

LEGISLAÇÃO, DOUTRINA E JURISPRUDENCIA, ASPECTOS POLÊMICOS - LEI 8.072/90

ROBSON LUIZ DAVID

FAC – São Roque

NPI – Núcleo de Pesquisa Interdisciplinar

INTRODUÇÃO

O presente trabalho pretende demonstrar o que significou para a sociedade a implementação de uma lei específica a qual tipifica e rotula alguns crimes com um caráter hediondo dando à estes tratamento diferenciado dos tipos penais elencados no Código Penal.

Em um primeiro momento iremos abordar o momento histórico de como e quando o homem e a sociedade decidiram sobre a importância para todos de alguma forma de implicação para àqueles que destoassem do contexto costumeiro da sociedade, de como a sociedade e os Estados passaram a utilizarem-se das penas privativas de liberdade como forma de repreensão a atos que afrontem o contrato social estabelecido, assim como os entendimentos doutrinários por suas escolas penais criminológicas.

Apresentaremos o posicionamento da legislação criminal adotada pelo Brasil, através do caráter que nosso ordenamento entendeu ser o mais pertinente para a sua política criminal, os princípios constitucionais embaixadores do referido sistema, as penas previstas em nosso ordenamento, suas formas de cumprimento e os possíveis benefícios que podem ser conquistados pelos apenados durante o cumprimento do regime penal.

Em outro momento abordaremos a conceituação de crime hediondo, seu entendimento doutrinário e legislativo, seus tipos penais específicos trazidos pela Lei dos Crimes Hediondos, os a estes equiparados pela Constituição Federal de 1988, as controvérsias e incongruências cometidas pela referida lei por sua característica imediatista e passional.

Por fim abordaremos em nossa pesquisa especificamente todas as questões polêmicas, sejam doutrinárias ou jurisprudenciais, trazidas pela açodada Lei dos Crimes Hediondos, quer seja através dos benefícios legais

possíveis, principalmente na questão da tão controversa proibição de progressão de regime para tais crimes, o que, devido ao caráter dinâmico do direito e pela evolução da sociedade, fez surgir novo entendimento jurisprudencial mudando, conseqüentemente, todo o entendimento sobre o referido instituto o que, contudo, não findaram as controvérsias causadas por ela.

LEI 8.072/90 LEGISLAÇÃO, DOUTRINA E JURISPRUDENCIA, ASPECTOS POLÊMICOS

Neste capítulo passaremos a abordar os aspectos polêmicos trazidos pela lei 8.072/90 Lei dos Crimes Hediondos – LCH a qual, apesar de possuir em seu corpo apenas treze artigos, contêm inúmeros questionamentos doutrinários e jurisprudenciais. Já foi anteriormente por nós abordado o contexto histórico de criação e aprovação de referida norma. Também já tivemos oportunidade de, ao longo das descrições dos tipos penais (ordinários e constitucionalmente equiparados), virmos fazendo menções sobre as polêmicas contidas nesta Lei, a LCH, seus diplomas alteradores e leis específicas de tipos penais. Contudo, apesar de ser esta lei de crimes hediondos portadora de conteúdo material breve, poucas não são suas controvérsias.

1. Arrocho do Sistema Punitivo

Passaremos a discorrer por ora sobre os benefícios legais que possuem os agentes acusados como autores desses crimes e suas implicações devido ao arrocho punitivo que foi determinado aos crimes hediondos, tais como nas causas extintivas de punibilidade, nas causas de diminuição de pena e seus reflexos no regime prisional, a prisão processual, a possibilidade de recurso em liberdade provisória, a liberdade condicional, o *sursis* e a comutação de pena.

1.1. Proibição de Concessão de Anistia, Graça e Indulto

A Constituição Federal prevê em seu artigo 5º, inciso XLIII que os crimes da prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo (crimes estes constitucionalmente equiparados à hediondos) e os definidos como crimes hediondos (ordinariamente) são insusceptíveis de fiança, graça e anistia, mandamento o qual encontra eco na Lei 8.072/90 em seu artigo 2º, inciso I que regula a proibição de anistia, graça e indulto.

A Anistia consiste em um instituto de extinção de punibilidade, onde através de Lei emitida pelo Congresso Nacional e sancionada pelo Presidente da República, concede o perdão a determinados crimes cometidos no meio da sociedade, basicamente políticos, onde o que se pretende é não mais considerar tal fato típico (cometido em determinado período) como crime. Portanto, a Anistia refere-se à Fatos e não a Pessoas, sendo o cerne da benéfica o fato típico.

Seus efeitos são amplos, pois tornam impunes seus autores e erradicam os efeitos penais, tais como o pressuposto de reincidência, rol de culpados, *sursis*, cumprimento de sentença, dentre outros, com amplitude *ex tunc*, restando apenas preservados os efeitos civis, tais como indenizações, perdas de instrumentos e produtos do crime.

A Anistia pode ser concedida de ofício, a requerimento do interessado ou do Ministério Público, podendo ser de forma própria (antes da condenação) ou forma imprópria (quando já condenado), de maneira condicionada, onde pode haver restrições ao agente, podendo este recusar o benefício ou de maneira incondicionada não podendo haver recusa.

A Graça, por sua vez, possui, através de alguns doutrinadores, um entendimento *lato sensu*, o qual significa dizer que esta abarca os benefícios da Anistia, Graça (*strito sensu*) e o Indulto, dentre os quais traz LEAL:

Em sentido amplo, é o poder do Estado de conceder clemência de perdoar determinados criminosos ou de extinguir, da memória político jurídica, certos crimes.

Abrange, portanto, a anistia, o indulto e a própria graça em sentido estrito.¹

Entretanto a corrente majoritária entende que a graça consiste em um instituto de clemência estatal, dada à pessoas e não a fatos, concedidos, segundo o artigo 84, inc.XII da CF, pelo Presidente da República ou por pessoas sob delegação deste, consoante rol apresentado no referido artigo em seu parágrafo único, àqueles que solicitarem, geralmente de forma individual (graça) ou de forma coletiva (indulto coletivo).

Entende esta ser exatamente a diferença técnica existente entre a graça e o indulto, enquanto neste há a concessão coletiva, naquele de forma individual, podendo ambas ser de forma total, quando extinguem totalmente a pena e tão-somente, ou parcial quando diminuem ou comutam as penas, prevalecendo em ambas as formas todos os demais efeitos da condenação (pressuposto de reincidência, rol de culpados, etc.).

A grande controvérsia consistente entre os doutrinadores é se uma lei ordinária (lei 8.072/90, art. 2º, inc. I) poderia dar interpretação ampliativa ao texto constitucional (art. 5º, inc. XLIII) ao acrescentar o instituto indulto na proibição aos crimes hediondos. Seria ou não uma medida inconstitucional?

Para os adeptos à corrente que entende que a graça e o indulto são o mesmo instituto, com pequenas diferenças técnicas, pois a própria Lei de Execuções Penais – LEP, 7.010/84, entre seus artigos 188 a 192 utiliza a expressão indulto individual e indulto coletivo como sinônimo de graça, sendo assim plenamente competente para fixar tal proibição, uma vez que a própria Constituição Federal em seu artigo 5º, XLIII traz expressão graça e no art. 84, XII sinonimamente a expressão indulto.

Portanto referida lei infraconstitucional (LCH) não estaria eivada de inconstitucionalidade ao proibir tal instituto aos rotulados crimes hediondos e a estes equiparados pela Constituição, por nós considerada a melhor interpretação. No mesmo sentido revela MONTEIRO:

¹ LEAL, João José, **Crimes Hediondos./ João José Leal**, 2ª Ed., Curitiba: Juruá, 2009, pág. 185.

A Lei n. 8.072/90, ao vedar a aplicação destes benefícios para os crimes hediondos, prática de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e terrorismo, apenas repetiu o texto constitucional citado. Note-se que, numa interpretação legal, o dispositivo inclui o termo “indulto” para não passar a margem de dúvidas. Como acima expusemos, o texto constitucional no preceito concessivo utiliza o termo ‘indulto’; já no de proibição, o termo “graça”. Ora, se não fossem utilizados, com as devidas diferenças técnicas apontadas, como equivalentes, não seria lógico que no art. 5º, XLIII, a Constituição proibisse alguma coisa que no art. 84, XII, não estivesse prevista. Queremos com isso dizer que a concessão do indulto coletivo, assim como a do indulto individual (graça), já estava proibida no texto da Carta Magna. Nem o dispositivo da Lei dos Crimes Hediondos é inconstitucional ao acrescentar o indulto, nem o dispositivo constitucional, omitindo-o, teria sido omissivo.²

Por conseguinte, em posição antagônica, entendem alguns doutrinadores que a lei ordinária ampliou ao introduzir o termo indulto na lei infraconstitucional, ampliando o inciso XLIII do artigo 5º da CF, que, por se tratar de matéria penal, deve ser analisada restritivamente. Para estes doutrinadores, dentre os quais LEAL e FRANCO, trata-se de uma afronta constitucional, pois referida norma não tem o condão de ampliar a matéria e, por se tratar de um poder discricionário dado ao Presidente da República que o aplica conforme seu entendimento, não poderia a norma ordinária restringi-la, ainda mais por ferir a individualização da pena, como descreve LEAL:

Ora, está claro que o inc. I (final) do art. 2º da Lei 8.072/90, ao proibir também a concessão do indulto aos condenados por crimes hediondos, contrariou o preceito

² MONTEIRO, Antonio Lopes, **Crimes Hediondos: texto, comentários e aspectos polêmicos** / Antonio Lopes Monteiro, 8 ed. rev., atual. e ampl., São Paulo: Saraiva, 2008, pág. 142.

constitucional imperativo de determinativo que restringiu a proibição somente aos casos de graça e de anistia. Trata-se, portanto, de norma ineficaz por inconstitucionalidade, cuja validade deve ser negada pelos Tribunais.³

No mesmo sentido entende FRANCO:

Com efeito, a regra do inc. XLIII do art. 5º, da Constituição Federal, que veda a incidência das causas extintivas de punibilidade em relação a determinados delitos, constitui uma restrição constitucional. O exercício do poder de restrição não comporta alargamento em lei intermediadora. Além disso, se a Constituição Federal inclui a concessão de indulto e a comutação de penas, entre as atribuições privativas do Presidente da República (art. 84, XII, da CF) e se ela própria não excepcionou, em situação alguma, o exercício dessa competência, não caberia, evidentemente, ao legislador ordinário limitá-lo. O dispositivo do inc. I do art. 2º da Lei 8.072/90 está, portanto, eivado de flagrante inconstitucionalidade no tópico em que estende aos delitos especificados na referida proibição do indulto.⁴

Atribui-se também polêmica se a Graça ou o Indulto poderiam ser aplicados somente em condenação transitada em julgado ou também em sentenças recorríveis. Porém hodiernamente restou pacificado o seguinte entendimento trazido por MIRABETE:

Como o indulto pressupõe penas impostas, discute-se se é possível sua incidência nos casos de sentenças recorríveis. A melhor solução é a de que estará indultado

³ LEAL, João José, **Crimes Hediondos**. / **João José Leal**, 2ª Ed., Curitiba: Juruá, 2009, pág. 188.

⁴ FRANCO, Alberto Silva, **Crimes Hediondos** / **Alberto Silva Franco** – 6 ed. ver., atual. e ampl. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, pág. 163.

o sentenciado quando a decisão estiver transitada em julgado para a acusação, hipótese em que não é possível o aumento de pena e a conseqüente exclusão dessa causa de extinção da punibilidade.⁵

Assim se o agente for condenado por pena ainda que recorrível pela defesa, mas não mais possível pela acusação, este receberá desde então a benéfica do indulto.

1.2. Proibição de Fiança e de Liberdade Provisória

Na persecução penal sempre que houver indícios bastantes que possam definir a autoria e a existência de um crime, devidamente tipificado em nosso ordenamento positivo, dá-se o instituto da prisão processual.

Contudo para que se mantenha referida prisão processual devem estar presentes as condições objetivas estabelecidas no Código de Processo Penal - CPP, que em seu artigo 312 traz:

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.⁶

No entanto, se para a manutenção da prisão provisória não estiverem presentes os requisitos mínimos, restabelece-se a normal condição do ser humano, qual seja, o *status libertatis*, ainda que suspeito do crime, garantindo assim o seu estado natural de liberdade, que é a regra, podendo este defender-se em liberdade. Contudo há, por vezes, a obrigação de cumprir determinada condição que é a prestação da fiança, instituto criado como condição para a

⁵ MIRABETE, Julio Fabbrini, **Manual de Direito Penal, volume1: parte geral, arts. 1º a 120 do CP/ Júlio Fabbrini Mirabete, Renato N. Fabbrini. – 24 ed. rev. e atual. até 31 de dezembro de 2006.**, São Paulo: Atlas, 2007, pág. 405.

⁶ BRASIL, Decreto-Lei N. 3.689, de 03 de outubro de 1941, CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. **Diário Oficial da União**, de 13 de outubro de 1941 e retificado em 24 de outubro de 1941, Rio de Janeiro.

devolução da liberdade que por diante passa a ser provisória, podendo ser estabelecida pelas autoridades policiais ou judiciais com procedimento disciplinado no CPP nos artigos 321 a 350.

A fiança foi disciplinada como uma garantia real dada pelo acusado, ou por quem por ele intervir, o qual se compromete, perante a autoridade policial ou judiciária, a comparecer sempre que necessário aos autos do processo criminal, contudo tal instituto foi desfigurado segundo NUCCI:

Fiança é uma garantia real, consistente no pagamento em dinheiro ou na entrega de valores ao Estado, para assegurar o direito de permanecer em liberdade, no transcurso de um processo criminal. Considera-se a fiança uma espécie do gênero *caução*, que significa garantia ou segurança. Diz-se ser a caução fidejussória, quando a garantia dada é a pessoal, isto é, assegurada pelo empenho da palavra da pessoa idônea de que o réu vai acompanhar a instrução e apresentar-se, em caso de condenação. Esta seria a autêntica fiança. Com o passar dos anos, foi substituída pela denominada caução real, que implica o depósito ou a entrega de valores, desfigurando a fiança.⁷

E complementa-se o conceito com o ensinamento de MIRABETE:

A fiança é um direito subjetivo constitucional do acusado, que lhe permite, mediante caução e cumprimento de certas obrigações, conservar sua liberdade até a sentença condenatória irrecorrível.⁸

Com o princípio constitucional do art. 5º, LXVI de que ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória,

⁷ NUCCI, Guilherme Souza, **Manual de Processo Penal e execução Penal / Guilherme Souza Nucci**, 6 ed. rev., atual. e ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, pág. 615-616.

⁸ MIRABETE, Julio Fabbrini, **Processo Penal**, 18 ed. rev. e atual. até 31 de dezembro de 2005., São Paulo: Atlas, 2008, pág. 415.

com ou sem fiança, ficou nítida a política criminal adotada em nosso ordenamento, sendo a regra a liberdade do cidadão e a exceção a prisão (processual ou penal).

Ainda no referido artigo em seu inciso XLIII o legislador constituinte ordinário regrou ser inafiançáveis os crimes tidos por hediondos os ordinariamente estabelecidos e os constitucionalmente equiparados. Tal interpretação levou o legislador ordinário a estabelecer na LCH que tais crimes seriam insusceptíveis de fiança e de liberdade provisória.

O artigo 323 do CPP traz em seu corpo a previsão de situações fáticas em que não serão concedidas fiança tais como “crimes punidos com reclusão em que a pena mínima seja superior à dois anos”, ou seja, todos os crimes hediondos se enquadram em tal requisito, com exceção do tráfico de drogas na sua forma simples como já apontado.

Portanto, levados facilmente por uma interpretação restritiva do referido artigo, acreditamos que todos os crimes hediondos por possuírem pena mínima abstrata sempre superior a dois anos são insusceptíveis de liberdade provisória uma vez que são, por determinação constitucional, inafiançáveis.

Ocorre que os preceitos constitucionais garantidores do devido processo legal (art. 5º, inc. LIV da CF), da presunção da inocência (art. 5º, inc. LVII da CF), levam a interpretação sistemática que a regra é, sempre que possível, a liberdade do acusado ou indiciado, o qual não deve sofrer uma pena afliativa enquanto não plenamente condenado em sentença penal irrecorrível para a defesa.

Se a regra é a liberdade, ainda que provisória, mesmo que se trate de um contrasenso, esta deve estar presente sempre que não haja um dos requisitos ensejadores de prisão preventiva disciplinados no artigo 312 do CPP:

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.⁹

Portanto, segundo entendimento doutrinário, em nenhum momento houve a menção constitucional que os crimes hediondos, e aos a estes equiparados, fossem privados de serem beneficiados com a liberdade provisória, o que apenas se vedou foi o intento de que tais crimes são insusceptíveis de fiança. Assim, pela inteligência do artigo 310 em seu parágrafo único, a autoridade judicial, e somente esta, poderia beneficiar o autor ou ainda acusado de um crime hediondo com a liberdade provisória sem fiança, desde que ausentes as hipóteses trazidas pelos artigos 311 e 312 do CPP.

Outrossim, a redação original da LCH em seu artigo 2º, inciso II vedava tal benefício, sendo uma afronta constitucional haja vista que jamais uma lei infraconstitucional pode dizer mais que a Lei Maior, o mesmo acontecendo com a Lei 11.343/2006, a qual também vedou a liberdade provisória com ou sem fiança, consoante salientado por FRANCO:

Na interpretação do princípio constitucional da liberdade provisória, em harmonia com outros princípios fundamentais conexos, não se pode também perder de vista o inc. LVII do art. 5º da Constituição Federal que estabelece, de forma imperativa, que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. Há uma inquestionável correlação jurídica, de feição lógica, entre toda e qualquer medida de cautela e a liberdade provisória. Uma e outra estão intimamente vinculadas e a aceitação de uma somente poderá dar-se a dano de outra e sempre com base no critério da necessidade, ou não, da restrição da liberdade pessoal. Em face da enfática afirmação, em nível constitucional, do princípio da presunção da

⁹ BRASIL, Decreto-Lei N. 3.689, de 03 de outubro de 1941, CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. **Diário Oficial da União**, de 13 de outubro de 1941 e retificado em 24 de outubro de 1941, Rio de Janeiro.

inocência, não poderá o legislador ordinário intervir na equação “medida cautelar – liberdade provisória” para efeito de tornar aquela obrigatória e esta impossibilitada de ser concedida.¹⁰

No mesmo sentido entende LEAL:

O constituinte estatuiu que “os crimes hediondos são insuscetíveis de graça, de anistia e de fiança”, não sendo admissível que a lei ordinária, formulada em cumprimento deste mandamento maior, possa estabelecer, de modo absoluto, outras restrições profundamente graves aos direitos individuais, em contradição com princípios fundamentais do Direito Penal e do Processual Penal consagrados na própria Constituição. Houve, indiscutivelmente, ofensa ao princípio da subordinação, que obriga imperiosamente a lei ordinária a respeitar as fronteiras jurídicas sinalizadas pela norma constitucional maior.¹¹

Assim, pelo entendimento doutrinário, dentre os quais o jurista consultado, em 2007 foi editada a Lei 11.464, a qual retirou a expressão “liberdade provisória” estampada na LCH dando nova redação ao art. 2º, inciso II, permitindo assim a liberdade provisória a tais infrações penais, ainda que sem fiança.

Porém, em reiteradas decisões do Egrégio Tribunal, não se constata ser este o entendimento da Colenda Corte:

HC 99333 / SP - SÃO PAULO
Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA

¹⁰ FRANCO, Alberto Silva, **Crimes Hediondos / Alberto Silva Franco** – 6 ed. ver., atual. e ampl. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, pág. 452.

¹¹ LEAL, João José, **Crimes Hediondos / João José Leal**, 2ª Ed., Curitiba: Juruá, 2009, pág. 197-198.

Julgamento: 01/06/2010 Órgão Julgador: Primeira Turma

PACTE.(S): VICTOR JOSÉ BALTAZAR PERALTA

IMPTE.(S): MARCO ANTONIO DO AMARAL FILHO E OUTRO(A/S)

COATOR(A/S)(ES): RELATOR DO HC Nº 112.458 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

EMENTA: HABEAS CORPUS. PRISÃO EM FLAGRANTE POR TRÁFICO DE DROGAS. LIBERDADE PROVISÓRIA: INADMISSIBILIDADE. DECISÃO QUE MANTEVE A PRISÃO. GARANTIA DE APLICAÇÃO DA LEI PENAL. CIRCUNSTÂNCIA SUFICIENTE PARA A MANUTENÇÃO DA CUSTÓDIA CAUTELAR. ORDEM DENEGADA. 1. A proibição de liberdade provisória, nos casos de crimes hediondos e equiparados, decorre da própria inafiançabilidade imposta pela Constituição da República à legislação ordinária (Constituição da República, art. 5º, inc. XLIII): Precedentes. O art. 2º, inc. II, da Lei n. 8.072/90 atendeu o comando constitucional, ao considerar inafiançáveis os crimes de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos. Inconstitucional seria a legislação ordinária que dispusesse diversamente, tendo como afiançáveis delitos que a Constituição da República determina sejam inafiançáveis. Desnecessidade de se reconhecer a inconstitucionalidade da Lei n. 11.464/07, que, ao retirar a expressão 'e liberdade provisória' do art. 2º, inc. II, da Lei n. 8.072/90, limitou-se a uma alteração textual: a proibição da liberdade provisória decorre da vedação da fiança, não da expressão suprimida, a qual, segundo a jurisprudência deste Supremo Tribunal, constituía redundância. Mera alteração textual, sem modificação da norma proibitiva de concessão da liberdade provisória aos crimes hediondos e equiparados,

que continua vedada aos presos em flagrante por quaisquer daqueles delitos. 2. A Lei n. 11.464/07 não poderia alcançar o delito de tráfico de drogas, cuja disciplina já constava de lei especial (Lei n. 11.343/06, art. 44, caput), aplicável ao caso vertente. 3. Irrelevância da existência, ou não, de fundamentação cautelar para a prisão em flagrante por crimes hediondos ou equiparados: Precedentes. 4. Ao contrário do que se afirma na petição inicial, a custódia cautelar do Paciente foi mantida com fundamento em outros elementos concretos, que apontam o risco concreto de fuga como circunstância suficiente para a manutenção da prisão processual. Precedentes. 5. Ordem denegada.¹²

(HC 99333, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Primeira Turma, julgado em 01/06/2010, DJe-120 DIVULG 30-06-2010 PUBLIC 01-07-2010 EMENT VOL-02408-04 PP-01252)

Constatamos não ser pacífico o entendimento doutrinário e jurisprudencial sobre referida matéria, contudo se entendermos que a Constituição Federal, por seu preceito maior, já trata referidos crimes por inafiançáveis, seria uma incongruência que lei ordinária, através de uma interpretação sistemática por parte da doutrina, por não haver determinação expressa de proibição de referida matéria, poderia autorizar a concessão de liberdade provisória sem fiança, por um critério discricionário de autoridade competente.

Assim entendemos que: quer sejam os crimes hediondos ordinários, e os a estes equiparados, punidos com penas maiores que dois anos o que já

¹² BRASIL, Supremo Tribunal Federal EMENTA DE HABEAS CORPUS HC 99333/SP. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000168427&base=baseAcordaos>. Acesso em: 09/03/2011.

enseja obstrução à concessão de tal benefício; quer sejam pela forma normalmente horrenda e repugnante os quais são cometidos provocam, *de per sí*, grande comoção social o que enseja o critério objetivo trazido no artigo 312 “como garantia da ordem pública” e no artigo 323, inciso V “que provoquem clamor público”, todos do CPP, insusceptíveis de ser afiançados e, portanto, insusceptíveis de liberdade provisória, mormente em casos de prisão em flagrante, tudo associado à lógica de que se o referido crime é constitucionalmente inafiançável seria uma incongruência conceder liberdade provisória sem fiança, por arbítrio judicial, haja vista que aos crimes menos graves se é exigido tal instituto como forma de garantir o comprometimento do acusado.

1.3. Prisão Temporária

A prisão temporária, como uma espécie do gênero prisão cautelar, tem a finalidade de permitir que sempre que for necessária a prisão do suspeito de cometimento de um crime grave, a autoridade policial ou o Ministério Público possa solicitá-la à autoridade judicial que deve determiná-la por autorização escrita e fundamentada, consoante traz NUCCI:

É uma modalidade de prisão cautelar, cuja finalidade é assegurar uma eficaz investigação policial, quando se tratar de apuração de infração penal de natureza grave. Está prevista na Lei 7.960/89 e foi idealizada para substituir, legalmente, a antiga prisão para averiguação, que a polícia judiciária estava habituada a realizar, justamente para auxiliar nas suas investigações. A partir da edição da Constituição de 1988, quando se mencionou, expressamente, que somente a autoridade judiciária, por ordem escrita e fundamentada, está autorizada a expedir decreto de prisão contra alguém, não

mais se viu livre para fazê-lo a autoridade policial, devendo solicitar a segregação de um suspeito ao juiz.¹³

Tal medida cautelar foi introduzida em nosso ordenamento jurídico pela Lei 7.960/89 a qual transformou em lei uma medida provisória editada pelo Poder Executivo. Muito se questionou sobre a constitucionalidade desta lei por estar ela eivada de vício formal, haja vista ser difícil a comprovação dos requisitos necessários de “urgência e relevância” para a propositura de medida provisória.

Fato é que, editada a lei, nenhum Tribunal negou eficácia da referida Lei sendo esta praticada até os dias de hoje na praxe jurídica.

Os requisitos objetivos para a decretação da prisão temporária, por fundamentada decisão judicial, constam do artigo 1º, inciso I – quando imprescindível para as investigações do inquérito policial, o que pressupõe que este já esteja instaurado para o devido procedimento inquisitivo; inciso II – quando o indiciado não tiver residência fixa ou ocultar sua identificação; e inciso III – fundada razão de autoria criminal.

Os crimes são previstos no inciso III, artigo 1º, alíneas “a” a “o”, as quais abarcam todos os crimes hediondos ordinariamente previstos.

A redação do artigo 2º traz em seu corpo o prazo máximo deste instituto, estipulado em 5 dias prorrogáveis por igual período, por autoridade competente e desde que comprovada extrema necessidade. Contudo referido prazo foi consideravelmente alargado para 30 dias, prorrogáveis por igual período, quando da investigação de crimes hediondos, consoante previsão no artigo 2º, § 4º da LCH, dando assim um tratamento diferenciado a tais crimes, porém em ambas as previsões o suspeito será imediatamente solto após o período da prisão temporária, salvo se já tiver sido expedida sua preventiva.

A polêmica funda-se se o referido alargamento temporal trazido pela LCH teria ou não derogado o artigo 10 do CPP o qual prevê como tempo máximo para a conclusão do Inquérito Policial o prazo de 10 dias. Entende MONTEIRO que houve uma derrogação tácita, como assim descreve em sua obra:

¹³ NUCCI, Guilherme Souza, **Manual de Processo Penal e execução Penal / Guilherme Souza Nucci**, 6 ed. rev., atual. e ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, pág. 538.

Como corolário, houve uma derrogação tácita do art. 10 do Código de Processo Penal, já que, nestes casos, o prazo máximo para o término do inquérito, estando o suspeito ou indiciado preso por prisão temporária, não mais será de 10 dias e sim de 30 ou até 60 dias.¹⁴

Porém entende FRANCO que tal artigo do CPP encontra-se parcialmente derogado, pois para os presos em flagrante, e assim mantidos, é inadmissível, pelo fato de já se encontrarem presos, a dilação de prazo por 60 dias além dos 81 dias já previstos para desfecho do processo do réu, devendo assim ser respeitado o prazo de 10 dias.¹⁵

1.4. Recurso de Apelação em Liberdade

Com a possibilidade da concessão liberdade provisória quando não estiverem presentes os motivos ensejadores da prisão preventiva trazidos pelo artigo 312 do CPP e amplamente defendida pela doutrina, surge o questionamento sobre a possibilidade do recurso de apelação em liberdade pelos autores dos crimes hediondos com sentença condenatória recorrível.

Hodiernamente ainda não resta pacificado entre a doutrina e a jurisprudência sobre a possibilidade de liberdade provisória, contudo no que toca a possibilidade de recurso em liberdade este entendimento resta pacificado, pois o que se tem levado como fator predominante é a condição do réu anteriormente à sentença condenatória recorrível, pois se o réu se encontrava aguardando julgamento em liberdade, quando ausentes as

¹⁴ MONTEIRO, Antonio Lopes, **Crimes Hediondos: texto, comentários e aspectos polêmicos / Antonio Lopes Monteiro**, 8 ed. rev., atual. e ampl., São Paulo: Saraiva, 2008, pág. 171.

¹⁵ FRANCO, Alberto Silva, **Crimes Hediondos / Alberto Silva Franco** – 6 ed. ver., atual. e ampl. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, pág. 441-442. (*antigo prazo previsto para a persecução penal*)

condições de prisão preventiva, ou se preso preventivamente, dado seus requisitos objetivos presentes.

Dispunha o artigo 594 do CPP que o réu não poderia apelar em liberdade sem antes recolher-se à prisão, ou prestar fiança, salvo nas condições de bons antecedentes reconhecida na sentença ou na condição de livrar-se solto, prevista no art. 310 e 311 do CPP. Ocorre que referido dispositivo foi revogado pela Lei 11.719/2008 que introduziu o parágrafo único no artigo 387 do CPP que traz:

Art. 387 (...)

Parágrafo único. O juiz decidirá, fundamentadamente, sobre a manutenção ou, se for o caso, imposição de prisão preventiva ou de outra medida cautelar, sem prejuízo do conhecimento da apelação que vier a ser interposta.¹⁶

Assim temos que, em qualquer situação que o réu se encontre: preso ou solto antes do julgamento, com a sentença condenatória devidamente fundamentada, o réu poderá ter sua situação modificada pelo magistrado nas seguintes situações: o réu que aguardou o julgamento em liberdade, não havendo nenhum dos requisitos necessários do artigo 312 ou restritivos do artigo 323, ambos do CPP, deve sua liberdade provisória ser mantida fundamentadamente na sentença condenatória; o réu que aguardou o processo preso cautelarmente, após sentença condenatória, se o juiz entender estarem presentes os motivos ensejadores de sua prisão preventiva, esta deve ser mantida desde que fundamentada em sua decisão; contudo se os motivos ensejadores de prisão preventiva houverem cessado, pode o magistrado conceder-lhe a liberdade provisória para a apelação, como entendimento de NUCCI:

Depende, em nosso entendimento, do ângulo utilizado para essa análise. Fosse a primeira decretada

¹⁶ BRASIL, Decreto-Lei N. 3.689, de 03 de outubro de 1941, CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. **Diário Oficial da União**, de 13 de outubro de 1941 e retificado em 24 de outubro de 1941, Rio de Janeiro.

simplesmente porque o réu foi condenado, sem qualquer requisito objetivo ou subjetivo, expresso em lei, seria realmente inconstitucional, atentando contra o estado de inocência. (...) Cautelarmente, impõe-se a sua segregação, do mesmo modo que se pode fazer ao longo da instrução, portanto antes da condenação, ao ser decretada a prisão preventiva. Assim se encontra, atualmente, a jurisprudência francamente majoritária. Exemplo disso: “O Plenário do STF já firmou o entendimento de que a Convenção Americana sobre Direitos Humanos não assegura, de modo irrestrito, o direito ao réu de recorrer em liberdade, ressalvando o disposto na Constituição e nas Leis de acordo com elas promulgadas” (STJ, RCH 9.342-SP, 5ª T.,rel. Edson Vidigal, 14.12.1999, v. u., DO 21.02.2000, p. 142). Pode-se, inclusive mencionar o conteúdo da súmula 9 do Superior Tribunal de Justiça, expressando que a prisão cautelar para apelar não fere a presunção de inocência.¹⁷

Traz também o § 3º do artigo 2º da LCH que o acusado poderá apelar em liberdade desde que fundamentada a permissão, ou seja, tem o magistrado o poder de análise, caso a caso, das condições existentes para a justa apelação em liberdade ou recolhido à prisão, mesmo que o réu não tenha bons antecedentes, ou seja, reincidente, conforme os ensinamentos de LEAL:

(...) a prisão provisória decorrente de sentença condenatória recorrível no caso de crime hediondo fica sujeita à regra geral da necessariedade, não importando se o condenado é reincidente ou se possui maus antecedentes. É claro que, nestes dois casos, o juiz haverá de ser mais rigoroso no juízo de avaliação das

¹⁷ NUCCI, Guilherme Souza, **Manual de Processo Penal e execução Penal / Guilherme Souza Nucci**, 6 ed. rev., atual. e ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, pág. 611.

circunstâncias que o convencerão da conveniência de conceder ou não o benefício do apelo em liberdade.¹⁸

O que muito se questionou é se a proibição de apelação em liberdade fere o princípio constitucional da presunção da inocência (art. 5º, inc. LVII da CF), contudo a súmula 9 do Superior Tribunal de Justiça traz expressamente “a exigência da prisão provisória, para apelar, não ofende a garantia constitucional da presunção de inocência”.

No mesmo sentido Alberto Silva Franco se manifesta sobre a interpretação do referido princípio ante ao poder coercitivo do Estado:

Quando o n. LVII do art. 5º da CF estabelece que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória”, é inquestionável que não se afirma que o acusado deve, em todo o transcorrer da investigação policial ou do processo judicial, permanecer livre e que nenhum poder cautelar possa ser, contra ele, exercido. Tanto é exato que a própria Constituição Federal reconhece que o Estado pode exercitar seu poder cautelar quer por meio de prisão em flagrante delito, quer através de ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente (inc. XLI do art. 5º da CF). Destarte, a primeira consequência que se extrai da aceitação constitucional do princípio da presunção de inocência é a de que a liberdade do acusado, no processo penal, constitui uma regra geral enquanto o exercício do poder cautelar se traduz numa exceção. Em resumo, uma relação entre generalidade e excepcionalidade.¹⁹

¹⁸ LEAL, João José, **Crimes Hediondos / João José Leal**, 2ª Ed., Curitiba: Juruá, 2009, pág. 230.

¹⁹ FRANCO, Alberto Silva, **Crimes Hediondos / Alberto Silva Franco** – 6 ed. ver., atual. e ampl. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, pág. 494.

Portanto desde que seja devidamente fundamentada a decisão a qual proíbe ou permite a apelação em liberdade, estará se atingindo o entendimento previsto em lei específica (Lei 8.072/90) e em lei processual penal (art. 387, parágrafo único do CPP), porém se a condenação for relacionada ao tráfico de entorpecentes e drogas afins, esta apelação possui requisito específico trazida pela lei 11.343/2006 em seu artigo 59, a qual impõe como condição de apelação em liberdade os requisitos de primariedade e bons antecedentes, mesmo que silenciado pela Constituição Federal, conforme entendimento pacífico do Colendo Tribunal:

HC 97915 / SP - SÃO PAULO

Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA

Julgamento: 29/09/2009 Órgão Julgador: Primeira Turma

PACTE.(S): RIVALDO FERREIRA PIRES DA SILVA

IMPTE.(S): AHMAD LAKIS NETO E OUTRO(A/S)

COATOR(A/S)(ES): SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

COATOR(A/S)(ES): TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA: HABEAS CORPUS. PACIENTE QUE À ÉPOCA DA SENTENÇA CONDENATÓRIA AINDA ESTAVA PRESO EM FLAGRANTE POR TRÁFICO DE DROGAS. PEDIDO FORMULADO PARA QUE O PACIENTE TENHA O DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE: IMPOSSIBILIDADE, UMA VEZ QUE, SENDO VEDADA A CONCESSÃO DE LIBERDADE PROVISÓRIA AOS PRESOS EM FLAGRANTE POR CRIMES HEDIONDOS OU EQUIPARADOS, O PACIENTE NÃO ESTÁ EM LIBERDADE AO TEMPO DA SENTENÇA PARA POSTULAR O BENEFÍCIO. PRECEDENTES. 1.(...) 3. Estando o Paciente preso em razão do flagrante por tráfico de drogas à época da sentença condenatória, não pode recorrer em liberdade,

uma vez que, em razão da impossibilidade de concessão de liberdade provisória, não está solto à época da prolação da sentença ("Apelação em liberdade prevista no art. 59 da Lei 11.343/2006 pressupõe a cumulação dos pressupostos da primariedade e da inexistência de antecedentes com o fato de ter o réu respondido em liberdade à ação penal, tanto pela inoccorrência de prisão oriunda de flagrante delito quanto pela inexistência de decreto de prisão preventiva" - HC 94.521-AgR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJe 1º.8.08). 4. Ordem denegada.²⁰

(HC 97915, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Primeira Turma, julgado em 29/09/2009, DJe-237 DIVULG 17-12-2009 PUBLIC 18-12-2009 EMENT VOL-02387-05 PP-00807)

Assim resta entendimento do Egrégio Tribunal de que a lei específica 11.343/2006 possui pertinência para atribuir requisitos para a concessão liberdade em sede de apelação.

2. Direito à Progressão de Regime Prisional e sua proibição aos Crimes Hediondos

Como já exposto anteriormente todo nosso ordenamento jurídico, em especial, o jurídico-penal deve seguir parâmetros maiores ínsitos em nossa Constituição Federal através dos princípios explícitos e implícitos constantes em nossa Lei Maior aos quais todo ordenamento jurídico infraconstitucional deve seguir.

²⁰ BRASIL, Supremo Tribunal Federal EMENTA DE HABEAS CORPUS HC 97915/SP. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000164071&base=baseAcordaos>. Acesso em: 09/03/2011.

Portanto, ao ser adotado o sistema de cumprimento de pena progressivo, o legislador não o determinou ao acaso e sim através dos princípios maiores que se entrelaçam na Constituição Federal com o Sistema Penal brasileiro, sendo tais princípios o da Liberdade, da Individualização da Pena e da Humanidade da Pena, balizadores deste sistema.

No princípio da Legalidade temos que o Estado através de prévia tipificação penal determina de forma clara as condutas típicas dotadas de ilicitude, suas cominações penais, tipos de pena, e suas formas de cumprimento. Porém, ao ser condenado, não cessam os direitos legais do condenado, pois não obstante sua privação de liberdade este é ainda um cidadão com deveres e direitos garantidos ainda na fase de execução penal, não se tratando de um mero objeto fadado ao esquecimento nos estabelecimentos penais.

No princípio da Individualização da Pena quis o legislador constituinte originário garantir ao condenado, através de lei infraconstitucional, uma pena justa e individualizada às suas atitudes e intenções, tendo assim dentre as penas, mínima e máxima, previstas a garantia do poder discricionário do juízo ajustar a pena ao caso fático, de outra forma seria uma pena predeterminada. Assim dispõe FRANCO:

Destarte, lei ordinária que estabeleça pena fixamente determinada na sua quantidade, ou que impeça a discricionariedade vinculada do juiz na sua aplicação ou que não permita a atividade judicial concretizadora na sua execução, é lei inaceitável, do ponto de vista constitucional. Entendimento diverso consagraria, numa lei infraconstitucional, posição diametralmente oposta ao direito fundamental reconhecido pelo legislador constituinte.²¹

Além desta discricionariedade dos marcos penais, cabe ao juiz determinar a forma de cumprimento de pena o que *de per si* não esgota a

²¹ FRANCO, Alberto Silva, **Crimes Hediondos / Alberto Silva Franco** – 6 ed. ver., atual. e ampl. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, pág. 208.

individualização da pena, pois até este momento foram levados em consideração os critérios objetivos e subjetivos das circunstâncias do crime para a imposição motivada da pena individualizada imposta ao seu executor. Contudo, tal individualização não se esgota com o arbitramento da pena, pois é neste exato momento em que a pena legal atinge a etapa da pena real onde esta adere, nas palavras de FRANCO²², de modo definitivo à pessoa do condenado.

É exatamente neste momento em que mais se tonifica o sistema progressivo com a possibilidade para o condenado visualizar uma possível atenuação da execução de sua pena única e exclusivamente através de suas condições subjetivas e objetivas, possibilitando assim que progrida de uma fase de regime mais rigorosa para uma fase mais branda, tornando a pena ainda mais individualizada, como expõe FRANCO:

Assim, a progressão de uma fase mais rigorosa para outra menos severa do sistema prisional, os dias abonados pela remição, o indulto ou comutação da pena, a possibilidade de aplicação de uma medida penal alternativa, como o livramento condicional, ou as regressões eventualmente ocorridas, são vicissitudes por que passa uma mesma e idêntica condenação que, em razão do mérito ou do demérito do recluso, vai sofrendo contínuas alterações que a tornam, a cada momento, mais concreta e individualizada. É por isso que se pode afirmar que a individualização, provocada pelo sistema progressivo, possui as características próprias de um tronco comum do processo individualizador que se inicia na atividade do legislador, passa pela ação do juiz e finda, ao atingir o nível máximo de concreção, na execução penal.²³

²² Id., *Ibidem*, pág. 209.

²³ FRANCO, Alberto Silva, **Crimes Hediondos / Alberto Silva Franco** – 6 ed. ver., atual. e ampl. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, pág. 210.

Portanto a individualização da pena possui três fases distintas: quando da cominação da pena com seus marcos, mínimo e máximo, determinados ao tipo penal (fase legislativa), quando do arbitramento da pena em sentença motivada dada pelo juízo em consonância às circunstâncias do caso fático (fase judicial) e no cumprimento da pena podendo o condenado ter a possibilidade de progressão punitiva de acordo com suas características objetivas e subjetivas no cumprimento desta (fase da execução penal).

No mesmo sentido, em forte crítica doutrinária ao entendimento do STF até 2006, Maria Lucia Karam entende ser o princípio da individualização da pena mais do que a simples dosimetria desta pelo magistrado no momento de sua cominação:

Os argumentos, acenados pela corrente que se tornou prevaiente no Supremo Tribunal Federal, no sentido de que o princípio da individualização se satisfaria e se esgotaria na definição da quantidade da pena, não impedindo que o legislador ordinário retirasse do juiz qualquer discricionariedade na fixação do regime prisional simplesmente excluem a execução da pena privativa de liberdade do alcance daquele princípio.

Com isso, subtrai-se campo de atuação à norma constitucional, assim, inquestionavelmente, sendo-lhe retirada eficácia, para permitir ao legislador ordinário uma regulação da execução da pena privativa de liberdade à margem de ordem constitucional, como se, exatamente ali, onde apenas encontra seu momento de maior concreção, fosse autorizado ao legislador ordinário ignorar a particularização operada na pena concretamente imposta(...) ²⁴

Também o princípio da Humanidade da Pena é balizador do sistema jurídico penal evitando tratar o condenado como objeto, o qual o Estado

²⁴ KARAM, Maria Lúcia, **Regimes de Cumprimento da Pena Privativa de Liberdade**. in: "Escritos em Homenagem a Alberto Silva Franco" – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, pág. 315-316.

“guarda” até o momento e que sua dívida com a sociedade esteja quitada, devolvendo-o a esta após seu cumprimento. Assim um sistema que não acena ao condenado com alguma perspectiva que o incentive a adotar uma conduta mais adequada atingindo o objetivo ressocializador desta, estaria por condená-lo à uma pena cruel, como bem trazido por FRANCO:

A execução integral da pena em regime fechado contraria, de imediato o modelo tendente à ressocialização do delinqüente e empresta à pena um caráter exclusivamente expiatório ou retributivo, a que não se aperfeiçoam nem o princípio constitucional da humanidade da pena nem as finalidades a ela atribuídas pelo Código Penal (art.59) e pela Lei de Execução Penal (art.1º).²⁵

Outrossim, entendem os doutrinadores que ao se vedar a progressão de regime além descaracterizar a humanidade da pena há que se convir que mais nada incentiva o preso, tornando-se este mais perigoso e indisciplinado pois nada tem a ganhar e perder, como assim trazem:

Olvida-se o legislador de que o condenado nesta situação nada tem a perder, e o passo seguinte é o fomento das rebeliões, a fuga com reféns e a criação de verdadeiras quadrilhas, planejando e comandando empreitadas criminosas de dentro dos muros das casas de detenção e penitenciárias. Enfim, o que deveria ser uma etapa de regeneração transforma-se numa escola de aprimoramento da delinqüência organizada.²⁶

O direito à progressão constitui, sem dúvida, um forte estímulo para que o condenado se adapte e se comporte

²⁵ FRANCO, Alberto Silva, **Crimes Hediondos / Alberto Silva Franco** – 6 ed. ver., atual. e ampl. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, pág. 210.

²⁶ MONTEIRO, Antonio Lopes, **Crimes Hediondos: texto, comentários e aspectos polêmicos / Antonio Lopes Monteiro**, 8 ed. rev., atual. e ampl., São Paulo: Saraiva, 2008, pág. 163.

de acordo com a disciplina prisional. O prêmio virá ao final de certo período de tempo, proporcional à quantidade da pena de execução (um sexto nos termos do art. 112, *caput*, da LEP) quando então o presidiário terá o direito de ser transferido a regime menos rigoroso.

(...) Apesar de todos os males inerentes ao penitenciarismo, que aqui não cabe analisar, é preciso reconhecer que o direito à progressão tem contribuído para evitar um número maior de rebeliões, motins, fugas e suas tentativas, de maldades e perversidades, de psicoses e atos de violência os mais insensatos, cruéis e horrendos, que marcam o cotidiano do sistema penitenciário brasileiro.²⁷

Assim em 1990 o legislador infraconstitucional, mais uma vez de forma açodada, como uma das medidas na tentativa de conter a criminalidade da época resolveu intensificar a forma de cumprimento da pena restritiva de liberdade trazendo em seu § 1º do art. 2º da Lei 8.072/90 a seguinte disposição:

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

(...)

§ 1º A pena por crime previsto neste artigo será cumprida integralmente em regime fechado.²⁸

Ou seja, vedou o sistema progressivo previsto em nosso sistema penal, desrespeitando assim os princípios constitucionais já expostos, tratando de asseverar as penas e fazendo com que estas sejam integralmente cumpridas em regime fechado, descaracterizando assim o caráter ressocializador da pena

²⁷ LEAL, João José, **Crimes Hediondos.** / João José Leal, 2ª Ed., Curitiba: Juruá, 2009, pág. 205

²⁸ BRASIL, Lei N. 8.072, de 25 de julho de 1990, LEI DOS CRIMES HEDIONDOS. **Diário Oficial da União**, de 26 de julho de 1990, Brasília.

passando-a para uma pena exclusivamente retributiva, haja vista não dar perspectivas de readaptação gradual ao convívio social com a execução desta, retirando praticamente do preso sua personalidade e excluindo-o totalmente da sociedade até o momento de devolvê-lo diretamente à sociedade, seja pelo cumprimento integral da pena ou pelo livramento condicional.

Até o momento da criação da LCH em 1990 o sistema de progressão de regime era regido pelo então artigo 112 da Lei de Execuções Penais – LEP:

Art. 112. A pena privativa de liberdade será executada em forma progressiva com a transferência para regime menos rigoroso, a ser determinada pelo juiz, quando o preso tiver cumprido ao menos um sexto da pena no regime anterior e ostentar bom comportamento carcerário, comprovado pelo diretor do estabelecimento, respeitadas as normas que vedam a progressão.²⁹

A partir da edição da LCH tal progressão ficou vedada para os rotulados crimes hediondos não se permitindo mais qualquer progressão de pena aos condenados nos referidos crimes. Assim permitiu a lei 8.072/90 o tratamento de todos os criminosos hediondos de maneira igual, cominando assim formas de cumprimento de execução penal de maneira idêntica não se permitindo a consideração das características objetivas e subjetivas de cada criminoso durante seu cumprimento penal, impedindo que a característica de cada preso determine se este está ou não preparado para a readaptação ao convívio social.

A doutrina mostrou-se praticamente pacífica no sentido de contrariedade à vedação da progressividade da pena para os crimes hediondos, entendendo que tal medida não se mostrava eficaz para a tentativa do legislador em conter a onda de crimes que estavam barbarizando e atingindo a classe média-alta do país, principalmente nos grandes centros urbanos. Como toda lei criada às

²⁹ BRASIL, Lei N. 7.210, de 11 de julho de 1984, LEI DE EXECUÇÃO PENAL. **Diário Oficial da União**, de 13 de julho de 1984, Brasília.

pressas, motivada por comoções sociais induzidas pelo sensacionalismo da mídia escrita e televisiva, tratou o legislador infraconstitucional de desenterrar inúmeros projetos de lei esquecidos nas casas legislativas nacionais, aprovando assim um projeto de lei descuidado que findou na Lei 8.072/90 Lei dos Crimes Hediondos.

Inúmeros foram os doutrinadores que, tão logo surgida referida lei, manifestaram-se contra tamanha ineficácia desta e no absurdo jurídico visto o afronte constitucional do parágrafo 1º do artigo 2º da referida lei, sem esquecermo-nos dos inúmeros apontamentos anteriormente levantados, assim vejamos:

O § 1º do art. 2º da Lei 8.072/90 poderia, sem dúvida, criar critérios de mensuração diversos para a progressividade do regime prisional, isto é, estabelecer prazos diferentes dos que já constam na legislação ordinária a fim de que o apenado passasse de um regime prisional para outro. Nesse caso, estaria o legislador ordinário fazendo o uso correto da prerrogativa que lhe foi dada pelo legislador constituinte. Não poderia jamais, sem ofensa à Constituição, suprimir a própria progressividade do sistema prisional, nem eliminar o enfoque ressocializador ínsito na pena privativa de liberdade. Porque, então, estaria – como, em verdade o fez – atacando o centro vital, a essência, o núcleo dos princípios constitucionais da legalidade, de individualização da pena e da humanidade da pena. E isso lhe era inteiramente defeso.³⁰

A exclusão desta forma progressiva da execução da pena nos crimes hediondos, prática de tortura (até à Lei 9.455/97), tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, e terrorismo é um grave castigo para os condenados por

³⁰ FRANCO, Alberto Silva, **Crimes Hediondos / Alberto Silva Franco** – 6 ed. ver., atual. e ampl. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, pág. 214-215.

estes crimes e foi uma obsessão no projeto de lei.(...) Tudo isso mostra a ferocidade do legislador em cominar penas e regulamentar o cumprimento delas, quando se trata dos crimes previstos nesta lei. Essa avidez explica as aparentes e as não tão aparentes contradições que contém esse diploma legal.³¹

Ignorou o legislador que a execução de longas penas privativas de liberdade em regime unicamente fechado representa um castigo insuportável e que, por isso, desmotiva o preso para quem desaparece qualquer perspectiva, qualquer esperança de retorno à liberdade. Rigorosamente submetido ao cumprimento de uma longa pena neste regime, o preso se transformará num rebelde, num amotinado e num violento destemperado, ou então num despersonalizado e desesperançado, sem vontade própria, sem dignidade e sem razão de viver, ou seja no protótipo de um autentico hipo-humano.³²

A proibição da progressão de regime estabelecida no antigo art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/90, afrontou diretamente o princípio da dignidade da pessoa humana, pois estabeleceu pena cruel ao sentenciado, tratando-o como sujeito que merece o pior dos castigos, qual seja: ser mantido recluso nas dependências físicas do presídio durante todo o período da reprimenda.³³

A criminalidade não será contida (como até hoje não foi) em virtude da manutenção de alguns criminosos presos a perder de vista. É sabido que a grande maioria daqueles

³¹ MONTEIRO, Antonio Lopes, **Crimes Hediondos: texto, comentários e aspectos polêmicos / Antonio Lopes Monteiro**, 8 ed. rev., atual. e ampl., São Paulo: Saraiva, 2008, pág. 160.

³² LEAL, João José, **Crimes Hediondos / João José Leal**, 2ª Ed., Curitiba: Juruá, 2009, pág. 206.

³³ SILVA, Marisya Souza e, **Crimes Hediondos & Progressão de Regime Prisional / Marisya Souza e Silva**, 2 ed., Curitiba: Juruá, 2009, pág. 176.

que praticam crimes jamais será presa ou passará pelo sistema penitenciário. Ademais, os prazos não foram estipulados pela LEP aleatoriamente, por óbvio, estão diretamente ligados aos fins da pena no Estado de Direito. A manutenção dos presos em um único regime por período superior ao legalmente estipulado inevitavelmente leva à dessocialização e à prisionalização.³⁴

Porém, apesar dos mais diversos doutrinadores terem se manifestado no sentido de inconstitucionalidade do referido parágrafo da LCH, outro foi o entendimento majoritário dos Tribunais Superiores, no sentido de que esta não afronta o princípio da individualização da pena, haja vista estar mantida a discricionariedade do magistrado em realizar a dosimetria da pena no momento de sua cominação com os parâmetros previstos no artigo 59 do Código Penal e no entendimento de que o legislador ordinário não foi além do permitido na Constituição Federal dada pela redação do artigo 5º, inciso XLVI, conforme jurisprudência abaixo:

HC 69603 / SP - SÃO PAULO

HABEAS CORPUS

Relator(a): Min. PAULO BROSSARD

Julgamento: 18/12/1992 Órgão Julgador: Tribunal Pleno

EMENTA: "HABEAS-CORPUS". CRIME HEDIONDO. Condenação por infração do art. 12, PAR. 2. II, da Lei n. 6.368/76. Caracterização. REGIME PRISIONAL. Crimes hediondos. Cumprimento da pena em regime fechado. Art. 2. PAR. 1., da Lei 8.072/90. Alegação de ofensa AO art. 5., XLVI, da Constituição. Inconstitucionalidade NÃO caracterizada. INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA. Regulamentação deferida, pela própria norma constitucional, ao legislador ordinário. A lei ordinária

³⁴ BARROS, Carmem Sílvia de Moraes, A Individualização da Pena na Execução Penal, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, pág. 180.

competete fixar os parâmetros dentro dos quais o julgador poderá efetivar ou a concreção ou a individualização da pena. Se o legislador ordinário dispôs, no uso da prerrogativa que lhe foi deferida pela norma constitucional, que nos crimes hediondos o cumprimento da pena será no regime fechado, significa que não quis ele deixar, em relação aos crimes dessa natureza, qualquer discricionariedade ao juiz na fixação do regime prisional. Ordem conhecida, mas indeferida.

(HC 69603, Relator(a): Min. PAULO BROSSARD, Tribunal Pleno, julgado em 18/12/1992, DJ 23-04-1993 PP-06922 EMENT VOL-01700-04 PP-00698)³⁵

Contudo, apesar deste posicionamento majoritário dos Egrégios Tribunais, alguns Ministros e Desembargadores manifestaram-se de forma contrária, reconhecendo a inconstitucionalidade da referida questão da progressividade:

Entendo que a Lei 8.072/90 contraria o princípio constitucional da individualização da pena, no que freia a progressão de regime de cumprimento.³⁶

A individualização da pena, que compreende também a individualização do regime, faz-se em três oportunidades: pelo legislador, ao definir a conduta criminosa e estabelecer a cominação; pelo juiz, ao aplicar a pena, e na fase de sua execução, pois esta obedece ao sistema prisional progressivo constante de nosso ordenamento jurídico, que deve ser dotado de dinamismo e

³⁵ BRASIL, Supremo Tribunal Federal, JULGAMENTO DE HABEAS CORPUS HC 69603/SP. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000105079&base=baseAcordaos>. Acesso em: 30/04/2011.

³⁶ BRASIL, Supremo Tribunal Federal, JULGAMENTO DE HABEAS CORPUS HC 80497-7/DF, Voto do Ministro Marco Aurélio. Disponível em: http://www.jusbrasil.com.br/filedown/dev0/files/JUS2/STF/IT/HC_80497_DF%20_21.11.2000.pdf. Acesso em: 30/04/2011.

flexibilidade(...) Reiteradas vezes venho externando o entendimento de que não foi dado ao legislador ordinário impedir a individualização da pena, da qual faz parte a individualização do regime, como feito na malsinada Lei 8.072/90.³⁷

É de ser estabelecido o regime progressivo para o cumprimento da pena privativa de liberdade, reputando-se inconstitucional o art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/90, em que pesem sucessivas decisões do STJ, nenhuma unanime, declarando a inconstitucionalidade do referido dispositivo legal dessa hedionda Lei dos Crimes Hediondos.³⁸

Ressaltamos que o entendimento do STF era no sentido de constitucionalidade da proibição de progressão de regime, contudo, com o passar dos anos, houve ligeira mudança na composição da Egrégia Corte com a aposentadoria de quatro dos onze Ministros do STF em um curto período de tempo, vislumbrando-se assim com uma possível mudança das teses jurisprudenciais até então sedimentadas no tocante à proibição de progressividade penal para os crimes hediondos.

Em 2003 foi impetrado o *Habeas Corpus* 82.959-7-São Paulo junto à Egrégia Corte, o impetrante, Oseas de Campos, dentre outros pedidos, insurgia-se pela inconstitucionalidade ao Óbice à Progressão de Regime pela Lei 8.072/90. Referido *Habeas Corpus*, tamanha repercussão causada e com o advento da nova composição do STF, seguiu em sede de julgamento por quase três anos, tornando-se um divisor de águas no pensamento desta corte, a qual assinalou em julgamento final seu novo posicionamento como “Evolução Jurisprudencial”.

O referido *writ* teve como relator o ministro Marco Aurélio, que por inúmeras vezes ao longo dos julgamentos em que suscitavam a

³⁷BRASIL, Tribunal de Justiça de Minas Gerais. JULGAMENTO DE EMBARGOS INFRINGENTES, Relatório da Desembargadora relatora Jane Silva. Disponível em: http://www.tjmg.jus.br/juridico/jt_inteiro_teor.jsp?tipoTribunal=1&comrCodigo=0&ano=0&txt_processo=255812&complemento=1&sequencial=0&palavrasConsulta=&todas=hediondo&expressao=&qualquer=&sem=&radical=. Acesso em: 30/04/2011.

³⁸FRANCO, Alberto Silva, **Crimes Hediondos / Alberto Silva Franco** – 6 ed. ver., atual. e ampl. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, pág. 225. APUD: TJSP – AP 171.019-3/1 – rel. Silva Leme – julgamento 07/11/1995.

inconstitucionalidade da proibição à progressão do regime desde a aprovação da LCH até este momento defendeu sempre o entendimento de ser referida vedação um afronto ao preceito constitucional. Passaremos agora a analisar trechos do voto do ministro relator que representa um importante balizamento aos demais ministros:

(...) Esta matéria conduziu-me a afetar, na reforma prevista no art. 22 do Regimento Interno, o presente caso a este Plenário. É que tenho como relevante a argüição de conflito do § 1º do artigo 2º da Lei nº 8.072/90 com a Constituição Federal, considerando quer o princípio isonômico em sua latitude maior, quer o da individualização da pena previsto no inciso XLVI do artigo 5º da Carta, quer, até mesmo, o princípio implícito segundo o qual o legislador ordinário deve atuar tendo como escopo maior o bem comum, sendo indissociável da noção deste último a observância da dignidade da pessoa humana, que é solapada pelo afastamento, por completo, de contexto revelador da esperança, ainda que mínima, de passar-se ao cumprimento da pena em regime menos rigoroso.(...)³⁹

Isto demonstra que a finalidade da progressão, no entendimento do ministro Marco Aurélio, significa dar esperança ao apenado com uma possível melhoria de regime de acordo com sua readaptação aos preceitos da sociedade.

(...) Senhor Presidente, tenho o regime de cumprimento da pena como algo que, no campo da execução, racionaliza-a, evitando a famigerada idéia de “mal pelo mal causado” e que sabidamente é contrária aos objetos

³⁹ BRASIL, Supremo Tribunal Federal, JULGAMENTO DE HABEAS CORPUS HC 82.959/SP, Voto do Ministro Relator Marco Aurélio, fls. 514. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79206> . Acesso em: 07/08/2010.

do próprio contrato social. A progressividade do regime está umbilicalmente ligada à própria pena, no que, acenado ao condenado com dias melhores, incentiva-o à correção de rumo e, portanto, a empreender um comportamento penitenciário voltado à ordem, ao mérito e a uma futura inserção no meio social. O que se pode esperar de alguém que, antecipadamente, sabe da irrelevância dos próprios atos e reações durante o período no qual ficará longe do meio social e familiar e da vida normal que tem direito um ser humano; (...) ⁴⁰

Assim, demonstra o ministro que a pena se constitui de três fases, anteriormente expostas, não podendo desconsiderar que, na fase de execução, deve estar presente o princípio da individualização da pena.

(...) Sob este enfoque, digo que a principal razão de ser da progressividade no cumprimento da pena não é em si a minimização desta, ou o benefício indevido, porque ao contrário ao que inicialmente sentenciado, daquele que acabou perdendo o bem maior que é a liberdade. Está, isto sim, no interesse da preservação do ambiente social, da sociedade, que, dia-menos-dia receberá de volta aquele que inobservou a norma penal e, com isso, deu margem à movimentação do aparelho punitivo do Estado. A ela não interessa o retorno de um cidadão, que enclausurou, embrutecido, muito embora o tenha mandado para detrás das grades com o fito, dentre outros, de recuperá-lo, objetivando uma vida comum em seu próprio meio, o que o tempo vem demonstrando, a mais não poder, ser uma quase utopia. Por sinal, a Lei nº 8.072/90 ganha, no particular, contornos contraditórios. A

⁴⁰ BRASIL, Supremo Tribunal Federal, JULGAMENTO DE HABEAS CORPUS HC 82.959/SP, Voto do Ministro Relator Marco Aurélio, fls. 515. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79206>. Acesso em: 07/08/2010.

um só tempo dispõe sobre o cumprimento da pena no regime fechado, afastando a progressividade, e viabiliza o livramento condicional, ou seja, o retorno do condenado à vida gregária antes mesmo do integral cumprimento da pena e sem que tenha progredido no regime. (...) ⁴¹

Fica demonstrado neste trecho a real finalidade a qual se aspira para o instituto da progressividade, o qual não significa dar prêmio ao delinqüente hediondo, mas sim prepará-lo ao futuro e certo retorno ao convívio social, o qual mais dia ou menos dia voltará para as ruas, sendo de tamanha incongruência que referida Lei proíba a progressividade e permita no mesmo instituto o livramento condicional, sem qualquer parâmetro da ressocialização do condenado, bastando para tanto de lapso temporal.

(...) Conforme salientado na melhor doutrina, a Lei nº 8.072/90 contém preceitos que fazem pressupor não a observância de uma coerente política criminal, mas que foi editada sob o clima de emoção, como se o aumento da pena e no rigor do regime estivessem os únicos meios de afastar-se o elevado índice de criminalidade. (...) ⁴²

Mais uma vez é demonstrado o clima com que foi referida norma em questão editada e quais os seus verdadeiros e ingênuos intentos no afã de controlar a criminalidade elevada ferindo preceitos constitucionais maiores.

(...) Dizer-se que o regime de progressão no cumprimento da pena não está compreendido no grande todo que é a individualização preconizada e garantida constitucionalmente é olvidar o instituto, relegando ao plano secundário a justificativa socialmente aceitável que o recomendou ao legislador de 1984. É fechar os olhos ao preceito que junte a condições pessoais do próprio réu,

⁴¹ Id., *Ibidem*, fls. 515.

⁴² Id., *Ibidem*, fls. 516.

dentre as quais exsurtem o grau de culpabilidade, os antecedentes, a conduta social, a personalidade, alfim, os próprios fatores subjetivos que desaguaram na conduta delituosa. Em duas passagens, o código Penal vincula a fixação do regime às circunstâncias judiciais previstas no artigo 59, fazendo-o no § 3º do artigo 33 e no inciso III do próprio artigo 59. Todavia, ao que tudo indica, receou-se, quando da edição da Lei 8.072/90, que poderia faltar aos integrantes do aparelho judiciário, aos juízes, aos tribunais, o zelo indispensável à definição do regime e sua progressividade e, aí, alijou-se do crivo mais abalizado que pode haver tal procedimento. (...) ⁴³

Referido pensamento expressa a real intenção do legislador penal ao instituir a progressividade em nosso Sistema Penal, onde em artigos distintos (arts. 59 e 33, §3º do Código Penal) deixa intrínseca a possibilidade desta progressão ao determinar apenas o regime inicial do cumprimento de pena associado às condições previstas no artigo 59 do CP, cabendo tal discricionariedade e competência aos magistrados.

(...) Assentar-se, a esta altura, que a definição do regime e modificações posteriores não estão compreendidas na individualização da pena é passo demasiadamente largo, implicando restringir garantia constitucional em detrimento de todo um sistema e, o que é pior, a transgressão à princípios tão caros em um Estado Democrático como são os da igualdade de todos perante a lei, o da dignidade da pessoa humana e o da atuação do Estado sempre voltada ao bem comum. A permanência do condenado em regime fechado durante todo o cumprimento da pena não interessa a quem quer que seja, muito menos à sociedade que um dia, mediante o livramento condicional ou, o mais

⁴³ BRASIL, Supremo Tribunal Federal, JULGAMENTO DE HABEAS CORPUS HC 82.959/SP, Voto do Ministro Relator Marco Aurélio, fls. 516-517. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79206>. Acesso em: 07/08/2010.

provável, o esgotamento dos anos de clausura, terá necessariamente que recebê-lo de volta, não para que este torne a delinqüir, mas para atuar como um partícipe do contrato social, observados os valores mais elevados que o respaldam. (...) ⁴⁴

Aqui ressalta o nobre ministro seu inconformismo com o desrespeito à princípios constitucionais fundamentais ao homem e à sociedade como um todo do Contrato Social afirmado por Rousseau e por fim, antes de votar pela inconstitucionalidade deste preceito, demonstra o referido ministro-relator que o legislador infraconstitucional foi além dos poderes delegados pela Constituição Federal de 1988:

(...) Por último, há de se considerar que a própria Constituição Federal contempla as restrições a serem impostas àqueles que se mostrem incursos em dispositivos da Lei 8.072/90 e dentre elas não é dado encontrar a relativa à progressividade do regime de cumprimento da pena. O inciso XLIII do rol das garantias constitucionais – artigo 5º - afasta, tão-somente, a fiança, a graça e a anistia para, em inciso posterior (XLVI), assegurar de forma abrangente, sem excepcionar esta ou aquela prática delituosa, a individualização da pena. Como, então, entender que o legislador ordinário o possa fazer? Seria a mesma coisa que estender aos chamados crimes hediondos e assim enquadrados pela citada Lei, a imprescritibilidade que o legislador constitucional colou às ações relativa a atos de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático (inciso XLVI). Indaga-se: é possível ao legislador comum fazê-lo? A resposta somente pode ser negativa, a menos que se coloque em plano secundário a

⁴⁴ Id., Ibidem, fls. 517.

circunstância de que a previsão constitucional está contida no elenco das garantias constitucionais, conduzindo, por isso mesmo, à ilação no sentido de que, a *contrario sensu*, as demais ações ficam sujeitas à regra geral da prescrição. O mesmo raciocínio tem pertinência de que concerne à extensão, pela Lei em comento, do dispositivo atinente à clemência ao indulto, quando a Carta, em norma de exceção, apenas rechaçou a anistia e a graça – inciso XLIII do artigo 5º. (...) ⁴⁵

Em voto dado pelo Ministro Carlos Ayres Britto, o qual acompanhou o ministro-relator, referido jurisconsulto ressaltou a importância para a sociedade de assinalar ao apenado, possuidor de uma conduta compatível, com a ressocialização esperada na execução da pena:

(...) O Direito é cada vez mais permeado daquela técnica de convencimento dos seus destinatários, que Norberto Bobbio chama de “sanção premial”, quer dizer, um direito que acena cada vez mais com promessas de recompensa do que com ameaças de castigo. Isso se aplica também ao regime das execuções das penas. É possível estimular a conduta socialmente desejável, com mais eficácia, pelo prêmio ou pela recompensa, do que desestimular a conduta indesejável pelo castigo.⁴⁶

Em seu voto, o ministro Cesar Peluso, ao acompanhar o voto do relator pela inconstitucionalidade da vedação da progressividade, ressalta que durante todo o tempo em que Àquela Corte, por maioria dos votos, em diversos julgamentos, tem considerando constitucional a vedação à progressividade,

⁴⁵BRASIL, Supremo Tribunal Federal, JULGAMENTO DE HABEAS CORPUS HC 82.959/SP, Voto do Ministro Relator Marco Aurélio, fls. 517. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79206>. Acesso em: 07/08/2010.

⁴⁶BRASIL, Supremo Tribunal Federal, JULGAMENTO DE HABEAS CORPUS HC 82.959/SP, Voto do Ministro Carlos Ayres Britto, fls. 535-536. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79206>. Acesso em: 07/08/2010.

pois não admitiu que a fase de execução da pena faça parte da individualização da pena, como assim assevera:

(...) A tese vencedora subtraiu ao âmbito do princípio da individualização da pena o momento da execução, limitando-o ao ato da dosimetria.

(...) Evidente, assim, que, perante a Constituição, o princípio da individualização da pena compreende: a) proporcionalidade entre o crime praticado e a sanção abstratamente cominada no preceito secundário da norma penal; b) individualização da pena aplicada em conformidade com o ato singular praticado por agente em concreto (dosimetria da pena); c) individualização da sua execução, segundo a dignidade humana (art. 1º, III), o comportamento do condenado no cumprimento da pena (no cárcere ou fora dele, no caso das demais penas que não a privativa de liberdade) e à vista do delito cometido (art. 5º, XLVIII).⁴⁷

Em outro trecho de seu voto faz duras críticas às incongruências da LCH, como vedar a progressividade e permitir o livramento condicional de forma direta:

(...) Tão incongruente com o princípio da individualização da pena, da readaptação dos condenados, tão ilógica e irracional se desvela a disciplina instaurada pela chamada Lei dos Crime Hediondos, que, hoje, temos situação insólita: o condenado por crimes hediondos não pode progredir no regime, mas pode obter livramento condicional, tanto que cumpridos três quartos da pena (art. 83, V, CP – inciso acrescentado pela própria Lei nº

⁴⁷ BRASIL, Supremo Tribunal Federal, JULGAMENTO DE HABEAS CORPUS HC 82.959/SP, Voto do Ministro Cesar Peluso, fls. 551-554. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79206>. Acesso em: 07/08/2010.

8.072/90). Ou seja, sem que se possa avaliar o seu grau de ressocialização e/ou proporcionar ao condenado condições para sua harmônica integração social por meio da progressão para regimes menos severos (semi-aberto e aberto) sai ele diretamente de estabelecimento prisional de segurança máxima (art. 3º da Lei 8.072/90) para as ruas. (...) ⁴⁸

Já em seu voto o ministro Eros Grau ressalta que em julgamentos anteriores foi pela Egrégia Corte dado o entendimento de constitucionalidade do instituto em questão, porém ressalta em seu voto o caráter dinâmico do Direito e a quem incumbe a decisão e como é dada a progressão:

3. (...) Desejo fazer alusão à circunstância de a realidade não parar quieta, ela sim derrubando bibliotecas e preceitos que já não sejam com ela coerentes. Por isso mesmo afirmo que o direito é um organismo vivo que não envelhece, nem permanece jovem, na medida em que, em virtude de sua interpretação/aplicação, é (= deve ser) contemporâneo à realidade.

4. Tenho reiteradamente insistido em que a interpretação do direito é compreensão não apenas dos textos, mas também – repito-me – da realidade. Alterada a realidade social, a norma que se extrai de um mesmo texto será diversa daquela que dele seria extraída anteriormente à mudança da realidade.

5. Daí a distinção entre inconstitucionalidade originária e inconstitucionalidade superveniente. No primeiro caso o texto porta em si, desde o seu primeiro momento de vigência, a nódoa da inconstitucionalidade. No segundo, nasce são; mas, no correr do tempo, outra sendo a realidade, torna-se supervenientemente inconstitucional.

⁴⁸ Id., *Ibidem*, fls. 559-560.

(...)

9. A declaração de inconstitucionalidade, por este Tribunal, da proibição da progressão de regime na referida Lei, em acatamento à princípios basilares da boa execução penal, não configurará, de modo algum, a abertura de portas de presídios. A decisão final sobre a progressão do regime do apenado é tarefa do Juízo de Execução Penal (art. 66, III, “b” da Lei de Execuções Penais – LEP; Lei 7.210/84), precedida de parecer de Comissão técnica de Classificação e do exame criminológico, quando necessário (art. 112 e parágrafo único da LEP).

10. Esse é o ponto que eu queria enfatizar; que dizer, a decisão final sobre a progressão é sempre do juiz. (...) ⁴⁹

O ministro Sepúlveda Pertence deferiu, em seu voto, pela inconstitucionalidade da vedação da progressividade e ressaltou em debates no Pleno:

(...) Fizeram-se, aqui, considerações não puramente dogmáticas. De minha parte, não tinha ilusões. Mas creio que o resultado da aplicação por uma década ou mais da Lei dos Crimes Hediondos basta a desvelar a falência, mais uma vez, da pretensão ingênua de combate à criminalidade pela exacerbação das penas ou endurecimento de sua execução. As estatísticas revelam.

(...) Porque este movimento de exacerbação de penas como solução ou como arma bastante ao combate à criminalidade só tem servido a finalidade de retóricas e simbólicas de aplacar a tranquilidade social, editando leis que, não tocando nos fatores diversos da exacerbação,

⁴⁹ BRASIL, Supremo Tribunal Federal, JULGAMENTO DE HABEAS CORPUS HC 82.959/SP, Voto do Ministro Eros Grau, fls. 684-686. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79206>. Acesso em: 07/08/2010.

sobretudo, da criminalidade urbana, nada farão, senão enaltecer os seus autores perante essa opinião pública movida pelo grito histérico dos meios de comunicação em momentos dramáticos. (...) ⁵⁰

De outro lado, em seu voto a ministra Ellen Gracie, decidindo pela manutenção da constitucionalidade da vedação da progressão de regime, defende seu posicionamento:

(...) No que diz respeito à possibilidade de progressão, rememoro que o instituto da individualização da pena foi constitucionalizado com a Constituição de 1946 no seu artigo 141, § 29. A redação foi a seguinte: “*A lei regulará a individualização da pena.*” Essa mesma redação foi repetida nas Cartas subseqüentes (Constituição Federal de 1969, artigo 153, § 23; Constituição Federal de 1988, artigo 5º, XL). O constituinte deixou ao legislador ordinário a regulação e a disciplina do instituto. Surgiram, então, as Leis 7.209/84 e 7.210/84. A primeira alterou a Parte Geral do Código Penal e cuidou da individualização da pena; a segunda tratou da normatização, a individualização da pena sempre foi observada. Isto porque o Código Penal sempre dispôs de normas que equacionavam a operação de correspondência entre a responsabilidade do agente e a punição. O legislador ordinário discriminou as sanções cabíveis, fixou as espécies delituosas, formulou o preceito sancionador das normas incriminadoras, ligando a cada um dos fatos uma pena que varia de um mínimo à um máximo claramente determinados. Estabeleceu circunstâncias qualificadoras, atenuantes e agravantes e instituiu os preceitos que regulam o aumento e a diminuição das penas.

⁵⁰ BRASIL, Supremo Tribunal Federal, JULGAMENTO DE HABEAS CORPUS HC 82.959/SP, Voto do Ministro Sepúlveda Pertence, fls. 684-686. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79206>. Acesso em: 07/08/2010.

Ao juiz, portanto, dentro de tais limitadores, cabe a tarefa meticulosa de graduar a pena em face do contato com o criminoso e do imediato conhecimento de sua personalidade, incluindo a perquirição de sua maior ou menor periculosidade.

O arcabouço da individualização da pena é constituído por um complexo de normas e conta com as atuações legislativa e judicial, culminando com a sentença condenatória, resultado da ponderação que o juiz faz dos elementos subjetivos e objetivos do crime em relação a cada réu. O juiz transforma em coação concreta o preceito sancionador abstrato da norma penal.

Surge, então, o título executivo penal, que, como se viu, levou em consideração as circunstâncias personalíssimas do acusado.

A individualização, porém, não se esgota no título executivo penal. Ela prossegue na fase executória, visto que a pena será cumprida em estabelecimentos penais distintos de acordo com a natureza do delito, idade e o sexo do apenado. É o que dispõe a Constituição, no seu artigo 5º, inciso XLVIII. Ao longo da execução serão também observados procedimentos disciplinares previstos em legislação específica. E, aqui, novamente, a individualidade do apenado determinará o curso da execução.

É difícil, portanto, admitir, dentro desse grande complexo de normas que constituem o arcabouço do instituto da individualização da pena e de sua execução, que a restrição na aplicação de uma única dessas normas, por opção de política criminal, possa afetar todo o instituto. E mais, que possa esta restrição representar afronta à norma constitucional que instituiu a individualização da pena, ou seja, imaginar que o todo ficaria contaminado porque uma determinada parcela foi objeto de restrição.

Por isso, com a devida vênia, não considero eivada de inconstitucionalidade a norma que restringiu a aplicação da regra de progressividade no regime prisional. (...) ⁵¹

Assim após os debates no pleno e os votos dos onze ministros do STF, o que perdurou por quase três anos, em votação muito apertada tendo votado pela inconstitucionalidade do art. 2º, §1º da LCH os seguintes ministros: Marco Aurélio (relator), Carlos Britto, Cesar Peluso, Gilmar Mendes, Sepúlveda Pertence e Eros Grau, totalizando a maioria com seis votos; por outro lado votando pela manutenção da constitucionalidade do referido parágrafo os ministros: Carlos Veloso, Joaquim Barbosa, Celso Melo, Ellen Gracie e Nelson Jobim (Presidente), totalizando cinco votos pela minoria do Pleno.

Finalmente em Acórdão proferido pelo STF em 23 de fevereiro de 2006 foi julgado, em “*Evolução Jurisprudencial*”, pela Inconstitucionalidade “incidenter tantum” do Óbice à Progressão do Regime de Cumprimento de Pena, ou seja, só fazendo coisa julgada para a parte e com efeito “*ex nunc*”, ou seja, sendo permitida a progressão de regime somente nos casos em que ainda não haviam sido julgados e/ou nos casos que, em cumprimento de pena, fossem possível a progressão, analisados caso a caso, em sede de recurso, pois tal decisão assumiu a função de *novatio legis in melius*, competindo assim, segundo súmula 611 do STF, ao juízo das execuções a aplicação da lei mais benigna. Como já ressaltava o Ministro Gilmar Mendes em seu voto em sede de votação do HC 82.959/SP:

(...) Assim, pode-se entender que se o STF declarar a inconstitucionalidade restrita, sem qualquer ressalva, essa decisão afeta os demais processos com pedidos idênticos pendentes de decisão nas mais diversas instâncias. Os próprios fundamentos constitucionais legitimadores da restrição embasam a declaração de inconstitucionalidade com eficácia *ex nunc* nos casos concretos. A

⁵¹ BRASIL, Supremo Tribunal Federal, JULGAMENTO DE HABEAS CORPUS HC 82.959/SP, Voto da Ministra Ellen Gracie, fls. 668-669. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79206>. Acesso em: 07/08/2010.

inconstitucionalidade da Lei há de ser reconhecida a partir do trânsito em julgado. Os casos concretos ainda não transitados em julgado hão de ter o mesmo tratamento (decisões com eficácia *ex nunc*) se e quando submetidos ao STF. (...) ⁵²

Contudo, apesar desta decisão do Supremo Tribunal Federal decidindo pela permissão à progressão do regime de cumprimento de pena, alguns magistrados e desembargadores, em decisões proferidas após referida decisão, entendiam não estarem vinculados à referida decisão pois, segundo artigo 52, inciso X da Constituição Federal, o Senado Federal possui a discricionariedade de suspender ou não lei declarada inconstitucional por decisão do STF, assim enquanto não houvesse posicionamento do Senado ou fosse editado novo diploma alterador, estes entendiam ser perfeitamente possível continuar tratando como impossível a progressão do regime, sendo tal *decisium* derrubado apenas em sede de recurso ao STF.

3. Requisitos para a Progressão de Regime

Em 28 de março de 2007, com a edição do Diploma alterador 11.464/2007 o qual dá nova redação ao artigo 2º da lei 8.072/90, assim ficou determinado os critério objetivos para a progressão:

Art. 2º (...)

§ 2º A progressão do regime, no caso dos condenados aos crimes previstos neste artigo, dar-se-á após o cumprimento de 2/5 (dois quintos) da pena, se o apenado for primário, e de 3/5 (três quintos), se reincidente. *(redação dada pela Lei nº 11.464, de 2007)* ⁵³

⁵² BRASIL, Supremo Tribunal Federal, JULGAMENTO DE HABEAS CORPUS HC 82.959/SP, Voto do Ministro Gilmar Mendes, fls. 627. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79206>. Acesso em: 07/08/2010.

⁵³ BRASIL, Lei N. 8.072, de 25 de julho de 1990, LEI DOS CRIMES HEDIONDOS. *Diário Oficial da União*, de 26 de julho de 1990, Brasília.

Contudo, uma vez declarada a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei 8.072/90 em 23/02/2006 e sendo este referido parágrafo alterado somente em 28/03/2007, observou-se uma lacuna de quais seriam os requisitos objetivos para o direito à progressão de regime, haja vista que a Lei 11.464/2007 estabeleceu nova contagem em seu parágrafo segundo.

Ante ao impasse, a doutrina manifestou-se sobre quais entendiam ser os critérios objetivos de lapso temporal a serem utilizados para o apenado ter o direito à progressão, havendo duas correntes. Para a corrente majoritária, como foi declarada inconstitucional a vedação à progressão de regime, o requisito a ser utilizado até a entrada em vigor da Lei 11.464/2007 é o do artigo 112 da LEP, ou seja, o cumprimento de 1/6 da pena.

Já para a corrente minoritária e mais conservadora, o referido *habeas corpus*, dadas a decisão fazer coisa julgada apenas entre as partes e a discricionariedade do Senado em revogar ou não lei tida como inconstitucional pelo STF, o que somente ocorreu com o advento da Lei 11.464/2007, esta por sua vez é lei mais benéfica, haja vista no ter sido derogada a vedação à progressão de regime, sendo assim este o requisito objetivo para a progressão.

Ocorre que recentemente o Superior Tribunal de Justiça editou a Súmula de nº 471 que assim determina:

Os condenados por crimes hediondos ou assemelhados cometidos antes da vigência da Lei n. 11.464/2007 sujeitam-se ao disposto no art. 112 da Lei n. 7.210/1984 (Lei de Execução Penal) para a progressão de regime prisional.⁵⁴

No mesmo sentido tem sido o entendimento do STF em julgamentos após o referido *decisium* do HC 82.959/SP:

STF - HABEAS CORPUS: HC 92477 SP

Parte: JOÃO FARIA

⁵⁴ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, SÚMULA nº 471, Terceira Seção. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/doc.jsp?livre=%40docn&&b=SUMU&p=true&t=&l=10&i=1>. Acesso em: 02/05/2011.

Parte: ALBERTO ZACHARIAS TORON E OUTRO(A/S)

Parte: RELATORA DO HC Nº 89.875 DO STJ

Relator(a): Min. ELLEN GRACIE

EMENTA: DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. REGIME PRISIONAL. CRIME HEDIONDO. DATA ANTERIOR À LEI 11.464/07. SISTEMA JURÍDICO MAIS BENÉFICO. CONCESSÃO DA ORDEM.

1. A questão de direito versada nestes autos diz respeito à possibilidade (ou não) de progressão do regime de cumprimento da pena corporal imposta no período de vigência da redação originária do art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90.

2. O tema relativo ao regime de cumprimento da pena que envolve matéria relativa à execução, recebe considerações distintas quanto à natureza de seu enquadramento no sistema jurídico brasileiro.

3. O julgamento do Supremo Tribunal Federal em processos subjetivos, relacionados ao caso concreto, não alterou a vigência da regra contida no art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90.

4. Houve necessidade da edição da Lei nº 11.646/07 para que houvesse a alteração da redação do dispositivo legal. Contudo, levando em conta que - considerada a orientação que passou a existir nesta Corte à luz do precedente no HC 82.959/SP - o sistema jurídico anterior à edição da lei de 2007 era mais benéfico ao condenado em matéria de requisito temporal, comparativamente ao sistema implantado pela Lei nº 11.646/07 (1/6 da pena), deve ser concedida em parte a ordem para que haja o exame do (2/5 ou 3/5, dependendo do caso) pedido de progressão do regime prisional do paciente, levando em conta o requisito temporal de 1/6 da pena fixada.

5. Habeas corpus concedido, por considerar possível a progressão do regime prisional desde que atendido o requisito temporal de cumprimento de 1/6 da pena, cabendo ao juiz da execução da pena apreciar o pedido de progressão, inclusive quanto à presença dos demais requisitos, considerado o fator temporal acima indicado.

(HC 92477, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Segunda Turma, julgado em 21/10/2008, DJe-211 DIVULG 06-11-2008 PUBLIC 07-11-2008 EMENT VOL-02340-02 PP-00423 RTJ VOL-00208-01 PP-00294)⁵⁵

4. Livramento Condicional

O instituto do livramento condicional consiste em uma possibilidade de benefício aos condenados à prisão restritiva de liberdade superior à dois anos prevista em nosso Código Penal em seu artigo 83 que assim dispõe:

Art. 83 - O juiz poderá conceder livramento condicional ao condenado a pena privativa de liberdade igual ou superior a 2 (dois) anos, desde que:

I - cumprida mais de um terço da pena se o condenado não for reincidente em crime doloso e tiver bons antecedentes;

II - cumprida mais da metade se o condenado for reincidente em crime doloso;

⁵⁵BRASIL, Supremo Tribunal Federal, JULGAMENTO DE HABEAS CORPUS HC 82.959/SP, Voto do Ministro Gilmar Mendes, fls. 627. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=92477&base=baseAcordaos>. Acesso em: 02/05/2011.

III - comprovado comportamento satisfatório durante a execução da pena, bom desempenho no trabalho que lhe foi atribuído e aptidão para prover à própria subsistência mediante trabalho honesto;

IV - tenha reparado, salvo efetiva impossibilidade de fazê-lo, o dano causado pela infração;

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

Parágrafo único - Para o condenado por crime doloso, cometido com violência ou grave ameaça à pessoa, a concessão do livramento ficará também subordinada à constatação de condições pessoais que façam presumir que o liberado não voltará a delinquir.⁵⁶

O livramento condicional é assim definido por NORONHA:

O livramento condicional é a concessão, pelo poder jurisdicional, da liberdade antecipada ao condenado, mediante a existência de pressupostos, e condicionada a determinadas exigências durante o restante da pena que deveria cumprir o preso.⁵⁷

Assim, o instituto do livramento condicional consiste em um benefício legal que pode ser concedido ao preso, desde que preenchidos alguns requisitos objetivos e subjetivos.

⁵⁶ BRASIL, Decreto-Lei N. 2.848, de 07 de dezembro de 1940, CÓDIGO PENAL. **Diário Oficial da União**, de 31 de dezembro de 1940, e retificado em 3 de janeiro de 1941, Brasília.

⁵⁷ NORONHA, E. Magalhães, **Direito Penal**. 15ª Ed. São Paulo: Saraiva, 1978. v 1, pág. 308.

Os requisitos objetivos consistem em que o livramento condicional somente se dará em penas privativas de liberdade cuja quantidade seja superior à dois anos. Tal requisito se justifica pelo fato de que nas penas até dois anos pode-se conceder o *sursis*.

Outro requisito objetivo é ter o condenado cumprido pelo menos um terço da pena se não reincidente em crime doloso, mais da metade da pena se reincidente em crime doloso e dois terços se condenado por crime hediondo, redação dada pela Lei 8.072/90 e desde que não reincidente de crimes dessa natureza. Neste momento surge nova controvérsia doutrinária, haja vista não ter sido definida pelo legislador ordinário o sentido empregado pela expressão “dessa natureza”, pois os reincidentes não fazem jus à concessão do referido instituto.

Para parte da doutrina, entre estes MIRABETE, MONTEIRO e DAMÁSIO, o entendimento é no sentido que o instituto reeditado da reincidência específica, extinto de 1977 do ordenamento penal, trata de uma reincidência genérica. Portanto para a vedação da concessão do livramento condicional basta que o condenado seja reincidente em qualquer crime hediondo previsto na lei, não sendo necessariamente que a reincidência se de no mesmo tipo penal.

Já para outra parte da doutrina, entre eles FRANCO e LEAL, o entendimento é que para a proibição de tal instituto deve haver a reincidência específica sendo observada a literalidade da lei, ou seja, somente com o cometimento do mesmo tipo penal para configurar a reincidência.

Os tribunais tem se posicionado no sentido de que não há a necessidade da reincidência ser em tipo penal específico, devendo ser apenas crimes de mesma natureza, consoante demonstração:

Processo: HC 84189 RJ 2007/0127562-7

Relator(a):Ministro FELIX FISCHER

Julgamento: 18/12/2007

Órgão Julgador: T5 - QUINTA TURMA

Publicação: DJe 14/04/2008

Ementa:PENAL. EXECUÇÃO PENAL. HABEAS CORPUS. ARTIGOS 12 e 18, INCISO III, AMBOS DA LEI

Nº 6.368/76 (ANTIGA LEI DE TÓXICOS) E ART. 10, § 2º, DA LEI Nº 9.437/97. LIVRAMENTO CONDICIONAL. REINCIDÊNCIA ESPECÍFICA EM CRIME EQUIPARADO A HEDIONDO. CUMPRIMENTO INTEGRAL DAS PENAS RELATIVAS AOS DELITOS EQUIPARADOS A HEDIONDOS. INAPLICABILIDADE DO ART. 83, INCISO V, IN FINE, DO CÓDIGO PENAL, QUANTO AO REMANESCENTE DA PENA. POSSIBILIDADE DE CONCESSÃO DO BENEFÍCIO, DESDE QUE CUMPRIDOS OS REQUISITOS.⁵⁸

Outro requisito objetivo é o condenado ter reparado o dano causado pela infração, o que na prática tem sido abrandado pela jurisprudência.

Outrossim, os requisitos subjetivos para a concessão do livramento condicional consistem em ter o condenado bons antecedentes antes do cometimento do crime, aptidão para prover a própria subsistência mediante trabalho honesto e, o principal requisito, ter o condenado comportamento satisfatório durante a execução da pena, o que devido a evolução jurisprudencial da permissão da progressão de regime este requisito será de fácil avalia, pois o condenado já terá, se tiver tido bom comportamento, progredido para regime menos severo, demonstrando assim sua ressocialização e aptidão para um novo convívio social, o qual é justamente o propósito do livramento condicional.

Mesmo durante a celeuma sobre a permissão de progressividade ou não de regime aos crimes hediondos, o entendimento dos doutrinadores e da jurisprudência foi sempre no sentido de que referido instituto era um benefício válido e perfeitamente possível para os referidos crimes, porém as críticas por parte da doutrina se findavam no sentido de que se ao criminoso estava vedado o benefício da progressão atingindo a finalidade ressocializadora da pena com o bom comportamento deste durante sua execução, mostrando-se apto à sua reinserção na sociedade por regimes mais brandos, como permitir,

⁵⁸ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, JULGAMENTO DE HABEAS CORPUS HC 84.189/RJ, Relator Ministro Felix Fischer. Disponível em: http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&livre=hc+84189&b=ACOR. Acesso em: 12/05/2011.

então que um criminoso pudesse, cumprido dois terços da pena, voltar à sociedade de maneira direta e sem uma readaptação progressiva?

Contudo tal indignação doutrinária resta satisfeita, haja vista a nova interpretação jurisprudencial após evolução jurisprudencial entendida pelo STF após o julgamento do *Habeas Corpus* em 2006 e com o advento da lei 11.464/2007 que passou a permitir a progressão de regime aos crimes hediondos, restabelecendo assim a ordem entendida como natural para a real ressocialização do apenado.

CONCLUSÃO

Durante todo o nosso trabalho foram apontadas as questões polêmicas criadas pela Lei dos Crimes Hediondos, passamos a partir de então realizar algumas considerações sobre a criação desta e suas conseqüências perante a sociedade.

Platão, ainda no século IV a.C., já trazia em sua tese o conceito visionário de que os governantes deveriam ser necessariamente compostos por sábios (filósofos), amantes da sabedoria e desprovidos de interesses próprios, buscando assim a felicidade geral.

Montesquieu, em sua obra “O Espírito das Leis”, alertava que um país que tenha dimensões continentais, tal como o Brasil, tem forte tendência que seus governantes desviem os propósitos e acabem governando para os interesses de poucos.

Pois bem, em 1990 com a onda de acontecimentos que acometeram a sociedade, mais precisamente a classe média-alta, muitas pressões começaram a ocorrer perante aos legisladores que, como já demonstrado ao longo de nosso trabalho, criaram uma lei de maneira apressada de forma a tentar mostrar à sociedade que algo estava sendo realizado no sentido de conter a violência presentes à época.

Diante disto algumas considerações devem ser sopesadas: o sistema legislativo brasileiro está longe de ser o ideal, haja vista não serem nossos representantes legislativos realmente preparados para criarem leis, as quais traçam diretrizes aos comportamentos da sociedade. Dentre estes encontram-se legisladores semi-analfabetos e desconhecedores das funções legislativas

e, por outro lado, está boa parte da sociedade que também não sabe a principal finalidade de seus representantes legislativos, como escolhê-los e principalmente como cobrá-los em suas obrigações.

Desvirtuou-se o espírito de legislar para todos e, em uma Aristocracia revestida de Democracia, passou-se a governar para poucos e com muita propaganda e alarde, realizadas por divulgações manipuladas pelos meios elitistas de comunicação, convence-se toda a sociedade que determinada lei será eficaz para combater a onda de violência generalizada.

Os crimes hediondos sempre ocorreram, principalmente nos rincões deste país e nas classes sociais desprovidas de condições sociais, econômicas, culturais e de infra-estrutura básica.

Temos que ter em mente que ao se criar uma determinada lei, esta abrangerá todas as camadas sociais e todos os limítrofes fronteiriços continentais de nosso país, e, em uma sociedade como a nossa onde há claras distorções econômica-sociais, onde poucos têm muito e a maioria esmagadora tem quase nada, é esquecer o conceito de Rui Barbosa onde deveríamos “tratar os desiguais nos quinhões de suas desigualdades”.

Esta Lei dos Crimes Hediondos, criada para atender aos anseios de determinada classe social elitista, veio com maior ênfase tratar de punir com maior rigor àqueles que por suas condições culturais, sociais e econômicas vivem em uma realidade totalmente díspare, pois em seu meio social determinada conduta não tem a mesma conotação horrenda que um crime hediondo tem, a qual choca a sociedade de camadas sociais mais elevadas. Já àqueles pelos os quais a lei foi imposta, dada as suas condições sociais mais abastadas, tem melhores condições de constituir defensores técnicos, os quais podem diminuir em muito as conseqüências quando do cometimento de tais crimes ou, até mesmo, procrastinar ao máximo sua efetiva prisão, tornando inócua a função da pena em uma efetiva resposta do Estado como forma exemplar à toda a sociedade, causando assim a sensação de injustiça.

Nosso ordenamento jurídico-penal, e com maior destaque a LCH, adotou o sistema legal não deixando qualquer margem discricionária ao magistrado como no sistema judicial, para poder determinar se presentes ou não os requisitos de hediondez. Preferiu assim o legislador ordinário, de maneira fria e exata à letra da Lei, exasperar determinados tipos penais já existentes no

Código Penal e rotulá-los como hediondos, igualando assim todos os sujeitos ativos dos tipos penais sem qualquer individualização.

Tamanha insensatez da referida Lei é o fato de que, em um primeiro momento, esta lei esqueceu-se de dar ao homicídio o rótulo de hediondo, o que mostra nitidamente a preocupação das classes pela qual esta foi criada, no intuito de proteger com maior exasperação penal os crimes que envolvam danos aos seus patrimônios, deixando, por exemplo, os crimes sexuais com penas muito inferiores.

Uma lei que se esquece de tutelar com mão-de-ferro o bem maior que é a vida e sua incolumidade deixa clara sua intenção capitalista e elitista, prova disto é que o homicídio somente alcançou o status de hediondo quando da morte de uma atriz, filha de escritora famosa da alta sociedade.

Há muito a doutrina entende que simplesmente trancafiar um criminoso como se fosse um “lixo” ou “objeto” em verdadeiras masmorras disfarçadas de presídios, em condições sub-humanas, em nada se aproxima com a principal finalidade ressocializadora da pena.

O Contrato Social exige que todos arquem com suas atitudes, principalmente àquelas que destoem das regras traçadas por toda a sociedade e principalmente as que choquem por seus meios de executividade e motivos. Contudo, para estes criminosos é imperativo que o Estado tenha uma infraestrutura capaz, ampla e adequada, para realmente fazer cumprir seu *jus puniendi*, tratando o preso com a dignidade que um cidadão de direitos e deveres merece, imputando-lhe um tratamento com a finalidade de reeducá-lo, mostrando-lhe os erros cometidos e fazendo que compreenda a necessidade de sua privação de liberdade como forma de pagamento de sua dívida com a sociedade, afim de possibilitar sua reintrodução nesta após período de privação.

O homem é um ser bom por natureza já diziam os filósofos, logicamente com algumas exceções em função do meio social. Ocorre que esse meio e as condições as quais este se desenvolve, transformam-no em melhor ou pior, cidadão ou criminoso, cabendo portanto ao Estado, já na fase do cumprimento de pena, remediar o que deveria ter prevenido com uma eficiente política social, contudo demonstrando ao preso os motivos pelo qual será punido com penas severas.

Infelizmente estamos diante de políticas sociais degradadas e remediadoras que não previnem e não formam cidadãos de bem, findando naqueles que fogem ao comportamento natural o emprego de penas humilhantes, retributivas e sem função ressocializadora cumprida em um sistema prisional falido.

Assim a LCH, como uma norma imediatista, cumpre fielmente seu papel, pois criada sem técnica jurídica necessária, com inúmeras incongruências e inconstitucionalidades (algumas superadas pela chamada “evolução jurisprudencial”) e emendada por inúmeros diplomas alteradores, atinge de maneira avassaladora as baixas classes sociais, não tendo um papel correccional ressocializador, mas somente punitivo-retributivo, contudo sem deixar de demonstrar à sociedade a preocupação de nossos legisladores em face aos acontecimentos alardeados pelo meio de comunicação oportunista e sensacionalista.

Acreditamos que uma norma melhor elaborada por legisladores melhor preparados em conjunto com doutrinadores, membros do judiciário e com participação da sociedade, em consonância com a técnica jurídico-penal de nossa política criminal, atenderá de maneira muito mais eficaz as necessidades veementes de toda a sociedade, “ab rogando” assim a Lei 8.072/90 Lei dos Crimes Hediondos. Os crimes hediondos representam, hoje, a ponta do iceberg de nossa política criminal falível que está mergulhada neste mar de problemas sociais causados por inúmeros anos de políticas sociais incompetentes e ineficazes.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BECCARIA, Cesare, **Dos Delitos e das Penas**. Tradução de Torrieri Guimarães. São Paulo: Martin Claret, 2006.

BARROS, Carmem Silvia de Moraes, **A Individualização da Pena na Execução Penal**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

BULOS, Uadi Lammêgo, **Constituição Federal Anotada / Uadi Lammêgo Bulos**, 8 ed. rev. e atual. até a Emenda Constitucional 56/2007, São Paulo: Saraiva, 2008.

CAPEZ, Fernando, **Direito Penal: Parte Especial / Fernando Capez.**, 14 ed. São Paulo: Damásio, 2007.

DELMANTO, Celso, **Código Penal Interpretado**, 6 ed., São Paulo: Saraiva, 2002.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda, **Minidicionário da Língua Portuguesa**, coordenação de edição Margarida dos Anjos, Maria Baird Ferreira, 6 ed. rev. atual., Curitiba: Positivo, 2004.

FRANCO, Alberto Silva, **Crimes Hediondos / Alberto Silva Franco** – 6 ed. ver., atual. e ampl. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

JESUS, Damásio Evangelista de, **Homicídio, Crime Hediondo e Júri**, Revista dos Tribunais, Ano 84, volume 716, junho de 1995, São Paulo: RT, 1995.

KARAM, Maria Lúcia, **Regimes de Cumprimento da Pena Privativa de Liberdade. in: “Escritos em Homenagem a Alberto Silva Franco”** – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

LEAL, João José, **Crimes Hediondos./ João José Leal**, 2ª Ed., Curitiba: Juruá, 2009.

LENZA, Pedro, **Direito Constitucional Esquematizado / Pedro Lenza**, 11 ed. rev., atual. e ampl., São Paulo: Método, 2007.

MIRABETE, Julio Fabbrini, **Manual de Direito Penal, volume 1: parte geral, arts. 1º a 120 do CP/ Júlio Fabbrini Mirabete, Renato N. Fabbrini.** – 24.ed. ver. E atual. Até 31 de dezembro de 2006., São Paulo: Atlas, 2007.

_____, **Manual de Direito Penal, volume 2: Parte especial, arts. 121 a 234 do CP / Júlio Fabbrini Mirabete, Renato N. Fabbrini.** – 25.ed. ver. E atual. Até 31 de dezembro de 2006., São Paulo: Atlas, 2008.

_____, **Manual de Direito Penal, volume 3: Parte especial, arts. 235 a 361 do CP / Júlio Fabbrini Mirabete, Renato N. Fabbrini.** – 23.ed. ver. E atual. até 11 de março de 2009., São Paulo: Atlas, 2009

_____, **Código Penal Interpretado / Julio Fabbrini Mirabete / Renato N. Fabbrini,** 6.ed., São Paulo: Atlas, 2007.

MONTEIRO, Antonio Lopes, **Crimes Hediondos: texto, comentários e aspectos polêmicos / Antonio Lopes Monteiro,** 8 ed. rev., atual. e ampl., São Paulo: Saraiva, 2008.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de, 1689-1755. **O Espírito das Leis, As Formas de Governo, A Federação, A Divisão dos Poderes / Montesquieu,** introdução, tradução e notas de Pedro Vieira Mota, 8 ed. revista, São Paulo: Saraiva, 2004.

NORONHA, E. Magalhães, **Direito Penal.** v. 1, 15ª ed., São Paulo: Saraiva, 1978.

NUCCI, Guilherme Souza, **Código Penal Comentado / Guilherme Souza Nucci,** versão compacta, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

_____, **Manual de Processo Penal e Execução Penal / Guilherme Souza Nucci,** 6 ed. rev., atual. e ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

_____, **Crime de Estupro sob o prisma da Lei 12.015/2009 (arts. 213 e 217-a do CP),** Revista dos Tribunais, ano 99, volume 902, dezembro 2010, São Paulo: RT, 2010,

REALE, Miguel, **Lições Preliminares de Direito / Miguel Reale**, 27 ed. ajustada ao código civil, São Paulo: Saraiva, 2002.

ROUSSEAU, Jean-Jaques, **O Contrato Social**, 1ª Ed., São Paulo: Martin Claret, 2000.

SILVA, Marisya Souza e, **Crimes Hediondos & Progressão de Regime Prisional / Marisya Souza e Silva**, 2 ed., Curitiba:Juruá, 2009.

SOLER, Sebastian, **Derecho Penal Argentino** – v.2. Buenos Aires: Tipografia Editora Argentina, 1970.

LEIS

BRASIL, CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. Diário Oficial da União n. 191-A, de 5 de outubro de 1988.

_____ Decreto-Lei N. 2.848, de 07 de dezembro de 1940, CÓDIGO PENAL. Diário Oficial da União, de 31 de dezembro de 1940, e retificado em 03 de janeiro de 1941, Brasília.

_____ Lei N. 2.889, de 01 de outubro de 1956, GENOCÍDIO. Diário Oficial da União, de 02 de outubro de 1956, Rio de Janeiro.

_____ Decreto-Lei N. 3.689, de 03 de outubro de 1941, CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. Diário Oficial da União, de 13 de outubro de 1941 e retificado em 24 de outubro de 1941, Rio de Janeiro.

_____ Lei N. 7.209, de 11 de julho de 1984, Exposição de Motivos da Nova Parte Geral do Código Penal. Diário do Congresso (seção II), de 29 de março de 1984, Brasília.

_____ Lei N. 7.210, de 11 de julho de 1984, Lei de Execução Penal. Diário Oficial da União, de 13 de julho de 1984, Brasília.

_____ Lei N. 8.069, de 13 de julho de 1990, ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. Diário Oficial da União, de 16 de julho de 1990, e retificado em 27 de setembro de 1990, Brasília.

_____ Lei N. 8.072, de 25 de julho de 1990, LEI DOS CRIMES HEDIONDOS. Diário Oficial da União, de 26 de julho de 1990, Brasília.

ACESSOS PELA INTERNET

BARBOSA, Rui, **Oração aos Moços**, Edição popular anotada por Adriano da Gama Kury, 5ª edição. Disponível em: http://www.casaruibarbosa.gov.br/dados/DOC/artigos/ruibarbosa/FCRB_RuiBarbosa_Oracao_aos_mocos.pdf. Acesso em: 21/12/2010.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal EMENTA DE HABEAS CORPUS HC 97915/SP. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000164071&base=baseAcordaos>.

_____ Supremo Tribunal Federal EMENTA DE HABEAS CORPUS HC 99333/SP. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000168427&base=baseAcordaos>.

_____ Supremo Tribunal Federal, Denegação de Habeas Corpus N. 103.154/RS. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000181348&base=baseAcordaos>.

_____ Supremo Tribunal Federal, JULGAMENTO DE HABEAS CORPUS HC 90893/SP. Disponível em : <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000005784&base=baseAcordaos>.

_____ Superior Tribunal de Justiça, VOTO DO JULGAMENTO DE HABEAS CORPUS HC 88664/GO. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=5687338&sReg=200701876874&sData=20090908&sTipo=64&formato=PDF.

_____ Supremo Tribunal Federal, JULGAMENTO DE HABEAS CORPUS HC 69603/SP. Disponível em : <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000105079&base=baseAcordaos>.

_____ Supremo Tribunal Federal, JULGAMENTO DE HABEAS CORPUS HC 80497-7/DF, Voto do Ministro Marco Aurélio. Disponível em: http://www.jusbrasil.com.br/filedown/dev0/files/JUS2/STF/IT/HC_80497_DF%20_21.11.2000.pdf.

_____ Tribunal de Justiça de Minas Gerais. JULGAMENTO DE EMBARGOS INFRINGENTES, Relatório da Desembargadora relatora Jane Silva. Disponível em: http://www.tjmg.jus.br/juridico/jt_/inteiro_teor.jsp?tipoTribunal=1&comrCodigo=0&ano=0&txt_processo=255812&complemento=1&sequencial=0&palavrasConsulta=&todas=hediondo&expressao=&qualquer=&sem=&radical=.

_____ Supremo Tribunal Federal, JULGAMENTO DE HABEAS CORPUS HC 82.959/SP, Voto do Ministro Relator Marco Aurélio, fls. 514. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79206>.

_____ Superior Tribunal de Justiça, SÚMULA nº 471, Terceira Seção. Disponível em : <http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/doc.jsp?livre=%40docn&&b=SUMU&p=true&t=&l=10&i=1>.

_____ Superior Tribunal de Justiça, JULGAMENTO DE HABEAS CORPUS HC 84.189/RJ, Relator Ministro Felix Fischer. Disponível em: http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&livre=hc+84189&b=ACOR .

FRANÇA, PARIS - **DECLARAÇÃO DOS DIREITOS DO HOMEM E DO CIDADÃO**, de 1789. Disponível em : <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=110843&tip=UN>.

GRECO FILHO, Vicente, **Uma interpretação de duvidosa dignidade**. Escola Paulista da Magistratura. Disponível em : <http://www.epm.sp.gov.br/Internas/Artigos/View.aspx?ID=2859>.

GRECO, Rogério, **Adendo Lei 12.015/2009 – Dos crimes contra a dignidade sexual**. Disponível em : <http://www.scribd.com/doc/19590114/ADENDO12015emenda>.

ONU, **Declaração dos Direitos Humanos**, de 10 de dezembro de 1948. Disponível em: http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm.