UNIVERSIDADE ESTADUAL DO CEARÁ

FRANCISCO FÁBIO DE CASTRO ALVES

A LEGALIDADE DA PROGRESSÃO DE REGIMES NOS CRIMES HEDIONDOS

FORTALEZA – CEARÁ

2007

Francisco Fábio de Castro Alves

A LEGALIDADE DA PROGRESSÃO DE REGIMES NOS CRIMES HEDIONDOS

Monografia apresentada ao Curso de Especialização em Direito Penal e Direito Processual Penal do Centro de Estudos Sociais Aplicados, da Universidade Estadual do Ceará em convênio com Escola Superior do Ministério Público, como requisito parcial para obtenção do título de especialista em Direito Penal e Direito Processual Penal.

Orientador: Prof. Ms. Marcos Vinícius Amorim de Oliveira.

Fortaleza – Ceará

2007

Universidade Estadual do Ceará - UECE
Centro de Estudos Sociais Aplicados – *CESA*
Coordenação do Programa de Pós-Graduação – ***Lato Sensu***

COMISSÃO JULGADORA

JULGAMENTO

A Comissão Julgadora, Instituída de acordo com os artigos 24 a 25 do Regulamento dos Cursos de Pós-Graduação da Universidade Estadual do Ceará / UECE aprovada pela Resolução e Portarias a seguir mencionadas do Centro de Estudos Sociais Aplicados – CESA/UECE, após análise e discussão da Monografia Submetida, resolve considerá-la **SATISFATÓRIA** para todos os efeitos legais:

Aluno (a): Francisco Fábio de Castro Alves

Monografia: A Legalidade da Progressão de Regimes nos Crimes Hediondos.

Curso: Especialização em Direito Penal e Direito Processual Penal

Resolução: 2516/2002 – CEPE, 27 de dezembro de 2002

Portaria: 27/2007

Data de Defesa: 04/06/2007

Fortaleza(CE), 04 de Junho de 2007

Marcus Vinícius Amorim de Oliveira
Orientador/Presidente/ Mestre

Sheila Cavalcante Pitombeira
Membro/ Mestre

Silvia Lúcia Correia Lima
Membro/ Mestre

COMISSÃO JULGADORA

JULGAMENTO

[illegible]

[illegible]

[illegible] **SATISFATÓRIA** [illegible]

[illegible]

[illegible]

[illegible]

Recife, [illegible] de junho de 2007.

Prof. [illegible]

Data de Defesa: [illegible]

Fortaleza/CE, 04 de Junho de 2007.

[illegible]

[illegible]

[illegible]

RESUMO

Por meio da lei 8.072/90, o legislador ordinário adotou o critério legal e catalogou os delitos considerados como hediondos em seu art. 02º, inciso II. O embasamento jurídico para a feitura dessa lei se encontra no art. 05º, inciso XLIII, da Constituição Federal de 1988. Alguns doutrinadores defendem a idéia de que essa lei fere diversos princípios constitucionais no tocante a progressividade de regime. Com esteio nessas opiniões, o Supremo Tribunal Federal, em fevereiro de 2006, alterou seu posicionamento por meio do HC 82.959. Porém, logo em seguida, retornou a seu pensamento originário mais severo apontando como justificativas, o efeito *inter partes* do HC julgado e a crescente criminalidade que assola o País.
Palavras-chave: Hediondo. Crime. Progressão.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO

A população brasileira atravessa atualmente uma fase de profunda descrença em sua Justiça Pública. Esse sentimento está aflorando graças à realidade violenta enfrentada em seu cotidiano. É natural encontrar criminosos soltos a delinqüir sem uma punição eficaz e não há um programa de ressocialização adequado para colocar de volta ao convívio social apenas os criminosos realmente reabilitados.

Quando o legislador criou a Lei 8.072/90 tratou de maneira mais rígida uma série de crimes descritos em sua redação, justapondo-lhes o cumprimento da pena em regime integralmente fechado, para, com isso, tentar atender aos fartos clamores sociais.

O retorno do Supremo Tribunal Federal ao seu posicionamento em relação à constitucionalidade da progressão de regime em crimes hediondos deu-se por conta da crueldade e da falta de humanidade com que tais crimes são cometidos.

A cobrança da população é legítima porque os Estados de Direito tomaram para si a responsabilidade exclusiva do *jus puniendi* e a possibilidade de transformar as normas para punir os criminosos de forma eficaz e promover a tão almejada paz social.

O presente estudo encontra fundamentação jurídica na Lei nº 8.072 de 1990 (Lei dos crimes hediondos), que tem seu respaldo constitucional no art. 05º, inciso XLIII, da Constituição Federal de 1988.

Dessa forma, no decorrer desse trabalho buscaremos avaliar o ordenamento jurídico em sua completude para estudar de forma criteriosa não apenas o texto legal, mas os princípios constitucionais implícitos que fundamentam a constitucionalidade da vedação da progressão de regime nos crimes hediondos.

Quanto aos objetivos, a pesquisa é descritiva porque busca explicar, classificar, esclarecer e interpretar o fenômeno observado. É também exploratória porque visa aprimorar as idéias através de informações e largo estudo sobre o tema em foco.

No capítulo inicial será retratado o contexto social do surgimento da Lei dos Crimes Hediondos, mostrando o ambiente e os movimentos que deram origem à edição da Lei 8.072/90.

No capítulo seguinte abordaremos o conceito detalhado de crimes hediondos, equiparados a hediondos e críticas aos que não deveriam constar como tais. Comentaremos, ainda, os princípios constitucionais que regem a matéria (individualização da pena, dignidade da pessoa humana, humanidade das penas, proporcionalidade, entre outros).

No terceiro capítulo apresentaremos polêmicas acerca da progressão de regime nos crimes hediondos, a possibilidade de progressão de regime prisional, as posições do Supremo do Supremo Tribunal Federal desde primórdios da Lei 8.072/90 até o HC 82.959 julgado em fevereiro de 2006 e, por fim, debateremos os efeitos decorrentes do controle de constitucionalidade difuso do sobredito HC.

2 CONTEXTO SOCIAL DO SURGIMENTO DA LEI 8.072/90

A famigerada Lei dos Crimes Hediondos tem sido objeto de grandes debates teóricos. Abordada pelos mais ilustres juristas brasileiros, vem se destacando como um dos principais temas da literatura jurídica de nosso tempo, a começar por sua súbita edição.

A edição da Lei 8.072/90, de 25 de julho de 1990, era um imperativo da Constituição Federal de 1988, previsto em seu art. 5°, XLIII. Da promulgação da Carta de 1988 até o advento da referida lei passaram-se quase 02 anos. Apesar de outros projetos de assuntos idênticos tramitarem a algum tempo na Câmara dos Deputados, a Lei de Crimes Hediondos foi contemplada a ser editada, às pressas, sem a devida análise ou discussão maior por parte de juristas e da sociedade civil como um todo.

Junto à Lei 8.072/90 advieram inúmeras imprecisões e conflitos. A referida Lei, em verdade, foi elaborada em resposta à crescente onda de violência vivida pela sociedade brasileira das décadas de 80 e início de 90. Havia naquela ocasião um aumento desenfreado de crimes, principalmente extorsão mediante seqüestro, o que requeria repressão, sobretudo em razão dos crimes que atingiam pessoas de grande projeção social. A sociedade brasileira se encontrava em pânico, aterrorizada, acuada, com a ocorrência rotineira de crimes cada vez mais cruéis.

A Lei dos Crimes Hediondos aumentou a pena de diversos crimes, proibiu a concessão de liberdade provisória, eliminou a possibilidade de progressão de regime prisional, mas, infelizmente, não conseguiu diminuir os chamados "crimes hediondos", tendo como resultado, segundo Almeida (2005, p. 91): "... o surgimento de uma classe

de delinqüentes sem esperança de um dia saírem da prisão e que, de dentro dela, começaram a comandar o crime e a promover sangrentas rebeliões, muitas vezes transmitidas ao vivo pela televisão".

Como vemos, a segurança no Brasil é um problema que tem se evidenciado em todos os estados da federação. A violência tornou-se um problema cotidiano, o que tornou a preocupação dos brasileiros algo evidente, transformado num fator de pressão junto ao poder político, no sentido de se exigir a adoção de medidas preventivas mais eficazes e repressivas mais severas.

As últimas décadas foram marcadas por inúmeras atrocidades, dentre as quais podemos destacar: a abundância de seqüestros no Rio de Janeiro e a generalizada intensificação do tráfico e o uso indevido de substâncias entorpecentes. Tudo isso tudo deu origem à formação de consciências favoráveis a reações punitivas mais severas em relação aos seus responsáveis.

2.1 Ambiente que deu origem à edição da Lei 8.072/90

O Governo Brasileiro, ao longo do tempo, tem procurado adotar medidas para inibir a violência, visando proporcionar à sociedade uma maior sensação de segurança. Entretanto, a maior parte dessas medidas são arbitrárias e inconstitucionais. Temos como exemplos a criação do RDD – Regime Disciplinar Diferenciado e edições de leis mais severas. Além disso, temos propostas tão extravantes quanto, por exemplo, tentativa de introduzir pena de morte, prisão perpétua e trabalhos forçados em locais inóspitos e redução da maioridade penal, entre outras.

Nesse sentido, Batista (2001: 25) critica:

> Com o aumento da criminalidade comum nos países periféricos e a expansão do terrorismo nos grandes centros mundiais, o anseio por medidas capazes de inibir a violência e gerar uma maior sensação de segurança engendra a adoção de soluções mirabolantes, absurdas e, na maioria das vezes, arbitrárias e inconstitucionais. Redução da idade de responsabilidade penal, pena de morte, prisão perpétua e trabalhos forçados em locais inóspitos são algumas das propostas apresentadas principalmente pela mídia e por políticos aproveitadores, verdadeiros inimigos da democracia, capazes de fazer do medo alheio o instrumento perfeito para a consecução de seus objetivos.

Assim foi que, em resposta à acentuada e generalizada intensificação do tráfico e do uso indevido de substâncias entorpecentes, surgiu a Lei 5.726/71. Após 05 anos esta foi substituída pela Lei 6.368/76, que regulou de forma ainda mais severa o tráfico e o uso indevido de substâncias entorpecentes, vez que majorou as sanções existentes, incriminou de forma autônoma o porte para uso próprio e estabeleceu um procedimento mais rígido e célere para disciplinar a ação penal contra os acusados da prática de tais crimes.

Apesar disso, o tráfico de drogas continuou a crescer. A criminalidade aumentou, alcançando índices cada vez mais alarmantes. Nesse sentido, Leal (1996: 12) assevera:

> Nos dias de hoje, a luta das forças policiais e da própria justiça criminal contra quadrilhas organizadas que operam o tráfico ilícito de drogas na cidade do Rio de Janeiro e principais cidades da Baixada Fluminense representa a face mais ostensiva, mais violenta e mais dramática deste grave fenômeno criminal. Ante o olhar atônito e, muitas vezes, de revolta dos moradores das principais favelas cariocas, uma verdadeira guerra vem sendo travada contra bandos organizados e detentores de armamentos altamente sofisticados, que controlam o tráfico ilícito de substâncias entorpecentes, na capital carioca. Vale salientar que não é raro o apoio dos moradores das favelas aos "traficantes fora da lei", como também não tem sido rara a condenação dos métodos utilizados pelas forças da ordem, no combate a esse tipo de delinqüência.
> A situação é verdadeiramente caótica. Após a intervenção do Exército, no final de 94 e início de 95, o problema da guerra ao tráfico perece ter-se agravado ainda mais. As favelas e os morros do Rio de Janeiro são invadidos e vasculhados pelas forças policiais sem qualquer respeito à ordem jurídica. Mortes execuções sumárias de traficantes e de policiais civis e militares ocorrem diariamente. Direitos e garantias individuais dos moradores das dezenas de favelas cariocas não são respeitados. O medo, o pavor, a insegurança e o desespero tomaram conta desses milhões de marginalizados da sociedade do bem-estar social, que vivem a desesperança de serem

> cidadãos sem cidadania no interior do seu Estado, cujos mecanismos formais de controle social perderam completamente a eficácia.

Além do problema do tráfico, não podemos olvidar dos seqüestros na cidade do Rio de Janeiro. Os casos mais marcantes que contribuíram efetivamente para a criação da Lei dos Crimes Hediondos foram os seqüestros dos empresários Roberto Medina e Abílio Diniz. Esses dois casos famosos geraram comoção nacional.

O publicitário Roberto Medina foi seqüestrado no dia 06 de junho de 1990 e mantido num cativeiro na zona oeste do Rio de Janeiro por 16 dias. Nos cinco primeiros dias, ficou sem comer. Chegou a trocar socos com os bandidos e foi torturado.

Em entrevista à Revista Época (edição de 07/01/2002), ao jornalista Marceu Vieira, 11 anos após o seqüestro, Roberto Medina narra o ocorrido:

> Foi uma razão singela, o medo de morrer, que levou o publicitário Roberto Medina a cumprir, por mais de 11 anos, um obsequioso silêncio sobre o episódio mais marcante de sua vida – o seqüestro que sofreu em 6 de junho de 1990. Medina passou 16 dias num cativeiro fétido, na Zona Oeste do Rio de Janeiro. Nos cinco primeiros, ficou sem comer. Chegou a trocar socos com os bandidos e foi torturado. Ao ser libertado, ouviu de Mauro Luís Gonçalves de Oliveira, o Maurinho Branco, um dos seqüestradores: "Se falar, morre". Maurinho foi fuzilado pela Polícia Federal duas semanas depois do fim do seqüestro, mas Medina guardou silêncio até a última semana de 2001, quando recebeu ÉPOCA para recordar seu calvário.
> "Nunca falei essas coisas e pretendo nunca mais voltar a falar". Entre os detalhes do seqüestro que só agora o empresário esclarece, um chama a atenção pela coação que o bandido conseguiu exercer mesmo após o fim do cativeiro. Depois do pagamento do resgate – "Uma nota preta", diz, sem confirmar os US$ 2,5 milhões anunciados na ocasião –, o publicitário deixou o cativeiro com um gavião preso numa gaiola. "A ordem de sair com o pássaro partiu de Maurinho Branco", recorda. "Se eu me separasse do bicho, mataria meu filho".
> Nas conversas com Medina, Maurinho também revelou planos de viver nos Estados Unidos como bandido. Até um conselho pediu: em que Estado americano ele poderia realizar o sonho? "São coisas que procurei deletar da memória", diz Medina. Seu relato, 11 anos e meio depois, mostra que essa é uma lembrança difícil de apagar.

Nesse contexto, em 1990, foi aprovada a Lei dos Crimes Hediondos. A sociedade reivindicou soluções e exigiu que o poder estatal tomasse uma medida para

resolver toda aquela situação. O Governo não tardou e deu como resposta a Lei 8.072, mais severa, na tentativa de acalmar os ânimos e dar uma resposta à sociedade.

Ao discutir a edição da Lei 8.072/90, Monteiro (1999: 4) assevera:

> Para tentar explicar essa pressa, o que não justifica de forma alguma as imprecisões contidas e os conflitos gerados, devemos entender o momento de pânico que atingia alguns setores da sociedade brasileira, sobretudo por causa da onda de seqüestros no Rio de Janeiro, culminando com o do empresário Roberto Medina, irmão do deputado federal pelo Estado do Rio de Janeiro, Rubens Medina, considerado a gota d'água para a edição da lei.
> O clima emocional para o surgimento de dispositivos duros que combatessem os chamados crimes hediondos estava assim criado. A sociedade exigia uma providência drástica para por fim ao ambiente de insegurança vivido no País. O Governo precisava dar ao povo a sensação de segurança.

Dois anos após a edição da Lei de Crimes Hediondos, a atriz brasileira, Daniella Perez, filha da autora de telenovelas Glória Perez, foi brutalmente assassinada aos 22 anos pelo seu companheiro de trabalho, o ex-ator Guilherme de Pádua, 23 anos, e sua esposa Paula Nogueira Thomaz, 19 anos. A vítima sofreu uma emboscada num posto de gasolina no Rio de Janeiro, foi arrastada para um matagal e submetida a 18 golpes de punhal. Daniella morreu no dia 28 de dezembro de 1992.

O caso, mais uma vez, gerou comoção social e revolta, tendo em vista que os assassinos cumpriram apenas seis anos dos dezenove a que foram condenados. Desde 1999 estão em liberdade condicional. A sensação de impunidade gerou indignação popular e precipitou a alteração da Lei dos Crimes Hediondos: a partir daí, o homicídio qualificado praticado por motivo torpe ou fútil ou cruel foi incluído na Lei dos Crimes Hediondos, que não permite pagamento de fianças e impõe que a pena deve ser cumprida integralmente em regime fechado.

Hoje, nos perguntamos se a Lei de Crimes Hediondos atingiu seu objetivo de diminuir a criminalidade, se realmente contribuiu para aumentar a segurança no Brasil

ou se foi apenas mais uma tentativa frustrada nessa luta contra a criminalidade. O que podemos observar, na realidade, é que a situação, desde a edição da referida lei até os dias atuais, tem piorado patentemente.

Assistimos a uma verdadeira guerra entre a polícia e a justiça contra quadrilhas organizadas que operam o tráfico ilícito de entorpecentes. A guerra vem sendo travada contra bandos organizados, detentores de armamentos altamente sofisticados e controladores do tráfico de drogas. Cada vez mais organizados, os criminosos enfrentam a polícia frente a frente. Essa situação causa uma sensação de insegurança, pois não podemos afirmar como certeza com quem efetivamente está o controle da situação, se Governo ou bandidos.

Nesse diapasão, afirma Monteiro (1999: 4):

> Ainda é cedo para saber se a Lei de Crimes Hediondos atingiu o objetivo de diminuir a criminalidade e criar um clima de maior segurança na população. Temos dúvida quanto a isso, mesmo porque recentes pesquisas realizadas nos mostram ser a segurança o maior problema em quase todos os estados da Federação. E não é para menos. No dizer de muitos críticos não é com o dar qualificativo a esse ou àquele crime rotulando-o de hediondo; não é aumentando sensivelmente a pena, ou mesmo criando dispositivos que aparentemente impeçam qualquer benefício aos condenados que as quadrilhas de traficantes ou organizações dos seqüestros serão desmantelas. A realidade é bem outra, e após a vigência desta lei, os casos de seqüestros não só não diminuíram, mas vêm aumentando. Do Rio de Janeiro onde no ano de 1990 se verificam trinta e dois seqüestros, tipificando o crime de hediondo de "extorsão mediante seqüestro", e dos quais apenas dezesseis já estão na Justiça, este tipo de ação espalhou-se para todo País. A gravidade dos casos também aumentou, e muitas vítimas foram assassinadas, umas antes e outras após o pagamento do resgate.
> O tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins é manchete diária em todos os jornais. A polícia vem agindo com relativo sucesso, mas a grande quantidade de drogas apreendidas, sobretudo de cocaína pura, bem revela como amostra o quanto não se trafica neste país, sobretudo no eixo Mato Grosso-Rio-São Paulo.

Atualmente, os criminosos se organizam em facções criminosas que atuam dentro e fora dos presídios brasileiros, tais como: o Comando Vermelho - CV, no Estado

> à cidadania desses milhões de marginalizados, excluídos da sociedade, é inútil esperar por uma solução política e juridicamente satisfatória e permanente: enquanto vivermos numa sociedade dividida entre ricos e pobres; entre poucos muito ricos e muito pobres, enfim, enquanto convivermos com a opulência que afronta e a miséria que revolta e desespera, continuaremos a também conviver com índices e formas de criminalidade violenta que extrapolam os limites da tolerância e que geram descontrole, a insegurança e o pânico coletivos.

É preciso compreender que a violência não se dá apenas com a criminalidade, existem outras formas de violência facilmente observadas em nosso meio social, como a violência que exclui, que condena grande parte da população brasileira a fome, a miséria, a baixos salários que não suprem necessidades básicas da pessoa humana, ao latifúndio improdutivo, ao trabalho forçado do menor, a prostituição infantil e a carência de políticas públicas adequadas na esfera social.

2.2 Movimento da Lei e da Ordem e a Lei 8.072/90

Observamos que muitas normas penais têm sido apresentadas à opinião pública como o meio ideal para reduzir a insegurança que assola a toda à população. Percebemos, assim, um certo despreparo, por parte de nossos governantes, no que tange ao combate ao crime.

Sob a influência do Movimento da Lei e da Ordem, o Legislador Constituinte determinou no inciso XLIII, art. 5° dos direitos e garantias fundamentais do Cidadão que a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a pratica da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que podendo evitá-los, se omitirem.

O Movimento da Lei e da Ordem, *Law and Order*, surgiu na década de setenta, significa uma ideologia típica da sociedade norte-americana e tem conquistado cada vez mais adeptos entre nós. Segundo essa ideologia, a pena se justifica como um

castigo. Os delitos mais graves devem ser castigados com penas mais severas e duradouras incluindo as penas de morte e perpétua. Por sua vez, as penas por estes crimes devem ser cumpridas em penitenciárias de máxima segurança. A prisão provisória deve ser ampliada de tal maneira que suponha uma imediata resposta ao delito e os poderes individuais dos juizes devem ser reduzidos, bem como, controle judicial na execução, devendo esta ficar a cargo, quase exclusivamente, das autoridades penitenciárias.

No Movimento da Lei e da Ordem, às políticas penais de ressocialização são deixadas de lado, devendo a lei restituir a ordem, agravando as penas, punindo com mais rigor os criminosos perigosos ou reincidentes. A essência do movimento é: "aquele que faz, deve pagar".

Sobre o tema, Franco (2005: 83) aduz que:

> Não há dúvida de que as valorações político-criminais próprias do Movimento da Lei e da Ordem (Law and Order) se fizeram presentes à retaguarda do posicionamento assumido pelo legislador constituinte. O que, em verdade, essa corrente político-criminal, surgida na década de setenta e com reflexos nas décadas imediatas do Século XX, tomava em consideração? Antes de tudo, a premissa de que o tratamento dado à criminalidade se mostrava extremamente brando e isso era devido a perspectivas dogmáticas sofisticadas e a considerações de ordem sociológica. Era necessário "voltar ao básico, àquilo que a gente comum entende como bem e mal", ou seja, "à criminologia da vida cotidiana". As grandes construções teóricas só serviam, em verdade, para aumentar a criminalidade. Tornava-se imprescindível repropor a ordem – não à justiça – como valor supremo. As taxas de criminalidade tinham sofrido grande incremento porque foram minimizadas as possibilidades da prisão, da condenação e da imposição de penas graves. A lei deveria restabelecer a ordem agravando os níveis punitivos e penalizando, com o rigor até da pena de morte, os criminosos perigosos ou reincidentes. Nenhuma indulgência teria cabimento. "Quem faz, paga" é a proposta de núcleo concentradamente retributivo adotada pelo Movimento da Lei e da Ordem.

Assim, vimos que a ideologia do referido movimento busca desenfreadamente a materialização da justiça. Alega-se que os atentados terroristas e a violência urbana só poderão ser contidos com a edição de leis mais severas, que

imponham a pena de morte e longas penas privativas de liberdade. Esses seriam os únicos remédios capazes de solucionar a criminalidade, o único meio capaz de intimidar e paralisar os criminosos.

No entanto, editar leis mais severas em países como o Brasil, onde impera a impunidade e as leis vigentes não são aplicadas, parece não ser a forma ideal para prevenir e reduzir a criminalidade. Pelo contrário, percebemos que o efeito tem sido inverso, contrariando, muitas vezes, a própria essência do Estado Democrático de Direito, pois com a adoção de tais medidas, muitos dos princípios mais basilares da nossa Constituição têm sido, constantemente, violados.

O Movimento da Lei e da Ordem concebe a criminalidade como uma doença infecciosa, onde de um lado teríamos as pessoas sadias, incapazes de cometer quaisquer tipos de crimes, e do outro, teríamos a parte nociva, o lado doente da sociedade. Assim, sob esse ponto de vista, é necessário declarar uma guerra contra a parte desviada da sociedade. Essa parte nociva representa uma mancha inaceitável numa sociedade perfeita, na qual impera a ordem, onde, portanto, é preciso eliminar esse mal. Nesse sentido, o delinqüente é tido como um inimigo e isso é nada mais que a expressão do Direito penal do inimigo de Jakobs, segundo o qual alguns criminosos devem ser tratados como inimigos e não como cidadãos.

Sobre o Direito Penal do inimigo, Gomes (2006: 1) assevera:

> [...] "Direito penal do inimigo", que é uma idéia difundida mais recentemente na América Latina (estamos nos referindo à doutrina de Jakobs, *Derecho penal del enemigo*, Madrid: Thonson-Civitas, 2003, obra que tem como co-autor Cancio Meliá). Todo endurecimento penal ofensivo à dignidade humana, para além de constituir expressão desse modelo de "direito" penal, enquadra-se no movimento punitivista simbólico e emergencial, desenvolvido desde os anos 80, sobretudo na Itália (para combater inicialmente - as organizações mafiosas).

Esse pressuposto põe em risco todas as conquistas humanitárias do nosso tempo e acaba por desencadear uma política criminal que apela desmesuradamente para a pena. Segundo Franco (2005: 87):

> [...] a suspeita geral de que os órgãos institucionalizados de controle social não tinham mais capacidade de reagir, presos às complicações de suas engrenagens, amarrados à sua própria burocracia, incapazes, portanto, de responder, pronta e efizmente, às ações delinqüenciais. Como enfatiza Antônio García-Pablos de Molina, o temor do cidadão de tornar-se vítima de delito, acarreta "desconfiança para com o sistema e suas instituições, fomenta a autoproteção da vítima à margem da lei com riscos de notórios excessos defensivos, modifica os estilos de vida de amplos setores da população gerando contínuos comportamentos não solidários para com outras vítimas e desencadeia, logicamente, uma política criminal passional, baseada num rigor desmedido no apelo à pena, que põe em perigo, as conquistas racionais e humanitárias de nosso tempo. Em momentos de crise, o medo ao delito costuma ser manipulado por opções concretas, capazes de instrumentalizar, a seu serviço, conhecidos mecanismos psicossociais".

A maximização do direito penal poder ser lesiva para toda sociedade, mais ainda para as classes mais deprimidas, que representam a parte mais fraca do corpo social. É preciso minimizar o poder institucionalizado e não ampliar a interferência do Estado nas relações sociais e, nesse sentido, Rogério Greco (2005: 63) assevera:

> Entendemos que os princípios, dado o seu caráter de norma superior às demais existentes no ordenamento jurídico, servem de garantia a todos os cidadãos, num Estado Constitucional e Democrático de Direito, contra as tentativas do Estado em se arvorar em senhor onipotente.

A observância dos princípios é imprescindível para que o nosso sistema penal seja humanitário, voltado para um direito penal mínimo e garantista. Não podemos admitir que em face da crescente criminalidade que assola nosso País, direitos fundamentais sejam violados, tornando o garantismo penal uma utopia, porque, dessa forma, o direito penal correria o sério risco de perder sua legitimidade, pois atentaria contra bens que na verdade deveria estar protegendo.

Há uma verdadeira contradição, pois observamos que quanto maior a utilização do direito penal como solução para quase todo tipo de conflitos, menor acaba sendo sua eficácia na prevenção e redução de crimes. Embora o aumento do rigor

repressivo seja aparentemente necessário para impor a ordem e estabelecer a tão sonhada segurança, podemos perceber que tal medida acaba por enfraquecer o Estado Democrático de Direito, atingindo o princípio da dignidade da pessoa humana.

Assim, entendemos que a partir do instante em que o direito penal é empregado de forma excessiva, com certeza, estar-se-á violando o princípio da intervenção mínima; se for utilizado de forma desproporcional, acabará, inevitavelmente, por transgredir o princípio da proporcionalidade; se sua aplicação for desumana, atentará contra o princípio da humanidade; se for desigual, infringirá o princípio da igualdade. Nesse sentido, o direito penal se torna arbitrário.

Sabemos que um sistema penal perfeito e justo é mera utopia, no entanto, não é utópico querer um modelo legítimo, que garanta a todos, principalmente às classes menos favorecidas, a observância dos direitos fundamentais. Como bem afirmou Luigi Ferrajoli, a justiça perfeita não é deste mundo, mas a legitimidade que tanto aspiramos pode ser. Assim, em conformidade com o renomado autor (2002: 271), temos:

> "Garantismo", com efeito, significa, precisamente a tutela daqueles valores ou direitos fundamentais, cuja satisfação, mesmo contra os interesses da maioria, constitui o objetivo justificante do direito penal, vale dizer, a imunidade dos cidadãos contra a arbitrariedade das proibições e das punições, a defesa dos fracos mediante regras do jogo iguais para todos, a dignidade da pessoa do imputado, e, conseqüentemente, a garantia da sua liberdade.

Segundo a teoria do Garantismo Penal idealizada por Ferrajoli, na briga de forças entre a liberdade do homem e o poder estatal, nada mais coerente que ampliar ao máximo a liberdade do homem e restringir ao nível necessário o *jus puniendi*. Não é o abolicionismo que o garantismo propõe. O Garantismo é o modelo de direito consistente numa liberdade regrada. É necessário encontrar um equilíbrio, como diria Aristóteles: "a virtude está no meio".

As mudanças almejadas no campo da segurança só serão alcançadas com a adoção de medidas socioeconômicas e políticas, na área da educação, saúde, transporte, trabalho e habitação. Enquanto a sociedade estiver dividida e não houver uma verdadeira inclusão social, o problema da violência no Brasil dificilmente será controlado ou solucionado somente com a mera edição de leis mais severas. Hoje, a sociedade amedrontada tem como premissa que o mundo do crime tem suas próprias leis, no qual valores éticos e políticos são estranhos ou indiferentes e as leis formais do Estado são inócuas e ineficazes.

3 CRIME HEDIONDO: CONCEITUAÇÃO

A conduta hedionda é aquela que, por sua gravidade objetiva, ou por seu modo ou meio de execução, ou ainda por sua finalidade, se mostra sórdida, asquerosa, depravada, horrorosa. Segundo o dicionário Aurélio, o vocábulo hediondo é de origem espanhola, e significa "repelente, repulsivo, horrendo". O crime hediondo é aquele que é cometido de forma brutal, sórdido, repugnante, conforme aduz Monteiro (1999:15):

> Teríamos assim um crime hediondo toda vez que uma conduta delituosa estivesse revestida de excepcional gravidade, seja na execução, quando o agente revela total desprezo pela vítima, insensível ao sofrimento físico ou moral a que a submete, seja quanto à natureza do bem jurídico ofendido, seja ainda pela especial condição das vítimas.

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 05º, inciso XLIII, assegura tratamento mais severo para os crimes hediondos, assegurando que:

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

Podemos apreender do texto constitucional, que o legislador constituinte cuidou de assegurar que os crimes de tráfico ilícito de entorpecentes, a tortura, o terrorismo como uma classe maior, imperativa, de crimes repugnantes, merecedores de tratamento penal mais severo, sendo chamados, por alguns doutrinadores, de crimes constitucionalmente hediondos, como bem afirma Leal (1996: 14):

> Esse contexto histórico é que, política e ideologicamente, motivou o constituinte de 1988 no sentido de introduzir, no art. 5°, do capítulo referente aos direitos e garantias individuais, o inc. XLIII, estatuindo que a "lei considerará inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática de tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, executores e os que podendo evitá-los, se omitirem". Verifica-se que o Constituinte de 88 tomou a iniciativa de considerar a tortura, o tráfico de drogas e o tráfico de drogas e o terrorismo como uma espécie maior, imperativa e categórica de crime profundamente

> repugnante e, portanto, merecedora de uma reação punitiva especificamente mais severa (inafiançabilidade e insuscetibilidade de graça ou anistia). São crimes constitucionalmente hediondos.

Logo em seguida, a Constituição de 1988 atribui ao legislador ordinário a tarefa de rotular outros delitos com a marca jurídica da hediondez. Assim, ficou a cargo do legislador infraconstitucional, a tarefa de optar por um critério capaz de classificar e definir os crimes hediondos.

Três sistemas foram propostos. Primeiramente, temos o sistema legal, segundo o qual, só a lei poderia apontar os crimes que deveriam ser considerados hediondos em rol taxativo. Nesse sistema, não há possibilidade de nenhuma avaliação discricionária por parte do magistrado, ou seja, se o delito consta no rol dos crimes hediondos, ele deverá considerá-lo como tal. Se não consta, não poderá avaliar se houve hediondez ou não no caso concreto.

Em seguida temos o sistema judicial, que prega justamente o oposto daquele sistema. Segundo o sistema judicial não compete ao legislador o encargo de enumerar os delitos tidos como hediondos, pelo contrário, tal tarefa cabe ao juiz, este sim é que deve avaliar, no caso concreto, a hediondez, a torpeza, a repugnância da infração cometida.

Por último, podemos citar o sistema misto, que contém a proposta intermediária, propondo que a lei traga em seu bojo, um rol exemplificativo, dando a possibilidade ao juiz de reconhecer outras hipóteses de hediondez de crimes não dispostos na relação.

O sistema que prevaleceu foi o legal, cabendo, portanto, à lei definir que crimes devem ser considerados hediondos, competindo ao juiz promover a adequação

típica e aplicar as conseqüências legais. Sobre a escolha do legislador pelo sistema legal, Monteiro (1999: 16) assevera que:

> Como já tivemos a oportunidade de mencionar, diversos foram os projetos de lei que cuidavam do tema. Alguns de forma mais abrangente deixavam a critério do juiz definir no caso concreto se conduta tipificava ou não o crime hediondo. Neste caso ele ia analisar a presença da violência física ou da grave ameaça; o requinte na execução; a dimensão do bem jurídico atingido; a intensidade da repulsa causada na comunidade; enfim, o crime hediondo seria definido pelo chamado *sistema judicial*. Contudo não foi este o adotado, como vimos, pela Lei n. 8.072/90. Ela preferiu utilizar a forma mais fácil, não deixar nada em aberto. Definiu o crime hediondo pelo chamado sistema legal, ou seja, enumerou-os de forma exaustiva. Assim, crime hediondo é simples e tão somente, aquele que, independentemente das características de seu cometimento, da brutalidade do agente, ou do bem jurídico do ofendido, estiver enumerado no art. 1° da lei. Estamos, assim, diante de um grupo de crimes que, embora de objetos jurídicos distintos e de outros elementos de afinidade discutível, têm o mesmo tratamento processual pela simples razão de que a lei assim o quis. Os crimes hediondos são em *numerus clausus*.
> Por que estes e não outros foram erigidos à condição de crimes hediondos? Por que a lei se preocupou em enumerar tais crimes em vez de adotar o sistema judicial ou mesmo o misto? É defensável que todo atentado violento ao pudor seja agora crime hediondo? E o que dizer da não-inclusão de certos homicídios praticados com requinte, ou até mesmo de outros crimes "menos graves" mas cuja motivação da prática se revestiu de sordidez total que repugna à primeira notícia dos jornais? Por que erigiu a lei um parâmetro e não outro?
> Qualquer resposta a estas questões não satisfará o crítico. A única resposta objetiva que se encontra é aquela de que a lei assim o quis. Não deixou a dúvida de quais poderiam ser os crimes hediondos. O projeto do Executivo assinado na época pelo Ministro da Justiça Saulo Ramos certamente era mais abrangente, não deixando de fora condutas que, sem dúvida, revestem-se de maior hediondez do que outras, que, pelo sistema adotado, são hoje crimes hediondos. Ao juiz, neste caso, não se lhe permite qualquer flexibilidade de interpretação, devendo pautar-se dentro do rígido princípio da reserva legal.

Inicialmente, o rol dos crimes hediondos, constante no artigo 1º, da Lei 8.072/90, trazia os seguintes crimes: latrocínio (art. 157, parágrafo, 3°, *in fine*); extorsão qualificada pela morte, (art. 158, § 2º); extorsão mediante seqüestro e na forma qualificada (art. 159, caput e seus §§ 1º, 2º e 3º); estupro (art. 213, caput e sua combinação com o art. 223, caput e parágrafo único); atentado violento ao pudor (art. 214 e sua combinação com o art. 223, caput e parágrafo único); epidemia com resultado morte (art. 267, § 1º); envenenamento de água potável ou de substância alimentícia ou medicinal, qualificada pela morte (art. 270, combinado com o art. 285); todos do Código Penal e o crime de genocídio, previsto nos artigos 1°, 2° e 3° da Lei 2.889, de 1º de outubro de 1956, tentado ou consumado.

Como podemos observar, a Lei 8072/90 não trazia no rol das infrações hediondas o crime de homicídio, possivelmente o mais grave de todos os delitos. Essa lacuna da lei passou a ser apontada pela doutrina brasileira como uma gravíssima contradição apresentada pela lei em comento.

Somente quatro anos depois, em 1994, com a edição da Lei 8.930, é que o crime de homicídio passou a figurar no rol de crimes hediondos. A partir dessa lei, os crimes de homicídio simples e homicídio qualificado, quando praticados em atividade típica de grupo de extermínio, passaram a externar a marca da hediondez. Além mais, o legislador de 1994 excluiu do rol de crimes hediondos a conduta de envenenamento de água potável ou de substância alimentícia ou medicinal, qualificada pelo resultado morte.

Em 02 de julho de 1998, o artigo 1°, da Lei 8.072/90, foi alterado novamente pela Lei 9.677, que acrescentou ao rol dos crimes hediondos o crime de falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais.

Atualmente, o artigo 1° da Lei dos Crimes Hediondos está exposto da seguinte forma:

> São considerados hediondos os seguintes crimes, todos tipificados no Decreto-Lei n° 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, consumados ou tentados:
> I – homicídio (artigo 121), quando praticado em atividade típica de grupo de extermínio, ainda que cometido por um só agente, e homicídio qualificado (artigo 121, § 2°, I, II, III, IV e V);
> II – latrocínio (art. 157, § 3°, *in fine*);
> III – extorsão qualificada pela morte, (art. 158, § 2°);
> IV – extorsão mediante seqüestro e na forma qualificada (art. 159, caput e seus §§ 1°, 2° e 3°);
> V – estupro (art. 213, caput e sua combinação com o art. 223, caput e parágrafo único);
> VI – atentado violento ao pudor (art. 214 e sua combinação com o art. 223, caput e parágrafo único);

> VII – epidemia com resultado morte (art. 267, § 1º);
> VII – A – VETADO
> VII – B – falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais (artigo 273, *caput* e § 1º-A e §1°-B, com redação dada pela Lei n° 9.677, de 2-7-1998).
> Parágrafo único. Considera-se também hediondo o crime de genocídio previsto nos artigos 1°, 2° e 3° da Lei 2.889, de 1º de outubro de 1956, tentado ou consumado.

Aqui, o legislador enumera taxativamente os crimes hediondos, com isso, temos que um crime só será hediondo se constar no rol previsto na Lei 8.072/90, não havendo margem para nenhuma análise discricionária do juiz.

O legislador acabou por deixar de fora delitos como o seqüestro e o roubo com emprego de arma. Ao excluir tais condutas do rol taxativo de crimes hediondos, o legislador não atentou para o fato de que tais crimes também poderiam ser considerados hediondos se analisados no caso concreto.

Nesse sentido, Capez (2005: 88) adverte que:

> A Lei n. 8.072, de 25 de julho de 1990, que entrou no dia seguinte, cumprindo o mandamento constitucional e adotando o critério exclusivamente legal, enumerou taxativamente, em seu art. 1°, todos os crimes hediondos. Diante da enumeração taxativa, ficaram excluídos os delitos não indicados na disposição, tais como o seqüestro e o roubo qualificado pelo emprego de arma, pouco importando que em determinado caso concreto essas condutas revistam-se de excepcional repugnância. Por outro lado, o sistema legal, por sua própria rigidez, deixou pouco campo para a avaliação discricionária da especial repugnância da conduta no caso concreto: se esta se enquadrar em um dos tipos selecionados como hediondos quase nenhuma margem interpretativa sobrará para o julgador. Assim, tanto o beijo lascivo quanto o coito anal cometidos consensualmente contra vítima não maior de 14 anos configuram atentado violento ao pudor e são consideradas crimes hediondos, embora haja enorme diferença na lesividade de um e de outro.

Assim, ao fixar os crimes hediondos em um rol taxativo, o legislador não deixou margem para uma avaliação discricionária pelo magistrado, pois muitas condutas não previstas na lei podem ser consideradas repugnantes se as trouxermos no caso concreto. Por outro lado, também fez com que ocorressem situações absurdas,

visto que algumas condutas elencadas na referida lei como hediondas, no caso concreto podem não o ser.

Nesse sentido, Franco (2005: 96-97) critica:

> O texto legal pecou por sua indefinição a respeito da locução "crime hediondo", contida na regra constitucional. Em vez de fornecer uma noção, tanto quanto explícita, do que entendia ser hediondez do crime, o legislador preferiu adotar um sistema bem mais simples, ou seja, o de etiquetar, com a expressão "hediondo", tipos já descritos no Código Penal ou em lei penais especiais.
> Dessa forma, não é "hediondo" o delito que se mostre "repugnante, asqueroso, sórdido, depravado, abjecto, horroroso, horrível", por sua gravidade objetiva, ou por seu modo ou meio de execução, ou pela finalidade que presidiu ou iluminou a ação criminosa, ou pela adoção de qualquer critério válido, mas sim aquele crime que, por um verdadeiro processo de colagem, foi rotulado como tal pelo legislador.

Como determina o já citado artigo 05º, inciso XLIII, da constituição Federal, a Lei 8.072/90 proíbe a concessão de anistia, graça, indulto; da fiança e da liberdade provisória. É o que podemos apreender do art. 02º da lei em comento, que segue *in verbis:*

> Os crimes hediondos, a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo são insuscetíveis de:
> I – anistia, graça e indulto;
> II – fiança e liberdade provisória.

A referida lei estabelece, ainda, em seu artigo 2º, §1º, a obrigatoriedade do cumprimento integral da pena em regime fechado. Prevendo, ainda, um prazo maior para prisão temporária no caso de crime hediondo, enquanto para os outros crimes a prisão temporária é de 05 (cinco) dias, prorrogável por igual período, para os delitos elencados na Lei nº 8.072/90, o prazo é de 30 (trinta) dias, também prorrogável por igual período.

Nos itens seguintes vamos analisar os crimes taxados como hediondos pela Lei nº 8.072 de 1990.

No entanto, tal posicionamento não é unânime, juristas como Damásio de Jesus (1995) afirmam que a Lei nº 8.930/94 não criou uma figura típica de crime de homicídio, não se trata, portanto, de um novo tipo simples ou qualificado, tampouco se trata de uma elementar do tipo. No mesmo sentido, Capez (2005: 91) afirma:

> Entendemos que o fato de ser o homicídio cometido em atividade típica de grupo de extermínio não constitui circunstância qualificadora, tampouco elementar do tipo, não devendo ser indagada do Conselho de Sentença porque se insere dentro de competência exclusiva do Juiz Presidente. Com efeito, o cometimento em atividade típica de grupo de extermínio não sujeita o autor a novos limites de pena, nem provoca atipicidade relativa (enquadramento da conduta em novo tipo incriminador). A nova conceituação provocará tão-somente a incidência de efeitos processuais e penais mais gravosos, tais como proibição de liberdade provisória e de indulto e cumprimento integral da pena em regime fechado, questões que evidentemente refogem ao âmbito de apreciação do Conselho de Sentença.

Ainda, conforme o artigo 1°, da Lei de Crimes Hediondos, temos que o homicídio qualificado, tentado ou consumado, deve ser considerado crime hediondo, ou seja, restando reconhecidas qualquer das circunstâncias qualificadoras legais, subjetivas ou objetivas, o crime receberá, indiscutivelmente, a marca da hediondez. Sobre o tema, Leal (1996: 58) aduz que:

> Reconhecidas qualquer das circunstâncias qualificadoras legais (subjetivas ou objetivas: mediante paga ou promessa de recompensa; motivo torpe ou fútil; emprego de veneno, fogo; à traição etc.), a marca da hediondez será inevitável e o tipo penal descrito no art. 121, §2°, incisos I a V do CP, sujeitará seu autor às conseqüências punitivas gravíssimas, estabelecidas na LCH.

Vale lembrar que o homicídio privilegiado não é crime hediondo. O privilégio só pode ser aplicado ao homicídio simples, e este só pode ser considerado hediondo quando praticado em atividade típica de grupo de extermínio. Assim, não é possível que alguém, logo em seguida a uma injusta provocação e sob o domínio de violenta emoção, pratique um homicídio em atividade típica de grupo de extermínio, em que a frieza e a premeditação são imprescindíveis.

No que diz respeito ao homicídio privilegiado-qualificado, entendemos que o reconhecimento do privilégio afasta a hediondez do homicídio qualificado, pois no concurso entre as circunstâncias objetivas (qualificadoras que convivem com o privilégio) e as subjetivas (privilegiadoras), essas últimas, de acordo com o artigo 67 do CP, deverão preponderar.

3.1.2 Latrocínio

A Lei 8.072/90 também apresenta como sendo hediondos, os crimes de latrocínio (art. 157, §3°, *in fine*); extorsão qualificada pela morte (art. 158, §2°); extorsão mediante seqüestro, na forma simples ou qualificada (art. 159, *caput,* e seus §§ 1°, 2° e 3°); estupro (art. 213, *caput*, e parágrafo único) e atentado violento ao pudor (art. 214 e sua combinação com o art. 223, *caput*, e parágrafo único).

O crime de latrocínio ou roubo qualificado pela morte é mais uma hipótese de crime qualificado pelo resultado. Ao invés de uma lesão corporal grave, nesse tipo, a violência empregada pelo agente, visando subtrair a coisa alheia móvel, ocasiona a morte da vítima.

O *animus* inicial do agente é de subtrair a coisa alheia para si, e não de matar a vítima, porque se assim fosse, não estaríamos diante de um crime de latrocínio, mas de um homicídio qualificado por motivo torpe, com o objetivo de assegurar a execução, a ocultação, à impunidade ou a vantagem de outro crime, em concurso material com o roubo simples, que se encontra previsto no art. 121, § 2°, I e V, do Código Penal.

O latrocínio é, portanto, um crime preterdoloso, uma vez que em relação à morte da vítima, o agente age culposamente. Nesse sentido, Franco (2005: 379) assevera:

> Cuida-se de mais uma hipótese de crime qualificado pelo resultado. No caso, em vez de lesão corporal grave, a violência física posta em prática pelo agente, para efeito de concretizar a subtração de coisa alheia móvel, acarreta a morte da vítima. É óbvio que o agente não tem, nessa situação, por objetivo primeiro a intenção de matá-la para executar, depois, a subtração. A morte não é, portanto, querida, nem o agente assue o risco de produzi-la, porque o tipo adequado, nesse caso, não é o do § 3° do art. 157 do Código Penal, mas, sim, o do art. 121, § 2°, I e V, do Código Penal: "Matar alguém", "por motivo torpe", "para assegurar a execução, a ocultação, a impunidade, ou vantagem de outro crime", em concurso material com o roubo simples ou agravado, consumado ou apenas tentado. A morte não expressa, portanto, um tipo subjetivo doloso. O resultado "morte" decorre de um proceder culposo do agente na execução do delito de roubo, não da explicitação de um *animus necandi*. E, por isso, o *plus* qualificador deve ser debitado a ele a título de culpa para que não seja por pura responsabilidade objetiva. Como observa Heleno Cláudio Fragoso, nos delitos qualificados pelo resultado, "há um misto de dolo e culpa: o crime basicamente doloso torna-se mais grave, se sobrevém resultado culposo (não querido, nem mesmo eventualmente) derivado da inobservância do cuidado exigível". No Código Penal, são detectáveis várias figuras delituosas que obedecem a essa linha de montagem. Assim, são construídos os tipos de extorsão qualificada, de extorsão mediante seqüestro qualificada, de estupro qualificado, atentado violento ao pudor qualificado, lesão corporal seguida de morte, etc.

A Lei n° 8.072/90 não alterou conceitualmente o crime de latrocínio, previsto no artigo 157, § 3°, do Código Penal, apenas deu um tratamento penal mais rigoroso para este tipo penal, vez que aumentou a pena mínima que antes era de 15 (quinze) passou para 20 (vinte) anos, mantido o limite máximo de 30 (trinta) anos de reclusão, estando ainda sujeito ao aumento de metade da pena, prevista no artigo 9° da lei em comento, que acaba por igualar o mínimo ao máximo da sanção cominada, 30 (trinta) anos de reclusão.

Quanto à tentativa no crime de latrocínio, a questão é divergente, pois se trata de um crime preterdoloso. Os problemas podem surgir quando um dos elementos do crime não se consuma. Nos casos em que a morte e a subtração forem consumadas, teremos, indiscutivelmente, um latrocínio consumado.

No entanto, pode ocorrer que a morte seja consumada, mas a subtração não. Neste caso a doutrina é divergente, apresentando, segundo Monteiro (1999), cinco correntes.

A primeira delas diz que, nesses casos, teremos um latrocínio tentado. A segunda corrente afirma que a hipótese em questão configura um homicídio qualificado consumado em concurso material com o roubo tentado.

Para uma terceira corrente, afigura-se um homicídio qualificado consumado em concurso formal com furto tentado. A quarta corrente concebe tal conduta como sendo um homicídio qualificado, e, para uma quinta corrente, trata-se de um latrocínio consumado.

Essa última corrente é a que predomina no Supremo Tribunal Federal, conforme podemos aferir da sua Súmula 610 desta Egrégia Corte, senão vejamos: "há crime de latrocínio quando o homicídio se consuma, ainda que não realize o agente subtração dos bens da vítima".

Para a morte tentada e a subtração consumada, são duas as soluções apontadas pela doutrina. Uma delas assegura que neste caso temos uma tentativa de homicídio qualificado pela finalidade; e a outra, afirma que se trata de um latrocínio tentado. E, no caso de uma morte tentada e subtração tentada, teremos um latrocínio tentado.

Vale lembrar que a ação penal no crime de latrocínio é pública incondicionada e seu julgamento é de competência do juiz singular e não do tribunal do

júri, uma vez que se trata de um crime contra o patrimônio, mesmo havendo o elemento morte. Tal entendimento já se encontra sumulado no Supremo Tribunal Federal, no verbete 603 que preconiza: "a competência para o processo e julgamento de latrocínio é do juiz singular e não do tribunal do júri".

3.1.3 Extorsão

O crime de extorsão, como vimos, também recebeu a marca da hediondez, nas formas simples e qualificada.

A extorsão vem tipificada no artigo 158 do Código Penal, que dispõe:

> Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, e com o intuito de obter para si ou para outrem indevida vantagem econômica, a fazer, tolerar que se faça ou deixar de fazer alguma coisa.

A conduta no crime de extorsão deve ter como finalidade a obtenção de vantagem econômica indevida, assim, se houver o emprego de violência ou grave ameaça, mas a vantagem for devida, não configurará o crime de extorsão. Neste caso, teremos o crime de "exercício arbitrário das próprias razões" previsto no artigo 354 do Código Penal.

Ademais, a vantagem indevida exigida para que se configure o crime de extorsão deve, necessariamente, produzir efeitos de natureza econômica em proveito do agente ou de outrem.

Quanto à consumação e à tentativa, existe uma discussão na doutrina. Segundo Monteiro (1999), parte da doutrina, como Hungria, Fragoso e Damásio,

entende que se trata de crime formal. Se considerarmos o crime de extorsão como sendo formal, teremos que sua consumação se dará com a simples conduta do agente sobre a vítima, independentemente da obtenção ou não da indevida vantagem.

Contudo, há quem entenda que se trata de um crime material, sendo necessário que o agente obtenha a vantagem indevida para consumar o delito de extorsão.

A jurisprudência majoritária brasileira se coaduna com àquela corrente, portanto, não se exige a obtenção da vantagem indevida para consumar o crime, sendo admitida a tentativa, por ambas correntes, no caso, por exemplo, de a vítima não se deixar intimidar pelas ameaças do agente.

3.1.4 Extorsão mediante seqüestro

É manifesto que crime de extorsão mediante seqüestro é a mola propulsora da Lei 8.072/90. O grande número de incidência desta natureza gerou intranqüilidade social, recebendo especial atenção pelos meios de massa, sendo apontado como um problema social, de prioridade máxima, a ser solucionado urgentemente. Assim, o legislador concebeu a Lei dos Crimes Hediondos, uma solução mágica aos apelos sociais.

Em conseqüência, o artigo 06° da Lei 8.072/90, agravou todos os limites de pena mínimos previstos originariamente no Código Penal para este delito, desde sua forma simples à mais grave, que é a extorsão qualificada pelo resultado morte, alterando, assim, o artigo 159 do Código Penal, que agora dispõe:

> Seqüestrar pessoa com o fim de obter, para si ou para outrem, qualquer vantagem, como condição ou preço do resgate: Vide Lei nº. 8.072, de 25.7.90
> Pena - reclusão, de oito a quinze anos. (Redação dada pela Lei nº. 8.072, de 25.7.1990).
> § 1º Se o seqüestro dura mais de 24 (vinte e quatro) horas, se o seqüestrado é menor de 18 (dezoito) ou maior de 60 (sessenta) anos, ou se o crime é cometido por bando ou quadrilha. Vide Lei nº. 8.072, de 25.7.90 (Redação dada pela Lei nº. 10.741, de 2003)
> Pena - reclusão, de doze a vinte anos. (Redação dada pela Lei nº. 8.072, de 25.7.1990)
> § 2º - Se do fato resulta lesão corporal de natureza grave: Vide Lei nº. 8.072, de 25.7.90
> Pena - reclusão, de dezesseis a vinte e quatro anos. (Redação dada pela Lei nº. 8.072, de 25.7.1990).
> § 3º - Se resulta a morte: Vide Lei nº. 8.072, de 25.7.90.
> Pena - reclusão, de vinte e quatro a trinta anos. (Redação dada pela Lei nº. 8.072, de 25.7.1990).
> § 4º - Se o crime é cometido em concurso, o concorrente que o denunciar à autoridade, facilitando a libertação do seqüestrado, terá sua pena reduzida de um a dois terços. (Redação dada pela Lei nº. 9.269, de 1996).

Assim, a pena mínima descrita no *caput*, do artigo 159, do Código Penal, teve a pena mínima aumentada de seis para oito anos. A forma agravada pelo fato de o seqüestrado ser menor de 18 (dezoito) anos ou de o crime ser cometido por um bando ou quadrilha, teve sua pena mínima agravada de oito para 12 (doze) anos, e a forma qualificada pelo resultado lesão corporal grave teve a pena majorada de 12 (doze) para 16 (dezesseis) anos, e a extorsão com resultado morte teve a pena mínima aumentada de 20 (vinte) para 24 (vinte e quatro) anos de reclusão.

Outra inovação trazida pela Lei 8.072/90 foi à instituição de uma causa de diminuição de pena, criada especificamente para o crime de extorsão mediante seqüestro, positivada no artigo 7°, da referida lei, que acrescentou o §04°, ao artigo 159, do Código Penal. Trata-se de uma causa de redução, que diminui a pena de um a dois terços, nos casos em que o crime é praticado em concurso de pessoas, vindo a beneficiar o co-autor que denunciar o concorrente à autoridade, facilitando a libertação do seqüestrado.

Com esse dispositivo o legislador tinha como objetivo impedir prováveis desfechos trágicos, como por exemplo, a morte da vítima seqüestrada, como ocorreu em 1993, na cidade de Belo Horizonte, no qual uma criança de quatro anos foi morta. Além disso, é um meio de desmantelar as quadrilhas e efetivar a punição dos demais integrantes que realizaram o seqüestro.

No entanto, a delação premiada nos crimes de extorsão mediante seqüestro tem recebido severas críticas por parte da doutrina, que uma vez que, na prática, é raro observamos a aplicação dessa minorante ao caso concreto. Assim, aduz o mestre Damásio de Jesus (1994: 02):

> A chamada delação premiada ou traição benéfica não foi bem recebida nem pela doutrina nem pelos criminosos. Em mais de quatro anos de vigência, não temos notícia sequer de um caso em que alguém, fazendo parte de quadrilha, se tenha valido da traição aos companheiros para conseguir o benefício da lei. Já observávamos: nenhum quadrilheiro vai trair seus comparsas; se o fizer, conseguirá não a redução da pena delação, mas a morte como castigo de sua deslealdade. Além disso, dizíamos, a lei não é didática e não apresenta princípio cívico decente: ensina que trair é bom porque reduz a conseqüência do pecado capital.

Em vista disso, vale ressaltar que apesar da causa de redução de pena, a Lei de Crimes Hediondos conserva a conduta incriminada, ainda assim, o estigma da hediondez, com todos seus gravames: impossibilidade de fiança, liberdade provisória, indulto ou anistia, obrigatoriedade e regime fechado, dentre outros.

3.1.5 Estupro e Atentado Violento ao Pudor

Apenas dois dos crimes contra os costumes, previstos no Capítulo I do Estatuto Penal – Dos crimes contra a liberdade sexual – receberam a marca da hediondez, de acordo com a Lei 8.072/90. Um deles é o crime de estupro, positivado no

artigo 213, do CP, que dispõe: "Constranger mulher à conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça".

3.1.6 Estupro

O estupro é o primeiro crime contra a liberdade sexual, ele visa proteger a liberdade sexual da mulher. Este crime tem como sujeito passivo à mulher, seja ela quem for. O crime de estupro tutela o critério de eleição sexual da mulher, que se constitui num direito que não desaparece mesmo quando a mulher se dá a uma vida licenciosa, ou seja, ainda que venda seu corpo, a mulher conserva a faculdade de aceitar ou recusar o homem que a solicitar.

O sujeito ativo imediato, por sua vez, é o homem, só ele pode ser o agente executor desta infração, salvo raras exceções. Por isso, dizemos que se trata de um crime bi próprio, porque exige condições especiais dos sujeitos, tanto do ativo como do passivo.

Com a Lei 8.072/90, o crime de estupro teve suas penas majoradas de 03 (três) a 08 (oito) anos de reclusão, para reclusão de 06 (seis) a 10 (dez) anos, tendo, por tanto, sua pena mínima dobrada.

As formas qualificadas também tiveram suas penas acrescidas. A pena cominada para o estupro qualificado pela lesão corporal grave passou de 04 (quatro) a 12 (doze) anos, para 08 (oito) a 12 (doze) anos de reclusão, e a pena do crime de estupro qualificado pelo resultado morte passou de 08 (oito) a 20 (vinte) anos de reclusão, para 12 (doze) a 25 (vinte e cinco) anos.

3.1.7 Atentado violento ao pudor

O delito de atentado violento ao pudor está positivado no artigo 214, do Código Penal, que prescreve: "constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a praticar ou permitir que com ele se pratique ato libidinoso diverso da conjunção carnal".

Este tipo tutela a liberdade sexual da vítima, e, assim como o estupro, também é um crime hediondo. Diferentemente do crime de estupro, no atentado violento ao pudor não há divergência quanto aos sujeitos do delito, assim, qualquer pessoa pode vir a ser vítima desse crime, não se exige nenhuma qualidade especial do sujeito ativo, e tampouco do sujeito passivo.

Como vimos, no atentado violento ao pudor o agente pratica ato libidinoso diverso da conjunção carnal. Este ato é conceituado na doutrina como sendo uma conduta atentatória ao pudor, praticada com a finalidade de servir à lascívia do agente. Alguns desses atos são equivalentes à conjunção carnal, como o coito anal, coito oral, coito *interfemora,* cunnilingue, *anilingue.* O beijo praticado com fim erótico também pode ser considerado ato libidinoso, lembrando, porém, que todos esses atos devem ser praticados com a vítima coagida, pois a presença do constrangimento é imprescindível.

Com o advento da Lei dos Crimes Hediondos, a pena para o delito de atentado violento ao pudor passou a ser a mesma cominada ao crime de estupro, aplicando-se, agora, todas as variáveis impostas ao estupro, inclusive os limites máximos e mínimos e os acréscimos.

3.2 A Lei 8.072/90 abrange todas as modalidades de estupro e atentado violento ao pudor?

Os crimes de estupro e de atentado violento ao pudor podem ser classificados quanto ao seu resultado e quanto à violência empregada. Quanto ao resultado, tais condutas podem ser simples ou qualificadas, estando este tipo previsto no artigo 223, do Código Penal. A violência empregada pode ser real ou presumida, estando esta última prevista no artigo 224 também do CP.

Com o advento da Lei 8.072/90, passou-se a discutir se o legislador de 1990 havia abrangido todas as modalidades de estupro.

Parte da doutrina e da jurisprudência sustenta que os crimes de estupro e atentado violento ao pudor para serem considerados crimes hediondos, deveriam resultar da lesão corporal de natureza grave ou morte. A Lei nº. 8.072/90, em seu art. 01º, definiu o estupro como crime hediondo. Posteriormente, essa classificação foi confirmada pelo artigo 01º, da Lei 8.930, de 06 de setembro de 1994, que deu nova redação ao citado artigo 01º, da Lei dos Crimes Hediondos.

O artigo 01º da Lei 8.072/90, com a redação da Lei 8.930/94, preconiza que são considerados crimes hediondos os crimes: de estupro, art. 213 e sua combinação com o art. 223, *caput* e parágrafo único e atentado violento ao pudor, art. 214 e sua combinação com o art. 223, caput e parágrafo único.

Alguns doutrinadores, como Alberto Silva Franco (2005), afirmam que somente se caracterizam como hediondos o estupro e o atentado violento ao pudor

quando cometidos mediante violência real, ou, noutras palavras, seriam hediondos somente quando da violência resultar morte ou lesão corporal de natureza grave, na forma do disposto no art. 223 do Código Penal. Assim, só seriam hediondos os crimes de estupro e atentado violento ao pudor se fossem cometidos mediante violência real e desde que resultasse dessa violência lesão corporal de natureza grave ou morte, ficando afastada, em conseqüência disso, a presunção de violência do artigo 224 do Código Penal.

Entretanto, esse entendimento não é dominante na doutrina brasileira, uma vez que a maioria, inclusive o próprio Supremo Tribunal Federal, entende que os delitos de estupro e atentado violento ao pudor, na forma simples, também receberam a marca da hediondez, uma vez que o texto da lei não deixa margem para dúvidas ao mencionar os delitos de estupro e atentado violento ao pudor, positivados nos artigos 213 e 214 do Código Penal. Nesse sentido, podemos cotejar o voto do Ministro Carlos Velloso proferido no famigerado HC 82.595:

> Estou em que a razão está com a maioria dos doutrinadores: os crimes de estupro e de atentado violento ao pudor, tanto na sua forma simples, Cód. Penal, arts. 213 e 214 quanto na qualificada, Cód. Penal, art. 223, caput e parágrafo único, são hediondos, ex vi do disposto na Lei 8.072/90, art. 1º, V e VI. O que deve ser considerado é que tais crimes são tratados, na Lei 8.072/90, art. 1º, V e VI, com a redação da Lei 8.930/94, nas suas formas simples e qualificadas, com caráter autonômico. Saliente-se, por primeiro, que a conjunção 'e' estupro (art. 213 e sua combinação com o art. 223, caput...), atentado violento ao pudor (art. 214 e sua combinação com o art. 223, caput...) conjunção coordenativa aditiva dá a idéia de soma, acréscimo, assim de termos autônomos. No caso, o que está na lei é isto: são crimes hediondos o estupro tipificado no art. 213 do Cód. Penal e sua combinação com o art. 223, vale dizer, e o estupro qualificado, o mesmo devendo ser dito relativamente ao atentado violento ao pudor. Dir-se-á: para que o acréscimo, dado que, se considerados hediondos o estupro e o atentado violento ao pudor, nas suas formas simples, a *fortiori* as suas formas qualificadas também o seriam? É que, em Direito Penal, tem vigência o princípio da reserva legal, princípio esse que, na ordem jurídica brasileira, tem status constitucional: C.F., art. 5º, XXXIX: não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal. Em tema de crime e de pena não é condenável, portanto, o excesso na tipificação. O entendimento que sustentamos mais se reforça se combinarmos o art. 1º, V e VI, com o art. 6º, ambos da Lei 8.072/90. É que o art. 6º majorou as penas dos crimes nela tipificados, assim dos crimes de que cuidamos, tanto nas suas formas simples quanto qualificadas, Cód. Penal, arts. 213, 214 e 223, sem distingui-los, a indicar que, na verdade, a utilização, nos incisos V e VI do art.

> 1º, da conjunção coordenativa 'e', tem o sentido de adição, soma, acréscimo. É dizer, são hediondos os crimes de estupro e de atentado violento ao pudor, nas suas formas simples e nas suas formas qualificadas: art. 213 e sua combinação com o art. 223... art. 214 e sua combinação com o art. 223.

Outrossim, colacionamos essa decisão do Supremo Tribunal Federal:

> Os delitos de estupro e atentado violento ao pudor, ainda que em sua forma simples, configuram modalidades de crime hediondo, sendo irrelevante - para efeito de incidência das restrições fundadas na Constituição da República (art. 5º, XLIII) e na Lei 8.072/90 (art. 2°) – que a prática de qualquer desses ilícitos penais tenha causado, ou não, lesões corporais de natureza grave ou morte, que traduzem, nesse contexto, resultados qualificadores do tipo penal, não constituindo, por isso, mesmo, elementos essenciais e necessários ao reconhecimento do caráter hediondo de tais infrações delituosas. Precedente (Pleno). Doutrina (STF – 2.ª T. – HC 81.896-0 – rel. Celso de Mello – j. 28.05.202 – DJU 29.08.2003, p. 36).

Quanto ao estupro e o atentado violento ao pudor em suas formas presumidas, Lei nº 8.072/90, determina, em seu artigo 9º, que as penas cominadas nos artigos 213, caput e sua combinação com o art. 223, caput e parágrafo único, 214 e sua combinação com o art. 223, caput e parágrafo único, todos do Código Penal, sejam acrescidas de metade, respeitando o limite superior de 30 (trinta) anos de reclusão, "estando a vítima em qualquer das hipóteses referidas no art. 224 também do Código Penal".

O artigo 224, do Estatuto Repressivo, trata da violência presumida, no capítulo – "Dos Crimes Contra os Costumes" e apregoa os casos em que a violência será presumida, senão vejamos: "presume-se a violência, se a vítima: a) não é maior de 14 (catorze) anos; b) é alienada ou débil mental, e o agente conhecia esta circunstância; c) não pode, por qualquer outra causa, oferecer resistência".

Com isso, surgiu em nossa doutrina e tribunais mais uma controvérsia sobre o tema, que também versa sobre quais as formas de estupro e de atentado violento ao pudor que o legislador intencionou abarcar dentre crimes hediondos. Agora, muitos

tentam responder se os tipos citados, quando cometidos na forma simples ou presumida, devem receber a marca da hediondez ou não.

A discussão tem início quando o artigo 09° da Lei de Crimes Hediondos prescreve a cominação da pena em dobro aos referidos casos, caracterizando-se, para muitos, num manifesto *bis in idem*, uma vez que penaliza duas vezes a mesma conduta.

Além de atribuir o dobro da pena para os delitos de estupro e atentado violento ao pudor, em suas formas presumidas, ainda os considera condutas hediondas, com todos os gravames e conseqüências legais prescritos na Lei 8.072/90.

Assim, parte da doutrina e da jurisprudência brasileira entende que a forma presumida, tratada pelo artigo 224, do Código Penal, não deve ser não considera hedionda, sob o argumento de que incisos V e VI não se referem à mencionada conduta, e que no caso da forma presumida que se dá somente em razão da idade da vítima, deve ser perquirido se houve consentimento da mesma ou não, sendo necessário, para solucionar tal questão, a averiguação do caso concreto.

O Superior Tribunal de Justiça já analisou o assunto em diversas demandas, posicionando-se favorável ao não enquadramento da forma presumida dos crimes tratados como hediondos, como podemos observar na seguinte decisão:

> O Supremo Tribunal Federal este Superior Tribunal de Justiça, analisando a controvérsia instaurada sobre o alcance da Lei 8.072/90, proclamou o entendimento de que os crimes de atentado violento ao pudor e estupro somente serão classificados como hediondo se o fato resultar lesão corporal de natureza grave ou morte, sendo imprópria a fixação do regime prisional integralmente fechado quando tais delitos são praticados com violência

> presumida, como na espécie. (STJ – 6.ª T. –HC 20.293 – rel. Vicente Leal – j. 16.04.2002 – DJU 13.05.2002, p. 234).

No mesmo sentido segue o seguinte acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo:

> A ausência da lesão corporal grave ou da morte desconstituem a característica da hediondez dos crimes de estupro e de atentado violento ao pudor, nos termos do art. 223 do Código Penal, c.c. arts. 6º e 9º, da Lei 8.072/90. Estas normas da referida Lei dos Crimes Hediondos referem-se especificamente ao art. 223, *caput*, e seu parágrafo único do Código Penal, para redefinirem a graduação da pena dos crimes ali especificados, e estabelecer o regime a ser imposto. A simples releitura do rol dos crimes estipulados nos referidos artigos 6º e 9º, da Lei 8.072/90 demonstra que o legislador reservou às hipóteses mais graves de cada tipo elencado o aumento desproporcional da pena e o regime 'integralmente fechado'. No que tange ao estupro e atentado violento ao pudor, o legislador deixou evidente que a característica da hediondez ali especificada restringia-se à combinação dos respectivos artigos 213 e 214 com o art. 223, *caput* e parágrafo único. A este respeito, o desembargador Alberto silva Franco, referindo-se a considerações já feitas pelo desembargador Geraldo Roberto de Souza, afirma que já houve quem entendesse que o tipo básico dos referidos crimes também deveria ser considerado hediondo. Porém, na redação constante da Lei 8.072/90, o que o legislador deixou de fora do parêntese é o *nomen juris*. Em seguida abriu o parêntese, introduzindo esclarecimento do que pretende especificar ('e sua combinação com o art. 223, *'caput'* e *'parágrafo único'*,). Por isso ao se referir ao tipo básico, é significativo que o legislador não tenha aposto o termo *'caput'* ao número dos artigos 213 e 214, como fez antes, no inc. IV com o art. 159 e agora faz com o art. 223...' (*Crimes hediondos*. 04.ª edição. São Paulo: Editora Revista dos tribunais. p. 238). Portanto, a modalidade simples tanto do estupro quanto do atentado violento ao pudor não foram tipificados como crimes hediondos. Considera-los como tais ofende o princípio da legalidade. "Desta forma, é de ser reconhecida a possibilidade de progressão de regime de pena no caso presente" (TSSP – 1ª Câm. Crim. – AP 477.670-3/2-00 – re. Marco Nahum – j. 28.02.2005).

No entanto, atualmente, a Suprema Corte entende que todas as formas de estupro e atentado violento ao pudor devem ser tidas como hediondas, pois é o que preconiza o inciso V, artigo 1º, da referida lei, que determina ser crime hediondo o artigo 213 e sua combinação com o 223, caput e parágrafo único, ambos do Código Penal.

Hoje, observamos várias decisões que consideram ambas as formas, simples e qualificada, dos delitos de estupro e atentado violento ao pudor, como crimes hediondos. É o que podemos aprender desse julgado do Supremo Tribunal Federal:

> Ambas as Turmas do Supremo Tribunal Federal consideram a não-ocorrência de '*bis in idem*' no reconhecimento da causa de aumento do art. 9º da Lei nº 8.072/90, em face de ser a vítima menor de quatorze anos, nos crimes de estupro e atentado violento ao pudor tipificado pela violência presumida (art. 224, alínea 'a', do Código Penal)" e "a particular situação da vítima, de não ser maior de 14 anos, é utilizada tanto para presumir a violência como para aumentar a pena de metade: no primeiro caso é circunstância elementar do tipo penal codificado (art. 214) e no segundo é causa de aumento da pena prevista na lei extravagante (art. 9º da LCH). (HC76004-7/RJ, 1ª Turma do STF, Rel. Min. Ilmar Galvão. j. 19.05.1998, un., DJU 21.08.98, p. 02 e HC 74.780/RJ, 2ª Turma do STF, Rel. Min. Maurício Corrêa. j. 11.11.1997).

Percebemos, assim, que a questão ainda não foi solucionada definitivamente e entendemos que a hediondez de tais condutas deveria ser sempre analisada no caso concreto, pois somente por meio de uma análise fática poderemos ter um julgamento justo, razoável e proporcional.

Ao elencar os crimes hediondos num rol taxativo, a Lei 8.072/90 fez com que surgissem inúmeras situações conflitantes, sem um mínimo de razoabilidade, uma vez que não permitiu quase nenhuma avaliação discricionária por parte do juiz. Este não tem o poder de analisar se determinada conduta fática está realmente revestida de repugnância, hediondez e acaba por ter que considerar como condutas hediondas, por exemplo, tanto o beijo lascivo quanto o coito anal cometidos consensualmente contra vítima menor de 14 anos. Ambas as condutas configuram o crime de atentado violento ao pudor, sendo consideradas, portanto, hediondas, mesmo havendo uma patente diferença entre uma e outra no que tange à sua lesividade.

3.3 Epidemia com resultado morte

O crime de epidemia se encontra positivado no Código Penal, em seu artigo 267, que reza: "Causar epidemia, mediante propagação de germes patogênicos". A pena cominada para este delito é de 10 (dez) a 15 (quinze) anos de reclusão.

O referido dispositivo afirma, portanto, que é crime "causar epidemia". O termo envolve uma ação de produzir, disseminar, espalhar. Sendo que essa proliferação pode ser concretizada por meio de vários modos, conforme assevera Monteiro (1999: 64)

> Diz o dispositivo que é crime "causar epidemia". Isso implica, de um lado, uma ação de produzir, provocar, motivar; de outro, a de disseminar, difundir, espalhar. Essa propagação pode ser efetivada de qualquer modo: inoculação, contaminação, disseminação, etc. O conceito de epidemia parta efeitos deste artigo não difere do conceito comum do termo. Mirabete citando Bento de Faria, define a epidemia como "o surto de uma doença acidental transitória que ataca grande número de indivíduos ao mesmo tempo, em determinado país ou região". Se a difusão é extensa, atingindo várias regiões do mundo, chama-se de pandemia. Já a endemia moléstia que se fixa e permanece em determinada localidade ou região e provém de uma causa habitual, constante e periódica. Característica fundamental da epidemia é a rapidez com que se espalha a doença contagiosa.

O crime de epidemia admite a modalidade culposa, que se encontra prevista § 02º do artigo 267. Neste caso, a pena cominada será de 01 (um) a 02 (dois) anos, e se vier a resultar em morte, a pena passa para 02 (dois) para 04 (quatro) anos de detenção.

No entanto, a epidemia que recebeu a rotulagem de hedionda está positivada no § 01º, do referido artigo, que traduz a forma qualificada pelo resultado morte, para qual o legislador prescreve pena em dobro, ou seja, a pena mínima cominada será de 20 (vinte) anos.

Trata-se de dolo de perigo, e ao mesmo tempo de dano no que diz respeito aos atingidos, uma vez que constitui em si mesmo um evento lesivo.

Neste tipo, a lei tutela a saúde pública, vista em um contexto mais amplo, que é a incolumidade coletiva, pois busca proteger a vida de um grupo indeterminado de pessoas.

Trata-se de crime comum, onde o sujeito ativo pode ser qualquer pessoa. O sujeito passivo é a sociedade e todo aquele que tiver sido atingido individualmente.

O delito se consuma com o surgimento da epidemia, ou seja, quando começam a surgir vários casos de uma mesma doença, em um curto espaço de tempo. Como bem nos lembra Monteiro (1999), é necessário que a moléstia seja propagada, vez que a simples distribuição dos germes não é suficiente para consumar o delito. Se os germes foram distribuídos, mas por circunstâncias alheias à vontade do agente, a enfermidade não foi difundida, este ato permanecerá na esfera da tentativa.

Vale salientar que para que a epidemia com resultado morte se consume, basta que seja verificado de apenas um único caso fatal.

3.4 Falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produtos destinados a fins terapêuticos ou medicinais

O crime de falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produtos destinados a fins terapêuticos ou medicinais foi acrescido à Lei de Crimes Hediondos em 1998, com o advento da Lei n° 9.695.

Tal alteração também foi motivada por pressões sociais, em virtude de um escândalo assistido por todo Brasil, onde se descobriu que importantes medicamentos haviam sido falsificados, dentre eles um importante remédio Androcur que é prescrito para o tratamento do câncer de próstata. Sua adulteração chegou a causar a morte de alguns idosos que se medicaram com o referido medicamento falsificado, gerando grande revolta social.

Sobre o tema, Monteiro (1999: 69) contextualiza a inserção da referida norma no rol de crimes hediondos e tece algumas críticas, concorde observamos:

> Para entender esse acréscimo à Lei 8.072/90, é necessário situar-se nos acontecimentos de 1998. Trata-se do escândalo da falsificação dos medicamentos que de forma bombástica veio a público pela mídia escrita e falada. Nesse ano o governo descobriu 138 medicamentos falsos nas prateleiras das farmácias. Era assunto diário nos noticiários, de forma gritante, e os jornais a cada dia revelavam outros produtos falsificados, pondo em xeque a credibilidade dos laboratórios e a eficácia de seus remédios. Da pírula de farinha Microvlar até a falsificação do antibiótico Amoxil, passando pelo remédio para câncer de próstata, o Androcur, veio à tona o que todos já conheciam, mas que se mantinha, por conveniência ou ineficácia das autoridades ou por ambos os motivos: a ação de quadrilhas bem organizadas e inescrupulosas que se aproveitavam da precária fiscalização para enriquecer, pondo em risco a saúde e a vida da população. Assim é que, depois de noticiado que mulheres haviam engravidado tomando a pírula falsa, e que alguns idosos haviam morrido depois do medicamento Androcur sem princípio ativo, a sociedade civil exigia das autoridades uma tomada de posição enérgica. E, como nas situações anteriores, seqüestros (extorsões mediante seqüestro) e homicídios clamorosos, mais uma vez o Direito Penal foi chamado a dar uma resposta, como se, rotulando de hedionda esta ou aquela conduta, num passe de mágica, tudo estivesse resolvido.

Assim, o inciso VII-B foi acrescido à Lei 8.072/90. Tal conduta se encontra prevista no artigo 273, do Código Penal: "falsificar, corromper, adulterar ou alterar produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais". A pena cominada, com o advento da Lei 9677/98, passou de 01 (um) a 03 (três) anos e multa, para 10 (dez) a 15 (quinze) anos de reclusão, e multa.

Este tipo visa tutelar a saúde pública, e tem como elemento subjetivo do tipo o dolo ou a culpa. O sujeito ativo deste crime pode ser qualquer pessoa, e o sujeito passivo é a sociedade, a coletividade que teve sua saúde posta em risco.

Trata-se de um tipo penal de conduta alternativa, mista, uma vez que a prática de uma ou mais condutas implica sempre em um só delito.

3.5 Genocídio

O crime de genocídio é uma das condutas mais perversas e sórdidas, constituindo uma das maiores violações aos direitos humanos. Pode ser classificado como uma espécie de crime contra a humanidade, tendo sido considerado um delito internacional pela Convenção contra o Genocídio, aprovada pela ONU no ano de 1948.

O termo genocídio é empregado para definir a conduta delituosa que visa à destruição, ao aniquilamento de um determinado grupo étnico, político ou religioso. Composto por um vocábulo híbrido, o termo deriva do radical grego *genos* (raça, origem, nação), e do sufixo latino *cida* (matar). Tal crime ataca, portanto, um direito fundamental de todo ser humano, que é o direito de ser diferente, de seguir uma religião diversa, pertencer a uma determinada classe, raça, etnia, defender idéias políticas contrárias ou de ter outra cultura. Estes são os motivos que levam um grupo a querer exterminar outro.

Sobre o tema, Leal (1996: 89) aduz que:

> O termo genocídio, utilizado para definir a conduta delituosa que visa à destruição de determinado grupo humano (ou parte deste grupo) é uma criação recente da dogmática jurídica. Este neologismo, formado dos radicais grego *genes* (= origem, raça) e latino *cida* (= que mata), foi empregado pela primeira vez por Rafael Lemkim, que definiu o crime de genocídio como um conjunto de atos diversos, mais coordenados entre si, praticados em cumprimento de um plano previamente estabelecido, visando a destruição, o aniquilamento, ou a redução à condição de escravidão ou servidão, de determinado grupo nacional. O genocídio constitui uma espécie qualificada de crime contra a humanidade. Neste, o agente atua por motivo de ordem político-ideológica contra grupos humanos, sem o fim específico de destruir determinado grupo étnico, político ou religioso. No genocídio, o fim específico é destruir física e culturalmente determinado grupo racial, político ou religiosos.

em tempo da guerra, é um crime contra o Direito Internacional, que elas se comprometem a prevenir e a punir".

No artigo II, a Convenção elaborou uma definição para o crime de genocídio, na qual cuidou de enumerar atos que são considerados genocidas, senão vejamos:

> Artigo II: Na presente Convenção, entende-se por genocídio qualquer dos seguintes atos cometidos com a intenção de destruir, no todo ou em parte, um grupo nacional, étnico, racial ou religioso, como tal:
> (a) matar membros do grupo;
> (b) causar lesão grave à integridade de física ou mental de membros do grupo;
> (c) submeter intencionalmente o grupo a condições de existência capazes de ocasionar-lhe a destruição física total ou parcial;
> (d) adotar medidas destinadas a impedir os nascimentos no seio do grupo;
> (e) efetuar a transferência forçada de crianças do grupo para outro grupo.

Tal definição foi aderida pela Lei 2.889/59, que define e pune o crime de genocídio no Brasil, no artigo 01° da referida lei, que cuida também de prescrever as penas cominadas para cada um dos tipos positivados nas cindo alíneas do dispositivo mencionado. Aliás, o legislador aplicou as mesmas penas do Código Penal aos delitos correspondentes, chegando a citar literalmente os dispositivos do Estatuto Repressivo.

Assim, adveio a lei que define e pune o criem de genocídio. A referida lei visa proteger, primeiramente, a vida de grupos de pessoas em sua totalidade, uma vez que a conduta, no genocídio, deve ser dirigida para membros de determinado grupo nacional, étnico, religioso ou racial, é preciso que haja a finalidade específica de destruir física ou culturalmente determinado grupo racial, político, religioso ou cultura.

O crime de genocídio exige a presença do elemento subjetivo dolo, uma vez que este crime não existe na modalidade culposa, é preciso que haja o intento específico de destruir, exterminar todo um grupo.

O sujeito ativo do genocídio pode ser qualquer pessoa, no entanto, historicamente, percebemos que os agentes de tal delito são, na maioria das vezes, autoridades estatais, chefes políticos e militares. O sujeito passivo, a vítima do genocídio, será qualquer pessoa vinculada a um determinado grupo, sendo que esse liame pode ser nacional, racial ou religioso.

As penas privativas de liberdade nos termos do artigo 33 do Código Penal serão de reclusão, que poderá ser cumprida em regime fechado, aberto ou semi-aberto e de detenção, que por sua vez será cumprida em regime semi-aberto e aberto, excepcionados os casos em que seja necessária a transferência a regime fechado. Reza o art 33, do Código Penal:

> Art. 33 - A pena de reclusão deve ser cumprida em regime fechado, semi-aberto ou aberto. A de detenção, em regime semi-aberto, ou aberto, salvo necessidade de transferência a regime fechado.
> § 1º - Considera-se:
> a) regime fechado a execução da pena em estabelecimento de segurança máxima ou média;
> b) regime semi-aberto a execução da pena em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar;
> c) regime aberto a execução da pena em casa de albergado ou estabelecimento adequado.
> § 2º - As penas privativas de liberdade deverão ser executadas em forma progressiva, segundo o mérito do condenado, observados os seguintes critérios e ressalvadas as hipóteses de transferência a regime mais rigoroso:
> a) o condenado a pena superior a 8 (oito) anos deverá começar a cumpri-la em regime fechado;
> b) o condenado não reincidente, cuja pena seja superior a 4 (quatro) anos e não exceda a 8 (oito), poderá, desde o princípio, cumpri-la em regime semi-aberto;
> c) o condenado não reincidente, cuja pena seja igual ou inferior a 4 (quatro) anos, poderá, desde o início, cumpri-la em regime aberto.
> § 3º - A determinação do regime inicial de cumprimento da pena far-se-á com observância dos critérios previstos no art. 59 deste Código.
> § 4º O condenado por crime contra a administração pública terá a progressão de regime do cumprimento da pena condicionada à reparação do dano que causou, ou à devolução do produto do ilícito praticado, com os acréscimos legais.

Do excerto supratranscrito apreende-se os tipos de sistemas regimentares para o cumprimento das penas restritivas de liberdade. Assim, quando a execução da pena for cumprida em estabelecimento de segurança máxima ou média, ressalvadas as regras contidas no art. 34 do Código Penal, fala-se em REGIME FECHADO. Entretanto, quando a execução da pena se der em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar, respeitadas as regras estabelecidas no art. 35 do Código Penal, trata-se de REGIME SEMI-ABERTO. Mas, quando a execução da pena se der em casa de albergado ou estabelecimento adequado e resguardados os regramentos do art. 36 do Código Penal, cujo teor baseia-se na autodisciplina e senso de responsabilidade do apenado, chama-se REGIME ABERTO.

Nesse sentido, pontua Rogério Greco (2006: 536):

> Assim, a escolha pelo julgador do regime inicial para o cumprimento da pena deverá ser uma conjugação da quantidade de pena aplicada ao sentenciado com a análise das circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal, principalmente no que diz respeito à última parte do referido artigo, que determina que a pena deverá ser necessária e suficiente para a reprovação e prevenção do crime.

A regra aplicada aos crimes comuns que preencham os requisitos para cumprimento da pena em regime fechado é que este seja determinado em caráter inicial, conforme versa o já citado § 03º, do art. 33, do Código Penal, garantida a concessão do direito à progressão de regime prevista pelo também mencionado § 02º do mesmo artigo e, ainda, observados os critérios para fixação da pena nos termos do art. 59, do mesmo diploma legal:

> Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e conseqüências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime:
> I - as penas aplicáveis dentre as cominadas;
> II - a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos;
> III - o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade;
> IV - a substituição da pena privativa da liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível.

No entanto, para os crimes delimitados pela "Lei dos Crimes Hediondos" não se aplica a mesma regra dos crimes comuns em face do comando constitucional que lhes conferiu maior rigor em relação aos demais.

Assim, diz o art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal de 1988:

> Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
> XLIII - a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem;

4.2 Do Princípio da Individualização da Pena

A Constituição Federal de 1988 prescreve em seu art. 5º, inciso XLVI:

> XLVI - a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes:
> a) privação ou restrição da liberdade;
> b) perda de bens;
> c) multa;
> d) prestação social alternativa;
> e) suspensão ou interdição de direitos;

Como se pode constatar, mais uma vez o comando constitucional resguarda ao legislador ordinário a regulamentação sobre a aplicação da pena e a privação ou restrição de liberdade, dentre outros.

Então, colacionamos aqui o entendimento de Rogério Greco (2006, p. 75), no que tange à interpretação do referido comando constitucional e à aplicação da individualização da pena:

> Interpretando o texto constitucional, podemos concluir que o primeiro momento da chamada individualização da pena ocorre com a seleção feita pelo legislador, quando escolhe para fazer parte do pequeno âmbito de abrangência do Direito Penal aquelas condutas, positivas ou negativas, que atacam nossos bens mais importantes. Destarte, uma vez feita essa seleção, o legislador valora as condutas, *cominando-lhes penas* que variam de acordo com a importância do bem a ser tutelado.

Destarte, acrescente-se, ainda, a orientação do Superior Tribunal de Justiça (*apud* GRECO, 2006:76), no seguinte julgado:

> Pena – Individualização (CP, art. 59)
> A individualização da pena é exigência do Código Penal, com assento na Constituição da República. Cumpre ao magistrado ponderar os requisitos mínimos do art. 59 do Código Penal. Em seguida, à pena-base, considerará circunstâncias agravantes e atenuantes. Por fim, causa de aumento ou diminuição. A sentença será fundamentada, exigindo-se, como tal, explicitações dos fatos, de modo que se conheça como foram ponderados. (STJ, RHC nº 0895 – MG, 6ª Turma – Rel. Min. Vicente Cernicchiaro, *DJ* de 1º/4/1991, p. 3.427).

Dessa sorte, cuidou a Lei n. 7.210/84, "Lei de Execuções Penais", de regulamentar o instituto da progressão, em seu art. 112:

> 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.
> § 1º A decisão será sempre motivada e precedida de manifestação do Ministério Público e do defensor.
> § 2º Idêntico procedimento será adotado na concessão de livramento condicional, indulto e comutação de penas, respeitados os prazos previstos nas normas vigentes.

A redação do presente artigo foi modificada pela Lei n. 10.792/03, que conferiu mais adequação ainda ao que preceitua a Lei n. 8.072/90, em seu art. 2º, § 1º, pois antes de 2003 o art. 112 da LEP, não trazia em seu bojo a expressão: "respeitadas as normas que vedem a progressão".

Antes de 2003 o art. 112, da Lei n. 7.210/90 continha a seguinte redação:

> 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 1/6 (um sexto) da pena no regime anterior e seu mérito indicar a progressão.
> Parágrafo único. A decisão será motivada e precedida de parecer da Comissão Técnica de Classificação e do exame criminológico, quando necessário.

Em conseqüência disso, fez-se notório o reconhecimento da vedação da progressão de regime com previsão na legislação ordinária, merecendo destaque, inclusive, nesse regramento jurídico, diversas alterações nos mais importantes diplomas legais.

Segundo Julio Fabbrini Mirabete (1988:290):

> Diante das deficiências apresentadas pelos estabelecimentos penais e da irracionalidade na forma de cumprimento da pena privativa de liberdade, a partir do século XVIII procurou-se uma nova filosofia penal, propondo-se, afinal,

> sistemas penitenciários que correspondessem a essas novas idéias. Do Sistema de Filadélfia, fundado no isolamento celular absoluto do condenado, passou-se para o Sistema de Auburn, que preconizava o trabalho em comum em absoluto silêncio, e se chegou ao Sistema Progressivo. Consistia este, no sistema irlandês, na execução da pena em quatro estágios: o primeiro de recolhimento celular absoluto, o segundo de isolamento noturno com trabalho e estudo durante o dia, o terceiro de semiliberdade com trabalho fora da prisão e o quarto no livramento condicional. Ainda hoje o sistema progressivo é adotado em várias legislações.

Para Rogério Greco (2006: 549):

> A progressão é um misto de tempo mínimo de cumprimento de pena (critério objetivo) com o mérito do condenado (critério subjetivo). A progressão é uma medida de política criminal que serve de estímulo ao condenado durante o cumprimento de sua pena. A possibilidade de ir galgando regimes menos rigorosos faz com que os condenados tenham a esperança de retorno paulatino ao convício social, o que não acontece com aqueles que foram condenados pela prática das infrações penais elencadas pela Lei nº 8.072/90.

Com efeito, o sistema de progressão de regime visa incutir no condenado a motivação necessária para sua regeneração. Entretanto, há de se observar cuidadosamente os critérios objetivos e subjetivos para sua concessão, atentando-se para a possibilidade de o réu forjar os requisitos exigidos, com o propósito de voltar rapidamente à liberdade e, por conseguinte, à prática delitiva.

No que pertine ao Direito Comparado, pioneiro na adoção da progressão de regime, destaca Laertes de Macedo Torrens (2000, ps. 57-58):

> Destacaram-se entre os sistemas progressivos o *inglês* ou *Mark System*, o *irlandês* e o sistema *Montesinos*. Atribuiu-se o desenvolvimento do sistema inglês ou Mark System ao capitão Alexander Maconochie em 1840, quando governador da Ilha Norfolk, na Austrália.Segundo consta, o sistema inglês empregado na prisão da Ilha Norfolk substituía os maus tratos na execução da pena por uma forma de incentivo aos reclusos concedendo-lhes prêmios em razão do trabalho desenvolvido, de maneira que estabelecia-se uma verdadeira conta de débito e crédito entre valores recebidos e a pena a ser cumprida, servindo os referidos vales como forma de abatimento da pena executada. Na hipótese de má conduta o apenado recebia uma multa descontada nos vales a que tinha crédito.

O sistema irlandês é um aprimoramento do sistema inglês, enquanto que o sistema montesinos foi precursor do período humanitário. Todos se baseavam num

sistema dividido em períodos, cujo propósito era o mesmo que se mantém até hoje. No sistema inglês o primeiro período consistia em isolar o réu para que repensasse sua conduta delituosa. O segundo o introduzia no trabalho, em que aferiria os vales para as trocas de benefícios e o terceiro consistia na obtenção da liberdade condicional, sendo que esta era provisória, mas poderia se converter em definitiva, caso não ocorresse, por determinado período de tempo, nenhum fato que a revogasse. Já no sistema irlandês vislumbrava-se quatro etapas, diferenciando-se do inglês, porque antes de adquirir a liberdade condicional, o sentenciado cumpria pena em estabelecimentos especiais, onde o trabalho era realizado fora da prisão, aproximando-o do convívio social. Por fim, o sistema montesinos foi o precursor do sistema humanitário. Instituído em Valência pelo Coronel Manuel Montesinos Molina, que preconizava a abolição de penas aviltantes ou infamantes, buscando de fato a ressocialização do apenado. Introduziu, ainda, as saídas temporárias dos reclusos, bem como sua divisão em grupos para uma melhor integração, revelando-se como um verdadeiro avanço do sistema penitenciário, cujas experiências se perpetuaram até os dias atuais (Torrens, 2000).

Há uma facção de doutrinadores e estudiosos, que se posicionam a favor da despenalização, considerando, inclusive, a decadência do sistema progressivo. Essa vertente vislumbra um sistema mais humanitário, que enxerga no isolamento do apenado um fator favorável ao desenvolvimento de uma subcultura, com regras próprias, totalmente diversas do mundo "extramuro". Acreditam que dentro do sistema carcerário os detentos são expostos a um ambiente mais criminosos que o do mundo exterior e aprimorarão ainda mais o aprendizado delinqüente, já que ali todos são criminosos.

Entretanto, o sistema proposto para a realidade brasileira é simplesmente utópico e mais satisfaria a comunidade internacional defensora dos direitos humanos que a população em si. Tal proposição dentro da nossa realidade seria completamente irracional, haja vista que se estaria tentando resolver o problema pelo final, olvidando-

se das razões que o geraram, quais sejam: a miséria, a falta de educação, falta de oportunidades, ademais proporcionam a maioria das condutas delinqüentes dos indivíduos.

A realidade brasileira originou grupos de indivíduos que vivem à margem da sociedade, emergindo de problemas estruturais basilares. Até que estes sejam efetivamente combatidos, não pode a maior parcela da população, muitas vezes, arcar com a própria vida para conviver com esses grupos de indivíduos que começam a agir desde cedo como se nada tivessem a perder.

A consciência da própria realidade é tão presente nesses indivíduos, que em vista da falta de perspectiva, banalizam a vida humana, inclusive a deles próprios. Chegou-se ao ponto de a "pessoa" perder completamente o valor diante da "coisa".

Infelizmente, a nossa realidade não chegou ao grau de evolução de gerar a possibilidade de inserção dos apenados pela prática de crimes hediondos dentro da sociedade que nunca pertenceram.

Até que se resolva o problema estrutural que gera grande parte do problema da criminalidade, a alternativa que o legislador ordinário teve foi a de vedar a progressão de regime para o apenado pela prática de crime hediondo ou a ele equiparado.

Parece que os legisladores ordinários, aproveitando-se do tratamento severo que o legislador constitucional aferiu aos crimes hediondos, insertaram a maior

severidade que puderam atribuir, inclusive, ratificando tal conduta na "Lei de Execuções Penais".

4.4 Da Constitucionalidade do § 1º do art. 2º, da Lei dos Crimes Hediondos

Exauridos os conceitos e os motivos que envolvem a temática do presente estudo, pretende-se, por fim, analisar o tratamento que os Tribunais Superiores vêm aferindo à conseqüência penal e processual prevista no § 1º, do art 2º, da Lei n. 8.072/90, "Lei dos Crimes Hediondos", que estabelecia o cumprimento integral da pena atribuída ao réu que praticou crime hediondo, em regime fechado, vedando-se, portanto, a possibilidade da progressão de regime prevista no art. 112, da Lei n. 7.210/84, "Lei de Execução Penal".

4.4.1 Da Supremacia Constitucional

O controle de constitucionalidade é o mecanismo utilizado pelo estado democrático de direito para resguardar a supremacia da Constituição Federal frente às demais normas jurídicas.

A supremacia constitucional decorre da rigidez, que confere superioridade hierárquica às normas contidas na constituição em relação às regras jurídicas que estão fora dela. Sobre o assunto, ensina José Afonso da Silva (2005: 49):

> A *rigidez constitucional* decorre da maior dificuldade para sua modificação do que para a alteração das demais normas jurídicas da ordenação estatal. Da rigidez emana, como primordial conseqüência, o *princípio da supremacia da constituição* que, no dizer de Pinto Ferreira, "é reputado com uma pedra angular, em que assenta o edifício do moderno direito político". Significa que a constituição se coloca no vértice do sistema jurídico do país, a que confere validade, e que todos os poderes estatais são legítimos na medida em que ela

> os reconheça e na proporção por ela distribuídos. É, enfim, a lei suprema do Estado, pois é nela que se encontram a própria estruturação deste e a organização de seus órgãos; é nela que se acham as *normas fundamentais* do Estado, e só nisso se notará sua superioridade em relação às demais normas jurídicas.

Advindo do sistema jurídico norte-americano, a doutrina do controle de constitucionalidade das leis foi adotado pelo Brasil a partir da primeira Constituição Republicana, em 1891.

4.4.2 Das Formas de Controle de Constitucionalidade

O controle de constitucionalidade se dá de duas formas: preventivo e repressivo. Dependendo do momento legislativo, se antes ou depois da aprovação do ato.

Controle preventivo é realizado antes da confecção da lei, recaindo sobre o projeto desta e é desempenhado pelos Poderes Legislativo e Executivo. O Legislativo executa esse controle por meio das comissões (CF, art. 58) e o Poder Executivo por meio do veto do Presidente da República ao projeto de lei aprovado pelo Legislativo (CF, art. 66, § 1°). Controle repressivo é realizado na própria lei e é exercido pelo Poder Judiciário, por meio de quaisquer de seus órgãos ou tribunais.

4.4.3 Do Controle Repressivo Difuso e Concentrado e Seus Efeitos

Há dois tipos de controle repressivo: o difuso e o concentrado. No primeiro, o controle da constitucionalidade é realizado por todos os órgãos do Poder Judiciário, podendo qualquer juiz ou tribunal declarar a inconstitucionalidade da lei no caso em

concreto. No segundo, o controle somente é exercido por um Tribunal Superior do país ou por uma Corte Constitucional.

Esse controle repressivo pode ser exercido por dos meios: o incidental ou via de defesa e principal ou via de ação. Na primeira modalidade pretende-se a satisfação de um direito individual ou coletivo, alegando-se a inconstitucionalidade da norma visando beneficiar o autor da alegação. Na segunda, almeja-se a declaração de inconstitucionalidade de ato legislativo ou administrativo, em tese.

Os efeitos de uma decisão que declara texto legislativo ou administrativo inconstitucional são decorrentes do meio de controle utilizado. Caso seja empregado o meio incidental ou via de defesa, os efeitos da decisão alcançarão somente as partes do processo (*inter partes*). Se empregado o meio principal ou via de ação, os efeitos da decisão alcançarão todas as pessoas (*erga omnes*).

Quanto à retroação ou não dos efeitos da decisão, diz-se que no controle difuso, entre as partes do processo, há retroação (efeito *ex tunc*). Neste sentido, explica Alexandre de Moraes (2005: 641):

> Declarada *incidenter tantum* a constitucionalidade da lei ou do ato normativo pelo Supremo Tribunal Federal, desfaz-se, desde sua origem, o ato declarado inconstitucional, juntamente com todas as conseqüências dele derivadas, uma vez que os atos inconstitucionais nulos e, portanto, destituídos de qualquer carga de eficácia jurídica, alcanándo a declaração de inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo, inclusive, os atos pretértos com base nela praticados. Porém, tais efeitos *ex tunc* (retroativos) somente tem aplicação para as partes e no processo em que houve a citada declaração.

Contudo, se em via de controle difuso, o Supremo Tribunal Federal, com o poder que lhe é conferido pela Constituição Federal em seu art. 52, inciso X, poderá ampliar os efeitos da declaração incidental de inconstitucionalidade. Portanto, havendo

essa declaração com a respectiva decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal, o Senado Federal poderá editar uma resolução suspendendo a execução, no todo ou em parte, da lei ou ato normativo declarado inconstitucional. Neste caso todas as pessoas serão atingidas pela decisão, surtindo o efeito *erga omnes*, porém o efeito será irretroativo (*ex nunc*).

> Art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal:
> X - suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal;

Já no caso de controle concentrado, em que a declaração de inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo se dá independentemente da existência de um caso concreto, visa-se à invalidação da lei a fim de conferir às relações jurídicas segurança, eis que não podem se basear em regramentos que vão de encontro aos preceitos constitucionais, a decisão terá efeito retroativo (*ex tunc*) e para todos (*erga omnes*). Leciona Moraes (2005: 677) que:

> Declarada a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual, a decisão terá efeito retroativo (*ex tunc*) e para todos (*erga omnes*), desfazendo, desde sua origem, o ato declarado inconstitucional, juntamente com todas as conseqüências dele derivadas, uma vez que os atos *inconstitucionais são nulos* e, portanto, destituídos de qualquer carga de eficácia jurídica, alcançando a declaração de inconstitucionalidade da lei ou ato normativo, inclusive os atos pretéritos com base nela praticados.

Excepcionalmente, com o advento da Lei nº 9.868/99, a declaração de inconstitucionalidade no controle concentrado apresentará efeito *ex nunc*, pro futuro. Diz o art. 27 da referida lei que:

> Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

4.4.4 Da Declaração de Inconstitucionalidade Incidental do Artigo 2º, § 1º, da Lei nº. 8.072/90 no Habeas Corpus nº. 82.959-7/SP e o Princípio do Livre Convencimento do Juiz

A decisão do Supremo Tribunal Federal que declarou a inconstitucionalidade do artigo 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90 no *Habeas Corpus* nº 82.959-7/SP, produziu efeitos somente entre as partes envolvidas no processo, não alcançando nem vinculando quem do processo não fizesse parte, haja vista o caráter *incidenter tantum* do decisório.

Portanto, a decisão do STF não tem o condão de arranhar o princípio do livre convencimento motivado dos demais Órgãos do Poder Judiciário.

4.4.5 Da Constitucionalidade do Cumprimento Integral da Pena em Regime Fechado Para os Crimes Hediondos

Cogitava-se da inconstitucionalidade da vedação de progressão de regime prisional (Lei nº 8.072/90, art. 02°, § 1°) aos condenados por crime hediondo. Tal raciocínio baseava-se na idéia de que a regra acima iria de encontro ao princípio da individualização da pena, consagrado no art. 5.°, XLVI, da Constituição Federal.

Nesse sentido, explicitou o Ministro Gilmar Mendes em seu voto destinado ao julgamento do *Habeas Corpus* 82.959-7/SP, evocando o Princípio da Reserva Legal, seguindo a mesma senda encetada pelos Ministros Marco Aurélio, Eros Grau, Carlos Ayres Britto, Cezar Peluso e Sepúlveda Pertence:

> O entendimento segundo o qual a disposição constitucional sobre a individualização estaria exclusivamente voltada para o legislador, sem qualquer significado para a posição individual, além de revelar que se cuidaria então de norma extravagante no catálogo de direitos fundamentais, esvaziaria por completo qualquer eficácia dessa norma. É que, para fixar a individualização da pena *in abstracto,* o legislador não precisaria sequer de autorização

constitucional expressa. Bastaria aqui o critério geral do *nullum crimen, nulla poena sine lege*.
Em verdade, estou convencido de que a fórmula aberta parece indicar, tal como em relação aos demais comandos constitucionais que remetem a uma intervenção legislativa, que o princípio da individualização da pena fundamenta um direito subjetivo, que se não se restringe à simples fixação da pena *in abstracto*, mas que se revela abrangente da própria forma de individualização (progressão).
Em outros termos, a fórmula utilizada pelo constituinte assegura um direito fundamental à individualização da pena. A referência à lei – princípio da reserva legal – explicita tão somente, que esse direito está submetido a uma restrição legal expressa e que o legislador poderá fazer as distinções e qualificações, tendo em vista as múltiplas peculiaridades que dimanam da situação a reclamar regulação.
É evidente, porém, que, como todos sabem, que a reserva legal também está submetida a limites. Do contrário, ter-se-ia a possibilidade de nulificação do direito fundamental submetido à reserva legal por simples decisão legislativa. Este é o cerne da questão. Se se está diante de um direito fundamental à individualização da pena e não de uma mera orientação geral ao legislador – até porque para isso – despicienda seria a inclusão do dispositivo no elenco dos direitos fundamentais – então há que se cogitar do limite à ação do legislador na espécie.
Em outras palavras, é de se indagar se o legislador poderia, tendo em vista a natureza do delito, prescrever, como o fez na espécie, que a pena privativa de liberdade seria cumprida integralmente em regime fechado, isto é, se na autorização para intervenção no âmbito de proteção desse direito está implícita a possibilidade de eliminar qualquer progressividade na execução da pena.

E concluiu o ilustre Ministro:

Considerando que, reiteradamente, o Tribunal reconheceu a constitucionalidade da vedação de progressão de regime nos crimes hediondos, bem como todas as possíveis repercussões que a declaração de inconstitucionalidade haveria de ter no campo civil, processual e penal, reconheço que, ante a nova orientação que se desenha, a decisão somente poderia ser tomada com eficácia *ex nunc*. É que, como observa Larenz, também a justiça constitucional não se opera sob o paradigma do *fiat justitia, pereat res publica*. Assente que se cuida de uma revisão de jurisprudência, de um autêntico *overruling*, e entendo que o Tribunal deverá fazê-lo com eficácia restrita. E, certamente, elas não eram – nem deveriam ser consideradas – inconstitucionais, quando proferidas.
Com essas considerações, também eu, Senhor Presidente, declaro a inconstitucionalidade do artigo 2º, § 1º, da Lei nº 8.072, de 1990. Faço isso, com efeito ***ex nunc***, nos termos do artigo 27 da Lei nº 9.868, de 1999, que entendo aplicável à espécie. Ressalto que esse efeito *ex nunc* deve ser entendido como aplicável às condenações que envolvam situações ainda suscetíveis de serem submetidas ao regime de progressão.
Defiro a ordem de *habeas corpus*, para que se devolva ao juízo de origem o exame acerca do preenchimento pelo paciente das condições para a progressão de regime.
Relativamente aos outros dois aspectos abordados no presente *habeas corpus* – o enquadramento do atentado violento ao pudor como crime hediondo e a aplicação da causa de aumento – permaneço com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. É como voto.

De certo, foi dos mais exaurientes, o voto do Ministro Gilmar Mendes, tanto no conteúdo formal, quanto nas exposições doutrinárias, de Direito Comparado, dentre outras argumentações, tornando deveras defensável a corrente pela inconstitucionalidade da vedação de progressão de regime para aqueles apenados pela prática de crime hediondo.

Contudo, tiveram os Ministros do STF de enveredar por caminhos longínquos a fim de dar ao comando constitucional proposta diferente daquela manifestamente preceituada. Neste diapasão, trazemos à colação a lição de Carlos (2005: 251):

> Os tribunais só declaram a inconstitucionalidade de leis quando esta é evidente, não deixa margem à séria objeção em sentido contrário. Portanto, se entre duas interpretações mais ou menos defensáveis, entre duas correntes de idéias apoiadas por jurisconsultos de valor, o Congresso adotou uma, o seu ato prevalece. A bem da harmonia e do mútuo respeito que devem reinar entre os poderes federais (ou estaduais), o Judiciário só faz uso de sua prerrogativa quando o Congresso viola claramente ou deixa de aplicar o estatuto básico, e não quando opta apenas por determinada interpretação não de todo desarrazoada.

Precisaram fazer uso do argumento da Mutação Constitucional, que conforme explica Cláudio da Silva Leiria (2006, *on line*): "Mutação constitucional, sabemos, é uma espécie de reforma da Constituição, mas sem a alteração do texto. O que se modifica é apenas a interpretação dada à norma objeto do processo de reforma".

Diante do exposto, não se podia crer nesse pensamento, uma vez que o legislador constituinte deixou a cargo do legislador ordinário o disciplinamento da matéria. Ora, se a lei ordinária declarava não passivo de progressão o crime hediondo, então assim se deve conduzir o aplicador da norma para o completo respeito da Constituição.

> segunda tratou da individualização da execução penal. É importante ressaltar, porém, que, antes dessa normatização, a individualização da pena sempre foi observada. Isso 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 típicos uma pena que varia de um mínimo a um máximo claramente determinados. Estabeleceu circunstâncias qualificadoras, atenuantes e agravantes e instituiu os preceitos que regulam o aumento e a diminuição das penas. No HC 69.603, lavrado pelo Ministro Paulo Brossard: À lei ordinária, disse Sua Excelência, "*compete 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 ele não quis deixar, em relação aos crimes dessa natureza, qualquer discricionariedade ao juiz na fixação do regime prisional".

Tendo a própria Constituição permitido que o legislador ordinário conferisse tratamento mais duro aos crimes considerados hediondos, sem que dissesse que a progressão de regime era direito absoluto do condenado, não se podia falar em desrespeito ao princípio da individualização da pena.

Salienta o Ministro Celso de Mello, em voto dado no HC n° 69.657-1 de 18/12/92, que:

> É de ter presente – consoante salienta a doutrina (Arminda Bergamini Miotto, "Curso de Direito Penitenciário", vol. I /235 – 246,1975,Saraiva) – que a exigência de individualização da pena deve ser analisada sobre três aspectos principais : a) o da individualização legal, discricionariamente operada pelo legislador,por meio da abstrata cominação das sanções em função da maior ou menor gravidade objetiva do ilícito; b) o da individualização judicial, efetuada pelo magistrado , por meio da sentença no momento da aplicação concreta da sanção penal ; e c) o da individualização administrativa, concretizada na fase de execução da pena , ensejando-se, dessa forma, nos estabelecimentos prisionais, um tratamento especifico para cada condenado.
> A individualização da pena, destarte, se da em abstrato (momento de instauração normativa ou de previsão legislativa) ou em concreto (no momento da sentença e na fase de execução da sanctio júris).
> A determinação legal de integral cumprimento das penas, por crime previsto na lei n 8.072/90, em regime fechado, não mantém qualquer relação de antinomia em face do que prescreve a constituição no preceito que consagra o principio da individualização da pena (art.5,XLVI).
> O principio constitucional da individualização das penas, que é de aplicabilidade restrita, concerne, exclusivamente, a ação legislativa do congresso nacional.Este, em conseqüência, constitui o seu único destinatário.O principio em causa não se dirige a outros órgãos do Estado, pois.

> A progressividade no processo de execução das penas privativas de liberdade, de outro lado, não se erige a condição de postulado constitucional.A sua eventual inobservância, pelo legislador ordinário, não ofende o principio da individualização penal.

Recentemente, o Tribunal de Justiça de São Paulo, enfrentando o STF, manifestou-se contra a progressão de regime para o condenado em crime hediondo, como se observa da notícia abaixo:

> Depois de travar guerra com o Conselho Nacional de Justiça, o Tribunal de Justiça de São Paulo resolveu enfrentar o Supremo Tribunal Federal. Ignorou a corte e decidiu: não há inconstitucionalidade na lei que proíbe a progressão de regime para condenados por crimes hediondos.
> A posição foi firmada pelo Órgão Especial do TJ paulista no dia 28 de fevereiro e é, no mínimo, ousada. O Plenário do STF decidiu, ao analisar um pedido de Habeas Corpus, que a vedação da progressão viola a Constituição Federal.
> A jurisprudência foi aprovada em setembro de 2003, dois anos e meio antes do Plenário firmar seu novo entendimento sobre a progressão de regime. Antes, também, de a Corte manifestar a vontade de aplicar Súmula Vinculante sobre o assunto.
> Para o desembargador Ivan Sartori, a vedação da progressão de regime encontra respaldo no artigo 5º da Constituição Federal da República. Sartori considerou que tanto a individualização da pena, princípio usado pelo Supremo para declarar a vedação de progressão inconstitucional, como o tratamento diferenciado para condenado por crime hediondo está contemplados no artigo 5º da Constituição Federal. Para ele, os dois princípios têm "o mesmo quilate".
> Há a necessidade, então, de se encontrar uma "interpretação harmônica", esclareceu Sartori, ainda que contrarie o que a corte máxima resolveu. "A diferenciação de tratamento em questão traduz autêntica diretriz de política criminal a ser observada pelo legislador, que, inclusive, tem a faculdade de complementar o rol constitucional".

É ainda pela defesa da Constitucionalidade, ciente do atual entendimento do STF, o douto Professor Rogério Greco (2006: 80):

> Não obstante nossa Suprema Corte ter mudado a sua posição, entendemos que o discutido § 1°, do art. 2°. da Lei n°. 8.072/90 não padece do vício da inconstitucionalidade. Isso porque, conforme se dessume da leitura do art. 5°, inciso XLVI, nossa Constituição Federal determinou ao legislador infraconstitucional que, por intermédio de critério de seleção político, regulasse a individualização da pena, o que efetivamente aconteceu quando determinou que os condenados pelas infrações descritas na Lei nº 8.072/90, em virtude da gravidade dos crimes ali previstos, teriam de, independentemente de requisitos objetivos e subjetivos, tais como o cumprimento parcial da pena e o bom comportamento carcerário, cumpri-la integralmente em regime fechado. Esse foi, portanto, o critério adotado pelo legislador para distinguir o cumprimento das penas relativas aos delitos previstos na lei de crimes hediondos daqueles que se encontram fora do seu rol. Não podemos deixar de ressaltar, por oportuno, que houve individualização, ficando os condenados pela prática de crimes elencados na Lei nO. 8.072/90 impedidos de progredir de regime, ao contrário

> dos que cometeram, aos olhos do legislador, outras infrações penais consideradas não tão graves quanto aquelas.

Em assonância com os julgados acima, temos a sentença do ínclito Juiz de Direito do Estado do Ceará, Luiz Bessa Neto, no processo nº 2006.01.13315 – 3, em 15 de fevereiro de 2007:

> "Vistos, etc. **SIDNEY BASTOS COTRIM,** já qualificado nos autos, condenado à pena de 08 (oito) anos e 09 (nove) meses de reclusão, em regime integralmente fechado, por delito previsto no art. 214, c/c 224, a, 71 e 226, II, todos do CPB, vem requerer, através de advogado, progressão para o regime semi-aberto. Instado sobre a pretensão do apenado, o eminente agente ministerial oficiante nesta vara requereu, preliminarmente, a declaração incidental por este juízo da inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º da lei 8.072/90, afastando o óbice à progressividade de regime, opinando por fim pela concessão da progressão de regime para o semi-aberto. Relatados, **DECIDO.** A declaração de inconstitucionalidade em sede de execução penal é plenamente possível, haja vista a perspectiva do juízo da execução penal poder até mesmo imiscuir-se da coisa julgada. Todavia, o momento histórico desaconselha tal posicionamento, eis porque tomo conhecimento do pedido de declaração incidental para indeferi-lo liminarmente, o fazendo com âncora nos princípios da paz social e da manifestação e omissão legislativa quanto aos projetos de que cuida a individualização da pena nos crimes da espécie, tramitantes nas duas casa legislativas do Congresso Nacional. O momento, pois, impõe sensatez na tomada de posição em relação a eventual declaração de inconstitucionalidade do preceito normativo aclamado e violador do princípio de individualização da pena. Quanto ao mérito a decisão recente Excelso Pretório, em sede de habeas corpus, no exercício difuso de constitucionalidade, portanto de natureza precipuamente incidental, não gera o caráter geral, isto é, *erga omnes*, salvo se vier a merecer a suspensividade, pelo Senado Federal, do preceito normativo declarado inconstitucional na sede da referenciada. Por estes fundamentos *mutatis mutandis*, tomo conhecimento do pedido de progressão de regime para indeferi-lo, o fazendo com base nos motivos já referenciados. Expedientes Necessários. P.R.I. Fortaleza, 15 de fevereiro de 2007. LUIZ BESSA NETO, Juiz de Direito".

Como se pode concluir, apesar do atual entendimento do Supremo Tribunal Federal, muitos bons doutrinadores e estudiosos, aqui por nós acompanhados, permanecem no entendimento pela constitucionalidade e não seria menos justo que assim fosse, afora a discussão da constitucionalidade, em vista dos fatos que revestem a realidade brasileira constantemente veiculada pelos jornais e revistas mais conceituados do País.

Portanto, seria injusto que o legislador idealizador da "Lei dos Crimes Hediondos" tivesse seus poderes limitados, por ter agido com a maior severidade que lhe foi constitucionalmente atribuída para o tratamento dos crimes, igualmente mais severos, dentro dos limites previstos pela Constituição.

Afastada a discussão sobre a inconstitucionalidade declarada pelo STF no HC 82.959-7/SP, que deve ser desconsiderada pelo intérprete da lei em vista de seus efeitos, merece relevo, também, a questão da política criminal que reveste o sistema punitivo brasileiro, tornando até inócua a discussão sobre a inconstitucionalidade da vedação de progressão aos apenados por crimes hediondos, que antes mesmo podem se utilizar dos favores conferidos por institutos como o Livramento Condicional.

O que não se pode é tentar adequar à realidade brasileira, institutos trazidos do Direito Comparado em sua magnitude. É preciso que se faça a devida adequação, pois é isso que visam os Princípios da Legalidade, da Individualização da Pena, da Dignidade Humana, dentre outros.

Não se pode, em vista de casos como o do garoto João Hélio, de 06 anos de idade, que foi arrastado por vários quilômetros, preso a um cinto de segurança com o corpo para fora de um carro, sermos permissivos com delinqüentes, que não têm o menor respeito pela dignidade humana, dando-lhes tratamentos permissivos e acolhedores.

Se a pena não exerce sobre esses indivíduos um caráter inibidor à prática de delitos desumanos e hediondos é porque a querem e podem suportar. Se esta posição ofende a Comunidade Internacional Defensora dos Direitos Humanos, que esta tenha

preocupação com os indivíduos antes que eles atinjam o ponto de agirem como se nada tivessem a perder, achando que suas vítimas também não têm.

Por ora, uma política criminal mais rigorosa e de exclusão é o máximo que pode esperar a parcela da população inocente. Para a realidade brasileira, esta é a que se pode ofertar, haja vista que num país sem infra-estrutura, educação precária e muita miséria, seria injusto condenar à morte ou dar tratamento de segregativo perpétuo, a um indivíduo que não tem culpa de viver à margem, diferentemente do sistema norte-americano, cujo problema da criminalidade não é de ordem educacional ou econômica, daí porque serem mais severos com aqueles que descumprem as leis, pois na maioria das vezes, têm muito a perder e em vista da qualidade de vida propiciada pelo Estado, suas condutas delitivas não se justificariam.

4.5 Da Lei 11.464, de 28 de março de 2007 e do novo tratamento dado aos crimes hediondos no que tange à progressão de regime prisional

Depois de tantas discussões travadas nos diversos tribunais do pais, em março deste ano foi publicada a Lei n. 11.464, que, dentre outras modificações, deu nova redação ao art. 2º da Lei dos Crimes Hediondos, que agora passa a vigorar com a seguinte redação:

> Art. 2º Os crimes hediondos, a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo são insuscetíveis de:
> I - anistia, graça e indulto;
> II - fiança
> § 1º A pena por crime previsto neste artigo será cumprida inicialmente em regime fechado.
> § 2º A progressão de regime, no caso dos condenados aos crimes previstos neste artigo, dar-se-á após o cumprimento de 2/5 (dois quintos) da pena, se o apenado for primário, e de 3/5 (três quintos), se reincidente.
> § 3º Em caso de sentença condenatória, o juiz decidirá fundamentadamente se o réu poderá apelar em liberdade.
> § 4º A prisão temporária, sobre a qual dispõe a Lei nº 7.960, de 21 de dezembro de 1989, nos crimes previstos neste artigo, terá o prazo de 30 (trinta)

> dias, prorrogável por igual período em caso de extrema e comprovada necessidade.

Portanto, vê-se que a progressão de regime agora é direito do preso que cumpre pena pela prática de crime hediondo, desde que cumpra 2/5 da pena em regime fechado, se o apenado for réu primário e de 3/5, se este for reincidente.

Logo, o texto da lei não deixa dúvidas sobre essa possibilidade, muito embora não seja a forma que se considera mais justa de tratar o criminoso nessas circunstâncias.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho monográfico traçou um paralelo histórico da realidade da violência dos anos noventa até os dias atuais. A partir de tal feito pudemos compor uma fértil discussão sobre a questão da constitucionalidade da vedação da progressão de regime em crimes hediondos.

O legislador ordinário elaborou, em 25 de julho de 1990, a Lei nº 8.072 (Lei dos Crimes Hediondos) a partir do imperativo constitucional previsto no artigo 05°, XLIII, de nossa Carta Magna, sem que houvesse uma melhor análise ou ampla discussão por parte de juristas e da sociedade civil como um todo, tendo entrando em vigor apenas dois anos após a promulgação da Carta Política de 1988.

Esta Lei trouxe em seu bojo, para efeito de reprimendas mais severas, os crimes considerados hediondos, fazendo incidir sobre estes restrições tais como: impossibilidade de graça, indulto, anistia, fiança, liberdade provisória, apelação em liberdade e vedação expressa de possibilidade de progressão do regime prisional (integralmente fechado), desde que a decisão judicial fosse devidamente fundamentada.

O foco do presente trabalho será a análise da constitucionalidade da vedação da progressão de regime penitenciário em matéria de crimes hediondos. Atualmente existem divergências doutrinárias e jurisprudenciais exacerbadas, onde alguns defendem a inconstitucionalidade da Lei 8.0872/90 por ofensa a princípios constitucionais, sobretudo os da individualização e humanização das penas.

Por outro lado, há opiniões que advogam a tese da perfeita coadunação entre a Constituição Federal de 1988 e a impossibilidade da progressão de regime

prisional para os crimes hediondos, ao argumento de que a própria Carta Magna, por diversas vezes, explicitou o total repúdio a estas condutas criminosas, além de ter delegado ao legislador ordinário a determinação dos termos da individualização da pena no tocante a estes crimes.

Desde o início da discussão, o Supremo Tribunal Federal se posicionou veementemente a favor da constitucionalidade do artigo 02º, § 1º, da Lei nº 8.072/90, enquanto o Superior Tribunal de Justiça possuía ambos posicionamentos. Entretanto, em fevereiro de 2006, o Supremo Tribunal Federal ao julgar o HC 82.959/06, declarou, incidentalmente, a inconstitucionalidade do referido dispositivo que veda a possibilidade da progressão de regime.

Este fato abriu precedentes para inúmeros recursos com a finalidade única de fazer com que o STF declarasse de forma *erga omnes* a inconstitucionalidade da vedação da progressão de regime em crimes hediondos.

A declaração de inconstitucionalidade incidental proferida pelo Supremo Tribunal Federal no HC 82.959/06 deixou a sociedade inquieta e impolvorosa, pois os índices de crimes brutais continuam crescendo a cada dia.

Porém, após o lamentável episódio do caso "João Hélio", onde uma criança de apenas 05 (cinco) anos de idade foi morta de forma brutal, o STF voltou atrás em seu posicionamento e encerrou a discussão sobre a inconstitucionalidade outrora declarada.

Analisar a constitucionalidade da restrição em questão remete-nos a verificar as conseqüências das condutas tidas como hediondas em nossa sociedade. A questão da violência no Brasil é muito grave e tem se alastrado cada vez mais. O crime organizado em nosso País é um poder paralelo, de domínio potente, que controla muitas vezes até o poder constituído.

Fundamental seria o Estado posicionar-se de forma eficaz no combate à criminalidade, concretizando medidas protetivas e repressivas.

Em assim sendo, é essencial a pesquisa aprofundada sobre a constitucionalidade da impossibilidade da progressão de regime prisional nos crimes hediondos e equiparados para que possamos contribuir com o sério debate acerca do tema pesquisado.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988).**Constituição da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, Senado, 1988.

_____. Lei n.º 6.368/76, de 21 de outubro de 1976. **Lei de Tóxicos.** 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. Lei n.º 8.072/90, de 25 de julho de 1990. **Lei dos Crimes Hediondos.** 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. Lei n.º 10.409/2002, de 11 de janeiro de 2002. **Nova Lei de Tóxicos.** 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

BACHOF, Otto. **Normas constitucionais inconstitucionais?** Tradução de José Manuel M. Cardoso da Costa. Coimbra: Almedina,1994.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência política**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

CAPEZ, Fernando. **Legislação Especial.** 4 ed., São Paulo, 2005.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 20. ed. São Paulo,1998.

GOMES, Maria Alves Rates, A exclusão da progressão do regime prisional no cumprimento da pena privativa da liberdade nos crimes hediondos e equiparados, **Revista do Instituto Luterano de Ensino Superior de Ji-Paraná,** Canoas, p. 65/81, n.5, jan/junho, 2002.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito penal parte geral.** 4. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2004.

FRANCO, Alberto Silva. **Crimes Hediondos.** 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

JESUS, Damásio E. de Jesus. **Direito penal parte geral**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

LEAL, João José. **Crimes Hediondos.** São Paulo: Atlas, 1996.

LENZA. Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 10. ed. São Paulo: Método, 2006.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Execução Penal.** 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

MONTEIRO, Antônio Lopes. **Crimes Hediondos.** 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**.15. ed. São Paulo: Atlas, 2004

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**.19.ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

THOPSON, Augusto. **A questão penitenciária.** 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

ZAFFORONI, Eugênio Raúl. **Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal.** Tradução Vania Romano Pedrosa e Amir Lopez Conceição. 5ª edição. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

ZALUAR, A. **Da Revolta ao Crime**. São Paulo: Polêmica, 1996.