

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS
FACULDADE DE DIREITO

**LEI DE CRIMES HEDIONDOS: ASPECTOS POLÊMICOS E RECENTE
ALTERAÇÃO**

CLARICE ZEITEL VIANNA SILVA

RIO DE JANEIRO

2008

CLARICE ZEITEL VIANNA SILVA

**LEI DE CRIMES HEDIONDOS: ASPECTOS POLÊMICOS E RECENTE
ALTERAÇÃO**

**Trabalho de conclusão de curso
apresentado à Faculdade de Direito da
Universidade Federal do Rio de Janeiro,
como requisito parcial para obtenção do
título de Bacharel em Direito.**

Orientador: Prof. Nilo Batista

RIO DE JANEIRO

2008

CLARICE ZEITEL VIANNA SILVA

**LEI DE CRIMES HEDIONDOS: ASPECTOS POLÊMICOS E RECENTE
ALTERAÇÃO**

**Trabalho de conclusão de curso
apresentado à Faculdade de Direito da
Universidade Federal do Rio de Janeiro,
como requisito parcial para obtenção do
título de Bacharel em Direito.**

Data de aprovação: ____/____/____

Banca Examinadora:

Nilo Batista – Orientador

2º Examinador

3º Examinador

AGRADECIMENTO

Ao meu orientador, Professor Dr. Nilo Batista, pelos conselhos úteis e precisos com que, sabiamente, orientou este trabalho.

À minha mãe, Maria Clara, ao meu pai, Ronaldo, ao meu irmão, Rodrigo e à Gustavo, meu amor, pelo apoio incondicional em todas as horas.

RESUMO

SILVA, C. *Lei de Crimes Hediondos: Aspectos polêmicos e recente alteração*. 2008. 74f. Monografia (Graduação em Direito) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2008.

Analisam-se a Lei de Crimes Hediondos e suas inconstitucionalidades, a criação da referida lei, seus motivos, o conceito de crimes hediondos, o critério utilizado pelo legislador para determinar os delitos como tal, todas as alterações sofridas em seu texto original. Assim, na primeira parte analisa-se o contexto no qual foi criada a lei e sua criação propriamente dita. Após, estuda-se sua primeira alteração ocorrida em 1994. Em seguida, apresenta-se o novo rol de delitos hediondos trazidos pela segunda alteração em 1998. Onde pontua-se, um a um quais delitos foram incluídos e retirados de seu texto. Adiante estuda-se todas as vedações impostas pela lei como: a anistia, graça, indulto e fiança. Desta feita, fala-se sobre as decisões dos Tribunais que começaram a conceder progressão de regime ao condenado por crime hediondo e equiparados. Após isso, esmiúça-se sua mais recente alteração advinda da lei 11464/2007, a qual possibilitou a progressão de regime, além da liberdade provisória, institutos anteriormente proibidos. Discute-se, frente tais mudanças, qual será o quantum de pena, que deverá ser cumprido por um indivíduo que praticou crime hediondo ou a ele equiparado, antes da Lei 11464/2007, para ter direito a progressão de regime. Na seqüência, fala-se sobre a natureza jurídica da norma. Por fim, discute-se se é esta lei a mais favorável a ser aplicada ao réu.

Palavras-chave: Crimes Hediondos; Progressão de Regime; Inconstitucionalidade; Aplicação, Alteração.

ABSTRACT

SILVA, C. Law of Hideous Crimes: Aspects and recent controversial amendment. 2008. 74f. Monograph (Degree in Law) - Federal University of Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2008.

It examines the Law of Hideous Crimes and unconstitutionality, the creation of the law, their motives, the concept of hideous crimes, the criterion used by the legislature to determine the crimes as such, any changes in its original text. Thus, in the first part the context in which the law was created and its creation itself are analysed. After, looking up its first change occurred in 1994. Then, is the new role of hideous crimes brought by the second amendment in 1998. Where it is pointed, one by one which crimes have been included and removed from his text. Ahead are studied all the fences imposed by the law as the amnesty, mercy, clemency and bail. This done is talked about the decisions of the courts that have begun to grant regime progression to the convicted by hideous crimes and equivalents. After that, it is analysed its latest amendment brought up by the law 11464/2007, which enabled the progression of regime, in addition to the provisional liberty, institutes previously prohibited. It discusses, facing such changes, which will be the quantum of punishment that should be imposed to an individual who has committed a hideous crime or equivalent to it, before the Law 11464/2007, to be entitled to the progression of regime. Following, it speaks about the legal nature of the norm. Finally, it is discussed whether this law is the most advantageous to be applied to the defendant.

Keywords: Hideous Crimes; progression of regime; Unconstitutionality; Implementation, Amendment.

Silva, Clarice Zeitel Vianna.

Lei de Crimes Hediondos: Aspectos polêmicos e recente alteração/ Clarice Zeitel Vianna Silva. – 2008.

74 f.

Orientador: Nilo Batista.

Monografia (graduação em Direito) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas, Faculdade de Direito.

Bibliografia: f. 73-74.

1. Direito Público - Monografias. 2. Lei de Crimes Hediondos. 3. Aspectos Polêmicos. Silva, Clarice Zeitel Vianna. II. Universidade Federal do Rio de Janeiro. Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas. Faculdade de Direito. III. Lei de Crimes Hediondos: Aspectos polêmicos e recente alteração.

CDD 53328

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

1- TRIBUNAIS

STF - Supremo Tribunal Federal

STJ - Superior Tribunal de Justiça

TJ/RJ – Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro

2 - LEGISLAÇÃO

CP - Código Penal

CPP – Código de Processo Penal

CRFB/1988 – Constituição da República Federativa do Brasil

1 INTRODUÇÃO

A História de uma nação é escrita pela própria nação. Suas belezas contrapostas por suas barbáries, seu senso de justiça alternando-se com suas ações injustas, são o que a tornam humana. Por essa razão, pela História ser construída a partir de uma nação, e uma nação a partir de seres humanos, é que sempre nos veremos numa gangorra oscilante entre o certo e o errado, o justo e o injusto, a igualdade e a desigualdade. Por ser a História dinâmica, é que nunca saberemos com exatidão o que é certo ou errado, e cambalearemos numa linha tênue entre um e outro.

Por isso, é preciso que haja pessoas com convicções, ideais, ideologias baseadas num senso maior de Igualdade, Humanidade e Dignidade. Pois que os ideais não são relativos. E não estremessem frente a incertezas e dúvidas. Se o Direito e a Justiça de um país forem feitos por homens e mulheres dotados desse senso maior, a beleza sempre sucederá à barbárie. E mesmo que nasçam institutos disformes, eles não sobreviverão por muito tempo.

A Lei nº 8.072 de 25 de julho de 1990, que dispõe sobre os chamados Crimes Hediondos, pode ser considerada como uma efetiva mudança na forma com que o Estado passou a disciplinar determinados crimes. Crimes estes considerados como de maior gravidade social do que a maioria. Como não poderia ser diferente, a Lei de Crimes Hediondos originou-se da Constituição Federal, que determinou em seu art. 5º, no inciso XLIII, aplicação mais severa aos crimes hediondos e seus equiparados (prática de tortura, terrorismo, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins). Hoje os crimes hediondos são: homicídio e homicídio qualificado, latrocínio, extorsão qualificada pela morte, extorsão mediante seqüestro e na forma qualificada, estupro e sua combinação com o artigo 223, caput e parágrafo único, atentado violento ao pudor e sua

combinação com o artigo 223, caput e parágrafo único, epidemia com resultado morte, falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais e o crime de genocídio previsto nos artigos primeiro, segundo e terceiro da Lei 2889/56.

O princípio da proporcionalidade é garantia constitucional, apesar de ser implícito na Carta Magna. E é ele que embasa juridicamente o disposto no art. 5º, no inciso XLIII. Sua fundamentação jurídica pode estar no princípio do Estado de Direito, no princípio da igualdade, nos Direitos Fundamentais, no Devido Processo Legal substancial ou – há autores que digam – ser um princípio constitucional independente.

Para Paulo Bonavides, o princípio da proporcionalidade pode ser considerado como o mais importante garantidor dos direitos fundamentais em eventual preenchimento de lacuna deixada ao legislador pela Constituição Federal¹.

O princípio da intervenção mínima, da subsidiariedade e da fragmentariedade, também implícito na Constituição Federal, propõe que haja um freio, um limite ao controle social penal. Leciona, acerca desse princípio, Juan Carlos Carbonell Mateu, que a tarefa do Direito Penal é precisamente a de intervir o mínimo possível para conseguir o máximo de liberdade.²

Assim, acreditamos, que tenha sido inspirado em tais Princípios que o legislador constituinte determinou tanto tratamento mais brando para os crimes de menor potencial ofensivo, quanto mais severo aos de potencial mais lesivos socialmente.

¹ BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 11 primeira edição revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Malheiros Editores, 2001. p. 386.

² CARBONELL, 1996, *apud* FRANCO, 2007, p. 67)

A referida lei, que era para ser criada nesse contexto de proporcionalidade e legalidade, acabou por gerar enorme descompasso entre os preceitos constitucionais garantidores e as vedações contidas em seu bojo. Segundo Alberto Silva Franco:

esta lei provocou uma ruptura do sistema de penas no Brasil, criando uma evidente situação de desproporcionalidade entre os delitos contra a vida e a integridade física, de um lado, e os delitos patrimoniais, de outro, aqueles punidos com muita brandura e estes com fantástica severidade, numa inversão vesga de valores.³

A Lei, assim, desde sua criação sempre foi severamente criticada pela doutrina, que alegava a inconformidade com a constituição em que se encontravam vários de seus artigos, pois que violentavam muitos dos princípios garantidos pela Carta Magna. Principalmente, no que tocava a então impossibilidade de progressão de regime (artigo 2º, parágrafo 1º da Lei 8072/90), no campo penal, e a vedação da liberdade provisória, no campo processual penal, que quebravam não só o princípio da Proporcionalidade, como também o princípio da Dignidade Humana, entre outros. Sua redação original assim estabelecia:

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.

Tamanha severidade torna-se contrária e incompatível com os verdadeiros objetivos da pena, que são os de prevenir a ocorrência de novos delitos e de ressocializar o indivíduo que foi preso. Mas esse descompasso encontra explicação na observância do contexto no qual a lei 8072/90 foi confeccionada. O Poder Público encontrava-se acuado pela mídia e pela população, que faziam forte pressão conjunta, exigindo uma resposta imediata à ocorrência, cada vez maior,

³ FRANCO, Alberto Silva. **Crimes Hediondos**. 6. ed. rev., atual. E ampl – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 70.

de crimes alarmantes. Acabou sendo, então, muito célere e, talvez, descuidado, o processo de criação dessa lei.

Desde sua criação até o presente momento, a Lei de Crimes Hediondos sofreu algumas alterações que serão posteriormente comentadas no presente trabalho. Porém dentre elas a mais marcante e mais recente foi a inovação advinda da Lei 11464/07, que alterou, entre outras coisas, a redação do polêmico parágrafo 1º, artigo 2º, que agora estabelece:

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

II - fiança.

§ 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.

Ou seja, a progressão de regime poderá ser aplicada ao condenado por crimes hediondos e seus equiparados dependendo do caso concreto, e, foi suprimida de seu texto a vedação à concessão de liberdade provisória.

Porém, é claro que a alteração de um artigo não pressupõe o fim de uma polêmica. Por ser tão recente ainda não sabemos ao certo qual será o efeito de tal mudança e quais as opiniões de juristas e doutrinadores que ainda surgirão.

2- CONCEITO DE CRIME HEDIONDO

Hediondo, conforme o dicionário brasileiro, significa entre outras expressões, ato repugnante. Logo, o crime hediondo seria um crime considerado sórdido, repugnante pela sociedade.

O legislador constitucional estabeleceu uma consonância entre os crimes de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, terrorismo e os que seriam chamados de crimes hediondos. Percebe-se que o que estes crimes teriam em comum seria a equivalência de suas condutas incriminadas sob o ângulo da danosidade social.

Para Alberto Silva Franco, o pré-estabelecimento de determinados crimes como sendo hediondos não deveria existir. Para ele, é necessário que se defina o que é a hediondez de um crime. Pois senão estaria o legislador etiquetando figuras criminosas pré-existentes: “Você prega um adesivo numa figura criminosa e diz isso é crime hediondo”, o que traz para o juiz um engessamento total.⁴

O exemplo dado por Silva Franco, do atentado violento ao pudor, explicita de forma concreta a inutilidade do pré-estabelecimento de tal rol taxativo. O crime supracitado compreende um grande número de atos libidinosos, como toque corporal, beijo lascivo até o coito anal, que seria o mais grave dos atos. Ao dizer que este crime é hediondo, sem dizer o porquê ele é hediondo, o juiz fica obrigado a aplicar a mesma pena, que, no caso, é de no mínimo seis anos de reclusão, em relação a quem deu o beijo lascivo e a quem praticou o coito anal. Tendo em mãos a definição de “hediondez”, explica o criminalista, o juiz poderia analisar que o beijo lascivo não é crime hediondo e dar uma pena proporcional à gravidade do delito.⁵

⁴ FRANCO, Alberto Silva. **Crimes Hediondos**. 6. ed. rev., atual. E ampl – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 102.

⁵ FRANCO, Alberto Silva. **Crimes Hediondos**. 6. ed. rev., atual. e ampl – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 66.

Utilizando uma metáfora, seria como pegarmos água pura e inseri-la em um recipiente de algum medicamento, achando então agora, que a água poderia curar todo e qualquer tipo de doença, independente de exames e análises. Pelo simples fato da água ter sido inserida naquele recipiente. Não seria mais coerente, tendo em mãos o medicamento correto, que o aplicássemos somente aos casos que lhe façam jus?

Guilherme Souza Nucci ⁶, esclarece os pontos positivos e negativos desse modelo. O primeiro seria a segurança jurídica na aplicação da lei, ou seja, somente serão considerados hediondos aqueles crimes constantes do rol. O segundo seria a falta de parâmetros na definição legislativa de quais são os crimes hediondos, ou seja, ficamos sem saber porque o legislador considera atentado violento ao pudor, mediante violência presumida como crime hediondo e porque não considerou o homicídio qualificado como tal, na redação original da lei⁷. Nesse diapasão, encontramos ainda dois critérios que poderiam ser utilizados para o estabelecimento dos crimes hediondos:

Judicial Objetivo – esse critério dá extrema liberdade ao juiz permitindo com que ele, a partir do caso concreto, considere qualquer tipo de crime como hediondo ou não. Assim, um roubo poderia ser hediondo e um atentado violento ao pudor mediante violência presumida, não. A crítica a esse critério seria a enorme insegurança jurídica causada pela liberdade conferida ao magistrado, que avaliaria baseado em critérios subjetivos.

Legislativo Definidor – nesse critério, buscaria-se encaixar os crimes a partir de seus casos concretos em um conceito previamente estipulado, ou seja, o legislador definiria o que seria

⁶ NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis Penais e Processuais Comentadas**, 2a. ed. rev., atual. e ampl – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 525.

o crime hediondo, mas não por uma enumeração taxativa. A crítica a esse critério seria também a insegurança, visto que as definições acabam também gerando contradições.

Para Guilherme de Souza a melhor opção seria a união dos três. Sendo assim “o legislador deve enumerar vários delitos (especialmente os que implicam em violência ou grave ameaça contra a pessoa), fornecer um conceito de hediondez e permitir que o juiz, no caso concreto, no tocante a esses delitos constantes em lei, possa promover a justa adequação, taxando-os ou não de hediondo. Teríamos uma parte de responsabilidade do legislador, fornecendo uma lista de crimes sujeitos à qualificação de hediondo – mas não necessariamente. Receberíamos um conceito do que seria hediondez, mas para a aplicação limitada àqueles tipos penais constantes do rol dos crimes possivelmente hediondos, bem como permitiríamos ao judiciário maior flexibilidade na classificação dos delitos para que recebam tratamento mais severo.” O exemplo dado por Guilherme seria: um homicídio, listado na definição de hediondez, poderia ser hediondo se o caso concreto ensejasse tal tratamento. Como também poderia não o ser. Seriam considerados os aspectos pessoais do agente, além da forma de cometimento do delito e suas conseqüências.⁸

3- DA CRIAÇÃO DA LEI

⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. Op. Cit., p 595-596.

Foi o art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal que fomentou o início de inúmeros projetos de lei que tentavam regulamentar o tratamento mais severo determinado pelo inciso da Carta Magna.

Já em 1989, foram propostos alguns projetos. O projeto número 2015, aumentava as penas para os crimes de roubo, seqüestro e estupro, seguido de morte. Segundo o projeto de lei, o réu de qualquer desses crimes ficaria privado de direitos na sua fase executória.

O projeto 2154, acerca do trafico ilícito de entorpecentes, também lhe agravava as regras e obrigava a prisão preventiva dos réus.

O projeto 2529 dobrava as penas cominadas, além de determinar um rol taxativo de crimes hediondos.

No mesmo ano, o Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária elaborou o projeto 3754 que foi encaminhado pelo então presidente da república por meio da mensagem 546/89 ao Congresso Nacional. Esse projeto visava dar sentido a expressão “crimes hediondos” através da enumeração de determinados crimes que assim foram taxados. O projeto também definiu crimes hediondos como sendo qualquer delito que se pratique com violência à pessoa, provocando intensa repulsa social e cujo reconhecimento decorra de decisão motivada de juiz competente de acordo com a gravidade do fato ou pela maneira de execução.

O projeto 3875 pretendia estipular penas superiores a vinte anos de reclusão a diversos crimes do Código Penal, e etiquetadas como hediondos pelo mesmo além dos que gerassem intensa repulsa.

O projeto 4272 tentou incluir aos artigos 159 e 213 (extorsão mediante seqüestro e estupro). Os parágrafos quinto e único que os definiriam como crimes hediondos.

Em 1990, o projeto 5270, tentando diminuir a onda de seqüestros ocorridos, previa o aumento das penas para os crimes de extorsão mediante seqüestro. No mesmo sentido o projeto 5281 proibia para o réu condenado por extorsão mediante seqüestro, o livramento condicional, a prisão semi-aberta e a prisão albergue, mesmo nos estágios finais da execução.

O projeto 5355 propunha que fosse aplicado o procedimento criminal da lei de antitóxicos ao procedimento criminal para os crimes de extorsão mediante seqüestro. Previa também a impossibilidade de qualquer dilação de prazo para a conclusão desde o inquérito policial. Propunha ainda em seu artigo terceiro que, tendo sido formado bando ou quadrilha, o componente que a denunciasse teria a pena reduzida de um a dois terços se disso resultasse o desmantelamento da mesma.

Finalmente foi promulgada a lei ordinária com caráter de complementar: a lei número 8072 de 25 de Julho de 1990. O projeto base da lei de Crimes Hediondos, foi o de número 5405 do deputado Roberto Jefferson.

A lei elencou os crimes hediondos em seu artigo primeiro. Sendo sua enumeração um rol taxativo, estabeleceu-se que os crimes hediondos eram aqueles listados em seu bojo. Só aqueles e nenhum outro mais.

3.1- Movimento da Lei e da Ordem

Sabemos, porém, que a criação dessa lei ocorreu sob forte pressão midiática e apelo da população que se encontrava assustada com altos índices de criminalidade, principalmente a

ocorrência de seqüestros. O seqüestro do empresário Abílio Diniz, o caso Martinez, o caso Medina, foram fatores que geraram ainda mais comoção e aceleraram a promulgação da lei.

Dominou, portanto, no momento de sua criação a ideologia do que se chama *Law and Order*, que nada mais é que um posicionamento extremado que impõe uma política criminal radical e passional. Acredita-se, pelo movimento da Lei e Ordem, que quanto mais severas as leis, menor será a criminalidade existente.⁹

A conseqüência disso, foi o nascimento de uma lei que colidiu fortemente com princípios penais e constitucionais, motivo pelo qual veio sofrendo ao longo dos anos diversas modificações em seu texto inicial.

Apesar de suas recentes modificações, o seu nascimento, por si só, representou um regresso do direito penal e processual penal.

Será que o objetivo de diminuir a onda de seqüestros e a criminalidade em geral se concretizou com a promulgação da lei?

Alberto Silva Franco posiciona-se:

O que teria conduzido o legislador constituinte a formular o número XLIII do artigo quinto da CF ? O que estaria por detrás do posicionamento adotado? Nos últimos anos, a criminalidade violenta aumentou do ponto de vista estatístico: o dano econômico cresceu sobremaneira, atingindo seguimentos sociais que até então estavam livres de ataques criminosos; atos de terrorismo político e mesmo de terrorismo gratuito abalaram diversos países do mundo; o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins assumiu gigantismo incomum; a tortura passou a ser encarada como uma postura correta dos órgãos formais de controle social. A partir desse quadro, os meios de comunicação de massa começaram a atuar por interesses políticos subalternos, de forma a exagerar a situação real,

⁹ FRANCO, Alberto Silva. **Crimes Hediondos**. 6. ed. rev., atual. e ampl – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 94.

formando uma idéia de que seria mister, para desenvolvê-la, uma luta sem quartel contra determinada forma de criminalidade ou determinados tipos de delinqüentes, mesmo que tal luta viesse a significar a perda das tradicionais garantias do próprio Direito Penal e do Direito Processual Penal¹⁰.

O ILANUD (Instituto Latino Americano das Nações Unidas para Prevenção de Delito e Tratamento do Delinqüente) é um instituto que realiza pesquisas, análises e estudos acerca do sistema de Justiça Criminal no Brasil. O seu objetivo é, a partir de seus dados, aprimorar a justiça criminal nacional, prevenir a ocorrência de crimes e assegurar aos apenados a eficácia de seus direitos e garantias constitucionais. O instituto tem como referência as ações das Nações Unidas, e acredita numa co-participação e co-responsabilização tanto do governo quanto da sociedade.

A pesquisa, realizada pelo Ilanud, sobre a Lei de Crimes Hediondos, veio enriquecer o presente trabalho, pois nos trouxe uma ótica baseada em números, gráficos e estatísticas (além de entrevistas) que podem nos aproximar ainda mais da verdade e da realidade.

Chamam muita atenção, nessa pesquisa, os dados relatados no que se refere à criação da Lei de Crimes Hediondos, pois demonstram a celeridade com que a lei foi confeccionada, gerada pela pressão da mídia e da população e, principalmente, o desconhecimento dos parlamentares acerca do assunto e da matéria legislativa.

A pesquisa contém alguns trechos de discussões que aconteceram entre os parlamentares durante a votação da referida lei na Câmara dos Deputados. Esses trechos foram retirados do Diário Oficial do Congresso Nacional. As conversações entre os parlamentares são chocantes, haja vista que nos mostram como, no nosso país, uma lei pode ser aprovada e posta em prática sem que os próprios “feitores” dessas leis saibam o que e para que a estão fazendo.

¹⁰ FRANCO, Alberto Silva. **Crimes Hediondos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 75

Seguem abaixo trechos dos dizeres de alguns Deputados e Senadores¹¹:

Sr. Presidente, parece-me que seria melhor se tivéssemos possibilidade de ler o substitutivo. Estamos votando uma proposição da qual tomo conhecimento através de uma leitura dinâmica. Estou sendo consciente. Pelo menos gostaria de tomar conhecimento da matéria. Quero que me dêem, pelo menos, um avulso, para que possa saber o que vamos votar.¹²

Por uma questão de consciência, fico um pouco preocupado em dar meu voto a uma legislação que não pude examinar. Tenho todo o interesse em votar a proposição, mas não quero fazê-lo sob a ameaça de, hoje à noite, na TV Globo, ser acusado de estar a favor do seqüestro. Isso certamente acontecerá se eu pedir adiamento da votação.¹³

Eu gostaria apenas, em nome do PSDB e principalmente em meu nome, de declarar que mais uma vez, infelizmente, estaremos votando aqui, neste instante, matéria da maior importância sem termos tido a oportunidade de um exame completo dos seus efeitos. Agora, posteriormente, com mais tempo, quando retornarmos aos trabalhos normais, em agosto, entendo que o Senado deveria reexaminar essa matéria, para ver se deveríamos fazer ou não alguma modificação nessa legislação.¹⁴

Eu estou com graves dúvidas sobre a parte técnica desta matéria. Pergunto a V. Ex^a, Sr. Presidente, não pode haver uma pausa, pelo menos de cinco minutos, para examinarmos isso? Porque, do contrário, vou me negar a votar.¹⁵

Fica explícito que a lei de crimes hediondos foi criada e posta em vigência sem nenhum tipo de estudo, sem qualquer tipo de análise, nem superficial que seja. A lei foi criada sem que o legislador analisasse se ela surtiria efeito ou se ela poderia, eventualmente, criar efeitos indesejados.

¹¹ Diário do Congresso Nacional. Edições de 29/06/1990 e 11/07/1990.

¹² Deputado Érico Pegoraro (PFL)

¹³ Deputado Plínio de Arruda Sampaio (PT)

¹⁴ Senador Jutahy Magalhães (PSDB)

¹⁵ Senador Cid Sabóia de Carvalho (PMDB)

O Estado brasileiro ainda não descobriu -e isso vale para todos os tipos de atuações estatais, como nas áreas de educação, saúde,etc- que a tomada de uma medida, por mais excepcional que ela seja, de forma isolada não produz efeitos práticos. É como tapar o sol com a peneira. É insuficiente e ineficaz. Parece mais uma tentativa de mostrar serviço, do que uma tentativa de sanar realmente um problema.

Uma política pública não pode ser implementada sem um estudo profundo que a sustente e, mesmo após sua implementação, ela será refém de diversos fatores que devem trabalhar em conjunto. Num sistema interligado em que um imprescinde do outro.

Não foi isso, nos parece, o que ocorreu na confecção da lei em estudo.

3.2 Da alteração advinda da Lei 8930/1994

A primeira alteração sofrida pela lei de crimes hediondos, conferiu nova redação ao art. 1º da Lei 8.072/90, acrescentando o homicídio simples (em uma única ação fática), quando praticado em atividade típica de grupo de extermínio, ainda que cometido por um só agente, e o homicídio qualificado (§ 2º do art. 121 e todos os seus respectivos artigos) no rol dos delitos anteriormente definidos como hediondos e excluiu de seu rol o crime de envenenamento de água potável ou de substância alimentícia ou medicinal, qualificado pela morte.

A Lei 8930/94 foi criada logo após um crime trágico que ficou conhecido em todo país.

Como sabemos, no Brasil, a Rede Globo de Televisão tem poder incontestável perante a população como um todo. Arrisco-me até em dizer que é, nas classes mais humildes, uma grande formadora de opinião. Sabemos também, que as novelas produzidas na emissora são assistidas por todos, com recordes de audiência. Foi justamente uma atriz da Globo, filha da famosa autora de novelas Glória Perez, que foi brutalmente assassinada, com dezesseis tesouradas, no pescoço e no peito, em dezembro de 1992.

Glória Perez, então, incitou enorme pressão popular, amparada pela poderosa emissora de televisão e conseguiu que o homicídio qualificado fosse incluído na lista dos crimes hediondos. Essa lei foi chamada por alguns críticos de “Lei Rede Globo”.

Mais uma vez, nos perguntamos se isso seria capaz de evitar este tipo de crime. Na verdade, seria necessária uma reforma estrutural que modificasse mais do que a simples “localização” de um tipo penal. Sua mera inclusão no rol dos crimes hediondos, quando inserida em um contexto engessadamente caótico (social, carcerário, jurídico, etc...) não tem o menor potencial de transformação.

3.3 Da alteração advinda da Lei 9695/1998

A Lei n.º 9.695, de 20 de agosto de 1998, alterou a Lei n.º 8.072, de 25 de julho de 1990, incluindo, dentre os delitos hediondos, o crime de falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais, previsto no art. 273 do Código Penal, sujeitando os infratores, por consequência, às penas de 10 a 15 anos de reclusão e multa. Essa mesma lei (art. 273, § 1º-B) sujeita às penas citadas

quem expõe a venda, tem depósito para vender, ou de qualquer forma distribui ou entrega ao consumo o produto falsificado, corrompido, adulterado ou alterado em qualquer das seguintes condições:

I – sem registro quando exigível, no órgão de vigilância sanitária competente;

II – em desacordo com a fórmula constante do inciso anterior;

III – sem as características de identidade e qualidade admitidas para a sua comercialização;

IV – com redução de seu valor terapêutico ou de sua atividade;

V – de procedência ignorada;

VI – adquiridos de estabelecimento sem licença da autoridade sanitária competente.

4- ARTIGO NONO: *BIS IN IDEM* ?

O artigo nono da lei 8072/90, estatui uma causa de aumento de pena em relação aos delitos enumerados no próprio dispositivo penal. O fato de a vítima se encontrar em qualquer das

hipóteses do artigo 224 do Código Penal¹⁶ acarretará um aumento de pena do *quantum* punitivo, pois entender-se-á que houve uso de violência por parte do réu.

Não seria tal arbitramento do legislador uma presunção? Se é o juiz quem deve analisar o caso concreto, porque o legislador infraconstitucional tem, dessa maneira, o poder de dobrar a pena estabelecida ao final do processo, restando ao juiz apenas aplicar a norma.

Uma presunção legal é o procedimento lógico necessário para estabelecer uma relação entre dois fatos na base de uma regra de experiência codificada pelo legislador¹⁷.

Não pode uma lei conter em seu bojo presunções legais, pois que isso leva a um abrandamento da prova, um cerceamento de defesa, porque o acusado, frente a uma presunção, não teria chance sequer (ou teria uma chance reduzida) de tentar provar o contrário do que já foi presumido, mediante uma conclusão lógica do legislador. A presunção legal constitui, portanto, um abrandamento da prova.

Baseando-se numa regra de experiência, a lei deduz de um fato um outro e antecipa o procedimento lógico necessário para estabelecer uma relação entre dois fatos, recorrendo a um parâmetro abstrato de valoração que alivia o magistrado do encargo da verificação.

Quando a presunção legal é relativa, não obriga o magistrado a aplicar as conseqüências por ela estabelecidas ao caso concreto. O juiz admitirá a produção de provas que tentem assegurar a não ocorrência do fato presumido pela lei. Isso quer dizer que há uma equivalência

¹⁶ Código Penal: Art. 224 - Presume-se a violência, se a vítima:

- a) não é maior de 14 (catorze) anos;
- b) é alienada ou débil mental, e o agente conhecia esta circunstância;
- c) não pode, por qualquer outra causa, oferecer resistência.

¹⁷ FRANCO, Alberto Silva. **Crimes Hediondos**. 6. ed. rev., atual. e ampl – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 379.

processual entre a prova do fato e o fato presumido, ou seja, os fatos serão presumidos pelo juiz até que haja prova em contrário.¹⁸

No caso do art.224 do Código Penal, estamos diante de uma presunção legal relativa. No que se refere à idade da vítima, será descartada a presunção legal de violência, se tiver ocorrido erro, em razão do porte físico da vítima ou se esta for prostituta ou, ainda, de proclamada corrupção. Também se afasta a presunção legal quando o agente não tinha possibilidade de conhecer a alienação ou debilidade mental da vítima ou se for provado que a ofendida tinha capacidade de resistir.

Quando, de acordo com o artigo nono da lei de Crimes Hediondos, aplica-se o art. 224 do Código Penal, ocorre um *bis in idem*, pois a violência já é elemento constitutivo dos crimes enumerados em seu rol. Nos casos de estupro qualificado, atentado violento ao pudor qualificado, latrocínio, extorsão qualificada pelo resultado morte, extorsão mediante seqüestro é claramente inquestionável o uso de violência no momento de execução desses crimes. A Lei de Crimes Hediondos, portanto, está, pela segunda vez, considerando tal violência e agravando de novo o que já fora agravado.

O princípio constitucional da individualização da pena é ultrajado e violado em toda sua essência, uma vez que o acréscimo de metade da pena cominada pode, em determinados casos, fazer coincidir os marcos punitivos, mínimo e máximo, deixando o julgador sem possibilidade de efetuar a individualização da pena.¹⁹

Um princípio constitucional também claramente lesado pelo artigo nono é o da legalidade (artigo 5º, XXXIX, da CRFB/88)²⁰. O princípio *ne bis in idem* (não se pode penalizar duas vezes

¹⁸ FRANCO, Alberto Silva. **Crimes Hediondos**. 6. ed. rev., atual. e ampl – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 380.

¹⁹ FRANCO, Alberto Silva. **Crimes Hediondos**. 6. ed. rev., atual. e ampl – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 384.

²⁰ CRFB: Art. 5º, inciso XXXIX - não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal.

o mesmo ato) é um de seus corolários, apesar de não estar declarado expressamente em seu texto.

Não teria sentido que o juiz pudesse aplicar uma pena duas ou mais vezes referida a um mesmo pressuposto. Seria permitir o duplo exercício do *ius puniendi* do Estado.

5- OUTRAS VEDAÇÕES DA LEI 8072/1990

O artigo segundo da Lei 8072/90 estabelece que os crimes hediondos, a prática de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo são insuscetíveis de: anistia, graça, indulto e fiança.

A fiança²¹, segundo o Código de Processo Penal, será sempre definitiva, consistirá em depósito de dinheiro, pedras, objetos ou metais preciosos, títulos da dívida pública, federal, estadual ou municipal, ou em hipoteca inscrita em primeiro lugar. Ela é a garantia dada pelo réu que deseja defender-se em liberdade.

O indulto²² é o perdão do condenado, que pode consistir em diminuição da pena ou sua isenção total. O condenado fica livre do cumprimento parcial ou total da pena.

Já a graça²³ é a clemência destinada a certa pessoa, mas que não cometeu fatos criminosos. É um perdão dado pelo Presidente da República.

A anistia²⁴ por fim, ocorre quando o Poder Público, edita lei que determina que alguns fatos não são mais puníveis. Essa lei possui efeito *ex nunc* tirando crimes já praticados do ordenamento jurídico. Vale dizer que a anistia tem efeito sobre fatos e não pessoas.

5.1- Liberdade provisória

Ao falarmos das vedações da Lei de Crimes Hediondos, não podemos deixar de comentar sobre o instituto da Liberdade Provisória. Quando foi criada, a lei 8072 de 1990 vedou expressamente a possibilidade de concessão de liberdade provisória (hoje já pacificadamente

²¹ Código de Processo Penal: Art. 330 – A fiança, que será sempre definitiva, consistirá em depósito de dinheiro, pedras, objetos ou metais preciosos, títulos da dívida pública, federal, estadual ou municipal, ou em hipoteca inscrita em primeiro lugar.

²² Código de Processo Penal: Art. 741 – Se o réu for beneficiado por indulto, o juiz, de ofício ou a requerimento do interessado, do Ministério Público ou por iniciativa do Conselho Penitenciário, providenciará de acordo com o disposto no artigo 738.

²³ Código de Processo Penal: Art. 734 – A graça poderá ser provocada por petição do condenado, de qualquer pessoa do povo, do Conselho Penitenciário, ou do Ministério Público, ressalvada, entretanto, ao Presidente da República, a faculdade de concedê-la espontaneamente.

²⁴ Código de Processo Penal: Art. 742 – Concedida a anistia após transitar em julgado a sentença condenatória, o juiz, de ofício, ou a requerimento do interessado, do Ministério Público ou por iniciativa do Conselho Penitenciário, declarará extinta a pena.

possível) ao réu processado pela prática de terrorismo, tortura, tráfico ilícito de entorpecentes ou drogas afins e , claro, crime hediondo.

O STF entendia que a vedação à concessão do benefício da liberdade provisória prevista no artigo 2º, II, da Lei 8072/90 era fundamento suficiente para o impedimento da concessão do benefício. O STJ posicionou-se no mesmo sentido no HC 86814²⁵.

A doutrina, por outro lado, já encontrava opiniões divergentes das jurisprudências, pois que muitos autores entendiam possível e concessão da liberdade provisória ao processado por crime hediondo. Nesse sentido, Alberto Silva Franco lecionava que a Constituição Federal de 1988 não deixou lacuna em relação ao assunto mas, muito pelo contrário, posicionou-se quanto a liberdade provisória: “ninguém será levado a prisão ou nela mantido, quando a lei admitir liberdade provisória, com ou sem fiança.” art. 5º, LVI, CF. O que isso nos mostra é que a Carta Magna elevou a liberdade provisória à condição de Direito Fundamental²⁶.

Os Direitos Fundamentais incluídos no texto da nossa Constituição têm um significado demasiado importante para o ordenamento jurídico como um todo e para toda a população. Não é à toa que o parágrafo 1º do art. 5º define como de aplicação imediata as normas definidoras dos direitos fundamentais.

²⁵ STJ HC 86814: EMENTA: HABEAS CORPUS. PRISÃO EM FLAGRANTE. TRÁFICO INTERNACIONAL DE ENTORPECENTES E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. LIBERDADE PROVISÓRIA. VEDAÇÃO. LEI 8.072/1990, ART. 2º, II. DECRETO DE PRISÃO DEVIDAMENTE FUNDAMENTADO. PRAZO DA PRISÃO DEVIDAMENTE JUSTIFICADO PELAS CIRCUNSTÂNCIAS DO PROCESSO. A vedação à concessão do benefício da liberdade provisória prevista no art. 2º, II, da Lei 8.072/1990 é fundamento suficiente para o impedimento da concessão do benefício ao paciente. A demora na tramitação do processo é justificada pela complexidade do feito, dada a necessidade de expedição de precatórias para oitiva de testemunhas e a presença de vários réus com procuradores distintos. Ordem denegada.

²⁶ FRANCO, Alberto Silva, op. cit, p 83.

O Estado Democrático de Direito é, antes de tudo, garantidor da DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA, pois que esse Estado deve considerar este um dos mais fundamentais de seus direitos. Vieira de Andrade destaca a importância do princípio da dignidade humana:

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 a liberdade provisória, quando a prisão é totalmente desnecessária, é, portanto, afronta flagrante ao princípio da dignidade da pessoa humana.²⁷

Além disso, o inciso LIV do artigo 5º da Constituição preceitua: “ninguém será privado de sua liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”, ou seja, a vedação do legislador à concessão de liberdade provisória afronta mais esse princípio constitucional. A jurisprudência americana chama isso de BILL OF ATTAINDER, que seria um ato legislativo que considera alguém culpado diretamente, destinado a infringir-lhe uma sanção sem processo ou decisão judicial. Os meios de coerção pessoal, abarcados pelo princípio da necessidade, não podem perder seu caráter cautelar. Se a medida cautelar é aplicada quando, no caso concreto, o juiz percebe sua necessidade, não pode o legislador decidir de antemão se esta caberá ou não.

Após a pacificação, na doutrina, do entendimento de que seria inconstitucional a vedação à liberdade provisória, os nossos tribunais passaram a julgar mediante a possibilidade de concessão da liberdade provisória para os processados por crimes hediondos. O requisito era que

²⁷ ANDRADE, Vieira de, Os Direitos Fundamentais, 1983, p. 101.

a liberdade do réu 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 artigo 312, CPP²⁸. A posição anterior seria equivalente a uma aplicação de pena precipitada, o que não cabe dentro do sistema acusatório adotado pelo nosso ordenamento e muito menos, num chamado Estado Democrático de Direito.

6- DA IMPOSSIBILIDADE DE PROGRESSÃO DE REGIME

Realizada uma explanação acerca de alguns artigos da lei considerados inconstitucionais, suas alterações e vedações, passaremos, agora, para o artigo que, a meu ver, seria o mais inconstitucional de todos. Claro que não podemos medir um grau de inconstitucionalidade. Ou uma norma é inconstitucional ou não é. Porém, a impossibilidade de progressão de regime foi a vedação mais prejudicial ao apenado. Foi a vedação que mais afrontou a dignidade humana. A vedação que mais aniquilou os reais objetivos da pena e do cárcere. Porque se um condenado tiver que cumprir toda sua pena em regime fechado, sem contato com a sociedade ou com o

²⁸ Código de Processo Penal: Art. 312 - A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria.

mundo real, é bastante improvável que ele saia de lá melhor (ou igual) do que quando entrou. Num intuito de ressocialização, a pena só terá o “anti-socializado” ainda mais.

Em 25 de Julho de 1990, a Lei de Crimes Hediondos determinou, em seu bojo, a impossibilidade de progressão de regime aos condenados por crimes hediondos e equiparados em seu artigo segundo, parágrafo primeiro:

“A pena por crime previsto neste artigo será cumprida integralmente em regime fechado.”

“Integral” significa total, por inteiro. Ou seja, foi essa a palavra que determinou a inconstitucionalidade do artigo, no momento em que obrigou o condenado a cumprir a pena, em toda sua execução, em regime fechado. Sem jamais progredir do fechado para o semi-aberto e do semi-aberto para o aberto.

O regime integralmente fechado, durante toda pena, retira do condenado qualquer tipo de esperança, seja de abrandar sua pena, seja de readquirir seus direitos que lhe foram retirados. Sem que o condenado tenha uma mínima perspectiva de melhora, porque ele próprio melhoraria?

Dentro do Estado Democrático de Direito, são definidas três funções básicas inerentes à pena: a repressão, a prevenção e a ressocialização. Isso quer dizer que o Estado, ao prender um indivíduo, pretende impor a ele uma punição por ter violado uma norma e ter posto em risco a segurança jurídica de toda uma coletividade. Ao puni-lo, o Estado pretende também, inibir que outros venham a transgredir aquela ou outra norma. O objetivo final do Estado é fazer com que durante o cumprimento da pena, aquele indivíduo regenere-se, aprenda com seu erro e volte ao convívio social como um novo cidadão. Pois quando falamos em função da pena, estamos considerando os efeitos daquele crime para a sociedade como um todo. O Estado visa a defesa da sociedade, garantindo através de suas normas, a segurança jurídica necessária.

O professor Nilo Batista, ao tratar do tema diz que 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 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 ressocializadora²⁹.

A função ressocializadora da pena ganhou importância ainda maior após a Constituição Federal de 1988. Jurisprudência e doutrina, concordam em dizer, que o objetivo maior da pena é a recuperação do condenado para que ele possa voltar a sociedade reintegrando-se como cidadão, com direitos e deveres.

Assim, a Lei 8072/90, foi criada de acordo com os objetivos de repressão e de prevenção, porém excluiu totalmente o papel ressocializador da mesma.

A individualização da pena é um princípio fundamental, contido no texto constitucional, no que diz respeito ao sistema penal em nosso país. A partir desse princípio, o Estado deve atentar-se às características específicas do crime e do condenado naquele caso concreto. O sistema de imposição da pena, não pode perder jamais o caráter dinâmico. Quando o legislador afere uma pena, por exemplo, de tantos a tantos anos, é porque ele deixou espaço para que o juiz analise aquele caso, e dotado de suas percepções e conclusões, possa aplicar a sanção exata que faça jus ao caso. Individualizar a pena é, portanto, determiná-la baseando-se nos fatos e no réu.

Nas palavras dos Ministros Sepúlveda Pertence e Marco Aurélio, que entendem da mesma forma:

Esvazia e torna ilusório o imperativo constitucional da individualização da pena a interpretação que lhe reduza o alcance ao momento da aplicação judicial da pena, e o pretende, de todo, impertinente ao da execução dela. De nada vale individualizar a pena no momento da aplicação, se na execução, em

²⁹ BATISTA, Nilo. Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2002. p. 111.

*razão da natureza do crime, fará que penas idênticas, segundo os critérios de individualização, signifiquem coisas absolutamente diversas quanto à sua efetiva execução...*³⁰

A progressividade do regime está umbilicalmente ligada à própria pena, no que, acenando ao condenado com dias melhores, incentiva-o à correção de rumo e, portanto, a empreender um comportamento penitenciário voltado à ordem, ao mérito e a uma futura inserção 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 cabível³¹.

Alberto Silva Franco leciona da seguinte forma:

O sistema progressivo de cumprimento da pena privativa de liberdade está também vinculado ao princípio constitucional da individualização da pena. Tal princípio garante, em resumo, a todo cidadão, condenado num processo-crime, uma pena particularizada, pessoal, distinta e, portanto, inextensível a outro cidadão, em situação fática igual ou assemelhada. A questão da individualização da pena tem sido objeto de exame em três níveis: constitucional, legal e judicial. Não há dúvida de que a individualização da pena assumiu, na Constituição Federal, a condição de direito fundamental do cidadão posicionado frente ao poder repressivo do Estado. Não é possível, em face da ordem constitucional vigente, a cominação legal de pena, exata na sua quantidade, nem a aplicação ou execução de pena, sem intervenção judicial, para efeito de adaptá-la ao fato concreto, ao delinqüente ou às vicissitudes de seu cumprimento. Em nenhuma dessas situações haveria, de fato, um processo individualizador da pena: tudo já estaria predisposto, o que entraria em atrito com o próprio conceito de individualização que quer dizer “considerar individualmente”, “um a um, em separado”, “particularizar”, “distinguir”.

³⁰ Voto do insigne Ministro Sepúlveda Pertence, HC nº 69657-1/SP, D.J. em 18.06.93

³¹ Ministro Marco Aurélio, do HC 82.959/SP

Este é o sentido e o objetivo da norma constitucional. Excluir, portanto, o sistema-progressivo, também denominado “sistema de individualização científica”, da fase de execução é impedir que se faça valer, nessa fase, o princípio constitucional da individualização da pena. Lei ordinária que estabeleça regime prisional único, sem possibilidade de nenhuma progressão atenta, portanto, contra tal princípio, de indiscutível embasamento constitucional.³²

Deixa claro o ilustre jurista, que a então impossibilidade da progressão de regime para todos os réus condenados por crimes hediondos e equiparados é completamente inconstitucional. Não poderia uma lei infraconstitucional estipular regras de qualquer natureza se estas regras colidem fortemente com a Lei Maior, superior a todas. Principalmente por esta lei ordinária esmagar princípios tão básicos e essenciais a um sistema, como é o da humanidade e o da individualização da pena.

O princípio da humanidade abarca todo o direito penal brasileiro, mantendo-o sempre dentro dos pilares do Estado Democrático de Direito. Pois que sem esse princípio, o Estado, no momento de punir um delinqüente por seu crime poderia esbarrar em seus direitos fundamentais, ou seja, o princípio da humanidade faz as vezes de um limite entre os direitos suprimidos do condenado e suas garantias fundamentais enquanto encarcerado. O princípio da humanidade não alcança a um ou outro condenado, mas alcança a todos, independente de seu crime, do seu tipo ou quantidade de pena, assegurando-lhes o direito à vida digna de um ser humano.

A Lei de Crimes Hediondos, quando determinou a impossibilidade de progressão de regime demonstrou enorme desumanidade, pois que, expôs o condenado a um mal tão profundo, que praticamente lhe tirava a própria humanidade também, devolvendo à sociedade, um ser sem nada a perder e desprovido de sentimentos.

³² FRANCO, Alberto Silva. **Crimes Hediondos**. 6. ed. rev., atual. e ampl – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 208.

Claro que isso tudo se potencializa ainda mais frente ao precário sistema carcerário que temos no nosso país. Nas nossas cadeias, a maioria dos presos é tratada com desprezo, desleixo, desumanidade. E seria nesse ambiente que estaria o condenado bitolado durante todos os anos de sua pena.

A Constituição Federal, em seu artigo quinto, estabeleceu que os tratados internacionais de que o Brasil fizesse parte seriam aqui cumpridos como se fossem garantias e direitos próprios da nossa Lei Maior: “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.**”

Tal inciso se mostra de grande importância para o nosso estudo, pois que falaremos de pactos internacionais dos quais o Brasil é parte que tratam, justamente, das questões referentes a Direitos Humanos.

Destacam-se o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e o Pacto de São José da Costa Rica, os principais pactos ratificados pelo Brasil nesse diapasão.

O Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos foi adotado pela Resolução 2200-A da Assembléia Geral das Nações Unidas, em 16 de dezembro de 1966. Aqui, o Decreto Legislativo 226 de 13 de dezembro de 1991, foi que o aprovou. Em 24 de janeiro de 1992, foi ratificado e promulgado em 7 de julho do mesmo ano pelo Decreto 592, data em que entrou em vigor. O artigo primeiro do decreto diz: “o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, apenso por cópia ao presente Decreto, será executado e cumprido tão inteiramente como nele se contém.”

Também versa seu artigo sétimo: **“ninguém poderá ser submetido à tortura, nem a penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes...”**

O Pacto São José da Costa Rica, foi adotado pelo Brasil em 25 de setembro de 1992, promulgado pelo Decreto 678.

Ao promulgar este tratado, o referido decreto, em seu artigo primeiro, 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, apenas por cópia ao presente Decreto, deverá ser cumprida tão inteiramente como nela se contém."*

O pacto em questão garante o seguinte:

Artigo 5º - direito à integridade pessoal; 2 -Ninguém deve ser submetido a torturas, nem a penas ou tratamentos 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.

Os pactos adotados pelo Brasil preservam os direitos humanos, estando o regime integralmente fechado 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.

A Lei 9.455, publicada em 07 de abril de 1997, estabeleceu os crimes de tortura. Em seu art. 1º, § 7º, entretanto previu que o condenado por crime de tortura iniciaria o cumprimento de sua pena em regime fechado; sendo assim, o condenado pela prática de tortura, teria o direito à progressão de regime, possibilidade inexistente até então aos condenados por crime hediondo, tráfico ilícito de entorpecentes e terrorismo, apesar de serem equiparados ao crime de tortura.

Cogitou-se que a vigência da Lei 9.455/97, havia derogado a Lei 8.072/90 no que tange à proibição da progressão de regime tendo em vista que resulta do texto constitucional que os delitos hediondos e os a eles equiparados devem merecer da legislação infraconstitucional tratamento isonômico.

O Superior Tribunal de Justiça, no acórdão relatado pelo Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro, concedeu a progressão de regime ao condenado pela prática do tráfico ilícito de entorpecentes:

A Lei n° 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 n° 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 fechado³³.

Visando uniformizar as decisões dos Tribunais, 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.

³³ STJ: Rec. Esp. n° 140.617-GO, julgado em 12/09/1997.

No entanto, a polêmica não se encerrou diante da supracitada súmula. Pois foi proposta uma ADIN junto ao Supremo Tribunal Federal, que visava declarar, com efeito *erga omnes*, a inconstitucionalidade do § 1º, do art. 2º da Lei 8.072/90.

Porém o HC 82.959/SP, julgado pelo Pleno do STF, presidido pelo Ministro Nelson Jobim, por maioria, declarou *incidenter tantum*, a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei 8.072/90, em 23 de fevereiro de 2006. Nos termos do voto do relator, Ministro Marco Aurélio, vencidos os ministros Carlos Velloso, Joaquim Barbosa, Ellen Gracie, Celso de Mello e Nelson Jobim.

PENA – REGIME DE CUMPRIMENTO – PROGRESSÃO – RAZÃO DE SER. "A progressão no regime de cumprimento de 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.

A polêmica decisão do STF excluiu o obstáculo à progressão de regime aos condenados por tráfico de drogas, terrorismo e crimes hediondos. E ainda foi decidido que as penas já extintas na data do julgamento do HC 82.959/SP não sofreriam as consequências da decisão *incidenter tantum*, de inconstitucionalidade da norma.

Sendo assim, foi declarado inconstitucional o § 1º do art. 2º da Lei 8.072/90, pois uma vez que proibiu que os condenados por crimes hediondos ou a eles equiparados progredissem de

regime no cumprimento de suas penas, afrontou o dispositivo legal, vários princípios constitucionais, como o princípio da isonomia, da individualização da pena, da dignidade da pessoa humana, entre outros, todos constantes do art. 5º da Constituição.

Uma vez que a impossibilidade da concessão de progressão de regime foi excluída, a execução da pena dos condenados por crimes hediondos ou a eles equiparados, passou a ser regulada pelo art. 112 da Lei de Execuções Penais:

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.

Ou seja, o condenado, preenchidos os requisitos subjetivos, teria direito à progressão de regime, tendo cumprido um sexto da pena interposta pela prática de crime hediondo, terrorismo, tortura ou tráfico de drogas.

O STJ e outros Tribunais Estaduais passaram a decidir, baseados na decisão do HC 82.959/SP (apesar de este ter efeito apenas *inter partes*), em favor da possibilidade da progressão de regime, julgando-a inconstitucional:

EMENTA: I. Crime hediondo: regime de cumprimento de pena: RE prejudicado, tendo em vista que atendida a pretensão do Ministério Público estadual recorrente, pela decisão do Superior Tribunal de Justiça que deu provimento ao seu recurso especial. II. Crime hediondo: regime de cumprimento de pena: progressão. **Ao julgar o HC 82.959, Pl., 23.2.06, Marco Aurélio, Inf. 418, o Supremo Tribunal declarou, incidentemente, a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da L. 8.072/90 - que determina o regime integralmente fechado para o cumprimento de pena imposta ao condenado pela prática de crime hediondo - por violação da garantia constitucional da individualização da pena (CF., art. 5º, LXVI).** III. Habeas corpus: deferimento da ordem, de ofício, para afastar o óbice do regime fechado

imposto, cabendo ao Juízo das Execuções, como entender de direito, analisar a eventual presença dos demais requisitos da progressão.³⁴

EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CRIMES HEDIONDOS. CUMPRIMENTO DE PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE. REGIME INTEGRALMENTE FECHADO. § 1º DO ART. 2º DA LEI Nº 8.072/90. INCONSTITUCIONALIDADE DECLARADA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **O Plenário do Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei nº 8.072/90 (HC 82.959, Relator o Ministro Marco Aurélio).** Ao fazê-lo, esta colenda Corte entendeu violada a garantia constitucional da individualização da pena. Garantia que inclui, sem dúvida, a fase de execução da pena aplicada. Afirmou, ainda, que a declaração de inconstitucionalidade não produz conseqüências quanto às penas já extintas. Ao compor a maioria vencedora, acrescentei que a progressão no regime de cumprimento de pena finca raízes na vontade objetiva da Constituição de 1988. É que a Lei das Leis proíbe a pena de morte (salvo em caso de guerra declarada, nos termos do inciso XIX do art. 84) e o aprisionamento em caráter perpétuo (alíneas "a" e "b" do inciso XLVII do art. 5º), no claro pressuposto da regenerabilidade da pessoa que se encontre em regime de cumprimento de condenação penal. O que responde pela consagração, também de matriz constitucional, da garantia da individualização da pena e conseqüente progressão no devido regime prisional Recurso extraordinário conhecido e provido, para declarar a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei nº 8.072/90 e remeter ao Juízo da execução a análise do preenchimento de outros requisitos, notadamente os de índole subjetiva.³⁵

As inúmeras decisões que passaram a tratar igualmente os condenados por crimes hediondos ou a eles equiparados a todos os demais, só fizeram crescer a já instaurada polêmica acerca da redação do artigo 2º da Lei 8.072/90. Fez-se necessária então, a criação de uma nova lei que tratasse sobre o assunto. Deu-se assim o advento da Lei 11.464/07 que alterou a redação do art. 2º da Lei 8.072/90, que determinou 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.

³⁴ RE 421879/RS, Relator: Min. Sepúlveda Pertence, Julgamento: 13/06/2006, Órgão Julgador: Primeira Turma, Publicação: DJ 04-08-2006

³⁵ RE 472584/MG, Relator: Min. Carlos Britto, Julgamento: 30/05/2006, Órgão Julgador: Primeira Turma, Publicação: DJ 30-06-2006

7- A MAIS RECENTE ALTERAÇÃO - LEI 11.464, DE 28 DE MARÇO DE 2007

Como já mencionado anteriormente, após a decisão do Habeas Corpus 82959 pelo Supremo Tribunal Federal, diversos Tribunais , inclusive o Superior Tribunal de Justiça, passaram a decidir no mesmo sentido do HC, qual seja, pela aceitação da possibilidade de progressão de regime aos condenados por crime hediondo, tráfico ilícito de entorpecentes e terrorismo, já que de acordo com a Lei de tortura, a esse crime já era possível a progressão de regime (após cumpridos um sexto da pena). A declaração de inconstitucionalidade do referido artigo gerou ainda outras polêmicas, que precisavam ser afastadas. A decisão do STF igualava a aplicação do regime progressivo a todos os outros crimes hediondos ou assemelhados, de forma que a discussão sobre a derrogação do § 1º do art. 2º da Lei 8072 /90 pelo § 7º, do art.1º da Lei de Tortura ou pelo art.10 da Lei 9.034/95 restou prejudicada. Foi também excluído o argumento que dizia que as penas restritivas de liberdade, como também o *sursis* eram incompatíveis com o

regime integralmente fechado. A decisão do Supremo deu, ainda, ao condenado os benefícios prisionais reconhecidos em cada fase da progressão do regime carcerário e permitiu a remoção do condenado pelo trabalho ou estudo.

Mas não é seguro para o mundo jurídico que haja reiteradas decisões de tribunais que tenham fulcro em precedentes jurisprudenciais. Além disso, a mídia mais uma vez, cumprindo seu papel reivindicador e polêmico, iniciou uma série de críticas em relação à decisão do Supremo, dizendo que o sistema havia se afrouxado, haja vista que igualavam a progressão de pena dos crimes comuns e dos crimes hediondos (um sexto de cumprimento de pena).

O Governo Federal, em reação, enviou ao Congresso Nacional um projeto de lei para que fosse, mediante esta, feita uma distinção entre o cumprimento de pena do criminoso comum e do delinqüente praticante de crime hediondo. Previa o projeto que a progressão de regime se daria, nos casos de crimes hediondos, do regime fechado para o semi-aberto após o cumprimento de um terço da pena (primários) e metade da pena (no caso de reincidentes).

Antes que este projeto viesse a tornar-se lei, o acontecimento de um fato abalou o país e mudou os rumos do mesmo. O menino João Hélio, filho de uma família de classe média carioca, foi brutalmente assassinado por dois assaltantes, que arrastaram o menino, preso ao cinto de segurança do carro, por vários quilômetros.

A população estava, mais uma vez, chocada e a mídia parece que chamou para si a responsabilidade acerca do crime. A comoção foi geral e passou-se a exigir uma legislação penal mais eficiente na retirada de criminosos desse porte do convívio social. O Congresso Nacional voltou a se mobilizar, e formou pautas que tratavam da segurança nacional.

Por isso, em 29 de março de 2007, entrou em vigência a Lei 11.464/2007 que estabeleceu mudanças substanciais na Lei de Crimes Hediondos, principalmente quanto aos institutos da progressão de regime e da liberdade provisória.

A Lei 11.464 de 2007, passou a possibilitar a concessão de Liberdade Provisória aos condenados por crimes hediondos e seus equiparados, haja vista a inconstitucionalidade de sua vedação. Determinou então a nova lei que, aquele réu que não puder ser levado em prisão preventiva, deve responder o processo em liberdade.

Esse entendimento já era uniforme por todos os doutrinadores e também por inúmeros tribunais, que acreditavam não caber tal vedação dentro de um Estado democrático de Direito, a luz de princípios como o do devido processo legal, da humanidade, entre outros advindos da Constituição de 1988.

Imaginemos um caso concreto em que a soltura do réu mostrava-se imperativa. Quais seriam as opções do magistrado? Manter a custódia, por ser isto o que a norma mandava? Ou o relaxamento? Enquanto o primeiro seria a manutenção de uma injustiça, o segundo estaria fora de contexto já que a prisão não foi ilegal.

Mesmo assim, ainda restavam alguns legalistas que, fundados no texto legal, entendiam pela impossibilidade de concessão da Liberdade provisória nos crimes hediondos e equiparados. Mas, até mesmo esses, carecem, hoje, de fundamentação ou sustentação da proibição de concessão de Liberdade Provisória para esses crimes, pois sua vedação foi totalmente suprimida. Vale dizer que, pragmaticamente, a privação da liberdade prevalece sobre a sua concessão, haja visto que na maioria das vezes o autor e seu crime já trazem, em si, pressupostos suficientes que autorizem sua prisão.

De maneira brilhante, leciona Weber Martins Batista que disse:

o juiz examina as circunstancias ligada ao fato e à pessoa do réu para realizar dois tipos de julgamento. De um lado, formula um juízo de certeza, com base no que o réu fez, em razão de sua culpabilidade, impõem-lhe um tipo de pena, em

quantidade e qualidade. De outro lado, formula um juízo de probabilidade com base no que o réu é, e imaginando o que poderá vir a fazer se permanecer solto e decreta ou mantém sua prisão cautelar. Assim o fazendo estará presumindo a necessidade da medida em face da possibilidade de o réu fugir ou por em risco a ordem pública³⁶.

Por tais razões, pode-se dizer que a novel legislação foi muito feliz em permitir a concessão da liberdade provisória, pois suprimiu uma inconstitucionalidade e atendeu à técnica processual.

A grande alteração da Lei 11.464/07 foi a supressão § 1º do art. 2º da Lei 8072/90, que previa: “a pena prevista neste artigo será cumprida **integralmente** em regime fechado.” A nova redação do artigo passou a estabelecer: “a pena por crime previsto neste artigo será cumprida **inicialmente** em regime fechado.”

A mudança de integralmente para inicialmente não é mera mudança gramatical, mas contém o claro entendimento de que, aos condenados por crimes hediondos e os a ele equiparados caberá o sistema progressivo de pena, mas que ela sempre terá que se iniciar em regime fechado.

Estabeleceu em seu parágrafo. 2º o quantum necessário: “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.”

Nota-se, neste artigo, um aumento de exigência de cumprimento de pena tanto para o apenado primário, quanto para o reincidente, o que acaba, principalmente para este último, influenciando em seu processo de ressocialização.

³⁶ BATISTA, Weber Martins. O Princípio constitucional de inocência: recurso em liberdade, antecedentes do réu. Revista de julgados e doutrina do Tribunal de Alcada Criminaldo Estado de Sao Paulo, n.6, p.20, segundo semestre, 1990.

Assim, está revogada totalmente de nosso ordenamento jurídico, a possibilidade de cumprimento de pena em regime integralmente fechado. Porém, é válido mencionar, que o réu condenado por crime hediondo, tráfico ilícito de entorpecentes e terrorismo, sempre iniciará o cumprimento da pena em regime fechado.

A Ministra do STJ, Laurita Vaz, em julgado do HC 57441/GO, disse:

firmou-se na interpretação sistêmica dos princípios constitucionais da individualização, da isonomia e da humanidade da pena. Afastou-se, assim, a proibição legal quanto à impossibilidade de progressão carcerária aos condenados pela prática de crimes hediondos e equiparados.

No entanto, tais mudanças advindas da Lei 11.464/ 07 criaram incertezas e polêmicas ainda não pacificadas na doutrina, justamente porque fixou um novo *quantum* de cumprimento de pena antes da obtenção da progressão de regime. Levantaram-se algumas questões acerca do tema, que merecem ser debatidas.

7.1 Questão 1: O indivíduo que praticou crime hediondo ou a ele equiparado antes da entrada em vigor da Lei 11464/07, cumprirá qual quantum de pena para ter direito à progressão de regime?

Esta dúvida, para ser saciada, precisará da análise de uma outra questão: a natureza da norma discutida é de caráter penal ou processual penal?

É a resposta a essa pergunta que norteará quais princípios a serem usados (se penais ou processuais penais) e, portanto, nos indicará a correta aplicação da norma e sua eficácia.

Lei Penal é a norma escrita, elaborada por órgão competente, com forma estabelecida, através da qual as regras jurídicas criam, ampliam, reduzem ou extinguem pretensão punitiva estatal. Essa pretensão estatal, assim, não é certa ou exata, incidindo a Lei penal em seu abrandamento ou intensificando-a.

Diante desse entendimento, poderíamos dizer que uma lei penal que estabelece um novo *quantum* de pena a ser cumprida, é uma norma de caráter penal.

O Direito estabelece, como regra geral, o princípio do *tempus regit actum*, ou seja, a eficácia da norma não retroage e nem tem eficácia após o fim de sua vigência. Na lição de Damásio de Jesus³⁷: “entre esses dois limites-entrada em vigor e cessação de sua vigência- situa-se a sua eficácia. Não alcança, assim, os fatos ocorridos antes ou depois dos dois limites extremos: não retroage e nem tem ultra-atividade...”

O Direito Penal estabelece o princípio da **irretroatividade da lei penal**, instituto que se aplica com bastante acerto na esfera penal, visto que tutela direitos por demais essenciais ao ser humano como a liberdade, a dignidade, a integridade, entre outros. Além disso, se não houvesse o princípio da irretroatividade da lei penal, não haveria segurança jurídica alguma, nem liberdade na sociedade, pois que seria aniquilado o princípio da anterioridade da lei, que consta do texto constitucional. A respeito do assunto, Cezar Roberto Bittencourt³⁸, faz uma observação um tanto quanto pertinente a esse trabalho, e que se deve considerar: “a promulgação de leis *ad hoc* pode facilmente estar contaminada **pela comoção que a prática de um delito produz e que, muitas vezes, analisadas posteriormente se mostram excessivamente graves.**” E não foi exatamente isto o que ocorreu com a Lei de Crimes Hediondos?

³⁷ JESUS, Damásio E. **Direito Penal: Parte Geral**, v. 1. São Paulo. Saraiva, 1993. p. 63.

³⁸ BITTENCOURT, Cezar Roberto. **Manual de Direito Penal: Parte Geral**, v.1. São Paulo. Saraiva, 2002.p.106.

Todavia, o princípio da irretroatividade da lei penal só tem aplicação no que se refere à lei mais severa. Isso quer dizer que, no Direito Penal, hoje abarcado pelos princípios constitucionais, retroage a lei mais benigna para o réu. Sobre o que seria a lei mais benigna, a lição de Asúa³⁹ é muito pertinente. Ele diz que somente o exame acurado de cada caso concreto poderá nos dar a solução, pois uma disposição aparentemente mais favorável ao agente pode ser, na realidade, mais severa.

Nesse diapasão, Damásio E. de Jesus, diz que ambos os princípios da irretroatividade da lei mais severa, quanto o da retroatividade da mais benéfica, podem ser considerados direitos subjetivos do réu, assegurados constitucionalmente, art. 5º, XXXVI e XL, CF. O acusado teria, assim, um direito adquirido que lhe permitiria fazer tudo o que a lei não proíbe. Ao mesmo passo que, quando insurge lei mais benigna, sua punição deve ser suavizada, pois aquela nova lei vem traduzir a atual consciência jurídica sobre aquele fato. E se o legislador, ele próprio, considera a norma antiga por demais severa, não deve essa norma “exagerada” ser aplicada ao apenado.

São duas as formas de retroatividade de lei penal mais benigna: a *Abolitio criminis*, que é o que ocorre quando a lei nova deixa de considerar fato anteriormente tipificado como ilícito penal, ou seja, o que era crime, não é mais. E a *Novation legis in mellius*, é o caso de a lei nova dar tratamento mais benigno ou favorável ao apenado, mesmo que ainda considere como ilícito o ato outrora praticado pelo sujeito.

A norma processual, como o nome já indica, é aquela norma que tem incidência **processual**, são regras que nada tem a ver com a pretensão punitiva estatal, pois que são de caráter instrumental, e serão aplicadas durante a relação processual existente entre partes e juiz.

³⁹ASÚA, La ley y el delito, Buenos Aires, Ed. Sudamericana, 1967, p.154. *Apud* BITTENCOURT, Cezar Roberto. **Manual de Direito Penal: Parte Geral**, v.1. São Paulo. Saraiva, 2002.p.106

No que concerne à lei processual penal, o princípio que incide é o de que esta não está afetada pelo princípio da retroatividade mais benigna. A lei processual penal tem aplicação imediata, de acordo com o art. 2º do Código de Processo Penal:

“A lei processual penal aplicar-se-á desde logo, sem prejuízo da validade dos atos realizados sob a vigência da lei anterior.”

A parte final do artigo induz ao entendimento de que esta não retroagirá, pois que se assim fizesse, todos os atos processuais já praticados até a vigência da nova lei seriam invalidados. A nova norma processual incidirá sobre todos os atos dos processos que estiverem em curso, independentemente de o crime ter sido cometido antes ou após sua entrada em vigor ou se a mudança será prejudicial ou benéfica ao réu.

Seria a Lei 11.464/07 uma norma processual penal, posto que ela regula a matéria pertinente a progressão de regime, um instituto aparentemente processual e fora do contexto da pretensão punitiva do Estado?

Uma norma processual **restritiva do direito de liberdade do réu** não é considerada nem puramente penal, nem puramente processual, é uma norma **híbrida**. A Lei 11.464/07, ao regular a progressão de regime aos apenados por crimes hediondos e seus equiparados, não diminuiu nem aumentou o *ius puniende* do Estado, mas alterou drasticamente o tempo de prisão do condenado, porque fixou parâmetros objetivos para o alcance do direito subjetivo da progressão de regime.

Podemos dizer, então, que a Lei 11.464/07 acabou por alterar o direito punitivo do Estado, a partir do momento que concedeu a progressão de regime àquele condenado que cumprir 2 ou 3/5 de sua pena.

Quando falamos de norma de caráter híbrido, que, portanto, contém em seu bojo, regras de natureza penal e processual penal, devemos seguir o conteúdo normativo das regras penais, e não das processuais. A irretroatividade da lei mais severa prevalece sobre as regras processuais

penais, mas se a lei for mais favorável ao condenado, ela deve incidir no caso concreto, desde logo.

Concluindo, podemos dizer que a novel legislação é norma híbrida ou mista, pois carrega consigo dispositivos de natureza penal e processual penal, logo, se esta for entendida como mais benéfica ao réu, deverá ser aplicada imediatamente.

7.2 Questão 2: Qual a lei mais favorável?

Quando feita análise superficial pode-se chegar a conclusão lógica de que a Lei 11.464/07 é a mais favorável, comparada a Lei 8072/90. Porém, esse é o entendimento minoritário, tanto dos tribunais quanto doutrinário.

A corrente que considera a Lei 11.464/07 a lei mais favorável a ser aplicada ao condenado, tem como parâmetro a Lei 8072/90, que não permitia, em nenhuma hipótese, a possibilidade de progressão de regima aos condenados por crimes hediondos e equiparados. Bom, frente a uma lei que, de maneira alguma, concedia o instituto e uma outra que o concede, mediante cumprimento de dois (réu primário) ou três quintos (réu reincidente) da pena, consideram esta última a mais benéfica. Nesse entendimento, sendo a Lei 11.464/07 de natureza híbrida, ela retroagirá para beneficiar o réu que anteriormente não tinha direito a concessão de progressão carcerária.

Segue entendimento , nesse sentido, do Desembargador William Silvestrini em 05/09/2007:

AGRAVO EM EXECUÇÃO PENAL - CRIME HEDIONDO - PROGRESSÃO DE REGIME - NOVA LEGISLAÇÃO - LEI Nº 11.464/07 - CONCEDIDO BENEFÍCIO ANTES DA NOVA LEI - REQUISITO OBJETIVO UTILIZADO EM 1/3 - NE REFORMATIO IN PEJUS - RECURSO MINISTERIAL DESPROVIDO - VOTO VENCIDO PARCIALMENTE. Com a entrada em vigor da Lei 11.464/07, a progressão em crime passa a ser positivada. No entanto, quando essa progressão se estabelecer no percentual de 1/3, fica impossível a aplicação do requisito objetivo estabelecido nessa lei, (2/5) pois fere o princípio ne reformatio in pejus. V.V.P: Diante da nova redação legislativa, entende-se possível à progressão de regime ao agravado condenado por crime hediondo, somente mediante o preenchimento dos critérios peculiares atinentes à gravidade dos delitos hediondos (cumprimento de 2/5 (dois quintos) da pena, se o apenado for primário, e de 3/5 (três quintos), se reincidente), e não com observância do requisito temporal previsto no art. 112 da LEP, como proferido na decisão agravada.⁴⁰

Respeitado o entendimento do Desembargador do Tribunal de Minas Gerais, devemos salientar que esta posição se dá de forma tímida, e que não acreditamos que vá se consolidar doutrinariamente e nem na grande maioria dos Tribunais.

Vejamos o porquê: o Supremo Tribunal Federal, nossa corte maior, reconheceu a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da lei 8072/90, quando do julgamento do Habeas Corpus 82959, já mencionado anteriormente. Apesar de o STF tê-lo feito por via difusa, ou seja, cuja decisão tem efeito meramente ente as partes daquela relação processual, sua decisão causou comoção no meio jurídico, e este entendimento passou a ser adotado pelos Tribunais estaduais e Superior Tribunal de Justiça. Isso quer dizer que esses tribunais passaram a conceder a progressão de regime aos condenados por crimes hediondos ou a ele equiparados. Claro que, a

⁴⁰ TJMG – Agravo em Execução nº 1.0000.07.455559-0/001– Des. Rel. William Silvestrini – publicado em 05/09/2007.

partir do momento que o Supremo considera uma norma inconstitucional, o reflexo esperado é que os tribunais e os inferiores sigam o mesmo posicionamento.

Seria instaurado um caos jurídico, além de uma injustiça alarmante, se começassem a ocorrer casos e decisões contraditórias em que se concederia progressão de regime a um apenado e se negaria a mesma a outro delinqüente. À luz da Constituição de 1988, isto seria uma anomalia jurídica.

O Ministro Arnaldo Esteves Lima, do STJ, no julgamento do HC 73899/SP, corrobora essa posição:

Sabe-se que as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal que envolvem controle incidental de constitucionalidade de ato normativo têm seus efeitos limitados às partes que figuram na relação processual em exame, não alcançando terceiros.

Entretanto, essas decisões, quando, necessariamente, implicam juízo sobre a validade da norma legal aplicada ao caso concreto, acabam por alcançar outras situações jurídicas semelhantes, por força dos princípios da igualdade e da segurança jurídica, com inevitável extensão dos seus efeitos, uma vez que, declarada a inconstitucionalidade de determinado ato normativo, indiscutível é o reconhecimento de sua inaptidão para incidência em qualquer situação, inclusive passada.

Assim, não obstante ter sido a declaração de inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/90 incidental e com efeito ex nunc, incompreensível seria a aplicação do aludido ato normativo em outras causas envolvendo crimes hediondos, após ter sido considerado pelo Supremo Tribunal Federal como violador de princípios inscritos na Constituição Federal.

Logo, tem-se o entendimento bastante acertado de que, mesmo antes da criação da Lei 11.464/07, já estava afastada a impossibilidade de progressão de regime imposta pela Lei 8072/90, visto que o entendimento do STF foi seguido pelos tribunais estaduais e pelo STJ.

Como sabemos, após a decisão do STF e as conseqüentes decisões dos tribunais e do STJ, por ainda não haver lei que regulasse a progressão de regime para os condenados por crimes

hediondos e equiparados, foi utilizado por analogia, o *quantum* estabelecido na Lei de Tortura (um sexto), baseada no art.112 da LEP.

Portanto, se a Lei 8072/90 foi considerada inconstitucional não há que se falar em confrontá-la com a novel legislação. Mesmo sendo válida a vedação à progressão de regime, esta foi concedida em vários casos, sempre pautados pelo art.112 da LEP, ou seja , 1/6 de cumprimento de pena.

Ora, se uma Lei prevê o cumprimento de 2/5 (dois quintos) ou 3/5 (três quintos) da pena como requisito objetivo para concessão da progressão de regime e as decisões dos tribunais, após o julgamento do HC, pautavam-se no critério de 1/6 (um sexto), baseando-se na LEP, qual é a lei mais benéfica ao apenado?

Fica óbvia a resposta. Não podemos considerar a novel legislação como a mais benéfica ao condenado por crimes hediondos e os a ele equiparados. Ela é claramente a mais prejudicial, visto que faz com que o preso passe um tempo maior encarcerado pelo regime fechado antes de progredir ao regime semi-aberto, e assim por diante.

Vejamos as decisões subseqüentes, que tratam muito acertadamente da questão em tela:

Antes do advento da nova lei, esta Corte já havia se posicionado no sentido da inconstitucionalidade da vedação à progressão de regime prisional em casos de condenação pela prática de crimes hediondos, seguindo o entendimento adotado pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal que, por ocasião do julgamento do HC n.º 82.959/SP, declarou a inconstitucionalidade do artigo da Lei dos Crimes Hediondos que trazia o referido óbice. Por esta razão, inúmeras ordens foram concedidas para afastar tal ilegalidade, determinando-se aos juízos das execuções criminais que analisassem a presença dos requisitos objetivos e subjetivos necessários para a concessão da progressão de regime, nos moldes da legislação aplicável, ou seja, o artigo 112 da Lei de Execuções Penais.

Todavia, a novel legislação (Lei 11.464/07) estabeleceu um sistema diferenciado para a progressão de regime, em caso de condenação por crime hediondo, impondo um lapso temporal maior para a verificação do requisito objetivo necessário ao alcance de um regime menos rigoroso, o qual, entendo, deve ser aplicado somente aos casos supervenientes à vigência da referida lei,

por se tratar de norma penal, nesse ponto, mais gravosa, sobre a qual incide o princípio da irretroatividade in pejus, previsto no art. 5º, XL da Constituição Federal⁴¹

No caso relatado na inicial, a pena imposta não é grande (1 ano e 8 meses de reclusão) e o paciente está preso há seis meses. Pela nova lei de entorpecentes, o livramento condicional deve ocorrer após cumpridos dois terços da pena (art.44, parágrafo único da Lei 11.343/2006) e a progressão de regime, conforme art. 2º, §2º da Lei 8.072, com a redação dada pela Lei 11.464 de 2007, dar-se-á após o cumprimento de 2/5 da pena se primário o réu. Esta última alteração legislativa não pode retroagir para alcançar o delito, em tese, cometido pelo paciente, pois o fato, segundo a sentença teria ocorrido em 26.10.2006, antes, portanto, de estar em vigor legislação mais gravosa.

Assim, aplicando-se a legislação anterior, o paciente poderia progredir de regime ao cumprir 1/6 da pena imposta (art. 112 da Lei de Execução Penal), ou seja, no caso em exame, já faria jus à progressão.⁴²

Podemos perceber a inteligência de nossa jurisprudência, que entende que ao indivíduo que praticou crime hediondo ou a ele equiparado **antes da vigência da Lei 11.464 / 07**, será aplicado o *quantum* baseado na Lei de Execuções penais, ou seja, **um sexto de cumprimento da pena**. A nova legislação, portanto, será aplicada somente aos condenados que praticaram tais crimes a partir do dia 29 de março de 2007, ou seja, **após a entrada em vigor da mesma**. Pois que o sistema penal brasileiro não admite a *reformatio in pejus*.

7.3- Conceito de reincidência

Ao determinar o novo *quantum* de cumprimento de pena para os condenados por crimes hediondos e assemelhados, a novel legislação fez referência aos apenados reincidentes. Estes cumprirão, segundo a nova redação da Lei 8072/90, três quintos da pena para terem direito à progressão de regime.

⁴¹ STJ – HC nº 83.799/MS – Min. Rel. Maria Thereza de Assis Moura – 24/05/2007

⁴² STF – HC nº 91.360 – Min. Joaquim Barbosa – 28/05/2007

Convém, portanto, que seja esclarecida uma definição objetiva de reincidência, abarcada nos princípios fundamentais do Direito Penal e do Estado Democrático de Direito. Alberto Silva Franco⁴³ entende que seria injusta a aplicação literal do art.63 do Código Penal. Vejamos o exemplo dado pelo jurista, que demonstra pertinentemente a injustiça alegada: um agente que seja condenado por crime hediondo ou assemelhado, mas, antes de ter a decisão condenatória transitada em julgado, venha a praticar outro crime hediondo ou assemelhado, sendo novamente condenado. Na outra hipótese, o agente teria sido condenado por lesões corporais dolosas- ou por furto simples ou qualificado- e que a decisão condenatória tenha transitado antes da prática de crime hediondo ou assemelhado pelo qual veio também a ser condenado. No primeiro caso, será havido como primário, e a passagem do regime fechado para o semi-aberto se dará após o cumprimento de dois quintos da pena. No segundo caso, o condenado será havido como reincidente e, então, a passagem do regime fechado para o semi-aberto só poderá ocorrer após o cumprimento de três quintos da pena.

Demonstrada tamanha injustiça, é mister que se considere a reincidência abarcada na seara dos crimes hediondos, diferentemente do que a reincidência nos crimes comuns. A reincidência, tratada em relação aos condenados por crimes hediondos e assemelhados, deve referir-se à superposição de crimes catalogados como hediondos.⁴⁴

⁴³ FRANCO, Alberto Silva. **Crimes Hediondos**. 6. ed. rev., atual. e ampl – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 279.

⁴⁴ LEAL, João José e LEAL, Rodrigo José. **Progressão de Regime Prisional e Crime Hediondo**: Análise da Lei n. 11464/2007 à luz da política criminal. *Apud* FRANCO, Alberto Silva. **Crimes Hediondos**. 6. ed. rev., atual. e ampl – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 280.

8- AVALIAÇÃO DO IMPACTO DA LEI DE CRIMES HEDIONDOS NOS ÍNDICES DE CRIMINALIDADE

Frente a uma lei tão polêmica, que carregou em seu bojo tantos artigos inconstitucionais, e teve sua criação de uma forma tão abrupta, cujos motivos talvez tenham sido os errados, a pergunta que nos fazemos é a seguinte: será que, apesar de seu tortuoso caminho criativo, apesar de suas abruptas colisões frente ao bloco constitucional, a lei 8072 /90 conseguiu cumprir seu objetivo? O legislador infraconstitucional conseguiu, através dela, diminuir o índice de crimes ocorridos depois de sua entrada em vigor ? De 1990 (ano de sua criação) até hoje, a nossa sociedade tornou-se menos violenta? Ou, ao menos, a violência estagnou-se ?

A partir da pesquisa (muito bem elaborada e fundamentada) do ILANUD- Instituto Latino Americano das Nações Unidas para Prevenção do Delito e Tratamento do Delinqüente- apresentaremos alguns dados, além da conclusão do referido Instituto que nos mostrarão se a Lei de Crimes hediondos foi eficaz ou não.

O ILANUD aferiu, a partir de índices oficiais de criminalidade, o impacto da lei de crimes hediondos sobre tais índices, partindo da idéia de que a principal intenção do legislador ao criar a lei foi inibir a prática criminosa frente ao endurecimento penal. O instituto esperava, assim, aferir

efetivo resultado mediante duas situações: ESTABILIZAÇÃO OU REDUÇÃO DOS ÍNDICES DE CRIMINALIDADE.

Essa pesquisa foi realizada a partir do levantamento e da análise dos dados estatísticos de cinco dos crimes abrangidos pela lei (extorsão mediante seqüestro, latrocínio, estupro, atentado violento ao pudor e tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins), no período compreendido entre 1984 e 2003. Assim, englobou-se um período de 6 (seis) anos antes da criação da lei e um período de 13 (treze) anos após sua efetiva vigência, o que nos dá um período de quase duas décadas para fazermos a referida aferição.

O instituto realizou as pesquisas delimitando-se aos estados do Rio de Janeiro, São Paulo e Rio Grande do Sul, por serem estados, segundo o ILANUD, que produzem estatísticas há mais tempo e com maior grau de confiabilidade, porém, neste trabalho, será dado enfoque ao estado do Rio de Janeiro, com algumas comparações ao estado de São Paulo, por serem estes mais próximos a nossa realidade, o que torna mais fácil a constatação dos fatos.

8.1-Estatísticas do Rio de Janeiro

No Rio de Janeiro, foram utilizadas as seguintes fontes:

1- Assistência de Estatística da Polícia Civil (ASPLAN/PCERJ) - que forneceu uma série histórica de estatísticas de latrocínio, estupro e homicídio doloso desde 1984, de tráfico e atentado violento ao pudor desde 1991 e de seqüestro a partir de 1999.

2-Núcleo de Estudos da Cidadania, Conflito e Violência Urbana (NECVU), da

Universidade Federal do Rio de Janeiro - que produziu uma série histórica de estatísticas criminais do Estado, Capital e Região Metropolitana entre 1950 e 2001, da qual constam informações sobre seqüestro, latrocínio, atentado violento ao pudor, estupro e tráfico.

3- Centro de Estudos de Segurança e Cidadania (CESEC), da Universidade Cândido Mendes - que produziu uma série histórica de dados criminais no Estado entre 1991 e 2003, na qual coletaram informações sobre os seguintes tipos: seqüestro, latrocínio e estupro, abrangendo o Estado e a Capital.

4- Instituto de Segurança Pública (ISP - NuPESP) - que produziu uma série de dados criminais referentes ao Estado a partir do ano de 1991 até 2003, relativa ao total de crimes contra a Pessoa, os Costumes e o Patrimônio, além de contar com dados referentes às incidências criminais de atentado violento ao pudor, extorsão mediante seqüestro e tráfico de entorpecentes.

Abaixo, alguns gráficos extraídos da pesquisa⁴⁵:

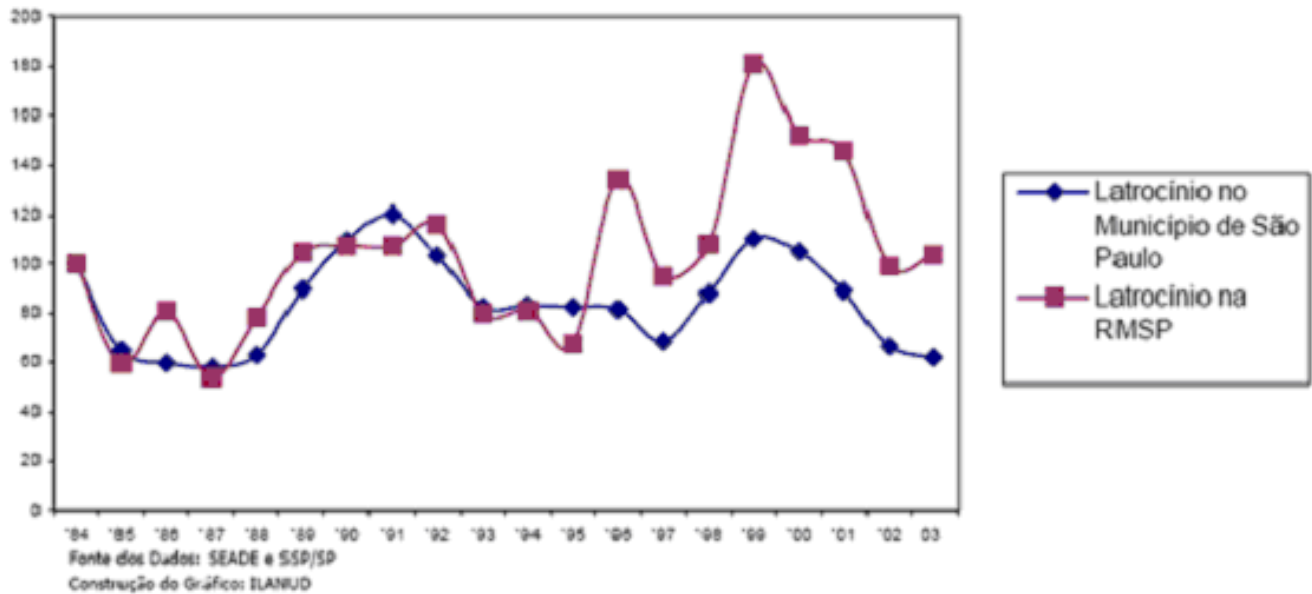
Estatísticas Criminais do Município do Rio de Janeiro 1984/2002										
	84	86	88	90	92	94	96	98	00	02
Estupro	591	568	522	451	317	295	331	715	453	362

⁴⁵ ILANUD – Instituto Latino Americano das Nações Unidas para Prevenção do Delito e Tratamento do Delinquente, Relatório Final de Pesquisa: **A Lei de Crimes Hediondos como Instrumento de Política Criminal**. 2005. p. 22.

AVP	*	*	*	*	184	181	241	298	513	557
Latrocínio	99	73	85	86	154	111	75	52	97	94
Sequestro	*	*	*	*	159	129	46	12	4	6
Tráfico	*	*	*	*	372	321	2.043	2.895	1.720	1.622
Homicídio	1.663	1.922	2.493	3.055	3.547	4.081	3.081	2.134	2.761	2.747
Fontes dos dados: PCERJ e NECVU/UFRJ										
* Dados não disponíveis										

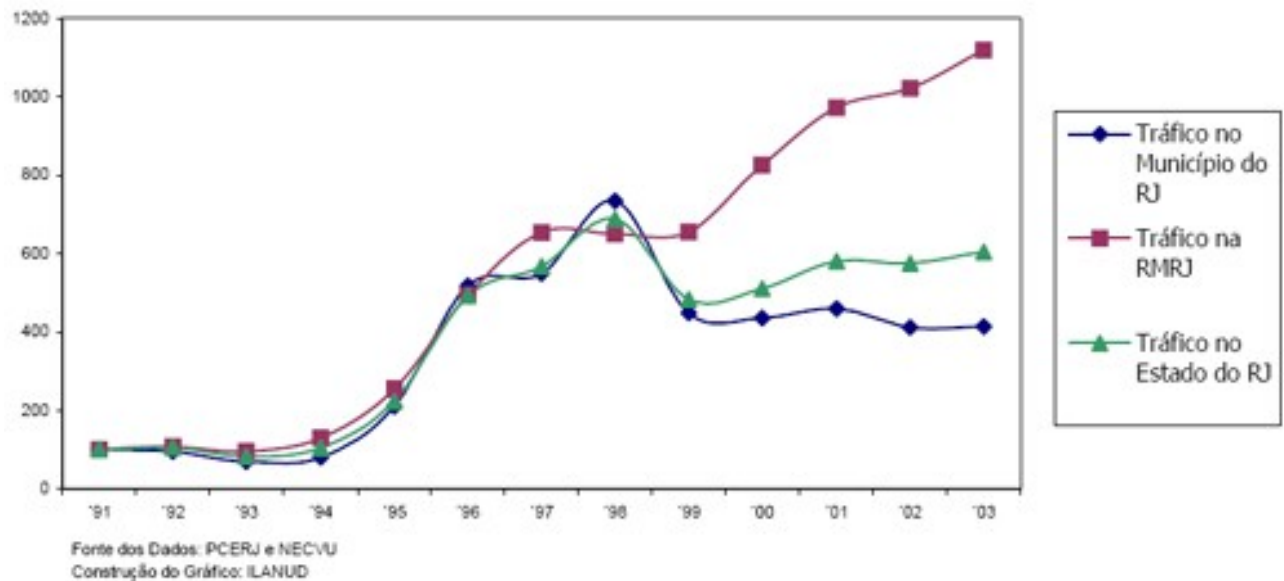
Estatísticas Criminais do Município de São Paulo 1984/2002										
	84	86	88	90	92	94	96	98	00	02
Estupro	918	1264	1195	1174	1087	1144	968	1070	1149	1219
AVP	395	525	655	805	842	939	771	833	884	1153
Latrocínio	295	176	186	323	305	246	241	260	310	196
Sequestro	24	83	51	74	50	42	34	60	35	184
Tráfico	606	667	726	633	1064	1111	1279	1725	2209	2882
Homicídio	2369	2576	2772	3345	2838	3959	4710	4801	5320	4697
Fontes dos dados: SEADE e SSP/SP										

Comparação percentual entre a evolução do Latrocínio no município de São Paulo e na RMSP 1984 a 2003⁴⁶

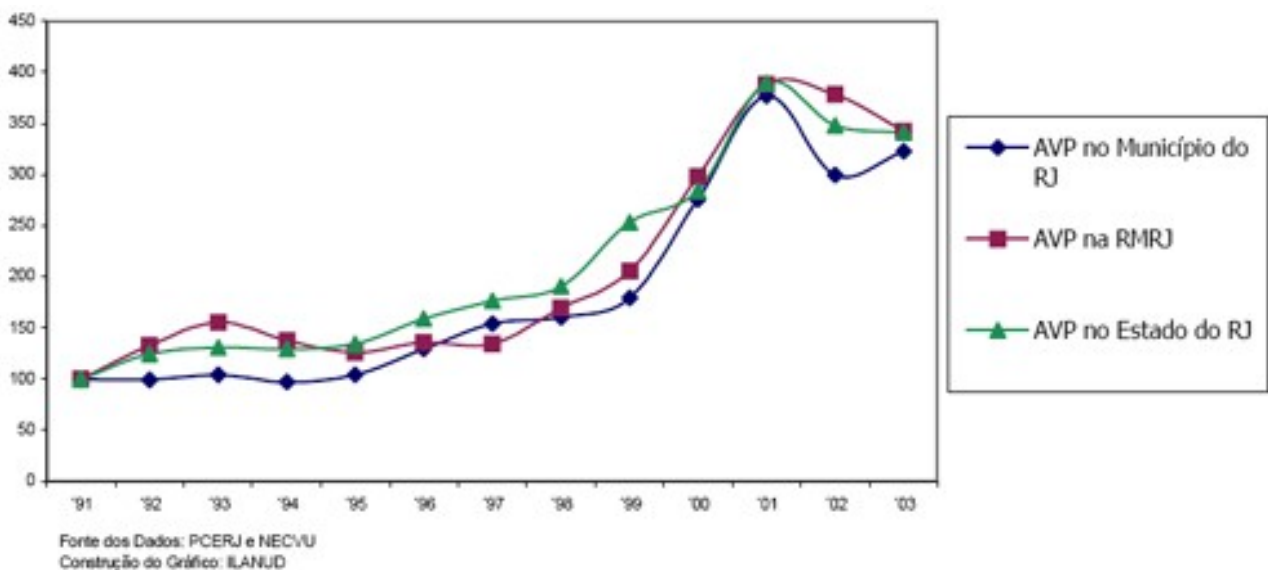


Comparação percentual do tráfico entre o Município, Região Metropolitana e Estado do Rio de Janeiro. 1991 a 2003

⁴⁶ ILANUD – Instituto Latino Americano das Nações Unidas para Prevenção do Delito e Tratamento do Delinquente, Relatório Final de Pesquisa: **A Lei de Crimes Hediondos como Instrumento de Política Criminal**. 2005. p. 29



Comparação percentual do AVP do Município, Região Metropolitana e Estado do Rio de Janeiro. 1991 a 2003⁴⁷



A interessante conclusão do ILANUD é a de que as variações nas ocorrências da maioria dos crimes tutelados pela lei 8072/90, não se deram por causa da entrada em vigor da referida lei,

⁴⁷ ILANUD – Instituto Latino Americano das Nações Unidas para Prevenção do Delito e Tratamento do Delincente, Relatório Final de Pesquisa: **A Lei de Crimes Hediondos como Instrumento de Política Criminal**. 2005. p. 35

mas sim, por causa da política de segurança implementada em cada gestão estadual. Os números seriam, segundo o estudo, “ indiferentes ao endurecimento da lei penal ou processual penal.”

De acordo com o ILANUD, as quedas que ocorreram em determinados crimes, ao longo dos anos, foram conseqüências de outros fatores que não a implementação da lei. Fatores como a intensificação do policiamento preventivo, incrementação do aparato investigativo, a atuação do Ministério Público e do Judiciário e o desenvolvimento de mecanismos informais de controle social.

Outro dado muito interessante é o de que grande parte dos criminosos abrangidos pela lei de crimes hediondos, comete os crimes de forma passional e não premeditada - em razão da própria natureza de alguns dos crimes previstos na lei, como atentado violento ao pudor, estupro, latrocínio e grande parte dos homicídios – e, não sendo premeditadas essas atuações, de nada adianta uma lei com caráter inibitório. Esses crimes têm uma natureza um tanto passional, o que os torna intrinsecamente imunes à Lei de Crimes Hediondos.

O criminoso, na maioria das vezes, age sem pensar no tipo de pena que viria a enfrentar ou na sua extensão ou, menos ainda, se teria ou não direito à progressão de regime ou liberdade provisória.

Foram realizadas, durante a pesquisa, algumas entrevistas com presos, principalmente os presos que estavam, a época, cumprindo a pena em regime integralmente fechado. Os presos foram questionados sobre a Lei de Crimes Hediondos, onde foi analisado o grau de conhecimento deles acerca da lei, como também o quanto sabiam sobre a própria execução penal. Os presos opinaram, também, sobre o que achavam do impacto da Lei de Crimes Hediondos sobre a criminalidade, e sobre a situação carcerária. As entrevistas ocorreram na cidade de São Paulo, em sua Região Metropolitana, dentro dos presídios Desembargador Adriano Marrey (Guarulhos II),

Penitenciária Odete Leite de Campos Critter (Hortolândia II) e a Penitenciária Feminina da Capital.

Constatou-se, a partir das entrevistas, que os presos tem conhecimento acerca da Lei de Crimes Hediondos, conversam entre si sobre a mesma, e se interessam em saber sobre o andamento de seus respectivos processos. Porém, foi verificado que a grande maioria dos apenados só tomou conhecimento da lei **após terem sido presos**.

E ainda, segundo os próprios presos, a Lei de Crimes Hediondos **não influencia a prática do delito**.⁴⁸

Abaixo, os trechos mais interessantes:

A lei vai acabar com estupro, com o seqüestro? com o tráfico também. é mentira que vão acabar... o tráfico é que, assim, a sociedade fala que gera tudo isso. Então vão tirar do que? É mentira que vão tirar, eu não acredito nisso não.⁴⁹

Na hora do crime é uma cegueira tão terrível (...) que agente não se importa com sua vida... e nem se importa com minha vida. É igual quando agente usa droga, agente vai ter uma viagem tão terrível que agente só vai tomar conta do que aconteceu depois que ela passa. Aí vem o arrependimento. Aí vem a angústia. Aí vem a vontade de parar. Aí vem a vontade de não praticar nunca mais... e é aí que a gente vai aprendendo a dar valor na vida da gente e na vida do próximo.⁵⁰

Pra quem vive nessa vida, pode ser hediondo aí 10 vezes mais perigoso, mais forte, mais cadeia, mais severo (...) pela convivência que eu tive com esse povo, com essas pessoas, elas não param. Qualquer lei que colocar o crime não para.⁵¹

Eu acho não beneficia nada. (...) talvez se você olhar há uns anos atrás, quando não tinha essa lei de crimes hediondos, parece que não, mas se

⁴⁸ ILANUD – Instituto Latino Americano das Nações Unidas para Prevenção do Delito e Tratamento do Delinquente, Relatório Final de Pesquisa: **A Lei de Crimes Hediondos como Instrumento de Política Criminal**. 2005. p. 96

⁴⁹ Homem, 38 anos, reincidente no crime de tráfico de entorpecentes.

⁵⁰ Homem, 38 anos, reincidente na prática de crimes não hediondos.

⁵¹ Homem, 38 anos, primário no crime de homicídio.

analisar bem a quantidade de crimes era bem menos. Parece que quanto mais difícil o pessoal gosta mais de tomar posse (...). Parece que quanto mais perigoso, mais... a adrenalina, parece que chama mais. Porque se você analisar, antigamente parece que não tinha tanto crime assim, crime bárbaro. Lógico, tem que separar. Tem que ter o hediondo para crimes do assassinato, aí sim, acho que pra outros crimes. To até falando por mim, mas acho que você comparar um tráfico ou algo desse tipo a ser hediondo, pesa muito.⁵²

Diante do exposto, percebemos que a intenção do legislador não parece ter sido alcançada, ou seja, a partir desta pesquisa (e também da simples leitura diária dos jornais e revistas) não visualizamos nenhum tipo de influência da criação da Lei de Crimes Hediondos nas tendências criminais dos delinqüentes.

Na maior parte dos crimes estudados e ilustrados nos gráficos, os índices estavam acima da projeção esperada. Em alguns desses crimes foram identificadas, em determinadas épocas, quedas, porém acredita-se, como já dito anteriormente, que essas quedas tenham sido ocasionadas por outros fatores advindos da política de segurança implementada na respectiva gestão.

⁵² Homem, 43 anos, primário no crime de tráfico de entorpecentes.

9- AVALIAÇÃO DO IMPACTO DA LEI DE CRIMES HEDIONDOS NO SISTEMA PENITENCIÁRIO

Será que o legislador infraconstitucional, no momento de feitura da lei, considerou em algum momento qual o impacto que tal lei teria sobre a situação carcerária nacional? Ou será que a pressa em colocá-la em vigor, aumentada pela ansiedade em dar uma resposta à população, os cegou quanto a certas conseqüências óbvias e inevitáveis?

Se por um lado a Lei de Crimes Hediondos mostrou-se inócua e sem efeitos, de outro lado, a mesma lei causou certos efeitos bastante negativos no que concerne a situação carcerária. Como se já não bastassem os problemas já existentes no interior dos presídios e penitenciárias, a lei 8072/90 trouxe mais alguns, como o aumento populacional carcerário, o aumento no número de rebeliões, e um acréscimo significativo no número de facções dentro dos presídios.

A pesquisa do ILANUD acerca do tema é muito pertinente em demonstrar como a referida lei, alterou a realidade do sistema prisional ao estabelecer na sua redação originária o regime integralmente fechado, a impossibilidade de concessão de liberdade provisória, enfim, aqueles princípios individualizadores da pena que somente agora foram aplicados.

A lei aumenta consideravelmente o número da população carcerária quando aumenta o tempo de permanência dos presos nas penitenciárias, incrementando suas penas, ainda por cima em regime fechado, e dificultando, ao máximo, o livramento condicional.

O Ilanud tomou por base o sistema penitenciário nacional como um todo, mas deu enfoque ao Estado de São Paulo, por este ser o estado brasileiro que apresenta maior população carcerária. Neste estado, foram coletados dados referentes às décadas de 80, 90 e 2000, ou seja, também um grande período de tempo englobando os anos antecessores e posteriores ao da criação da lei 8072/90.

Merecem destaque alguns dados retirados da pesquisa que comprovam a superpopulação prisional⁵³:

- 1- entre 1995 e 2003 o número de vagas em unidades prisionais passou de 68.597 para 180.726, um aumento de 163,4%;
- 2- 75,8% dos presos cumprem pena em regime fechado;
- 3- 64% dos presos foram condenados a penas de 9 ou mais anos;
- 4- considerando os delitos, o de maior condenação é o roubo, com 23,9% dos presos;
- 5- apenas 17,3% dos presos participam de atividades educacionais;
- 6- apenas 26% dos presos trabalham;
- 7- em 2003 a média nacional de novos ingressos mensais de presos no sistema era de 4,1% do total de presos já existentes. A média de liberações mensais correspondia a 1,8% dos presos;
- 8- em 2002 ocorreram mais de 4.400 fugas no sistema;

⁵³ ILANUD – Instituto Latino Americano das Nações Unidas para Prevenção do Delito e Tratamento do Delinquente, Relatório Final de Pesquisa: **A Lei de Crimes Hediondos como Instrumento de Política Criminal**. 2005. p. 62

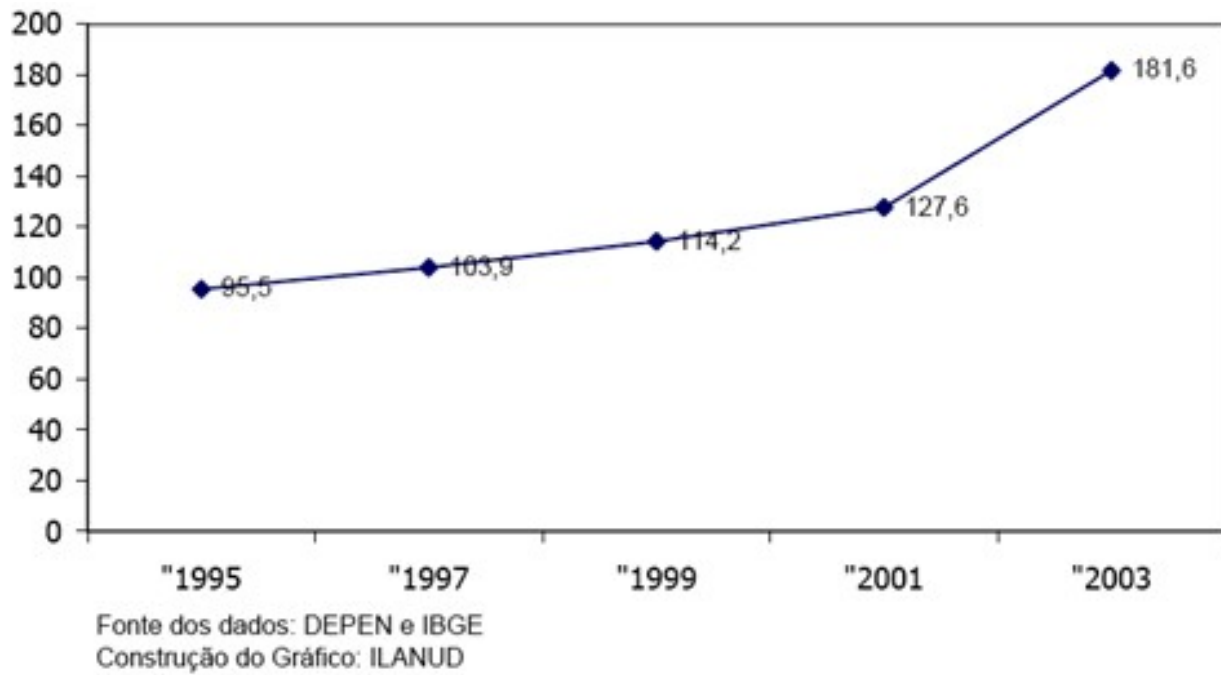
9- em 2002 ocorreram mais de 230 rebeliões no sistema penitenciário.

É realmente chocante observar quanto cresceu o número de vagas prisionais em apenas 8 anos (de 95 a 2003). O aumento de mais de cem por cento dessas vagas é escandaloso. Além disso, quase oitenta por cento dos presos cumpre sua pena em regime fechado e mais da metade permanece encarcerada por mais de nove anos. A média mensal de prisões é quase o dobro da média de liberações. Ou seja, se o sistema prende e dificulta de tal maneira a soltura dos condenados, não há alternativa outra que não a superpopulação nas penitenciárias nacionais. E sua consequência fatal é o aumento do número de rebeliões.

A população carcerária nacional, segundo gráficos produzidos pelo Ilanud, cresceu vertiginosamente nos nove anos que se seguiram entre 1995 e 2003. A população carcerária cresceu, até mesmo, mais do que a própria população brasileira no mesmo período.

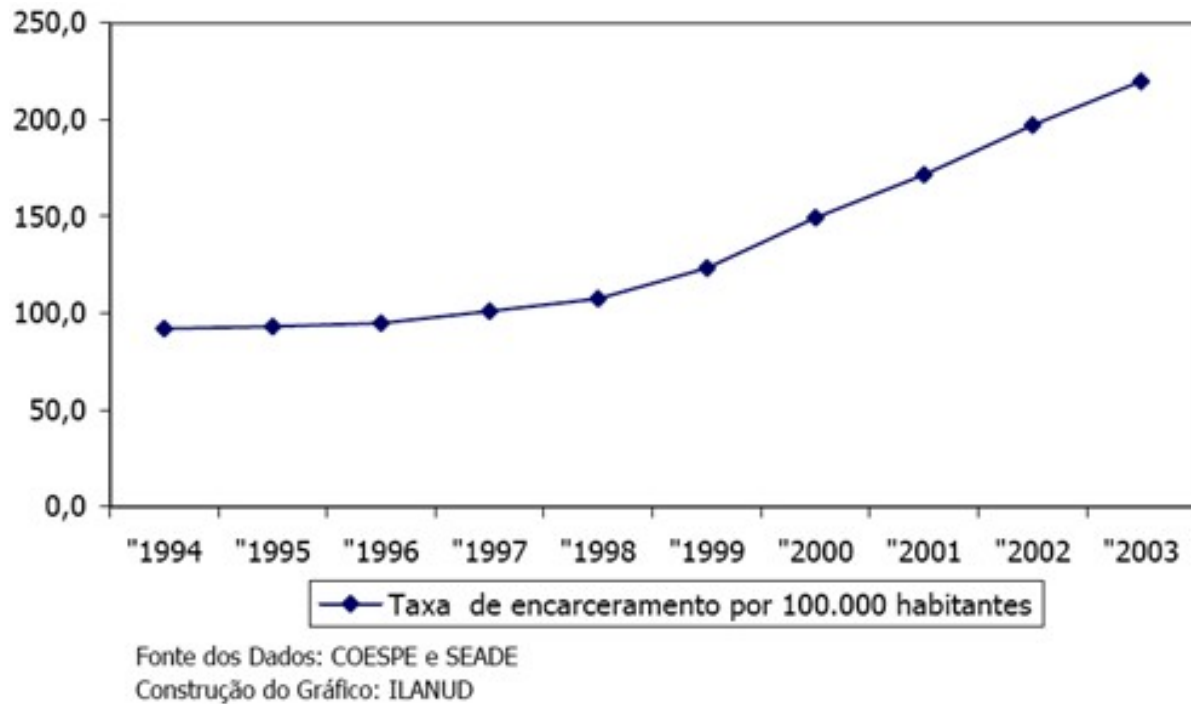
População carcerária no Brasil segundo taxa de encarceramento por 100 mil habitantes 1995, 1997, 1999, 2001 e 2003.⁵⁴

⁵⁴ ILANUD – Instituto Latino Americano das Nações Unidas para Prevenção do Delito e Tratamento do Delinquente, Relatório Final de Pesquisa: **A Lei de Crimes Hediondos como Instrumento de Política Criminal**. 2005. p. 64



Evolução da taxa de encarceramento por 100 mil habitantes no Estado de São Paulo – 1994 a 2003.⁵⁵

⁵⁵ ILANUD – Instituto Latino Americano das Nações Unidas para Prevenção do Delito e Tratamento do Delinquente, Relatório Final de Pesquisa: **A Lei de Crimes Hediondos como Instrumento de Política Criminal**. 2005. p. 70



Não se pode afirmar que o crescimento populacional do sistema carcerário tenha se dado *somente* por causa da Lei de Crimes Hediondos, porém é bastante simples constatar que a incidência da mesma foi *determinante* para o incremento dessa taxa.

10- CONCLUSÃO

Diante de tudo quanto foi exposto, verifica-se que a lei número 8072/90, a Lei de Crimes Hediondos, foi introduzida ao nosso ordenamento jurídico com o objetivo de frear rapidamente a

crescente onda de crimes, o aumento da violência e da criminalidade, que vinham assustando a população e criando turbulência na mídia. Os meios de comunicação explicitavam o desejo de toda a população por qualquer tipo de atitude por parte do Estado.

Viu-se, entretanto, o resultado de uma medida tomada por um Estado que precisava reafirmar seu poder, confirmar sua capacidade de governar um país e demonstrar seu poder punitivo. Como bem observa Alberto Silva Franco⁵⁶, ”o Estado procurou demonstrar publicamente que dispunha de um poder idôneo a reafirmar a força da lei e, portanto, de revigorar o mito de sua soberania.”

No entanto, uma atitude com tamanha força repressiva só vem expor a incompetência desse Estado e o seu desespero em tentar controlar os acontecimentos indesejados em sua nação. Um Estado capaz de bem governar o seu povo, não impõe medidas tão imediatistas, mas sim, medidas calculadas, estudadas e que, a longo prazo, serão capazes de trazer algum resultado efetivo.

Em um país como o Brasil, de nada adianta a implementação de penas mais severas ou uma política criminal repressiva, se não forem realizadas mudanças no próprio corpo estatal. Mudanças na estrutura interna do Estado, que visem melhorar toda a política social do país, aprimorando a educação, a saúde, o mercado de trabalho, etc.

O endurecimento penal, por si só, não serve para nada, a não ser para dar um “cala boca” à população que, iludida pelo poder punitivo da lei, acredita que estará protegida. E, por assim acreditar, conclui que não precisa sair de sua confortável e estática posição na pirâmide social. Podem dormir tranquilos: o Governo não melhorou a condição de nenhum favelado, não deu

⁵⁶ FRANCO, Alberto Silva. **Crimes Hediondos**. 6. ed. rev., atual. e ampl – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 570.

educação a nenhum bandido, não deu emprego a nenhum desempregado, mas criou uma lei que reduzirá todos os índices de criminalidade. Ilusão. Hipocrisia.

Em análise ao próprio processo legislativo da lei, percebemos que ela foi aprovada às pressas, sem maiores discussões, estudos ou pesquisas. Diante disso, não podemos chamar de excepcional o fato de a lei ter nascido com tantas inconstitucionalidades, negando os princípios do Direito Penal e contrariando a própria história da pena no nosso ordenamento jurídico.

A Lei de Crimes Hediondos, em sua originalidade, ultrajou os princípios da individualização da pena, da proporcionalidade, da legalidade, da humanidade, da igualdade, da dignidade humana, entre outros.

A individualização da pena é um princípio colocado em prática através de instrumentos como a progressão do regime prisional e da concessão da liberdade provisória, institutos que foram negados e suprimidos pela lei, e que só vieram a ser reconhecidos em março de 2007, através da lei 11.464.

A Lei de Crimes Hediondos, quando determinou que os condenados por estes crimes e os a eles equiparados cumprissem toda sua pena em regime integralmente fechado, afastou um dos maiores objetivos da pena que é o da ressocialização do condenado e revelou sua completa dissonância com a Carta Magna.

Não obstante, vedou a liberdade provisória, causou *bis in idem*, punindo duas vezes o mesmo ato, aumentou demasiadamente a pena de seus condenados e gerou, por consequência imediata, um aumento nunca antes visto nas taxas de emprisonamento, lotando ainda mais as celas penitenciárias.

Ou seja, é uma lei que não cumpriu o papel que deveria cumprir (reduzir a criminalidade) e fez as vezes do vilão, porque foi desumana para com seus apenados e aumentou o caos no sistema penitenciário nacional, que, mesmo antes dela, nunca foi um primor de sistema.

Nesse diapasão, Alberto Silva Franco diz que tal tipo de legislação penal seria “um recurso que produz excelentes benefícios políticos a um custo extremamente baixo.” E continua: “Cuida-se, em verdade, de um Direito Penal puramente simbólico, ameaçador e sem eficácia, para inglês ver, mas suficiente para inerciar os excluídos.”⁵⁷

Procurou-se, assim, analisar a Lei de Crimes Hediondos, seu processo legislativo, sua entrada em vigor, suas alterações e seus efeitos, mediante o estabelecimento de alguns de seus artigos e de uma análise crítica de seu texto.

Dentre as aludidas diretrizes existentes sobre o tema, prefere-se por acreditar que de nada adianta extremado enrijecimento penal na tentativa de diminuir a ocorrência de crimes bárbaros, sem que haja uma transformação estrutural, voltada para uma política social.

No Direito, os fins não podem justificar os meios, logo, o afã pela redução da criminalidade não justifica o espancamento de princípios e normas constitucionais.

A lição tão inspiradora de Alberto Silva Franco deve contaminar por inteiro a todos os juristas e doutrinadores, aqueles que detêm em seu poder, as ferramentas que fazem erguir a Justiça: leiam as Leis pela Constituição.

BIBLIOGRAFIA

BATISTA, Nilo. **Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro**. Rio de Janeiro, 11^a ed. Editora Revan, 2007.

⁵⁷ FRANCO, Alberto Silva. **Crimes Hediondos**. 6. ed. rev., atual. e ampl – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 570.

BITTENCOURT, Cezar Roberto. **Manual de Direito Penal: Parte Geral**. 7ª ed. revista e atualizada, São Paulo, Saraiva, 2002.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 20ª ed. revista atualizada e ampliada, São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Constituição Federal Anotada**. 7ª ed. revista e atualizada, São Paulo, Saraiva, 2007.

FRANCO, Alberto Silva. **Crimes Hediondos**. Ed. Revista dos tribunais, 6ª ed., 2007.

GOMES, Luiz Flávio. Lei nº 11.464/2007: Liberdade provisória e progressão de regime nos crimes hediondos. **Jus Navegandi**. Teresina, ano 11, n 1371, 3 abr. 2007. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9686>>

GRECO, Rogério Greco. **Curso de Direito Penal, Parte Geral**., Ed. Impetus, Rio de Janeiro, 2004.

JESUS, Damásio E. **Direito Penal: Parte Geral**. Vol. I, São Paulo, Ed. Saraiva, 28ª ed., 2005.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis Penais e Processuais Penais Comentadas**. 2ª ed. revista atualizada e ampliada, São Paulo, Ed. Saraiva, 2007.

PRADO, Luiz Régis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**, Vol. I – Parte Geral. São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 6ª ed., 2006.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico** / atualizadores: Nagib Slaibi Filho e Gláucia Carvalho, 27ª ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2007.

TORON, Alberto Zacharias. **Crimes Hediondos, o mito da repressão penal**, São Paulo. Ed. RT, 1996.

TOURINHO, Fernando da Costa Filho. **Manual de Processo Penal**. 8^a ed. revista e atualizada, São Paulo, Ed. Saraiva, 2006.