. Acontece que essa utilização do parâmetro uniforme de pelo menos 1/6 da pena judicialmente aplicada redunde em tratamento jurídico igual para situações ontologicamente desiguais. Pois não se pode obscurecer o fato de que, pelo inciso XLIII do art. 5º da Magna Carta Federal, é sonogado às pessoas condenadas por crimes hediondos o acesso a determinados benefícios que ela, Constituição, deixou de interditar aos acusados por delitos comuns. São, especificamente, os benefícios da fiança, da graça e da anistia (inciso XLIII do art. 5º). Mais até, não se pode ignorar que a Magna Lei de 1988 exigiu que se levasse em conta a natureza do crime até mesmo para o efeito de segregação em estabelecimento penitenciário oficial (ainda o art. 5º, inciso XLVIII). A robustecer o juízo de que tanto o momento jurisdicional da cominação quanto o momento administrativo de execução da pena devem refletir aquela fundamental dicotomia entre os delitos timbrados pela hediondez e os crimes que não chegam a esse *plus* de lesividade social.15. Daqui resulta que também tenho por inconstitucional a aplicação da regra geral de 1/6 aos condenados

pelos delitos hediondos." (grifo nosso) Salientamos que a norma constitucional, inserida no capítulo dos direitos individuais, cuida-se de uma norma-princípio que deve inspirar a elaboração e interpretação de toda e qualquer norma e qualquer entendimento que não a observe, será tido como inconstitucional. Frisamos, ainda, que não é possível discutirmos a constitucionalidade do inciso XLIII, do art. 5º da Constituição, pois o dispositivo é fruto do poder constituinte originário. Isso porque diante do princípio da unidade da Constituição não é possível a existência de normas constitucionais antinômicas (inconstitucionais). Nesses casos, segundo Luís Roberto Barroso, "há de encontrar o espaço adequado de incidência de cada uma das normas que potencialmente podem incidir sobre o caso concreto".

4 SUMULAS NA JURISPRUDÊNCIA DO STF SOBRE AS ALTERAÇÕES NA LEI DE CRIMES HEDIONDOS

4.1 SUMULA VINCULANTE Nº 26

Para efeito de progressão de regime no cumprimento de pena por crime hediondo, ou equiparado, o juízo da execução observará a inconstitucionalidade do art. 2º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, sem prejuízo de avaliar se o condenado preenche, ou não, os requisitos objetivos e subjetivos do benefício, podendo determinar, para tal fim, de modo fundamentado, a realização de exame criminológico.

PRECEDENTE REPRESENTATIVO

"A Constituição Federal, ao criar a figura do crime hediondo, assim dispôs no art. 5º, XLIII: (...) Não fez menção nenhuma a vedação de progressão de regime, como, aliás - é bom lembrar -, tampouco receitou tratamento penal *stricto sensu* (sanção penal) mais severo, quer no que tange ao incremento das penas, quer no tocante à sua execução. (...) Evidente, assim, que, perante a Constituição, o princípio da individualização da pena compreende: a) proporcionalidade entre o crime praticado e a sanção abstratamente cominada no preceito secundário da norma penal; b) individualização da pena aplicada em conformidade com o ato singular praticado por agente em concreto (dosimetria da pena); c) individualização da sua execução, segundo a dignidade humana (art. 1º, III), o comportamento do condenado no cumprimento da pena (no cárcere ou fora dele, no caso das demais penas que não a privativa de liberdade) e à vista do delito cometido (art. 5º, XLVIII). Logo, tendo predicamento constitucional o princípio da individualização da pena (em abstrato, em concreto e em sua execução), exceção somente poderia aberta por norma de igual hierarquia *nomológica*." (HC 82959, Voto do Ministro Cezar Peluso, Tribunal Pleno, julgamento em 23.2.2006, *DJ* de 1.9.2006)

"Essas colocações têm a virtude de demonstrar que a declaração de inconstitucionalidade *in concreto* também se mostra passível de limitação de efeitos. (...). É que, nesses casos, tal como já argumentado, o afastamento do princípio da nulidade da lei assenta-se em fundamentos constitucionais e não em razões de conveniência. Se o sistema constitucional legitima a declaração de inconstitucionalidade restrita no controle abstrato, esta decisão poderá afetar, igualmente, os processos do modelo concreto ou incidental de normas. Do contrário,

poder-se-ia ter inclusive um esvaziamento ou uma perda de significado da própria declaração de inconstitucionalidade restrita ou limitada. (...) No caso em tela, observa-se que eventual declaração de inconstitucionalidade com efeito *ex tunc* ocasionaria repercussões em todo o sistema vigente.(...) Com essas considerações, também eu, Senhor Presidente, declaro a inconstitucionalidade do artigo 2º, §1º, da Lei n.º 8.072, de 1990. Faço isso, com efeito *ex nunc*, nos termos do artigo 27 da Lei n.º 9.868, de 1999, que entendo aplicável à espécie. Ressalto que esse efeito *ex nunc* deve se entendido como aplicável às condenações que envolvam situações ainda suscetíveis de serem submetidas ao regime de progressão." (HC 82959, Voto do Ministro Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgamento em 23.2.2006, *DJ* de 1.9.2006)

4.2 JURISPRUDÊNCIAS SUPERIORES AO ENUCIADO

INCONSTITUCIONALIDADE DA VEDAÇÃO À PROGRESSÃO DE REGIME PARA OS CRIMES HEDIONDOS

"(...) o julgamento do Supremo Tribunal Federal em processos subjetivos, relacionados ao caso concreto, não alterou a vigência da regra contida no art. 2º, § 1º da Lei nº 8.072/90 (na sua redação original). Assim, houve necessidade da edição da Lei nº 11.646/07 para que houvesse a alteração da redação do dispositivo legal. Contudo, levando em conta que - considerada a orientação que passou a existir nesta Corte à luz do precedente no HC 82.959/SP - o sistema jurídico anterior à edição da lei de 2007 era mais benéfico ao condenado em matéria do requisito temporal (1/6 da pena) comparativamente ao sistema implantado pela Lei nº 11.646/07 (2/5 ou 3/5,

dependendo do caso), deve ser concedida em parte a ordem para que haja o exame do pedido de progressão do regime prisional do paciente, levando em conta o requisito temporal de 1/6 da pena fixada." (RHC 91300, Relatora Ministra Ellen Gracie, Tribunal Pleno, julgamento em 5.3.2009, *DJe* de 3.4.2009)

4.3 MODULAÇÃO DE EFEITOS DA DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE

"É bem certo que, no Habeas Corpus n. 82.959, Rel. Ministro Marco Aurélio (DJ 1º.9.2006), o Plenário deste Tribunal modulou os efeitos da decisão, para firmar que 'a declaração incidental de inconstitucionalidade' do §1º do art. 2º da Lei n. 8.072/90, não geraria 'conseqüências jurídicas com relação às penas já extintas' na data daquele julgamento. Ocorre que, conforme bem ressaltou o eminente Ministro Sepúlveda Pertence no voto que então proferira - e fazendo referência ao voto do eminente Ministro Gilmar Mendes, que propôs a modulação ao final acolhida pelo Plenário -, a modulação dos efeitos da decisão objetivou evitar, sobretudo, quaisquer 'conseqüências de ordem cível, patrimonial'. A dizer, afastou-se a possibilidade de ser questionada a validade das penas já extintas e que, eventualmente, teriam sido cumpridas em regime integralmente fechado por força do art. 2º, §1º, da Lei n. 8.072/90." (HC 91631, Relatora Ministra Cármen Lúcia, Primeira Turma, julgamento em 16.10.2007, *DJe* de 9.11.2007)

4.4 POSSIBILIDADE DE REALIZAR EXAME CRIMINOLÓGICO PARA PROGRESSÃO DE REGIME

"2. O silêncio da lei, a respeito da obrigatoriedade do exame criminológico, não inibe o juízo da execução do poder determiná-lo, desde que fundamentadamente. Isso porque a análise do requisito subjetivo pressupõe a verificação do mérito do condenado, que não está adstrito ao 'bom comportamento carcerário', como faz parecer a literalidade da lei, sob pena de concretizar-se o absurdo de transformar o diretor do presídio no verdadeiro concedente do benefício e o juiz em simples homologador, como assentado na ementa do Tribunal *a quo*." (HC 106678, Relator para o Acórdão Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgamento em 28.2.2012, *DJe* de 17.4.2012)

"1. O Supremo Tribunal Federal, por jurisprudência pacífica, admite que pode ser exigido fundamentadamente o exame criminológico pelo juiz para avaliar pedido de progressão de pena. Trata-se de entendimento que refletiu na Súmula vinculante 26: (...)". (HC 104011, Relatora para o Acórdão Ministra Rosa Weber, Primeira Turma, julgamento em 14.2.2012, *DJe* de 22.3.2012)

"Quanto ao tema de fundo, ressalvo a óptica pessoal, porquanto convencido de que a alteração procedida no artigo 112 da Lei de Execuções Penais implicou a supressão do exame criminológico do ordenamento jurídico. No entanto, ante a edição do Verbete Vinculante n.º 26, curvo-me ao entendimento do Pleno, no que assentou a possibilidade de o Juízo da execução determinar, em decisão fundamentada, a realização do mencionado exame a fim de ocorrer a progressão do regime de pena." (HC 99721, Voto do Ministro Marco Aurélio, Primeira Turma, julgamento em 4.5.2010, *DJe* de 1.7.2010)

No mesmo sentido: HC 111830, Relatora Ministra Rosa Weber, Primeira Turma, julgamento em 18.12.2012, *DJe* de 18.2.2013; HC 88272, Relator Ministro Celso de Mello, Segunda Turma, julgamento em 19.6.2007, *DJe* de 1.2.2013; HC 101316, Relator Ministro Celso de Mello, Segunda Turma, julgamento em 22.6.2010, *DJe* de 26.11.2012; HC 113454, Relator Ministro Gilmar Mendes, Decisão Monocrática, julgamento em 27.9.2012, *DJe* de 2.10.2012; HC 115169, Relator Ministro Joaquim Barbosa, Decisão Monocrática, julgamento em 18.9.2012, *DJe* de 25.9.2012; HC 112464, Relator Ministro Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, julgamento em 14.8.2012, *DJe* de 14.9.2012; HC 113940, Relator Ministro Gilmar Mendes, Decisão Monocrática, julgamento em 14.6.2012, *DJe* de 22.6.2012; HC 108738, Relatora Ministra Rosa Weber, Primeira Turma, julgamento em 10.4.2012, *DJe* de 10.5.2012.

4.5 IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO RETROATIVA DA LEI 11.464/2007 E REGIME INICIAL FECHADO PARA OS CRIMES HEDIONDOS

"Ementa: Pena - Regime de cumprimento - Definição. O regime de cumprimento da pena é norteado, considerada a proteção do condenado, pela lei em vigor na data em que implementada a prática delituosa. Pena - Regime de cumprimento - Progressão - Fator temporal. A Lei nº 11.464/07, que majorou o tempo necessário a progredir-se no cumprimento da pena, não se aplica a situações jurídicas que retratem crime cometido em momento anterior à respectiva vigência - precedentes." (RE 579167, Relator Ministro Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgamento em 16.5.2013, *DJe* de 17.10.2013)

"(...) consigno que os embargos merecem parcial acolhida.

Isso porque a condenação da recorrente assentou a obrigatoriedade do regime integralmente fechado para o cumprimento da pena (...). Motivo pelo qual concedo a ordem, de ofício, para afastar o óbice à progressão de regime, bem como para determinar que o exame de eventual progressão de regime prisional seja feito à luz do art. 112 da LEP. É que, nada obstante haver a declaração de inconstitucionalidade do § 2º do art. 2º da Lei 8.072/1990 sido proferida em sede de habeas corpus, esta nossa Casa de Justiça restringiu os efeitos de sua decisão apenas às penas já extintas. Nesse sentido, faço menção ao HC 91.631 da ministra Cármen Lúcia. 6. Não bastasse, o fato delituoso ocorreu antes do advento da Lei 11.464/2007. Logo, não se admite a aplicação retroativa da norma penal que institui requisito mais gravoso para a progressão de regime daqueles condenados por delitos hediondos." AI 757480 AgR-ED, Relator Ministro Ayres Britto, Primeira Turma, julgamento em 10.5.2011, *DJe* de 16.6.2011

No mesmo sentido: HC 113355, Relatora Ministra Rosa Weber, Decisão Monocrática, julgamento em 3.5.2012, *DJe* de 24.5.2012; Rcl 10816, Relator Ministro Ayres Britto, Decisão Monocrática, julgamento em 11.4.2011, *DJe* de 15.4.2011; Rcl 10103 MC, Relator Ministro Gilmar Mendes, Decisão Monocrática, julgamento em 15.12.2010, *DJe* de 1.2.2011.

4.6 INCONSTITUCIONALIDADE DA OBRIGATORIEDADE DO REGIME INICIAL FECHADO PARA CRIMES HEDIONDOS

"Entendo que, se a Constituição Federal menciona que a lei regulará a individualização da pena, é natural que ela exista. Do mesmo modo, os critérios para a fixação do

regime prisional inicial devem-se harmonizar com as garantias constitucionais, sendo necessário exigir-se sempre a fundamentação do regime imposto, ainda que se trate de crime hediondo ou equiparado. Deixo consignado, já de início, que tais circunstâncias não elidem a possibilidade de o magistrado, em eventual apreciação das condições subjetivas desfavoráveis, vir a estabelecer regime prisional mais severo, desde que o faça em razão de elementos concretos e individualizados, aptos a demonstrar a necessidade de maior rigor da medida privativa de liberdade do indivíduo, nos termos do § 3º do art. 33 c/c o art. 59 do Código Penal. A progressão de regime, ademais, quando se cuida de crime hediondo ou equiparado, também se dá em lapso temporal mais dilatado (Lei nº 8.072/90, art. 2º, § 2º). (...) Feitas essas considerações, penso que deve ser superado o disposto na Lei dos Crimes Hediondos (obrigatoriedade de início do cumprimento de pena no regime fechado) para aqueles que preencham todos os demais requisitos previstos no art. 33, §§ 2º, b, e 3º, do CP, admitindo-se o início do cumprimento de pena em regime diverso do fechado. Nessa conformidade, tendo em vista a declaração incidental de inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei nº 8.072/90, na parte em que impõe a obrigatoriedade de fixação do regime fechado para início do cumprimento da pena aos condenados pela prática de crimes hediondos ou equiparados, concedo a ordem para alterar o regime inicial de cumprimento das reprimenda impostas ao paciente para o semiaberto." (HC 111840, Relator Ministro Dias Toffoli, Tribunal Pleno, julgamento em 27.6.2012, DJe de 17.12.2013)

"4. A Corte Constitucional, no julgamento do HC no 111.840/ES, de relatoria do Ministro Dias Toffoli, removeu o óbice constante do § 1º do art. 2º da Lei no 8.072/90,

com a redação dada pela Lei no 11.464/07, o qual determinava que '[a] pena por crime previsto nes[s]e artigo será cumprida inicialmente em regime fechado', declarando, de forma incidental, a inconstitucionalidade da obrigatoriedade de fixação do regime fechado para o início do cumprimento de pena decorrente da condenação por crime hediondo ou equiparado. 5. Esse entendimento abriu passagem para que a fixação do regime prisional - mesmo nos casos de tráfico ilícito de entorpecentes ou de outros crimes hediondos e equiparados - seja devidamente fundamentada, como ocorre nos demais delitos dispostos no ordenamento. 6. No caso, as instâncias ordinárias indicaram elementos concretos e individualizados aptos a demonstrar a necessidade da prisão do paciente em regime fechado, impondo-lhe o regime mais severo mediante fundamentação adequada, nos termos do que dispõe o art. 33, **caput** e parágrafos, do CP." (HC 119167, Relator Ministro Dias Toffoli, Primeira Turma, julgamento em 26.11.2013, *DJe* de 16.12.2013)

"O STF já teve a oportunidade, por ocasião da análise do julgamento do HC n. 82.959/SP, rel. Min. Marco Aurélio, *Dje* 1º.9.2006, de declarar, *incidenter tantum*, a inconstitucionalidade da antiga redação do art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/90, a qual determinava que os condenados por crimes hediondos ou a eles equiparados deveriam cumprir a pena em regime integralmente fechado. Naquele caso, ficou assentado que essa imposição contraria o princípio constitucional da individualização da pena (CF, art. 5º, XLVI). Pois bem. Sobreveio a Lei n. 11.464/2007 que, ao promover mudanças no já mencionado art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/90, determinou que a pena agora fosse cumprida no regime inicial fechado. É aqui que faço uma indagação: Esse dispositivo, em sua nova redação, não continuaria a violar o princípio constitucional da individualização da

pena? Essa discussão, inclusive, já vem sendo alvo de debates nas instâncias inferiores e nesta Suprema Corte. No ponto, destaque, ainda, à guisa de ilustração, julgado recente proferido pelo próprio STJ que, ao analisar o HC n. 149.807/SP lá impetrado, concluiu pela inconstitucionalidade desse dispositivo, ao fundamento de que, a despeito das modificações preconizadas pela Lei 11.464/2007, persistiria ainda a ofensa ao princípio constitucional da individualização da pena e, também, da proporcionalidade. No caso concreto, com fundamento nessas considerações, entendo que o disposto na Lei dos Crimes Hediondos (obrigatoriedade de início do cumprimento de pena no regime fechado) há de ser superado. É que o paciente preenche os requisitos previstos no art. 33, § 2º, c, do CP, para o início do cumprimento de pena no regime aberto." (HC 106153, Relator Ministro Gilmar Mendes, Segunda Turma, julgamento em 22.11.2011, *DJe* de 19.12.2011)

4.6 MANUTENÇÃO DO REGIME INICIAL MAIS GRAVOSO COM NOVOS FUNDAMENTOS EM INSTÂNCIA SUPERIOR E REFORMATIO IN PEJUS

"4. A sentença que condenou o paciente à pena de 6 (seis) anos, 2 (dois) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, como incurso nas sanções do art. 33, caput, c/c art. 40, I, ambos da Lei nº 11.343/06, fixou o regime inicial fechado com fundamento exclusivamente no art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90, cuja inconstitucionalidade foi reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal (HC nº 111.840/ES, Pleno, de minha relatoria, *DJe* de 17/12/12). 5. Diante da inconstitucionalidade daquele dispositivo, não poderiam o Tribunal Regional Federal e o Superior Tribunal de Justiça, em recursos exclusivos da defesa, manter o regime mais gravoso com base nas circunstâncias e na gravidade do

crime, por se tratar de fundamentos inovadores." (HC 125781, Relator Ministro Dias Toffoli, Segunda Turma, julgamento em 24.3.2015, *DJe* de 28.4.2015)

"*In casu*, o Juiz da Primeira Vara Criminal da Comarca de Rondonópolis/MT condenou o paciente a 3 (três) anos e 6 (seis) meses de reclusão, pelo cometimento do crime de tráfico de entorpecentes, fixando o regime inicial fechado para o início do cumprimento da pena, com fundamento tão somente no disposto no artigo 2º, § 1º, da Lei 8.072/90. Defesa e acusação apelaram, tendo o Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso negado provimento a ambos os recursos, mantendo a sentença penal condenatória. Ato contínuo, a defesa impetrou habeas corpus na Corte Estadual, sustentando, em síntese, a inconstitucionalidade do artigo 2º, § 1º, da Lei 8.072/90. A Corte Estadual, embora tenha reconhecido a inconstitucionalidade do dispositivo, acrescentou novos fundamentos que autorizariam a fixação de regime inicial mais gravoso. (...) Destarte, verifica-se que o Tribunal Estadual, ao julgar habeas corpus impetrado pela defesa, acrescentou novos fundamentos para a fixação do regime inicial fechado, agravando, por conseguinte, a situação do paciente. Outrossim, o Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade do artigo 2º, § 1º, da Lei 8.072/90, afastando a obrigatoriedade da fixação do regime fechado para o início do cumprimento da pena privativa de liberdade imposta em razão da prática de crimes hediondos (HC 111.840, Pleno, Relator o Ministro Dias Toffoli, sessão de 27 de junho de 2012). *Ex positis*, julgo extinto o habeas corpus por inadequação da via eleita e, de ofício, concedo a ordem para anular o acórdão prolatado pelo Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso (...)" (HC 117155, Relator Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgamento em 23.4.2013, *DJe* de 17.5.2013)

4.7 DECLARAÇÃO INCIDENTAL DE INCONSTITUCIONALIDADE DA VEDAÇÃO À CONVERSÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE EM RESTRITIVA DE DIREITOS NOS CRIMES DE TRÁFICO DE DROGAS

"12. Confirmando, então, que o centrado desafio temático deste voto é saber se a proibição estabelecida pela nova lei, isto é, a Lei 11.343/06, encontra ou não encontra suporte no sistema de comandos da Constituição Federal. O que demandará elaboração teórica mais cuidadosa para a perfeita compreensão da natureza e do alcance da garantia constitucional da individualização da pena. (...) 13. Leia-se a figura do crime hediondo, tal como descrita no inciso XLIII do art. 5º da Constituição Federal: (...). 14. Daqui já se pode vocalizar um primeiro juízo técnico: em tema de vedações de benefícios penais ao preso, ou, então, ao agente penalmente condenado, o Magno Texto Federal impõe à lei que verse por modo igual os delitos por ele de pronto indicados como hediondos e outros que venham a receber a mesma tarja. Sem diferenciação entre o que já é hediondo por qualificação diretamente constitucional e hediondo por descrição legal. Isonomia interna de tratamento, portanto, antecipadamente assegurada pela nossa Constituição. 15. Um novo e complementar juízo: embora o Magno Texto Federal habilite a lei para completar a lista dos crimes hediondos, a ela impôs um limite material: a não-concessão dos benefícios da fiança, da graça e da anistia para os que incidirem em tais direitos. É como dizer, a própria norma constitucional cuidou de enunciar as restrições a ser impostas àqueles que venham a cometer as infrações penais adjetivadas de hediondas. Não incluindo nesse catálogo de restrições a vedação à conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos. Ponto

pacífico. Percepção acima de qualquer discussão ou contradita. 16. Insista-se na idéia: no tema em causa, a Constituição da República fez clara opção por não admitir tratamento penal ordinário mais rigoroso do que o nela mesma previsto." (HC 97256, Relator Ministro Ayres Britto, Tribunal Pleno, julgamento em 1.9.2010, *DJe* de 16.12.2010)

CONCLUSÃO

A presente monografia procurou estabelecer as principais mudanças ocorridas ao longo da vigência da Lei 8.072/90, rotulada de Lei dos Crimes Hediondos, que foi incorporada ao nosso ordenamento jurídico com o simples objetivo de conferir tratamento penal mais severo ao tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, ao terrorismo, tortura e aos delitos considerados pelo legislador infraconstitucional como hediondos além da progressão de regime.

A Lei nº 8.072, vigorando a partir de 25.7.90, não pode sobrepor-se a Constituição Federal de 1.988, violando, ou mesmo suprimindo direitos e garantias individuais. Em análise ao processo legislativo da Lei de Crimes Hediondos, percebi com essa pesquisa 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 devido a seqüestros de pessoas influentes que vinham acontecendo.

O que, infelizmente resultou, diante de tudo isto, foi uma lei que seguiu o clamor de penas mais rígidas para condenados por certos crimes por elas rotulados. Por outro lado, sob o ponto de vista jurídico, principal com relação ao assunto, evidencia um fracasso, por contrariar, em certos artigos e ou incisos, toda a história da pena - que se mostra contrária a penas severas como as impostas por esta lei - além de ir de encontro também a princípios fundamentais constitucionais relacionados à pena - individualização, proporcionalidade e humanidade.

Ora, a proibição de progressão de regimes fere os dois dos princípios constitucionais basilares da pena privativa de liberdade, os princípios da humanidade e da individualização, além de ferir o princípio da proporcionalidade adotado pelo nosso ordenamento jurídico, tema esse já discutido pelo Supremo Tribunal Federal.

Não é o simples aumento da pena que vai resolver o problema, embora, talvez, momentaneamente, nos dê a sensação de amenizá-lo. Até que a certeza da impunidade continue arraigada na mente do criminoso; até que a demora na

persecução criminal e o medo de as vítimas reconhecerem seus algozes levem ao fracasso a ação penal em grande número de casos, em suma, até que não haja uma profunda reforma no trato da questão criminal, começando pelo inquérito policial até ao sistema penitenciário, reforma essa que traga uma confiável investigação policial e uma certeza da imediata condenação e real cumprimento da pena, de muita polêmica e pouca eficácia. O escopo social da jurisdição é desprezado, nessas hipóteses, trazendo intranquilidade e insatisfação aos jurisdicionados. Conclui-se, portanto, que a Lei nº 8.072/90 (Lei dos Crimes Hediondos) tra aspectos inconstitucionais, posto que afronta diretamente alguns princípios constitucionais que orientam o direito penal e processual penal.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Constituição da República Federativa do Brasil de 1988

Código Penal Brasileiro

Lei 8.072 de 1990

SILVA, A. **Crimes Hediondos, Lei 11464/07 e Fatos Pretéritos**. Jus Navegandi, Teresina, ano 11, n. 1371, 3 abr. 2007. Disponível em: 14 jan. 2008

MORAES, A. **Legislação Penal Especial**/ Alexandre de Moraes, Gianpaolo Poggio Smanio. 10ªed. São Paulo: Atlas, 2006.

SANTOS FILHO, Sérgio Ronaldo Bautzer, **Curso Saber Direito, TV Justiça canal STF** exibição: 15,16,17,18,19 de dezembro 2014.

MARTINS, Maria Luiza e SANTOS, Jurandir José. **A questão dos crimes Hediondos e Equiparados**. <http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/ETIC/article/viewFile/1696/1617> Disponível em 18/10/2015

HC nº 82959/SP, rel. Min. Marco Aurélio, decisão proferida em 23 de fevereiro de 2006.

LEAL, João José. **Progressão de Regime Prisional e Crime Hediondo** <http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/3555/Progressao-de-regime-prisional-e-crime-hediondo-analise-da-Lei-11464-2007-a-luz-da-politica-criminal>. DISPONÍVEL EM 30/10/2015

FRANCO, Alberto Silva. **Crimes Hediondos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

GOMES, Luiz Flávio. **STF admite progressão de regime nos crimes hediondos**. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 10, n. 1003, 31 mar. 2006.

GOMES, Rodrigo Carneiro. **Limites à progressão de regime da Lei nº 8.072/90: vedação de extensão do julgado do STF**. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 10, n. 995, 23 mar. 2006.

GRECO, Lucas Silva e. **Lei nº 11.464/07: progressão de regime de cumprimento de pena também para condenados pela prática de crimes hediondos**. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 11, n. 1371, 3 abr. 2007.

<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1271>
Disponível em 30/10/2015

SILVA, Ivan Luís Marques da. **Previsões sobre a Lei nº 11.464/2007. Da resolução "indireta" do Senado Federal sobre a inconstitucionalidade da vedação à progressão de regime para os crimes hediondos**. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 11, n. 1395, 27 abr. 2007.

SILVA, Amaury. **Crimes hediondos: Lei nº 11.464/2007 e fatos pretéritos.** *Jus Navigandi*, Teresina, ano 11, n. 1371, 3 abr. 2007.