



UNIVERSIDADE PRESIDENTE ANTÔNIO CARLOS

CURSO DE DIREITO

Erodice Lopes Delgado

**A NOVA VISÃO DOS CRIMES HEDIONDOS NO
ORDENAMENTO JURIDICO**

Juiz de Fora - MG

Dezembro de 2011

Erodice Lopes Delgado

**A NOVA VISÃO DOS CRIMES HEDIONDOS NO
ORDENAMENTO JURIDICO**

Monografia de conclusão de curso
apresentada ao Curso de Direito da
Universidade Presidente Antônio Carlos, como
requisito parcial à obtenção do título de
“Bacharel em Direito” e aprovada pelo
orientador:

Professor Besnier Chiarini Villar – Professor Especialista

Curso de Direito - UNIPAC

Juiz de Fora - MG

Dezembro de 2011

A NOVA VISÃO DOS CRIMES HEDIONDOS NO ORDENAMENTO JURIDICO

Monografia apresentada à Universidade Presidente Antônio Carlos – UNIPAC, como
requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

BANCA EXAMINADORA

Francisco Eduardo F. Delgado - Doutor

Universidade Presidente Antônio Carlos – UNIPAC

Besnier Chiarini Villar – Professor Especialista

Universidade Presidente Antônio Carlos - UNIPAC

Francisco de Assis Belgo – Professor Especialista

Universidade Presidente Antônio Carlos - UNIPAC

APROVADA EM ____/____/____

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus, por proporcionar esta grande oportunidade de me graduar em Direito.

A toda minha família, pelo apoio, força e dedicação.

A meus pais, minha filha, que sempre estiveram ao meu lado e me apoiaram nesta jornada.

Aos professores e colegas de faculdade que, juntos, passamos por todas as dificuldades e alegrias durante todo o curso.

RESUMO

Esta monografia tem como escopo mostrar, de forma não conclusiva, a evolução do ordenamento jurídico quanto aos Crimes Hediondos; sabendo que tal matéria é muito polêmica, envolvendo várias camadas e ramos da sociedade, além da própria discussão dos Parlamentares e operadores do Direito quanto aos temas que envolvem a Constitucionalidade das novas ideias para combatê-lo.

SUMÁRIO

Capítulo I – Considerações à Lei

Introdução	1
Justificativa.....	2

Capítulo II – Origem

Antecedentes à Lei dos Crimes Hediondos.....	3
Breve comentário.....	5

Capítulo II – Significado, Criação e Alterações até os Dias Atuais

A Lei na atualidade.....	12
Conceito.....	13
A Lei nº 8.072/90.....	14
A Lei nº 11.464/07.....	14

Capítulo III – Aspectos Técnicos da Pena

A Liberdade Provisória; Anistia, Graça e Indulto.....	15
Os Reflexos da Permissão da Liberdade Provisória em outros Diplomas Legais.....	17
Execução Penal.....	19
Recurso em Liberdade.....	20
Prisão Temporária.....	20
Delação Premiada.....	22
Quadrilha ou Bando.....	22
Causas de Aumento de Pena.....	24

Capítulo IV – Conclusão

Conclusão.....	26
----------------	----

Referências Bibliográficas.....	33
--	-----------

Capítulo I - Considerações à Lei

Introdução

Nos dias de hoje, a violência contra a pessoa alcançou um estágio muito elevado. São sequestros, torturas, ilícito de entorpecentes. Houve, então, a necessidade de se classificar como crimes hediondos aqueles que geram grande repúdio da sociedade. Crimes de agressão contra a pessoa física é um assunto contemplado pela nossa Constituição Federal de 1988, no inciso XLIII do art. 5.º, para isso precisa-se de uma estrutura lógica no Direito Penal para que haja mais rigores nas leis. Contudo, o Direito Penal passou por várias transformações em relação aos crimes, ou seja, a nova lei estabelece que os condenados por crimes hediondos só podem pleitear o regime de progressão, caso cumpram 40% da pena e, se forem reincidentes, a exigência aumenta em 20%, totalizando 60% (elemento objetivo); juntamente com a obrigação de se tornarem "bons cidadãos", demonstrando bom comportamento durante o tempo em que estiverem cumprindo a pena (elemento subjetivo). Podendo assim serem transferidos de regime fechado para o semi-aberto.

Com o passar do tempo, pediu-se mais rigor nas leis penais para esses tipos de crimes, que mexem com a estrutura lógica do nosso Direito Penal, e isso se apresenta na atualidade, dentro dos novos ramos em defesa da sociedade.

A lei ordinária não tardou. Em 1.990, foi sancionada a Lei 8.072, trazendo todas as diretrizes penais e processuais. Não conceituou o crime hediondo, deixando tal missão para a doutrina, o que se mostrou correto, porquanto o legislador, em regra, comete deslizes em suas conceituações. No entanto, provocou profunda alteração no universo jurídico criminal, com o endurecimento sensível nos campos penal e processual. *Pari passu* com as vedações processuais e penais amalgamadas no texto constitucional, o legislador infraconstitucional aumentou penas, criou o regime integral fechado, vedou a liberdade provisória e a negação de qualquer instituto despenalizante, durante a execução da pena, ressalvado o livramento condicional após o cumprimento de dois terços da punição.

Em 23.02.06, o plenário do STF (por seis votos a favor e cinco contra) ao julgar o Habeas Corpus 82.959/SP, posicionou-se pela inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/90, declarando que a adoção do regime integral fechado e a impossibilidade de progressão violavam a Carta Magna.

Se de um lado, passou a valer a progressão de regime para todo e qualquer crime, a decisão do STF trouxe um quadro no mínimo esdrúxulo e um desequilíbrio ímpar, fatalmente

desproporcional e inconcebível. Explica-se: se os autores de crimes de menor e médio potencial ofensivo tinham direito à progressão, após o cumprimento de um sexto da pena aplicada (LEP, art. 112), com o decisório os condenados por crimes hediondos passaram a ter a mesma benesse; assim, não seriam mais obrigados a cumprir dois terços da pena em clausura. Em outras palavras, um crime hediondo ou equiparado passou a ter o mesmo peso, quando da fase de execução da pena, dos demais crimes de potencial ofensivo inferior.

Justificativa

Com relação aos Crimes Hediondos, pode-se dizer que são aqueles praticados contra a pessoa física, ou seja, aqueles que podem ser entendidos como mais graves e causa revolta nas pessoas da cidade. Não sabemos como conceituar os Crimes Hediondos, mas, podemos dizer que diz respeito ao delito cujo potencial é ofensivo, o qual denominamos de gravidade por motivo da ação do crime.

A tendência dos crimes é aumentar, devido ao crescimento populacional e as desigualdades. Em se tratando de Brasil, vimos que a preocupação é constante pelas autoridades e pela sociedade, que observam as cadeias cada vez mais cheias e os acusados soltos na cidade. Daí a que se pensar em como se punir esses crimes.

A punição mais severa para certos crimes decorre da necessidade de fortalecer a sociedade e propiciar às pessoas um mínimo de segurança, essencial ao bem viver com dignidade, respeitando os direitos e garantias fundamentais, inscritos na nossa Constituição Federal e no Direito de toda a sociedade brasileira.

Por essa razão, estudos realizados costumam afrontar a Lei dos Crimes Hediondos sob a alegação de que as leis e penas extremamente severas não diminuem a violência, pelo contrário, esses crimes têm aumentado assustadoramente. Veremos então, o que de atual foi feito com relação a esse tipo de crime no que diz respeito à legislação.

Capítulo II - Origem

Antecedentes à Lei dos Crimes Hediondos

A Constituição Federal de 1988 é feita para a construção de uma sociedade livre, justa e solidária; para garantia do desenvolvimento nacional; pela erradicação da pobreza e da marginalização; pela redução das desigualdades sociais e regionais; pela promoção do bem comum; pelo combate ao preconceito de raça, cor, origem, sexo, idade e quaisquer outras formas de discriminação; pelo pluralismo político e liberdade de expressão de idéias; pelo resgate da cidadania, pela afirmação do povo como fonte única do poder e pelo respeito inarredável da dignidade humana, um verdadeiro ‘Estado Democrático de Direito’.

Porém, muito embora a Constituição Federal de 1988, como carta suprema, traga tão belos tratamentos aos cidadãos, em muitos tópicos, para que se complete e tenha eficácia plena, há necessidade de leis complementares ou mesmo leis ordinárias.

O Brasil tinha naquele momento histórico (criação da Constituição Federal de 1988), uma crescente onda de violência, altos índices de criminalidade, aproveitados por uma justiça morosa, legislação liberal e certeza de impunidade. Um assustador número de sequestros, roubos, estupros, homicídios, extorsões mediante sequestro e outros crimes, vinham tirando a tranquilidade da nossa população, e criando um clima de pânico geral. A título de exemplo, temos o caso do empresário Abílio Diniz que, em dezembro de 1989, foi sequestrado pelo grupo terrorista de esquerda Movimiento de Izquierda Revolucionaria Chilena, e passou seis dias em cativeiro em São Paulo, bem próximo às eleições presidenciais de 1989.

O Brasil queria respostas a curto prazo, queria vingança, castigo, especialmente o aprisionamento, na ingênua ilusão de que, dessa forma, se possa refrear a ascensão da criminalidade. Eram necessárias medidas urgentes a serem tomadas pelo legislativo a fim de trazer segurança à sociedade e controle da criminalidade, e nada obstante, dar também uma resposta aos criminosos. Nesse ponto de vista, o Estado deveria trabalhar: [...] tutelando os bens jurídicos mais importantes dos cidadãos, para tanto reforçando o *jus puniendi* do Estado e munindo a autoridade de instrumentos hábeis à contenção da criminalidade violenta.

Surgira O Movimento da Lei e da Ordem, com o qual seria possível uma atuação Estatal mais repressiva. O mecanismo punitivo é acionado seja para promover valores ético-sociais, seja para transmitir aos cidadãos uma ilusória sensação de segurança ou para atender propósitos políticos, para o qual o crime se torna um espetáculo rentável

A Constituição Federal de 1988 dispõe no seu artigo 5º, XLIII:

“A lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem”. (CF/88).

Logo, com ‘O movimento da Lei e da ordem’, com clamor social, pelo artigo 5º, inciso XLIII, o projeto de lei foi em menos de um ano, encaminhado para sancionamento do Presidente:

“[...] o Ministro da Justiça encaminhava ao Presidente da República projeto de lei, elaborado pelo Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, dispondo sobre crimes hediondos. As razões, que acompanhavam o projeto de lei e que tinham sido elaboradas pelo Prof. Damásio Evangelista de Jesus, puseram em destaque, indubitavelmente, a preocupação de viabilizar “a guerra contra o crime.”

Dessa forma, coube ao legislador ordinário classificar e definir quais os crimes seriam tratados como hediondos. Prevaleceu o sistema legal, o que não poderia ser diferente, ao contrário, confrontaria com a Constituição Federal, artigo 5º, inciso XXXIX que estatui: “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”.

Pode-se concluir que não poderia ficar ao entendimento do julgador (sistema judicial) quais crimes seriam tratados como hediondos; também o “sistema misto” não seria adequado, pois este traria um rol exemplificativo na lei, podendo o juiz reconhecer hipóteses não constantes na relação. Certamente, isso traria uma insegurança jurídica.

Nesse sentido, concorda o ilustre Dr. Franco, ao entender que a lei deve definir quais crimes são passíveis de serem tratados como hediondos:

“[...] não é hediondo o delito que se mostre repugnante, asqueroso, sórdido, depravado, abjeto horroroso, horrível por sua gravidade objetiva, ou por seu modo ou meio de execução, ou pela finalidade que presidiu ou iluminou a ação criminosa, ou pela adoção de qualquer outro critério válido, mas sim, aquele crime que por um verdadeiro processo de colagem foi rotulado como tal pelo legislador”. (FRANCO, 1994, p. 45.)

O rol taxativo também é considerado elogiável a opção do legislador pelo Min. Assis Toledo: “o conceito de hediondez (fato repugnante, torpe, medonho, horrendo, repulsivo) ofereceria margem para debates intermináveis, sem previsão de uma solução satisfatória, a curto ou médio prazo”.

O sistema legal, por sua rigidez, não deixou campo para avaliação discricionária da conduta do caso concreto, quase nenhuma margem interpretativa para o julgador.

Diante da enumeração taxativa, ficaram excluídos outros delitos que, mesmo revestidos de crueldade ou repugnância, não poderiam ser enquadrados como crime hediondo, ainda que os

fosse aos olhos da sociedade ou do julgador; ou seja, nada se poderia fazer ao atual fato, a não ser tratá-lo a outras legislações federais, a exemplo do crime de homicídio qualificado, o qual na época da criação da lei não era considerado hediondo, porém mais tarde foi reparado e incluído no rol.

Editada no ano de 1990, a lei dos crimes hediondos foi uma medida legislativa aprovada decorrente das pressões sociais da época devido ao crescimento exarcebado da violência que passou a atingir classes sociais até então imunes aos efeitos da criminalidade.

Breve Comentário

A Lei dos Crimes Hediondos passou a depender única e exclusivamente da existência de previsão legal reconhecendo essa natureza para determinada espécie delituosa, não bastando o clamor social para defini-la. Assim, por mais grave que seja determinado crime, o magistrado não poderá lhe conferir o caráter hediondo se tal ilícito não constar do rol previsto na Lei 8.072/90, que expressamente prevê: o homicídio (quando praticado em atividade típica de grupo de extermínio, ainda que cometido por um agente); latrocínio; extorsão qualificada pela morte; extorsão mediante seqüestro (e na forma qualificada); os atuais estupro e estupro de vulneráveis; epidemia com resultado morte, falsificação e a corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais, como sendo hediondo.

Essa lei – em princípio – vedou a concessão de anistia, graça, indulto, fiança e de liberdade provisória; além de fixar – taxativamente – que a pena seria cumprida integralmente em regime fechado.

É oportuno ressaltar que, embora a referida lei tenha feito menção ao regime integralmente fechado, não vedou a possibilidade de concessão do livramento condicional após o cumprimento de 2/3 (dois terços) da pena e o preenchimento dos demais requisitos legais (como prevê o art. 83 do Código Penal), o que enfraquecia o “cumprimento da pena em regime integralmente fechado”.

Querendo dar resposta imediata à criminalidade, o Supremo Tribunal Federal, através do HC nº 69657- SP, decidiu que o cumprimento da pena em regime integralmente fechado não feriria o princípio da individualização da pena, sendo portanto Constitucional. Através do

Habeas Corpus nº 76371-SP, decidiu que, a possibilidade de progressão de regime prisional facultada pela lei de tortura, não se estende aos Crimes Hediondos.

Com o passar do tempo, a Corte Suprema modificou a sua composição e a sua maneira de decidir, em que – através do Habeas Corpus nº 82.959, decidiu que a proibição da progressão do regime afronta o princípio da individualização da pena e, por consequência, viola a proibição Constitucional de fixar penas cruéis e desumanas.

Destaca-se que a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, no Capítulo dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos, ao proibir penas cruéis, desumanas, de morte (salvo exceções previstas na própria Constituição) e a de caráter perpétuo, confirmou o princípio da dignidade da pessoa humana, incorporando na mente do legislador e do julgador que o sistema penal punitivo brasileiro adota o sistema da punição e da ressocialização do condenado.

Diante disso, o regime de cumprimento de pena em regime integralmente fechado viola absolutamente o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.

Sabe-se, portanto, que a Lei 8.072/90 sofreu modificações na sua estrutura inicial, vedou a concessão de anistia, graça, indulto, fiança; concedeu a progressão do regime de cumprimento de pena após o cumprimento de 2/5 (dois quintos) da pena, se o apenado for primário, e de 3/5 (três quintos), se reincidente. Estabeleceu que a pena deve ser cumprida inicialmente em regime fechado.

Há de se considerar que não são os tipos penais, por si só, que tornam um crime hediondo. Além do tipo penal, as circunstâncias em que o crime foi cometido é que darão ao crime o caráter de hediondo.

Um crime grave, embora continue grave, pode perder o caráter de hediondez, em face de determinadas circunstâncias atenuantes. Já um crime menos grave pode, em sentido inverso, assumir extrema gravidade em razão de circunstâncias agravantes.

A individualização da pena, na sentença, e do cumprimento da pena, durante a execução, é justamente a descida da abstração da lei para a concretude das situações com as quais o magistrado se defronta.

A lei dos Crimes Hediondos seguiu princípio oposto a este. Determinou que certos crimes sejam considerados hediondos, independente de qualquer circunstância e à margem do critério do julgador.

A individualização da pena foi um progresso do Direito conquistado no evolver da História. Não resultou do capricho deste ou daquele legislador, mas de um avanço da cultura humana, no campo do Direito, da Criminologia, da Psicologia, da Antropologia, da Sociologia.

O Poder Judiciário, devidamente provocado, tem entendido que “a lei dos Crimes Hediondos” não fere a Constituição Federal o que gera para alguns, certo desconforto quanto à sua aplicabilidade.

A controvérsia da lei dos crimes hediondos está na tese de que agride frontalmente a Constituição, pois que esta, no item 46 do artigo 5º, estabelece textualmente que a lei regulará a individualização da pena.

Atualmente a Lei dos Crimes Hediondos é considerada um dos piores diplomas legais já editados no Brasil. Dentro dessa filosofia penal, que vem sendo implantada há séculos em todo o mundo civilizado, fazer-se com que um condenado permaneça estacionado, durante todo o cumprimento de sua pena, no regime fechado, significa que geraria a ele o desespero e a desesperança, como não poderia deixar de acontecer, ocasionando revoltas e insurreições nas penitenciárias.

I - Aspectos constitucionais da lei de crimes hediondos

No afã de conter a devastadora onda de criminalidade que assolava a sociedade brasileira da época, atingindo patamares nunca antes experimentados no país, o legislador constituinte estabeleceu norma, constante do audacioso e desafiador Capítulo dos Direitos e Garantias Fundamentais, que previa um tratamento jurídico diferenciado a determinadas espécies de delitos que considerava mais graves.

Assim é que dispõe o art. 5º, XLIII da nossa *Lex Fundamental* que:

Art. 5º - [...]

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

O dispositivo em comento acha-se inserido no Capítulo das disposições constitucionais que tratam dos direitos e garantias individuais e coletivos que, linhas atrás, chamávamos de audacioso e desafiador.

Pois bem, é nesse dispositivo que o legislador achou de inserir um inciso que, na visão dele - legislador, em que encerra uma garantia para toda a sociedade; uma garantia contra a criminalidade exacerbada que vivíamos àquela altura. Uma resposta do Poder Legislativo ao avanço da violência.

Incumbia ao legislador complementar instituir e promulgar um diploma de regulamentação daquele dispositivo, fazendo efetivo o comando constitucional.

Adicione-se a esse quadro, a influência de um movimento social da Lei e da Ordem, que se criou exatamente em função dessa paisagem social e que defende uma teoria radical quanto ao combate à criminalidade, qual seja, o endurecimento do sistema penal, o que significa a criação de novos tipos penais, o aumento de penas e o rigor no regime de cumprimento, além de outras medidas que visem à repressão firme e incondicional da violência.

A par disso, considere-se a pressão da opinião pública, empurrada pela mídia sensacionalista, que via no crime a razão de ser das insatisfações humanas e, no Direito Penal, a panacéia das desilusões e fracassos da sociedade.

Com todas essas pressões, foi criada a "Lei dos Crimes Hediondos" com toda sua polêmica, no que diz respeito quanto ao aspecto de uma obra legislativa do ponto de vista jurídico-sistemático violando alguns preceitos Constitucionais, que podemos perceber na crítica de TOURINHO FILHO afirmando que: *"uma leitura de todo aquele diploma legal mostra, à evidência, que os responsáveis pela sua elaboração estavam despreparados"*. (Processo Penal, vol. 3, 1992, págs. 456/7) e ainda, como disse César de Faria Júnior, a referida *"lei surgiu, sem dúvida, como exigência da sociedade insegura e alarmada com o crescimento dos índices de criminalidade"* e para isso é necessária sua adequação em conformidade com a justiça.

II - Os pontos controvertidos e polêmicos da lei

Para justificar plenamente e de forma inequívoca a crítica que se formula ao longo das presentes razões, e cogitar até mesmo da inconstitucionalidade de alguns de seus dispositivos, basta-nos uma análise mais detida por sobre o disposto no art. 2º da lei em apreço, mais notadamente o inciso II e o § 1º:

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. (grifamos)

a) a liberdade provisória

A primeira observação se refere à vedação estabelecida na lei de que seja concedida ao réu, acusado de um dos crimes enumerados no art. 1º da lei, o instituto da liberdade provisória, disciplinado nos arts. 310 e seguintes do Estatuto Processual Repressivo.

Nesse ponto, a lei ultrapassou, em muito, os limites traçados pela Constituição. E isso é de fácil abstração. Basta verificar os dispositivos para ver que o legislador constituinte simplesmente privou o acusado de crime hediondo da possibilidade de livramento mediante o pagamento de fiança e o fez insuscetível de graça ou anistia.

A Constituição não menciona uma linha sequer a respeito da liberdade provisória, sendo essa uma inovação do legislador ordinário que, sem sombra de dúvidas, usurpou do poder que lhe foi conferido pelo ordenamento constitucional.

Isso implica dizer que a lei, desconsiderando o princípio constitucional da presunção de inocência no mesmo art. 5º, LVII da CF/88, estabeleceu como regra o que é exceção, a custódia processual, que é um instrumento de que se vale a ordem jurídica em casos de justificada necessidade, para assegurar a instrução criminal, a ordem social e outros valores que a liberdade do acusado pode vir a fragilizar ou ameaçar. Além disso, restam violados os incisos LIV, LV e LXI, do mesmo dispositivo constitucional, que constituem os pilares de sustentação do ordenamento em matéria de processo penal.

Mesmo que o acusado preencha os requisitos exigidos em lei para a obtenção da liberdade provisória, e mesmo até que haja nos autos indícios suficientes da inocência do acusado, pela atipicidade do fato, pela antijuridicidade de sua conduta ou pela ausência de sua culpabilidade ou qualquer outro fator que justifique a sua libertação, mesmo assim ele ficará custodiado.

Certamente, há que se admitir tal hipótese como uma excrescência jurídica, a merecer o repúdio mais veemente daqueles que com o Direito operam, provocando uma firme reação do Poder Judiciário, de tal modo a retornar a questão a seus devidos eixos.

O panorama que se pode traçar desse dispositivo é atemorizante, uma vez que qualquer ação envidada pelas forças públicas, no sentido de manter custodiado o acusado de crime hediondo estará devidamente respaldado em lei. Uma violação constitucional patente. Pelo menos, até

que se declare a inconstitucionalidade do dispositivo, por meio dos instrumentos de controle constitucional postos à disposição dos operadores; podendo citar como exemplo as palavras do Prof. ALCIDES MARTINS RIBEIRO FILHO, em judicioso artigo publicado em revista especializada:

“Em termos práticos, podemos citar fatos recentes noticiados na imprensa, dando conta de que proprietários de veículos furtados ou roubados no Brasil, tinham seus carros levados para o Paraguai e, posteriormente, induzidos a irem àquele país conseguí-los de volta, sendo que no retorno para o Brasil, ao volante de seus preciosos veículos recuperados, inocentemente, traziam escondidas debaixo dos assentos, farta quantidade de drogas.

As autoridades policiais acabaram por apurar que esses menos atentos brasileiros foram usados como transportadores de substâncias entorpecentes.

Pois bem, imaginemos a situação de uma dessas pessoas, que em viagem de volta ao Brasil, sofresse uma revista em "batida" policial de rotina e fosse encontrada a droga oculta no assento de seu automóvel, provavelmente todo aquele procedimento legal antes mencionado seria deflagrado, porque os argumentos defensivos desse cidadão, de que ignorava a existência da droga, de que fora enganado e etc., não devem e nem podem ser objetos de discussão em uma Delegacia de Polícia, mesmo porque, se assim fosse, em outros casos intencionais, os criminosos flagrados sempre iriam, maliciosamente, contar a mesma história e seriam liberados; mas, voltando à questão do nosso cidadão honesto ludibriado, ele só poderia discutir sua inocência em um processo judicial, e ainda que conseguisse, de plano, provar a sua inocência, só seria solto após a sentença absolutória, no final do processo, o que é um absurdo jurídico”.

O que se poderia admitir é que a vontade do legislador ordinário se referia ao fato de que a gravidade dos crimes capitulados naquela lei como hediondos, justificaria a custódia preventiva. No entanto, a mais abalizada doutrina e a remansosa jurisprudência de nossos Tribunais já deixou consignado que a prisão preventiva tem seus pressupostos delimitados em lei, não sendo a gravidade do delito justificativa plausível para a sua decretação.

b) O regime progressivo

Finalmente, num atentado à penologia moderna e a todos os princípios constantes da Lei das Execuções Penais em vigor, o legislador veio fixar que *"a pena por crime previsto neste artigo será cumprida integralmente em regime fechado"* (art. 2º, § 1º).

É bem sabido que o sistema penal é progressivo. O condenado, através do seu comportamento carcerário, vai evoluindo gradativamente e com isso conquistando novo regime. Avança passo a passo. Se por acaso piorar, retorna ao ponto de partida ou a uma fase anterior.

Dentro dessa filosofia penal, que vem sendo implantada há séculos em todo o mundo civilizado, fazer-se com que um condenado permaneça estacionado, durante todo o cumprimento de sua pena, no regime fechado, significa verdadeira aberração. Como já foi dito, gerando o desespero e a desesperança, chegando até nas revoltas dentro dos presídios.

Se a pena privativa de liberdade, tão combatida atualmente pelo mundo jurídico, considerada modernamente um "mal necessário", pode ainda ser encarada como tendo um objetivo ressocializador, certamente, a regra que determina o cumprimento integral da pena em regime fechado aniquila de vez esse caráter ressocializador da pena, nos remetendo a período histórico medieval, em que a ela era vista como mero castigo, como retribuição.

Garantir ao preso a possibilidade de ser reinserido no corpo social, adquirindo novos valores é um direito constitucionalmente garantido, senão explicitamente consignado no texto, abstraído do sistema de proteção individual que a Carta encerra. E isso só pode ser alcançado através da aplicação incondicional do regime progressivo de execução penal.

Com a edição da chamada "Lei da Tortura" (Lei n.º 9.455/97, há posicionamentos doutrinários e até mesmo jurisprudenciais de que o art. 2º da Lei n.º 8.072/90 foi revogado pelo sistema processual implantado por aquele diploma, que regula inteiramente e de forma diversa a matéria tratada, permitindo ao acusado responder o processo em liberdade, bem como iniciar o cumprimento da pena em regime fechado, o que traz de volta ao seio de crimes como o de tortura e a ele equiparados a progressão de regime.

É prudente se registrar que o Superior Tribunal de Justiça (STJ), no julgamento de Recurso Especial nº 140.617-GO (97/0049790-9), acolheu a tese de que a Lei de Tortura revogou as disposições do art. 2º do diploma em estudo, acórdão esse cuja ementa tomou o seguinte teor:

RESP. - CONSTITUCIONAL - PENAL - EXECUÇÃO DA PENA - CRIMES HEDIONDOS (LEI Nº 8.077/90) - TORTURA (LEI Nº 9.455/97) - EXECUÇÃO - REGIME FECHADO - A Constituição da República (art. 5º, XLIII) fixou regime comum, considerando-os inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia, a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos. A Lei nº 8.072/90 conferiu-lhes a disciplina jurídica, dispondo: "a pena por crime previsto neste artigo será cumprida integralmente em regime fechado" (art. 2º, § 1º). A Lei nº 9.455/97 quanto ao crime de tortura registra no art. 1º - 7º: "O condenado por crime previsto nesta Lei, salvo a

hipótese do § 2º, iniciará o cumprimento da pena em regime fechado. A Lei nº 9.455/97, quanto à execução da pena, é mais favorável do que a Lei nº 8.072/90. Afetou, portanto, no particular, a disciplina unitária determinada pela Carta Política. Aplica-se incondicionalmente. Assim, modificada, no particular a Lei dos Crimes Hediondos. Permitida, portanto, quanto a esses delitos, a progressão de regimes." (STJ - 6ª T - Resp. nº 140.617-GO (97/0049790-9) - Rel.: Min. Luiz Vicente Cernichiaro - j. 12.9.97)

Assim é que, diante das razões até aqui sustentadas, pode-se concluir que a Lei dos Crimes Hediondos é um exemplo claro de como não se deve legislar em matéria penal. As reações contrárias levantadas ao texto, pelas vozes de insígnies doutrinadores pátrios é uma demonstração positiva de que a nossa ciência penal alcançou um nível de amadurecimento tal que não se deixa ser suplantada pelo inconsciência e arroubo do legislador de momento, que levado pelas correntes radicais da sociedade, acha que o Direito Penal é a solução para o apaziguamento das tensões sociais que, em grande parte, geram a criminalidade.

Nesse sentido, são preciosas as palavras do já mencionada Prof. NEY MOURA TELES:

"A privação da liberdade não intimida e, o que é mais grave, não só não recupera o condenado, com também o transforma negativamente. Não podia ser diferente, pois não se ensina a viver em liberdade, respeitando os valores sociais, suprimindo a liberdade do educando.

É como desejar ensinar um bebê a caminhar, atando-lhe as pernas. Ele jamais vai conseguir. O caminho é o da limitação, cada vez maior, da presença do Direito Penal na vida das pessoas. Somente quando a lesão ao bem jurídico mais importante for muito grave é que o Direito Penal deve ser chamado".

Capítulo II – Significado, Criação e Alterações até os Dias Atuais

A Lei na Atualidade

Como se sabe, a Constituição Federal (CF), por meio de seu art. 5.º, XLIII, introduziu no ordenamento jurídico nacional a figura do crime hediondo. A redação do dispositivo mostrou-se clara desde então, no sentido de que “a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis

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

O fim almejado pelo constituinte foi de a lei ordinária criar empecilhos, impedindo a concessão de benefícios a quem perpetrasse crimes da espécie ou assemelhados. Além do executor material da infração, também os partícipes, mesmo que por omissão (art. 13, § 2.º, do CP), ficaram na mira do dispositivo constitucional.

A lei ordinária não tardou. Em 1990, foi sancionada a Lei n. 8.072, trazendo todas as diretrizes penais e processuais. Não conceituou o crime hediondo, deixando essa missão para a doutrina, o que se mostrou correto, porquanto o legislador, em regra, comete deslizes em suas conceituações.

Provocou, porém, profunda alteração no universo jurídico criminal, com o endurecimento sensível nos campos penal e processual. Com as vedações processuais e penais amalgamadas no texto constitucional, o legislador infraconstitucional aumentou penas, criou o regime integral fechado, vedou a liberdade provisória e a negação de qualquer instituto despenalizante durante a execução da pena, ressalvado o livramento condicional após o cumprimento de dois terços da punição.

Boa parte dos Juízes de Direito das execuções penais não aderiu ao posicionamento do STF, vez que não possui caráter vinculante, e por ter sido deduzida em caso interpartes (controle difuso) sem efeito *erga omnes*. Não se olvide, outrossim, que a decisão foi apertadíssima, seis a cinco. De qualquer modo, o grande mote para os Magistrados reside na desproporcionalidade derivada desse decisório, ou seja, equiparou-se um furtador a um estuprador ou homicida; um mero agressor a um latrocidista. Em outra ponta, porém, boa parte de Magistrados das execuções penais aderiu à decisão do STF, concedendo a progressão do fechado para o semi-aberto, tão logo cumprido aquele ínfimo percentual de pena.

A desproporcionalidade reclamada por aqueles Magistrados acabou tendo um ponto-final com a edição da Lei n. 11.464/2007.

Conceito

Hediondo é o crime alarmante, pavoroso, depravado, horrendo, arrepiante, que causa indignação moral etc. Isto é, crime que objetivamente mais ofende aos bens juridicamente tutelados. Para DAMÁSIO DE JESUS, hediondo é o crime que, pela forma de execução ou pela gravidade objetivando resultado, provoca intensa repulsa.

A Lei nº 8.072/90

O art. 1.º da Lei dos Crimes Hediondos traz em seus sete incisos e no parágrafo único um rol de nove tipos penais, independentemente de sua consumação, a saber: homicídio (art. 121), quando praticado em atividade típica de grupo de extermínio, ainda que cometido por um só agente, e homicídio qualificado (art. 121, § 2.º, I, II, III, IV e V); latrocínio (art. 157, § 3.º, in fine); extorsão qualificada pela morte (art. 158, § 2.º); extorsão mediante seqüestro e na forma qualificada (art. 159, caput e §§ 1.º, 2.º e 3.º); estupro (art. 213 e sua combinação com o art. 223, caput e parágrafo único); atentado violento ao pudor (art. 214 e sua combinação com o art. 223, caput e parágrafo único); epidemia com resultado morte (art. 267, § 1.º); falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais (art. 273, caput e §§ 1.º, 1.º-A e 1.º-B); genocídio.

São considerados hediondos por equiparação a tortura, o terrorismo e o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins. Somente o terrorismo não foi disciplinado no Brasil.

A Lei nº 11.464/2007

Sancionada em 29 de março de 2007 e trazendo nova redação ao art. 2.º da Lei n. 8.072/90, aparentemente publicada às pressas, em edição extra do Diário Oficial da União, passamos a analisar a Lei dos Crimes Hediondos em função do novo diploma.

Redação anterior:

“Art. 2.º Os crimes hediondos, a prática de 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.

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

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

§ 3.º A prisão temporária, sobre a qual dispõe a Lei n. 7.960, de 21 de dezembro de 1989, nos crimes previstos neste artigo, terá prazo de trinta dias, prorrogável por igual período em caso de extrema e comprovada necessidade.”

Na nova redação, foi mantido o caput e o inc. I. A redação do inc. II foi modificada, o § 1.º foi revogado, dando lugar a dois novos parágrafos; os §§ 2.º e 3.º foram mantidos e passaram a ser §§ 3.º e 4.º, sucessivamente:

“II – fiança.

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

§ 2.º 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.

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

§ 4.º A prisão temporária, sobre a qual dispõe a Lei n. 7.960, de 21 de dezembro de 1989, nos crimes previstos neste artigo, terá o prazo de 30 (trinta) dias, prorrogável por igual período em caso de extrema e comprovada necessidade.”

Capítulo III – Aspectos Técnicos da Pena

A Liberdade Provisória; Anistia, Graça e Indulto

Os crimes hediondos são insuscetíveis de graça, indulto e anistia (art. 2.º, I). Como o texto constitucional nada fala acerca de graça, somente indulto, a Lei de Execução Penal (LEP) passou a tratá-la como indulto individual. A Lei dos Crimes Hediondos veio explicitar o art. 5.º, XLIII, tornando insuscetíveis de graça e indulto, tanto o individual como o coletivo, no tocante aos crimes hediondos. A novidade do diploma reside na possibilidade de liberdade provisória, mantendo, no inc. II, a vedação à fiança.

O legislador de um lado, vedou a liberdade provisória com fiança e, de outro, permitiu a liberdade provisória sem fiança. Óbvio que esta, se puder ser concedida, nem sequer permitirá o ônus de o agente ser obrigado a recolher qualquer valor aos cofres públicos. Além de beneficiar o criminoso hediondo, manteve atadas as mãos do Magistrado.

Um milionário ganhará a liberdade e nem sequer arcará com o ônus do pagamento da fiança. Se o crime hediondo é o que mais fere os bens jurídicos tutelados, atingir o bolso de quem pode seria salutar. A exigência do pagamento de fianças adequadas e compatíveis aos crimes de maior potencial ofensivo transmitiria a certeza de maior severidade contra criminosos

diferenciados. A adequação dos patamares do art. 325 do Código de Processo Penal (CPP) seria o passo ideal.

Na esteira do abrandamento penal e processual, vemos como a mais séria consequência do novo texto a quase equiparação do criminoso hediondo ao criminoso comum no âmbito processual. O autor de crime hediondo passa a se submeter à regra geral do CPP, não mais às regras especiais previstas na LCH.

Com o fim da vedação à liberdade provisória, praticamente, a diferença no campo processual que ainda permanece entre criminoso comum e hediondo fica por conta do prazo da prisão temporária.

Conquanto sujeito à regra geral do CPP, isto é, à presença dos requisitos autorizadores da prisão preventiva, um criminoso hediondo não é um criminoso comum, e os Juízes de Direito devem estar atentos a essa dessemelhança. Para tanto, a aferição da presença dos pressupostos há de ser ainda mais cautelosa, sob pena de se tornar, ele Magistrado, um fator adicional de banalização da criminalidade e conseqüente impunidade, que grassa em nosso País.

A prisão cautelar, seja hediondo ou não o crime, deriva de flagrante ou de preventiva. Raramente, a constrição nasce de pronúncia ou de sentença condenatória recorrível.

Até a edição da Lei n. 11.464/2007, mostrava-se de um rigor extremado a vedação absoluta da liberdade provisória. O mais plausível seria a permissão excepcional. Conviria que a atual redação do § 3.º não se circunscrevesse à fase de sentença, mas a qualquer fase do processo-crime, desmistificando qualquer outra ilação.

Em outras palavras, a lei deveria dar o parâmetro da prevalência da prisão cautelar sobre a liberdade provisória, não o contrário como sobreveio com o novo diploma. A sugestão seria que a redação do inc. II ou do § 3.º fosse “O juiz decidirá fundamentadamente se o réu poderá responder ao processo em liberdade”. Importante seria o diploma demarcar os paradigmas entre um crime e outro, entre um criminoso e outro.

Quando se trata de crimes hediondos, a custódia prevalece sobre a liberdade, vez que, quase sempre, vêm imbricados, na pessoa do autor ou no contexto fático, pressupostos que autorizam sua constrição. Entretanto, cedia em inúmeras ocasiões, e a concessão da liberdade provisória se impunha, embora vedada antes do referido diploma. E essa é a grande vantagem da nova previsão legal. Explica-se. A vedação à liberdade provisória se constituía em verdadeira encruzilhada. Não raras vezes, no transcurso de um processo, a soltura se mostrava imperativa, mas, por ser proibida a liberdade provisória, a opção ficava entre a manutenção da custódia e o relaxamento. A manutenção era uma injustiça, e o relaxamento, um erro técnico, pois a prisão fora legal.

Um exemplo ilustrará melhor o raciocínio. Suponha-se que "A" cometeu estupros continuados contra sua filha, "B", por longo período até 1995. "B" decide noticiar os crimes à autoridade policial em 2005. Lavra um Boletim de Ocorrência. Quando o pai descobre, desaparece. Pedese sua prisão temporária e, mais tarde, a prisão preventiva. "A" encontra-se em lugar incerto e não sabido.

Passado certo período, "A" é preso. No interrogatório, o Magistrado descobre que o réu, desde 1995 – da data do último fato até a data atual –, manteve vida regrada, com emprego fixo e endereço certo, além de ser primário e sem antecedentes. É justa a prisão cautelar? É necessária a custódia?

Se, na prática, a prisão cautelar devido à imanente presença dos requisitos autorizadores da prisão preventiva quase sempre se mostra adequada, a custódia deve guardar harmonia com o princípio da presunção da inocência e com o princípio da necessidade da prisão cautelar. Agora, com a inovação da Lei n. 11.464/2007, excluído o impedimento à liberdade provisória, torna-se viável o benefício, impondo-se as condições de praxe ao preso (Art. 327 e 328 do CPP).

Em outras palavras, afastou-se o empecilho técnico.

Nesse contexto, de grande valia é a orientação dada por WEBER MARTINS BATISTA. A aferição raciocinada da necessidade de custódia pode ser resumida assim: “O Juiz examina as circunstâncias ligadas 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’, impõe-lhe um tipo de pena, em qualidade e em quantidade. 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 pôr em risco a ordem pública”.

Em que pese os reclamos da imprensa, mormente a escrita, a técnica processual foi atendida.

Os Reflexos da Permissão da Liberdade Provisória em outros Diplomas Legais

Na medida em que se passa a permitir a liberdade provisória nos crimes que mais ofendem os bens jurídicos tutelados, certamente restam revogadas tacitamente todas as disposições em contrário. Não mais se cogita a vedação à liberdade provisória no Direito Processual Penal brasileiro.

Assim, o art. 44 da Lei n. 11.343/2006, ao preconizar que “Os crimes previstos nos arts. 33, *caput* e § 1.º, e 34 a 37 desta Lei são inafiançáveis e insuscetíveis de sursis, graça, indulto, anistia e liberdade provisória, vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos”, restou revogado.

Pelo mesmo fundamento, também foram revogados o art. 21 do Estatuto do Desarmamento (Lei n.10.826/2003) e arts. 7.º e 9.º da Lei n. 9.034/95.

Aquele tem a seguinte redação:

“Art. 21. Os crimes previstos nos arts. 16, 17 e 18 são insuscetíveis de liberdade provisória.”

Os arts. 7.º e 9.º rezam que:

“Art. 7.º Não será concedida liberdade provisória, com ou sem fiança, aos agentes que tenham tido intensa e efetiva participação na organização criminosa.

Art. 9.º O réu não poderá apelar em liberdade, nos crimes previstos nesta lei.”

Já defendíamos a revogação do art. 21 desde a edição do diploma, vez que ofendia de morte o princípio da proporcionalidade. Na época, escrevemos, em nosso livro *Prisão Temporária*, que “O Estatuto do Desarmamento, Lei n. 10.826/2003, diz em seu art. 21 que ‘Os crimes previstos nos artigos 16, 17 e 18 são insuscetíveis de liberdade provisória’. Versa o dispositivo sobre os crimes de posse ou porte ilegal de arma de fogo de uso restrito e figuras equiparadas, comércio ilegal de arma de fogo e tráfico internacional de arma de fogo, e de forma clara proíbe o Magistrado, malgrado ausentes requisitos da prisão preventiva, de conceder a liberdade provisória. Semelhante vedação mostra-se incompatível com a situação de réu primário e de bons antecedentes, que sofrerá, em caso de condenação, pena definitiva privativa de liberdade, em patamar inferior ou igual a quatro anos, e que, em tese, fará jus ao regime aberto ou a uma das penas substitutivas previstas nos artigos 44 e seguintes do diploma penal. Violado, pois, o princípio da proporcionalidade”.

Único diploma a manter defeso o direito de recorrer em liberdade é a Lei n. 9.034/95. Ora, se a Lei dos Crimes Hediondos admite essa benesse, via oblíqua atinge aquela vedação, restando revogada a imposição em tela. Ademais, a atual Lei Antidrogas permite o recurso em liberdade ao primário e de bons antecedentes (art. 59). Assim, a regra geral passa a ser a bússola de toda e qualquer privação da liberdade.

Execução Penal

A nova redação do § 1.º do art. 2.º da LCH traz o novo paradigma. Em crimes hediondos, o agente iniciará o cumprimento de sua pena em regime inicial fechado. Revoga-se, assim, incondicionalmente a possibilidade de cumprimento de pena no regime integral fechado. Todas as polêmicas acabaram. Nas palavras da Ministra Laurita Vaz, do Superior Tribunal de Justiça (STJ), o entendimento do STF “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”.

O § 2.º do mesmo art. 2.º disciplina a progressão de regime que se dará após o cumprimento de dois quintos (ou 40%) da pena, se o apenado for primário, e de três quintos (ou 60%), se reincidente.

Questão de alta indagação reside na aplicabilidade dos percentuais em face das penas em cumprimento. Muitos entendimentos surgirão, dependendo da adesão à posição do STF. A seguir a nossa interpretação.

- Dissidentes: por se tratar de *novatio legis in mellius*, a nova lei tem aplicação imediata a partir da vigência.
- Adeptos: trata-se de *lex gravior* ou *novatio legis in pejus*, de modo que não pode retroagir consoante princípio da irretroatividade da lei mais severa (art. 5.º, XL, da CF). O momento processual não importa, ou seja, se processo julgado definitivamente ou não, há de se ter em conta que as normas atinentes à fase de execução da pena têm nítido caráter penal, de modo que a nova lei alcança somente os crimes hediondos e equiparados cometidos a partir da data de sua publicação.

E quanto aos crimes previstos na Lei de Tortura?

Como se sabe, a Lei n. 9.455/97 prevê, em seu art. 1.º, § 7.º, que o condenado, salvo a hipótese omissiva (§ 2.º), iniciará o cumprimento da pena em regime fechado. Sempre se empregou o critério estatuído no art. 112 da LEP, isto é, cumprido um sexto, permitia-se a progressão. Com a Lei n.11.464/2007 complementando o disposto no referido § 7.º, estamos diante de uma *lex gravior*, de sorte que aqui deve ser observado o entendimento adotado acima para os adeptos da posição do STF. Em outras palavras, somente se implementa a nova disciplina aos crimes de tortura praticados a partir de 29 de março de 2007. Harmonizou-se a simetria entre todos os crimes hediondos e assemelhados.

Recurso em Liberdade

Na época da edição da Lei n. 8.072/90, para a doutrina em geral, o legislador provocara enorme contradição ao proibir a concessão de fiança e de liberdade provisória e, ao mesmo tempo, no então art. 2.º, § 2.º, permitir que o Juiz de Direito concedesse na sentença a liberdade provisória, após a devida fundamentação.

Aquela aparente contradição deixa de existir com a nova redação do inc. II, porquanto, com a possibilidade de liberdade provisória, esta pode vir antes, durante ou ao término do processo.

Hipótese rara de ocorrer, entretanto, se a liberdade provisória for permitida em sede de sentença condenatória, para o antigo § 2.º e atual § 3.º, o Juiz de Direito deverá justificar a benesse.

A situação alvitrada pelo atual § 3.º refoge à lógica, ao bom senso. Ademais, do conflito entre os requisitos permissivos da liberdade e os autorizadores da custódia, extrai-se a seguinte regra: se o réu permaneceu em liberdade durante o processo, poderá recorrer em liberdade, salvo situações excepcionais; se respondeu ao processo preso, de regra, ser-lhe-á vedado o recurso livre. Isso porque, lá, inexistiram motivos autorizadores da prisão preventiva para que sofresse a constrição e, aqui, remanesceram motivações para sua clausura decorrentes do flagrante ou preventiva.

Age equivocadamente o Magistrado que, estando ausentes motivações de custódia, mantém o réu preso até a prolação da sentença.

Prisão Temporária

Não houve novidade, o art. 2.º, no atual § 4.º, reza que a prisão temporária tem prazo de até 30(trinta) dias, prorrogáveis por igual período, em caso de extrema e comprovada necessidade.

BENEFÍCIOS PRISIONAIS (ART. 5.º DA LCH)

Livramento Condicional. O art. 5.º alterou a redação do art. 83 do Código Penal (CP), inserindo o inc. V, por meio do qual o condenado por crime hediondo ou assemelhado deve cumprir dois terços da pena para fazer jus ao livramento condicional.

No caso de reincidente específico, ou seja, do reincidente em crimes hediondos ou assemelhados, não caberá benefício algum, devendo cumprir a pena em regime fechado. Não são permitidos benefícios aos que praticaram crimes hediondos, salvo a liberdade provisória que acabamos de analisar.

Há a reincidência específica quando o agente, tendo sido irrecorrivelmente condenado por qualquer dos crimes hediondos ou assemelhados previstos no diploma em comento, vem novamente cometer um deles, como: atentado violento ao pudor e estupro; latrocínio e homicídio qualificado etc., observada a restrição do art. 64, I, do diploma penal (prescrição da reincidência).

O CP de 1940 previa a reincidência genérica, quando os crimes fossem de natureza diversa; e específica, quando crimes da mesma natureza (art. 46, I e II). A reincidência específica importava na aplicação da pena privativa de liberdade acima da metade da soma do mínimo com o máximo (art. 47, I, do CP). Na reforma de 1984, remanesceu somente a genérica, e a Lei dos Crimes Hediondos revitalizou a específica.

Penas restritivas de direitos. A maior parte dos crimes hediondos e assemelhados traz em sua gênese a elementar da violência, de modo que fica vedada a pena substitutiva, conforme impedimento expresse do art. 44, I, do CP. A exceção ficaria para crime de falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais (art. 273, caput e §§ 1.º, 1.º-A e 1.º-B), contudo ainda que não perpetrado com violência, a pena mínima de 10 anos supera em muito o máximo de quatro anos que autoriza a pena substitutiva.

A única possibilidade ficava por conta do crime de tráfico de drogas. A novel disciplina, entretanto, dada pelo art. 44 da Lei Antidrogas (Lei n. 11.343/2006), igualmente impede o benefício da pena substitutiva.

Consigne-se que a pena restritiva de direitos tem sua disciplina estatuída no CP e sua aplicabilidade se restringe às infrações leves e médias, jamais a crimes hediondos e assemelhados.

De se concluir que, atualmente, as penas restritivas são inaplicáveis, aos crimes hediondos e assemelhados.

Suspensão condicional da pena. Esse instituto não é vedado pela LCH, de modo que pode ser aplicado a algumas decisões. Um estupro ou um atentado violento ao pudor, na forma tentada, aplicada a redução máxima, poderiam ter a pena suspensa. Não há impedimento legal, de sorte que, atendidos os pressupostos do CP, caberia a suspensão.

Em 1999, decisão da lavra do eminente Celso de Mello, nos autos do HC n. 72.697-6/RJ, apontando a incompatibilidade da suspensão pela incompatibilidade com o regime integral fechado, foi um dos marcos para que se passasse a negar benefício. Em sentido contrário: HC n. 84.414/SP, rel. Min. Marco Aurélio, j. em 14.9.2004.

No STJ, existia controvérsia entre as duas Turmas, uma admitindo a suspensão, quando satisfeitos os requisitos do art. 77 do CP, e outra negando pela incompatibilidade.

Em nosso sentir, como o regime de cumprimento de pena passou a ser o inicial fechado, é de se supor viabilizada a suspensão condicional da pena, uma vez afastada a incompatibilidade que a vedava.

Delação Premiada

Sem alterações. Introduzido o § 4.º ao art. 159 do CP, com a seguinte redação: “Se o crime é cometido em concurso, o concorrente que o denunciar à autoridade, facilitando a libertação do seqüestrado, terá sua pena reduzida de um a dois terços.”

Os requisitos legais são:

- a) prática do crime em concurso de pessoas;
- b) delação feita por um ou mais dos co-autores ou partícipes à autoridade;
- c) eficácia da delação, pois, se não propiciar a libertação da vítima, não haverá redução de pena. O *quantum* da redução dependerá da maior contribuição prestada pelo agente para a libertação do seqüestrado.

Quadrilha ou Bando

Por tratar do crime de quadrilha ou bando, recorrendo aos elementos estruturais do art. 288 e repetindo o preceito primário, inserindo a finalidade da prática de crimes hediondos ou assemelhados, a LCH diferenciou os dispositivos pelo elemento subjetivo.

Enquanto no CP o elemento subjetivo está direcionado a todo e qualquer crime, na LCH o fim é de finalidade estrita; as penas no CP ficam entre os patamares de um e três anos de reclusão, enquanto, na LCH, variam de três a seis anos de reclusão.

Perdeu o sentido a discussão se o art. 8.º havia revogado o art. 14 da Lei n. 6.368/76, ante sua revogação expressa pela atual Lei n. 11.343/2006.

O crime de quadrilha ou bando conceitua-se na reunião estável ou permanente de mais de três pessoas com a finalidade de elaborar e cometer crimes.

Inserido nos crimes contra a paz pública, o artigo 288 do Código Penal conceitua o crime de quadrilha ou bando da seguinte maneira:

Art. 288 – Associarem-se mais de três pessoas, em quadrilha ou bando, para o fim de cometer crimes: Pena - reclusão, de um a três anos.

Parágrafo único – A pena aplica-se em dobro, se a quadrilha ou bando é armado. A associação de membros deve ter a finalidade de cometer crimes assim definidos pela lei, não incorrendo no tipo penal os agentes que vierem a praticar ato diverso de crime, como é o caso das contravenções penais e demais fatos ilícitos ou morais. Por tratar-se de crime comum, qualquer pessoa pode atuar como agente, no entanto, desde que reunidas em número com outras pessoas, somando-se, no mínimo, mínimo quatro pessoas, independente de suas condições.

Para a caracterização do crime em tela, é essencial que exista mais de três pessoas, no caso quatro, no momento da associação, mesmo que entre estes participem os inimputáveis. Ainda nesse sentido, observa-se que mesmo que elaborando determinado crime estejam três menores e um maior, responderá apenas o último pelo crime em tela. Apenas a título de esclarecimento, vale mencionar que a Constituição Federal, prevê que os menores de idade não deverão ser punidos por crime, e sujeitam-se, tão somente, a normas especiais.

Assim é a redação do artigo 228 da Constituição Federal:

Art. 228 – São penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às normas da legislação especial. O código penal, em seu artigo 27, dispõe no mesmo sentido: “Os menores de dezoito anos são penalmente inimputáveis, ficando sujeitos às normas estabelecidas na legislação especial”.

Portanto, como dito acima, participando do crime de quadrilha ou bando qualquer inimputável, com capacidade de entender e integrar o grupo, este será computado numericamente para a caracterização do crime a ser imposto apenas aos maiores de idade. É sujeito passivo do crime a coletividade, posta em perigo pela formação da quadrilha ou do bando.

A quadrilha ou o bando, ao tramar o crime, exerce vontade de forma livre e consciente, portanto responderá pelo crime na modalidade dolosa, Aqui a modalidade culposa é inadmissível.

O tipo penal não comporta tentativa, pois, unidos os agentes com a finalidade de elaborar plano criminoso, este por si já se consumou. A consumação se dará no momento em que mais de três pessoas se associarem com intenção de posteriormente praticarem a ação.

Outrossim, vale esclarecer que o crime admite o concurso de pessoas, uma vez que terceiros podem não participar diretamente da associação, porém, podem funcionar como auxiliares. Observa-se, ainda, que o parágrafo único do artigo prevê a aplicação da pena dobrada caso a quadrilha ou o bando trabalhe com o uso armada. Nota-se que referido parágrafo cita apenas “quadrilha ou bando armado” não determinando a quantidade de agentes em posse de armas e nem os tipos de armamento.

Entendimentos doutrinários divergem quanto aplicação da pena em dobro ser aplicada ao grupo ou apenas ao(s) membro(s) em posse da arma.

A ação penal é pública incondicionada, devendo o Estado intervir prestando sua tutela jurisdicional.

Causas de Aumento de Pena

Os crimes de latrocínio; extorsão qualificada pela violência; extorsão mediante sequestro simples ou qualificada pela idade da vítima, pela duração, por ter sido cometida por quadrilha ou bando, ainda, se praticada com resultado morte; no estupro e atentado violento ao pudor, simples ou qualificados pelo resultado lesão grave ou morte, terão acréscimo de metade, respeitado o limite superior de 30 anos de reclusão, no caso de a vítima estar nas hipóteses do art. 224 do CP.

Requisitos para incidência:

a) Situações do art. 224: vítima não maior de 14 anos; alienada ou débil mental, e o sujeito conhecia essa circunstância; não pode, por qualquer outra causa, oferecer resistência. Anote-se que a causa de aumento, no caso de crimes de estupro e atentado violento ao pudor, somente incidirá se do fato resultar lesão corporal grave ou morte (art. 223 e parágrafo único do CP). É que a presunção legal de violência (art. 224 do CP), por ser elemento constitutivo do tipo penal, não se pode converter, também, em causa especial de aumento de pena, sob pena de *bis in idem*.

b) A menoridade da vítima deve ser considerada na data da conduta e não na data da produção do resultado, aplicando-se a teoria da atividade (art. 4.º do CP). O crime ocorrendo, portanto, na data do aniversário aplica-se a majorante; idem se a conduta se der antes de a vítima completar 14 anos e o resultado agravador vier depois, quando se desprezará a agravante

genérica do art. 61, II, "h", do CP (crime cometido contra criança), segundo DAMÁSIO DE JESUS.

c) O Juiz de Direito não pode fixar a pena acima de 30 anos.

O Direito Penal como concebido hoje tem sua matriz teórica no momento histórico conhecido como iluminismo. Nesse período havia um descontentamento com Absolutismo do Estado. A partir daí, os burgueses da época, classe submissa socialmente, mas poderosa economicamente, promoveram um levante para que lhes fossem assegurados direitos em face do Rei, do Estado. Tem-se, nessa concepção, que o Direito e, em especial, o Direito Penal, tinha como objetivo não punir, afinal em um Estado Totalitário a vontade do Rei é a lei, mas sim frear a atividade do Monarca sobre seus súditos. Emerge então um dos paradigmas mais caros do Direito Penal, a Legalidade, o que, em termos estritos (Legalidade Penal), significa dizer que não há crime sem Lei anterior que o defina nem pena sem prévia cominação legal. Assim, desdobrando-se esse entendimento, a lei nova que tiver efeitos mais graves não poderá ser aplicada ao crime praticado antes de sua promulgação.

A par disso, pode-se observar que o Direito Penal ganhou status como um dos temas mais recorrentes tanto em conversas informais quanto na grande mídia, principalmente quando associado à questão da violência. Desses movimentos, informais, surge uma grande expectativa por aquilo que o "senso comum", a par da história, entende como justo, ao menos naquele momento. Tal anseio popular, nem sempre espontâneo, leva nossos parlamentares a editarem Leis, muitas vezes de cunho populista em matéria penal, ou seja, surgem como "resposta", mas nem de longe resolvem o problema da criminalidade. Exemplo de lei populista é a Lei n.º 8.072/1990, popularmente conhecida como "Lei dos Crimes Hediondos". Essa lei selecionou crimes que entendia como sendo mais graves do que os outros e restringiu benefícios (democraticamente conquistados), tais como anistia, graça, indulto (espécies de perdão judicial), fiança e a liberdade provisória, de modo que, nos delitos considerados hediondos, à exceção do que se aplica aos demais, a prisão, antes da condenação, seria regra. Note-se, a lei nada dispôs acerca da progressão de regime, instituto da pena (ou seja, pós-condenação), que busca a reinserção gradual do apenado na sociedade, possibilitando a ressocialização do mesmo. Coube, então, aos nossos Tribunais decidirem, através da jurisprudência, acerca da possibilidade da progressão de regime nos crimes tidos por hediondos. Surpreendentemente, contrariando a lei e os princípios que norteiam o Estado Democrático e de Direito, os Tribunais entenderam pela impossibilidade de progressão de regime para os crimes os quais descreve a comentada lei. Como, a toda evidência, esse entendimento discrepava de todo o conhecimento jurídico penal, em 23 de fevereiro de 2006,

o Supremo Tribunal Federal (STF), ao julgar o paradigmático Habeas Corpus n.º 82.959-SP firmou o entendimento que se a lei não dispôs acerca da progressão de regime, não seria o judiciário competente para fazê-lo, devendo ser dado igual tratamento aos delitos considerados hediondos, permitindo a progressão de regime quando completados 1/6 (um sexto) do cumprimento da pena, desde que ostentasse o preso bom comportamento carcerário. Quando, no entanto, se pensava que a celeuma estava resolvida, mais uma vez o Legislativo Federal decidiu intervir e, se é certo que se discutiu durante anos para se concluir pela possibilidade da progressão de regime nos crimes hediondos, também é certo que cedendo à pressão da mídia, nossos parlamentares, em mais um gesto impensado e populista, não precisaram de um ano para formar sua convicção: em 28 de março de 2007 foi promulgada a Lei n.º 11.464, que entre outras medidas, permitiu a liberdade provisória e estabeleceu expressamente a possibilidade da progressão de regime, mas, apenas depois de cumpridos 2/5 (dois quintos) e não 1/6 (um sexto) da pena, como anteriormente delimitado. Essa nova lei trouxe consigo outra questão, qual seja, a partir de quando deveria ser aplicado o novo prazo para progressão. Não tenham dúvidas, a primeira inclinação dos nossos Tribunais foi que para todos os delitos hediondos, praticados a qualquer tempo, seria aplicado o novo prazo, sob o argumento de que a nova lei foi a primeira a dispor acerca do assunto. Esse entendimento é reconhecidamente falacioso, tendo em vista que o STF já havia decidido como se daria a progressão de regime, logo, a nova lei é pior, portanto não pode retroagir, ou seja, não afeta quem tenha praticado o crime antes de sua edição.

Assim, somente aos crimes praticados após sua promulgação é que incidirá a nova lei. Por mais que pareça injusto e ainda que o problema da violência esteja atingindo cifras absurdas, tais conquistas Democráticas são caras demais para serem deixadas de lado. Não é o caso de proteger um eventual delinquente, mas sim de proteger todo um Estado Democrático e de Direito, como é o caso do Brasil.

Capítulo IV - Conclusão

Conclusão

Seria jocoso se não fosse trágico. Todas as vezes em que se pretende “endurecer a lei penal”, atender aos anseios das famílias brasileiras para que não fiquem reféns dos bandidos, aparecem aqueles que, ocupando o poder, chocam a todos nós apresentando propostas

dissociadas da realidade fática, como por exemplo a possível alteração ou até a revogação de dispositivos da Lei 8.072/90, com o argumento de que a referida lei é inconstitucional.

No sentido de mantê-la, preservando sua essência é que oferecemos esta pequena contribuição, trazendo para o debate, a Lei dos Crimes Hediondos, o último “armamento pesado” que a Nação dispõe para combater efetivamente o crime.

Na possibilidade de alteração dos dispositivos dessa lei, podemos sugerir algumas mudanças que poderiam ser apreciadas pelo Congresso Nacional.

A primeira delas seria no sentido de alterar o § 2º da Lei 8.072/90, estabelecendo norma proibitiva para que o condenado por Crimes Hediondos possa apelar em liberdade.

Aí sim, a sociedade teria a resposta que merece do Estado. Assim, o povo já oprimido e descrente, poderá afirmar nas ruas: “matou para roubar, estuprou, cometeu extorsão mediante sequestro, matou a esposa a facadas: foi para a cadeia, foi efetivamente punido!” Também é inaceitável a argumentação de que não há cadeias suficientes de segurança máxima para manter esses delinquentes presos. O que se faz então? Abrir simplesmente as portas das cadeias? Ou simplesmente beneficiar o criminoso sem escrúpulos que comete um latrocínio, por exemplo, podendo obter a condicional cumprindo apenas um pouco mais de S da pena? Seria um “absurdo”!

O Estado que exerça com autoridade sua alta e esperada função. Que empenhe verbas necessárias no orçamento da União para a construção de presídios. Recursos há. Disso sabemos. Falta é vontade política.

E que se faça uma vigília cívica para impedir que qualquer mudança na Lei 8.072/90 seja feita por meio de medidas provisórias, que seria uma verdadeira aberração, ferindo frontalmente o art. 62, § 1º letra “b” de nossa Magna Carta.

Humanizar a pena como preconizou não quer dizer expor nossa sociedade ao perigo. Humanizar a pena é, sem dúvida, ter sensibilidade para aplicá-la nas devidas proporções ao crime cometido.

Antes de adentrarmos o terreno específico das conclusões a que chegamos após a realização deste trabalho, consideramos importante frisar que a ausência de dados foi um obstáculo bastante grande à sua execução. Na linha do que mencionamos na introdução do texto, ou seja, considerando as etapas que devem pautar a formulação e a implementação de políticas públicas, temos que admitir que a ausência de dados se deve exatamente à forma a partir da qual a Lei foi construída, partindo de apelos imediatistas e não de um estudo sério acerca da sua necessidade ou adequação. Assim, a ausência de dados não é um acaso – é mais um

resultado de um jeito inconseqüente de se produzir leis que por vezes marca a atuação do Congresso Nacional.

Especificamente do ponto de vista prisional, constatamos que o aumento na população carcerária se deu, no Brasil e em São Paulo, a partir dos anos 1990, período que coincide com a promulgação da Lei dos Crimes Hediondos, em suas duas edições. Esta constatação não nos permite afirmar que a Lei foi a única responsável pelo aumento das prisões, mas não há como não relacionar a ideologia de maior endurecimento, traduzida em respostas penais mais severas para todos os tipos de crimes em geral, com a super-população carcerária identificada. Dessa forma, é possível afirmar que o endurecimento penal, novamente, não interferiu na criminalidade registrada, mas concorreu para o agravamento de um problema bastante sério – a superpopulação prisional.

Apesar disso, constata-se, em um breve mapeamento das tendências legislativas dos projetos de lei que estão na pauta do Congresso Nacional, que predominam os projetos que se restringem a ampliar a abrangência da Lei de Crimes Hediondos, incluindo nela novos delitos. Alguns dos projetos seguem a mesma racionalidade que orientou a edição da própria Lei nº 8.072/90: são reações imediatistas a episódios maciçamente explorados pelos meios de comunicação. Não encontramos, nem na Câmara, nem no Senado, nenhum projeto que tenha por escopo a implementação de uma política criminal consistente, com objetivos claros e com mecanismos que possibilitem a avaliação de seu funcionamento.

Isso nos leva a consignar a necessidade do país adotar uma postura mais consequente na formulação de políticas criminais. Conforme mencionado anteriormente, acreditamos que este momento de questionamento acerca da constitucionalidade da Lei de Crimes Hediondos seja bastante oportuno para o enfrentamento de tal questão.

Como se sabe, a CF, por seu art. 5º, XLIII, introduziu no ordenamento jurídico nacional a figura do crime hediondo. A redação do dispositivo mostrou-se clara desde então, no sentido de que "a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem".

O fim almejado pelo constituinte foi que a lei ordinária criasse empecilhos, impedindo a concessão de benefícios a quem perpetrasse crimes da espécie ou assemelhados. Além do executor material da infração, também os partícipes, mesmo que por omissão (CP, art. 13, § 2º), ficaram na mira do dispositivo constitucional.

Num primeiro momento, faz-se fundamental o entendimento relativo à utilização da expressão "crime hediondo". A expressão em tela paira no sentido de apontar uma rigorosa restrição de *direitos* e garantias previstas pelo art. 5º da Carta Magna Brasileira. O legislador infraconstitucional não se preocupou em estabelecer um conceito do que seria hediondo, limitando-se a "rotular" quais seriam os delitos tidos como tal. Dessa forma, oito são os tipos penais estipulados como integrante da Lei 8072/90, sendo que, sete deles constam do Código Penal Brasileiro e um, o genocídio, é previsto em lei *penal* especial. A Lei n.º 8.072/90 (Lei dos Crimes Hediondos) trouxe uma grande mudança na forma como o Estado trata determinados crimes considerados de maior potencial ofensivo, de maior gravidade social. Crimes estes que tiveram sua forma de punição exacerbada por parte de um Estado que se via acuado pela violência, em especial, pelas extorsões mediante seqüestro que chocavam a população e clamavam por punições mais rigorosas. A citada lei atendeu os clamores populares, porém, colidiu com princípios penais e alguns aspectos da Constituição Federal. Quanto às figuras típicas que encontram seus preceitos definidores no Código Penal e foram especificados, temos: homicídio simples (quando praticado em atividade típica de grupo de extermínio) e qualificado, de roubo pela morte, extorsão qualificada pela morte; extorsão mediante seqüestro e sua forma qualificada; estupro simples e qualificado; atentado violento ao pudor, simples e qualificado e de epidemia com resultado morte. O legislador trouxe também crimes hediondos assemelhados, ou seja, a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo, incidindo sobre estes os mesmos efeitos atribuídos aos definidos como "hediondos". Entretanto, são imprescindíveis algumas considerações ao terrorismo. Vejamos: O terrorismo não foi inserido no Código Penal nem em legislação penal especial. Por esta razão, diz-se que o tipo representa uma cláusula geral dotada de grande elasticidade, acarretando lesões ao princípio constitucional da legalidade e tornando inócua sua inclusão no art. 2º da Lei 8072/90. Dispõe o art. 2º da Lei dos Crimes Hediondos os efeitos que a prática acarreta, prescrevendo o dispositivo serem insuscetíveis de anistia, graça indulto e ainda, fiança e liberdade provisória. Ademais, trata de dispor sobre o regime de cumprimento da pena integralmente fechado. A própria Constituição Federal, em seu art. 5º, XLIII, considerou inafiançável a prática de crimes hediondos e assemelhados. O objetivo do legislador ao estabelecer estas sanções de maior intensidade, foi coibir o aumento da criminalidade percebida, e, em contrapartida, é clara a não eficácia, tendo em vista que a criminalidade vem aumentando a cada dia.

Alberto Silva Franco (1994, p. 45) ensina que hediondo "é o delito que se mostra 'repugnante', 'depravado', 'horroroso' ou 'horrível'". A elasticidade do significado pode tornar possível considerar hediondo qualquer crime, dependendo do entendimento de cada julgador. A expressão "*crimes hediondos*" tem uma grande carga emocional a si acoplada e seu significado depende de critérios incontestáveis ou ideológicos. Foi utilizado um critério objetivo ao enumerar taxativamente os tipos penais tidos como *hediondos*, quando se poderia ter apenas definido o que seja hediondo, dando ao juiz a possibilidade de aplicação da norma *penal*. Porém, tal solução ofereceria margens para discussões intermináveis sobre a hediondez ou não do crime praticado. O que se percebe, enfim, é que não existe uma definição explícita para o "hediondo", tendo sido apenas enumerados alguns tipos penais, já existentes, como tal. Ou seja, não é hediondo o crime "repugnante, asqueroso, sórdido, depravado, horroroso, horrível", e sim aqueles rotulados como tal na Lei dos *crimes hediondos*. Lei dos *crimes hediondos* proíbe a concessão de liberdade provisória, disciplinada no artigo 210 e seguintes do Código de Processo *Penal*, tendo ultrapassado os limites da Constituição Federal que apenas privou o acusado por *crimes* da Lei n.º 8.072/90 da liberdade mediante fiança, graça ou anistia, não mencionando a liberdade provisória. Ou seja, a lei desconsiderou o princípio da inocência e estabeleceu a custódia processual que é uma exceção como regra. A prisão só se justifica no caso de necessidade para assegurar a instrução criminal ou outros fatores que sejam ameaçados pelo acusado em liberdade. No caso da Lei de *Crimes Hediondos*, mesmo que o réu preencha todos os requisitos para obter a liberdade provisória, não receberá o benefício ficando preso por toda a instrução processual, até que seja condenado quando ficará cumprindo a pena imposta em sentença; ou até que seja absolvido, podendo, só então, sair da prisão. É uma saliência jurídica que merece o repúdio dos juristas e de todos que trabalham com o *Direito*.

Boa parte dos Juízes das Execuções Penais não aderiu ao posicionamento do STF, vez que não possui caráter vinculante, bem como por ter sido deduzida em caso inter-partes (controle difuso) sem efeito *erga omnes*. Não se olvide, outrossim, que a decisão foi apertadíssima, seis a cinco. De qualquer modo, o grande mote para os magistrados reside na desproporcionalidade derivada de tal decisório, ou seja, equiparou-se um furtador a um estuprador ou homicida; um mero agressor a um latrocida.

No entanto, em outra ponta, boa parte de magistrados das Execuções Penais aderiu à decisão do STF, concedendo a progressão do fechado para o semi-aberto, tão logo cumprido aquele ínfimo percentual de pena.

A desproporcionalidade reclamada por aqueles magistrados acabou tendo um ponto final com a edição da Lei 11.464/07, objeto maior deste trabalho. De modo que, atendidos, ainda, os princípios da legalidade e da culpabilidade, o primeiro a delimitar objetivamente o âmbito da criminalização, e o segundo a conter o alcance subjetivo das punições, legítimas se fazem, em tese, as funções legislativa e jurisdicional que realizam a diferença de tratamento das diversas hipóteses. Portanto por esta razão é que o Supremo Tribunal Federal, seguido pela predominante jurisprudência do país, reconheceu a constitucionalidade da Lei dos Crimes Hediondos, ainda mesmo quando esta estabeleceu o regime integralmente fechado de cumprimento de pena, como expressão da conjugação dos princípios de Direito Penal Constitucional: o da individualização da pena e o do tratamento mais restritivo aos crimes hediondos (art. 5º, incisos XLIII e XLVI, da CF).

A Abordagem Crítica dos Crimes Hediondos a partir da situação exposta, em particular voz diz que se trata de uma evidente desumanidade e gravíssimo, pois se trata de um atentado aos princípios penais, na qual a Lei de Crimes Hediondos impõe uma situação que levam muitos a ‘fecharem os olhos’ devido à situação política e social que aflige nosso país, nos exaltamos ao mencionar que esta situação, não está ‘jogada ao vento’, pois existem legisladores que tem a consciência de todo esse contexto conflituoso. Em análise ao processo legislativo da lei de crimes hediondos, percebemos que esta lei foi, como tantas outras, aprovada às pressas, sem uma análise extensiva por parte dos legisladores, que a elaboraram em um momento de clamor popular pela diminuição da criminalidade devido a toda problemática social, no que se refere a seqüestros de pessoas influentes que vinham acontecendo.

Contudo o que infelizmente resultou, diante de tudo isto, foi uma lei que seguiu o clamor de penas mais rígidas para condenados por certos crimes por elas rotulados, porém no âmbito jurídico com relação ao assunto, evidencia um fracasso, por contrariar, em certos artigos e incisos, toda a história da pena, na qual se mostra contrária a penas severas como as impostas por esta lei, além de ir de encontro também a princípios fundamentais constitucionais relacionados à pena, como a individualização, proporcionalidade e humanidade.

Finalmente, concluímos a presente abordagem com a certeza de que o regime integralmente fechado para os condenados por crimes hediondos é inconstitucional e que o livramento condicional extraordinário será, formalmente, constitucional, sendo que, porém, ambos ferem os pactos internacionais relativos a direitos humanos, transformando-se, pois em agressões a

aspectos principiológicos que devem reger o Estado Democrático de Direito e de per si, a declaração de inconstitucionalidade da legislação referencial.

Além disto o Judiciário, ao aplicar uma lei que possui tamanhas imperfeições e inconstitucionalidades, fechando os olhos para isto, está levando a constituição à marginalidade por decidir como base em jurisprudências formadas e não se baseando no sistema jurídico nacional, que agrega princípios de ordem internacional e, principalmente, a observância de um Direito humanista e eficaz, não meramente repressivo e sujeito a influências de grupos de interesse específico.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BITTENCOURT, Cesar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte especial*, vol2.- 3.ed.rev. e ampl.- São Paulo: Saraiva, 2003.

CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL: promulgada 5 de outubro de 1988. 33. ed. atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2004.

FARIA JÚNIOR, César. *Crimes Hediondos*, a nova lei. Fascículos de Ciências Penais, Porto Alegre, 1990, v. 3, nº 4.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

FRANCO, Alberto Silva. *Crimes Hediondos*: anotações sistemáticas à lei 8.072/90. 4.ed.rev., atual. e ampl. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

JESUS, Damásio E. de. *Direito Penal* – São Paulo: Saraiva, 1997.

MIRABETE, Julio Fabrini. *Manual de Direito Penal*. São Paulo: Atlas, 2000.

MONTEIRO, Antônio Lopes. *Crimes hediondos*: texto, comentários e aspectos polêmicos – 7.ed. rev. Atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2002.

TELES, Ney Moura. *Direito Penal*. Vol. 1, 2 ed. São Paulo: Atlas, 1997.

TOURINHO FILHO. *Processo Penal*, vol. 3. São Paulo: Saraiva, 1992.