

UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ
ESCOLA SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO
CURSO DE ESPECIALIZAÇÃO EM DIREITO PROCESSUAL PENAL
PÓS-GRADUAÇÃO "LATO SENSU"

APROVADA COM
LOUVOR.
Francisco de Paula

O REGIME DE PENA DOS CRIMES HEDIONDOS: INICIAL OU
INTEGRALMENTE FECHADO
(LEI 8.072/90)

Antonio Edvando Elias de França

Fortaleza / CE

Junho / 2003

ANTONIO EDVANDO ELIAS DE FRANÇA

**O REGIME DE PENA DOS CRIMES HEDIONDOS: INICIAL OU
INTEGRALMENTE FECHADO**

(LEI 8.072/90)

**Monografia apresentada à Universidade Federal do
Ceará como requisito parcial para obtenção do título
de especialista do curso de especialização na área de
Processo Penal, com a orientação do professor Marcos
de Holanda.**

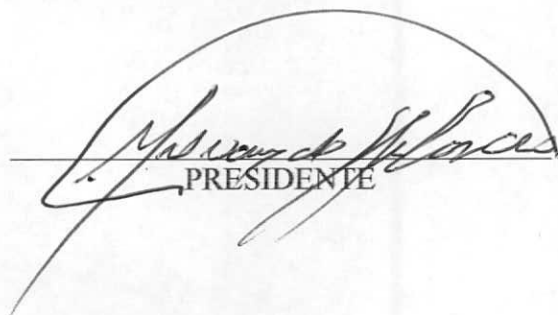
Fortaleza – CE

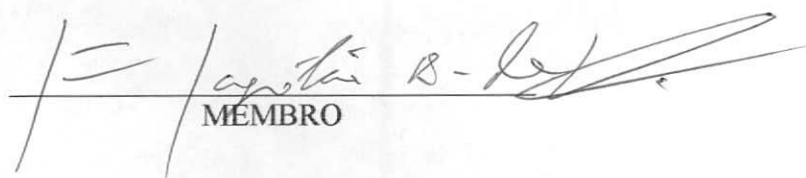
2003

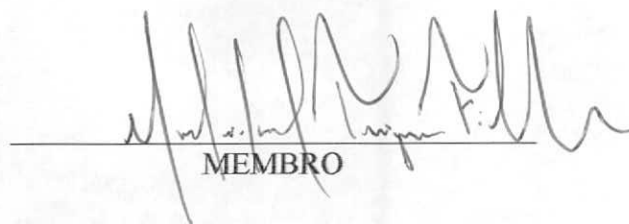
**O REGIME DE PENA DOS CRIMES HEDIONDOS: INICIAL OU
INTEGRALMENTE FECHADO
(LEI 8.072/90)**

Monografia apresentada à Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará, como requisito necessário para obtenção do título de especialização na área de Processo Penal da Universidade Federal do Ceará.

Data da aprovação: 31/10/2003


PRESIDENTE


MEMBRO


MEMBRO

Dedico este trabalho a Deus, que me guia em todos os momentos, a meu falecido pai como exemplo de dedicação e honestidade, que partiu há 17 anos, á minha querida mãe, minha dedicada esposa e meus filhos Lorena e Edvando Júnior, além de minha irmã Socorrinha e meu irmão Marcos Aurélio, todos por compreenderem as horas de ausência de seus convívios, pela dedicação ao Direito.

AGRADECIMENTOS

Ao Prof. Marcos de Holanda, por aceitar o encargo de professor orientador desta monografia e por ser um dos principais responsáveis pelo meu sucesso na carreira jurídica, quando ainda nos bancos da Faculdade, me estimulava na caminhada e a todos os funcionários da Escola Superior do Ministério Público, pela forma dedicada como fui tratado durante o curso, meus cordiais agradecimentos.

"O Direito é o trabalho sem descanso e não somente o trabalho dos poderes públicos, como também de todo o povo. Se abraçarmos em um momento dado toda a sua história, ele nos apresentará nada menos do que o espetáculo de toda uma nação, desenvolvendo sem cessar, para defender seu direito, tão penosos esforços quanto os que emprega para o desenvolvimento de sua atividade na esfera da produção econômica e intelectual."

Rudolf Von Jhering, "A Luta Pelo Direito"

RESUMO

A presente monografia tratou acerca do regime de pena dos crimes hediondos e toda a polêmica que envolve o aludido tema. A disposição legal sobre o assunto, a lei 8.072/90, é o eixo em torno do qual se desenvolveu este trabalho, abordando-a sob vários ângulos, conceitos e aplicações. Num primeiro momento, estudamos os motivos fáticos e ideológicos da referida lei, inclusive sua previsão na Lex Máxima. Em seguida, analisamos o regime de pena dos crimes dessa natureza: se inicial ou integralmente fechado. Uma questão polêmica nos meios doutrinários e jurisprudenciais, inclusive entre os membros do Ministério Público, que divergem no assunto, colaborando para pensamentos dissonantes no mundo jurídico. Não obstante o Supremo Tribunal Federal já firmou posição sobre a constitucionalidade do §1º do art. 2º da lei 8.072/90, os operadores jurídicos ainda não marcham no mesmo sentido. Por derradeiro, juntamos, no campos dos anexos, farta jurisprudências dos Tribunais Superiores, mostrando a posição daquelas Cortes, com o fim de colaborar para um pensamento único sobre o assunto. Enfim, diante do exposto, concluimos que muito se discute no assunto, todavia a Suprema Corte do País, já bateu martelo sobre o assunto, em favor da constitucionalidade do cumprimento integralmente fechado da pena. Portanto, não há mais sentido existir contenda sobre o regime de pena para crimes hediondos.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
CAPÍTULO I. CRIMES HEDIONDOS E EQUIPARADOS	11
1.1 O surgimento do crime hediondo	12
1.2 Motivações fáticas e ideológicas do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal e da Lei 8.072/90	13
1.3 A Constituição Federal e a proteção da pessoa humana	16
1.4 O art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal	17
1.5 A Lei 8.072/90	18
1.5.1 Notas introdutórias	19
1.5.2 Movimento da lei e da ordem	21
1.5.3 Constitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei 8.072/90	22
1.5.4 A questão do § 7º do art. 1º da Lei 9.455/97 (Lei da tortura)	24
1.5.5 O crime de tortura e sua abrangência pela Lei 8.072/90	30
CAPÍTULO II. REGIME DE PENA DOS CRIMES HEDIONDOS	32
2.1 Cumprimento integralmente fechado	32
2.2 Individualização da pena	34
2.3 O regime de progressão	36
2.4 A Lei de Execução Penal	40
CONCLUSÃO	47
BIBLIOGRAFIA	51
ANEXOS	55

ABREVIATURAS

Art. – Artigo

CC – Código Civil

CE – Constituição do Estado do Ceará

CF – Constituição Federal

CP – Código Penal

CPC – Código de Processo Civil

CPP – Código de Processo Penal

DJCE – Diário da Justiça do Ceará

Inc. – Inciso

LEP – Lei de Execuções Penais

LJE – Lei dos Juizados Especiais

LONMP – Lei Orgânica Nacional do Ministério Público

MP – Ministério Público

MPCE – Ministério Público do Ceará

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

TJCE – Tribunal de Justiça do Ceará

INTRODUÇÃO

O presente trabalho versará sobre o regime de pena dos crimes hediondos: se inicial ou integralmente fechado; e o reflexo desse questionamento no mundo jurídico.

O objetivo será, portanto, demonstrar a constitucionalidade do §1º do art. 2º da Lei 8.072/90, ou seja, a pena de crime hediondo será cumprida integralmente em regime fechado.

Acrescente-se que o tema dos crimes hediondos foi um dos assuntos que gerou discussão na constituinte, pois os ditos delitos são aqueles crimes onde a sociedade exige uma providência drástica para pôr fim ao ambiente de insegurança vivida no País.

Tomaremos por base o que existe na doutrina, na jurisprudência e, especialmente, na lei, fonte primária do Direito e viga mestra do Estado de Direito. Logo, sentença que contraria a lei, é decisão *contra legem*, que põe em xeque o Estado de Direito.

O procedimento que utilizaremos nesta monografia fundamentar-se-á na apresentação de fartos argumentos, inclusive doutrinários e jurisprudenciais, em favor do que defendemos, levando a uma dedução lógico-jurídica sobre o impedimento legal do regime inicialmente fechado para crimes considerados hediondos.

CAPÍTULO I

CRIMES HEDIONDOS E EQUIPARADOS

Pretextando conter a onda de criminalidade que assolava a sociedade brasileira, alcançando níveis nunca antes experimentado no País, o legislador constituinte estabeleceu norma no Capítulo dos Direitos e Garantias Fundamentais, que previa um tratamento jurídico diferenciado a determinadas espécies de delitos que considerava mais graves. Assim é que dispõe o art. 5º, inciso XLIII da nossa *Lex Fundamentalis*.

Nesse dispositivo foi que o legislador achou de inserir o inciso suso mencionado, encerrando uma garantia para toda a sociedade, contra a criminalidade exacerbada. Ou seja, uma resposta do Poder Legislativo ao avanço da violência.

Acrescente-se a esse quadro, a influência de um movimento social da lei e da ordem, que surgiu em função dessa situação social e que defende uma medida radical no combate à criminalidade, qual seja, o endurecimento do sistema penal. O que significa a criação de novos tipos penais, o aumento de penas e o rigor no regime de cumprimento, além de outras medidas que visem à repressão firme e incondicional da violência.

Foi nessa situação de intranquilidade social que o legislador editou a Lei de Crimes Hediondos, fixando através de seu art. 1º, determinados delitos como o de homicídio qualificado (art. 121, § 2º, I, II, III, IV e V), o latrocínio, a extorsão mediante seqüestro e sua forma qualificada, o estupro em combinação com o art. 223, *caput* e parágrafo único, o atentado violento ao pudor, igualmente com a aplicação do art. 223, *caput* e parágrafo único, a epidemia com o resultado morte, falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais (art. 273, *caput* e § 1º, § 1º-A e § 1º-B, com a redação dada pela Lei nº 9.677, de 2 de julho de 1998), além do genocídio previsto nos arts. 1º, 2º e 3º da Lei nº 2.889 de 1º de outubro de 1956, tentado ou consumado..

Mais à frente, por meio de seu art. 2º, deixou consignado o legislador ordinário que os delitos hediondos, a prática de tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas e o terrorismo, também seriam insuscetíveis de anistia, graça, indulto, fiança e liberdade provisória e deveriam os agentes infratores de tais delitos (os previstos no art. 2º por último mencionado) cumprirem a pena que lhes fossem aplicada — integralmente — em regime fechado.

Diante de tanto que já se discutiu sobre a constitucionalidade da lei de crimes hediondos, no que se refere ao cumprimento da pena integralmente em regime fechado, difícil inovar na matéria. A nível nacional o Supremo Tribunal Federal, reiteradamente, vem decidindo que a proibição da lei é constitucional e válida. Os demais juizes do País, em geral, têm acompanhado esse entendimento e aplicado a lei em sua literalidade.

As leis, como um dos instrumentos de controle social, têm caráter *erga omnes*, ou seja, destinam-se à sociedade como um todo e são legítimas e juridicamente aceitáveis quando não resultantes de clima circunstancial de determinada época e, só serão juridicamente válidas e aceitáveis, enquanto persistir a existência dos mesmos fatos sociais que lhe derem origem. E, como se sabe, a nação atualmente amarga números assustadores e crescentes de violência.

Com base nessa visão, a disposição inserta no § 1º, do art. 2º da Lei nº 8.072/90, por ser constitucional, revogou a previsão constante do art. 112 da Lei nº 7.210 de 11/07/84 que trata da progressão do regime da pena imposta.

1.1 O Surgimento do Crime Hediondo

Proclamada a independência do Brasil, em 1822, as Ordenações Filipinas, que regiam as normas civis e penais de Portugal, continuaram a ser aplicadas entre nós na esfera criminal, aguardando a edição do Código Criminal de 1830. Caracterizado pelas severidades das penas, as Ordenações não primavam pelo princípio da tipicidade, punindo simplesmente fatos ofensivos à norma moral e à religião, permitindo a elasticidade dos tipos que seus intérpretes aplicassem penas a acusados de condutas às vezes insignificantes, assediados pelas paixões e perseguições políticas.

No Código Penal de 1940 surgiram as duas grandes damas do direito penal brasileiro: a pena e a medida de segurança, baseadas na culpabilidade e na periculosidade. Em 1977, entrou em vigor a lei 6.416, modificando a Parte Geral do Código, mormente no Título das penas. A reforma, porém, não obstante o empenho de seus autores não havia acompanhado a realidade social de progressão extraordinariamente rápida no campo dos costumes, mostrando-se insuficiente uma legislação penal excessivamente liberal.

A criminalidade violenta, no entanto não diminuiu em face da reforma do Código Penal de 1984. Ao contrário, os índices atuais são alarmantes. Uma onda de roubos, latrocínio, estupros, seqüestros para fim de extorsão, terrorismo etc., vem apavorando as nossas populações e criando um clima de pânico em geral. Não se trata de fenômeno local, é mundial.

A CF de 1988, em seu art. 5º, inc. XLIII, preceitua que a lei considerará inafiançável e insuscetível de graça ou anistia os crimes definidos como hediondo, assim devem ser considerados os que, pela natureza ou pela forma de execução mostrem-se repugnantes, causando clamor como o latrocínio e o homicídio praticados com requintes de crueldade ou perversidade, o estupro violento etc. Nesses casos, além do impedimento da concessão da fiança e da anistia, por exemplo, que procede do mandamento constitucional, é conveniente que o réu não possa apelar em liberdade, nem recorrer em liberdade da sentença de pronúncia.

E dessa forma vem se estabelecendo a insegurança no nosso dia a dia, e a certeza da impunidade que campeia na consciência do nosso povo, forjando novos criminosos. Surgem, portanto, mobilizações em busca de solução para tal fato.

1.2 Motivações Fáticas e Ideológicas do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal e da Lei 8.072/90

A Carta Magna de 1988, em seu artigo 5º, inciso XLIII, previra a edição da Lei nº 8.072/90, na qual se viu um recrudescimento no tratamento penal dispensado aos autores dos delitos nela enumerados.

O movimento da “Lei e da Ordem” representa o uso de uma resposta penal altamente severa como medida de eficácia preventiva e intimidatória à criminalidade violenta. Sua influência se fez presente na Constituição Federal:

Art. 5º, XLIII – a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática de tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os *definidos como crimes hediondos*, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem. (Constituição Federal de 1988)

A Lei n.º 8.072, de 25 de junho de 1990, nasceu, pois, dos reclamos dos defensores da ideologia do “law and order”, objetivando especificar e tornar aplicável as medidas restritivas de direitos e garantias fundamentais determinadas por nossa *Lex Fundamental*.

Segundo Alberto Silva Franco *“inserção do referido dispositivo constitucional no rol dos direitos e garantias fundamentais e a sua conseqüente regulamentação em lei ordinária deveu-se ao chamado Movimento de Lei e Ordem, que encontrou um contexto social propício à difusão de seus ideais conservadores e autoritários.”*¹

No final da década de 80, o País apresentava índices crescentes da prática de tráfico de drogas ilícitas, furtos, roubos, extorsões mediante seqüestro, estupros, atentados violentos ao pudor, latrocínios, homicídios, dentre outros delitos considerados violentos pela sociedade em geral²

A divulgação sensacionalista dos tais números de criminalidade tinha como contrapartida os índices de audiência, igualmente cada vez mais elevados. Assim, o crime

¹ FRANCO, Alberto Silva. **Crimes hediondos Anotações sistemáticas à lei 8072/90**. 4.ed. São Paulo: RT, 2000, p.23.

²É impróprio o conceito de ‘crime violento’ formulado, abstratamente, a partir do tipo penal em que incorre o autor de um fato criminalizado pelo Direito. Apenas para exemplificar, nem todo atentado violento ao pudor pode ser considerado violento, como aquele em que o autor passa sua mão nos seios da vítima. Por outro lado, pode-se considerar violenta a sonegação fiscal, uma vez que, por falta dos recursos sonegados, o Poder Público deixa de construir hospitais, escolas, conjuntos habitacionais, de fomentar a geração de empregos, etc. No mesmo sentido, é possível citar inúmeros casos exemplificativos envolvendo outros ‘crimes violentos’ e ‘não violentos’. Assim, vê-se que o referido conceito padece de grande carga ideológica. Por isso, neste trabalho, falar-se-á em ‘crimes considerados violentos’, entendidos nessa expressão aqueles que a sociedade em geral é mais induzida – principalmente pela mídia – a abominar, por ser normalmente praticados com violência física direta. Trata-se da violência de rua, praticada por cidadãos integrantes das classes sociais oprimidas, marginalizadas, excluídas, contra a pequena parcela de cidadãos incluídos, os únicos que usufruem a fartura de bens e serviços produzidos por um sistema econômico gerador de grande riqueza, mas excludente por natureza. São, portanto, ‘crimes considerados violentos’ por aqueles que desejam desfrutar as comodidades oferecidas pelo sistema sem ser incomodados pela fatia da população que não tem acesso a um mínimo de bem-estar.

considerado violento era uma mercadoria rentável para as empresas de comunicação de massa, na medida em que o sensacionalismo adicionado transfigurava-se no plus que mantinha a demanda sempre alta. Essa exploração empresarial que a mídia fazia sobre a criminalidade considerada violenta perdura até os dias atuais, tendo contribuído sobremaneira para a edição de leis penais repressoras ao longo da década de 90.

Sobre o denominado Movimento de Lei e Ordem, Alberto Silva Franco enumera as condições favoráveis à sua aceitação popular, decerto presentes no contexto em que foram elaboradas a Constituição Federal e, posteriormente, a Lei nº 8.072/90:

“A referida corrente político-criminal, surgida na década de setenta e com ampla ressonância até mais da metade da década de oitenta, encontrou origem em alguns fatos merecedores de especial atenção: a) no incremento da criminalidade violenta direcionada a seguimentos sociais mais privilegiados e que até então estavam indenes a ataques mais agressivos (seqüestros de pessoas abonadas ou de alto estrato político ou social, roubos a estabelecimentos bancários etc); b) no terrorismo político e até mesmo no terrorismo imotivado, de facções vinculadas tanto à esquerda como à extrema direita; c) no crescimento do tráfico ilícito de entorpecentes e de drogas afins; d) no avanço do crime organizado pondo à mostra a corrupção e a impunidade; e) no incremento da criminalidade de massa (roubos, furtos etc) que atormenta o cidadão comum; f) na percepção do fenômeno da violência como dado integrante do cotidiano, onipresente na sociedade; g) no conceito reducionista de violência, fazendo-o coincidir com o de criminalidade; h) na criação pelos meios de comunicação social de um sentimento coletivo e individual de insegurança e no emprego desses mesmos meios para efeito de dramatização da violência e para seu uso político.”³

José Augusto de Souza Rodrigues comenta o conteúdo do último dos fatores acima aludidos, contextualizando a época:

“As metáforas utilizadas pela grande imprensa ao longo dos anos oitenta para narrar o que era definido então como a selvagem irrupção da barbárie nas ruas do Rio, tinham a sua raiz no diagnóstico de que a cidade caminhava inexoravelmente para o modelo Medellín de guerra civil não declarada entre, de um lado, um poder público corrupto e omissivo e, de outro, um estado paralelo representante do poder bandido. A partir disso, todo o noticiário

³ FRANCO, Alberto Silva.OP.CIT.PP 5

sobre violência urbana passou a interpretar todos os acontecimentos como prefigurações desse futuro sombrio.”⁴

Nesse ambiente de medo e insegurança provocado, os adeptos do Movimento de Lei e Ordem puderam facilmente justificar a adoção de medidas penais e processuais penais mais rígidas, pilares de sua ideologia, as quais teriam por objetivo dar uma resposta mais radical à criminalidade considerada violenta.

O fato, portanto, é que o Movimento de Lei e Ordem exerceu influência sobre o legislador constituinte e logrou inserir o inciso XLIII no art. 5º da Constituição Federal, o qual serviu de suporte jurídico ao legislador ordinário, então incumbido de elaborar a nascente Lei nº 8.072/90.

1.3 A Constituição Federal e a proteção da pessoa humana

A Carta Magna traz no seu lídimo como um de seus principais legados a democracia. Destarte, houve em sua confecção uma preocupação considerável em relação à garantia dos “Direitos e Garantias Fundamentais”, usando de forma patente a Carta dos Direitos Humanos como base para esta garantia individual. Assim sendo, o Título II veio dividido em cinco capítulos que compreende do artigo 5º ao 17, e destes, o artigo 5º nos traz o Capítulo I, “dos direitos e deveres individuais e coletivos”, elencando em seus incisos a proteção real do Estado aos brasileiros e estrangeiros residentes no País.

Contudo, percebe-se, que os constituintes já demonstravam desde o início dos trabalhos, que tinham a preocupação em garantir à pessoa humana, os mínimos direitos para uma vida segura e saudável, de forma a criar princípios e garantias visando a proteção da integridade física e psíquica da pessoa humana.

⁴ RODRIGUES, José Augusto de Sousa. **A Economia Política do Medo. Discursos sediciosos: Crime, Direito e Sociedade**. Rio de Janeiro. V.1.N.2.P. 269-276, 2º semestre 1996.

Adotando esta linha de raciocínio e, ainda, os ensinamentos do eminente Doutor Rizzato Nunes acerca do princípio da Dignidade da Pessoa Humana, quando nos diz: “o principal direito fundamental constitucionalmente garantido é o da dignidade da pessoa humana⁵”, ainda: “... a dignidade é garantida por um princípio. Logo, é absoluta, plena, não pode sofrer arranhões nem ser vítima de argumentos que a coloquem num relativismo⁶”, tenho que esta garantia será ilimitada, sem fim, inesgotável, adotando-se é claro o parâmetro básico dos direitos alheios, haja vista ser ali parada obrigatória dos direitos individuais.

No que diz respeito à prática da tortura especificamente, temos já no inciso III, do artigo 5º, de nossa Carta Magna, que sua prática e qualquer outro meio desumano e degradante de tratamento estão terminantemente proibidos, concretizado de maneira rígida através do respaldo do Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana (art. 1º, III, da CF/88).

1.4 O art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal

O artigo 5º, inciso XLIII, da CF dispõe 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”.

Cuida-se de norma de conteúdo nitidamente penal e processual penal, pois trata da supressão de causas extintivas da punibilidade - graça e anistia - dos condenados pelos crimes nela enumerados e lhes imputa a pecha da inafiançabilidade.

Na medida em que o preceito reforça o poder punitivo do Estado, estabelecendo uma punição mínima aquém da qual o legislador ordinário não pode inovar, a sua inserção no rol constitucional dos direitos e garantias fundamentais da pessoa humana constitui uma contradição. Não se vislumbra, aqui, uma medida de defesa dos direitos humanos, mas sim uma restrição desses.

⁵ NUNES, Antônio Rizzato. **O Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana**. Doutrina e Jurisprudência. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 45.

⁶ Idem, p. 46.

Essa abrangência do legislador constituinte em campo normalmente restrito ao legislador ordinário encontra explicação em duas razões principais: a importância dos bens jurídicos atingidos pelos fatos incriminados - o que não significa necessariamente que esses bens sejam os mais importantes dentre todos os que recebem proteção do Direito⁷ - e a idéia de que a penalização de tais fatos é um meio eficaz de assegurar a sua tutela jurídica:

*“Legislador constituinte substituiu-se ao legislador infraconstitucional na tarefa incriminadora e tomou para si tanto o critério do merecimento do bem jurídico a ser protegido – critério que lhe é próprio, na medida em que a Constituição arrola os bens jurídicos dignos de proteção penal – como o da necessidade da pena que é vinculado ao legislador ordinário, no processo de criminalização.”*⁸

O dispositivo constitucional em apreço, portanto, assenta-se nas premissas difundidas pelo chamado Movimento da Lei e da Ordem, que previu o crime hediondo, ao mesmo tempo em que abriu as portas para que o legislador ordinário editasse uma lei que inibisse a ação desses criminosos.

A tal respeito, tenho em mente que o legislador constituinte agiu com acerto na medida em que traçou as linhas gerais da proteção ao indivíduo, quando aquilatou a proporcionalidade do cumprimento da pena em tais casos, permitindo com isso, ao legislador ordinário melhor decifrar a matéria.

1.5 A Lei 8.072/90

Sancionada em 25 de julho de 1990 pelo presidente Collor, a lei 8.072, popularizada como Lei dos Crimes Hediondos, completou uma década de vigência sem conseguir alcançar seu objetivo: a diminuição da criminalidade.

⁷ Exemplo disso são os delitos “definidos como crimes hediondos”. Trata-se de um rótulo sem conteúdo determinado constitucionalmente, espaço preenchido pelo legislador ordinário com condutas típicas lesivas a bens jurídicos de pouca importância. Condutas como o beijo lascivo, tipificada no artigo 214 do Código Penal, e a falsificação de cosméticos, tipificada no § 1º-A do artigo 273 do Código Penal, ambas definidas como crimes hediondos pelo artigo 1º, incisos VI e VII-B, respectivamente, da Lei nº 8.072/90.

⁸ FRANCO, Alberto Silva. Crimes hediondos Anotações sistemáticas à lei 8072/90 – 4ª ed.SP.Ed. RT-2000pg 73.

Criada como medida de impacto para solucionar a escalada de violência nos fins da década de 80 e início dos anos 90, quando o índice de criminalidade nos grandes centros alcançou números assustadores, esta nova lei trazia como embasamento teórico a intimidação dos agentes criminosos através da rigidez do texto legal, traduzida em penas longas cumpridas integralmente em regime fechado.

1.5.1 Notas introdutórias

À luz do pensamento da *Law and Order*, surgiu a Lei 8.072/90, que é, sem dúvida, um exemplo de lei que expressa ao mesmo tempo punibilidade e rigorosidade.

Por outro lado, ao editar a referida lei, em vez de proceder com uma definição clara sobre o que é “crime hediondo”, o legislador preferiu adotar um sistema mais simples, o de etiquetar, com a expressão “hediondo”, tipos já descritos no Código Penal ou em Leis Especiais.

Talvez tenha procedido desta maneira porque a expressão “crimes hediondos” é portadora de evidente carga emocional, cujo significado real depende de fungíveis critérios axiológicos ou ideológicos. Tanto é que, visando a uma diminuição dessa carga emocional, já existe no Congresso um Projeto de Lei com vistas à edição dos “Crimes de Especial Gravidade”.

O artigo 1º da lei sob comento, modificado pelas Leis nº 8.930/94 e nº 9.695/98, relaciona os tipos legais dos crimes considerados hediondos, assim considerados quando cometidos nas formas consumada ou tentada. O artigo 6º aumentou as penas de vários desses crimes hediondos, mediante mudança na redação dos respectivos preceitos do Código Penal, e o artigo 9º estabelece um caso de aumento de pena para os crimes hediondos ali especificados. O artigo 7º, ao inserir novo dispositivo no Código Penal, criou um caso de diminuição de pena, conhecido como delação premiada, para o crime hediondo de extorsão mediante seqüestro.

Assim, nos artigos 1º, 6º, 7º e 9º, a Lei nº 8.072/90 trata exclusivamente dos crimes tachados de hediondos. Já nos seus artigos 2º, 5º e 8º, são tratados não somente os crimes

hediondos, enumerados no seu artigo 1º, como também os crimes referidos no artigo 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, quais sejam a prática de tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo. Isto é, tais artigos dispõem sobre os crimes hediondos e os assemelhados a estes.

O artigo 2º impede a anistia, a graça e o indulto para os condenados, bem como a fiança e a liberdade provisória para os acusados por crime hediondo ou assemelhado. Ainda, o mesmo dispositivo, em seus parágrafos, impõe o cumprimento da pena em regime integralmente fechado, exige que o direito de apelar em liberdade seja concedido apenas em decisão fundamentada e dilata o prazo da prisão temporária⁹.

O artigo 5º, ao acrescentar novo dispositivo ao Código Penal, impôs tempo maior de cumprimento da pena para a obtenção do livramento condicional pelos condenados por crime hediondo e assemelhado, desde que não reincidentes específicos em delitos dessa natureza. O artigo 8º cria nova modalidade do crime de quadrilha ou bando, sancionando com mais rigor a associação de pessoas que tenha como finalidade o cometimento de crime hediondo ou assemelhado, e seu parágrafo único define como causa de diminuição da pena a chamada delação premiada. O artigo 3º manda a União manter estabelecimentos prisionais de segurança máxima para condenados de alta periculosidade. Portanto, não se refere especificamente aos condenados por crime hediondo ou assemelhado.

Por fim, o artigo 10 inseriu novo dispositivo na Lei nº 6.368/76, o qual dispõe que, os prazos procedimentais devem ser contados em dobro quando se tratar de persecução penal relativa a crime tipificado nos artigos 12, 13 ou 14 daquela lei.

Em suma, a Lei nº 8.072/90 trata de cinco matérias distintas: a) definição dos crimes hediondos, seguida da alteração de preceitos sancionatórios e criação de causas de aumento e de diminuição de pena; b) supressão de direitos de caráter penal e processual penal para condenados e acusados por crime hediondo ou assemelhado; c) criação de nova modalidade do crime de quadrilha ou bando, referente à prática de crime hediondo ou assemelhado, e de uma respectiva causa de diminuição da pena; d) imposição de encargo à União, concernente à

⁹ A proibição de fiança e liberdade provisória, a restrição ao direito de apelar em liberdade e a dilatação do prazo da prisão temporária demonstram a vontade do legislador em dar uma resposta repressiva imediata ao acusado, mediante supressão de garantias fundamentais. De acordo, portanto, com o ideário do Movimento de Lei e Ordem, que prega o máximo de encarceramento, pelo maior tempo possível, para "limpar" melhor as ruas.

manutenção de estabelecimentos prisionais; e) duplicação de alguns prazos procedimentais estipulados na Lei nº 6.368/76.

1.5.2 Movimento da Lei e da Ordem

Um fato de relevo, na seara do Direito Penal, vem sendo verificado no crepúsculo deste século. Tal fato consubstancia-se na maciça ampliação da atuação do Movimento da Lei e da Ordem que vem, de há tempos, disseminando um novo Direito Penal brasileiro, como ocorre noutros países.

A sociedade brasileira tem convivido nos últimos anos com uma alta taxa de criminalidade urbana, geradora de um fundado sentimento de temor e insegurança. Alguns setores do governo postularam pela adoção de um sistema norte-americano “*law and order*”, como um modelo a ser seguido no Brasil. O plano americano é reflexo do chamado direito penal máximo, segundo o qual, em síntese, as condutas ilícitas, repugnantes, violentas, devem ser objeto de apenamento, as penas devem ser mais longas, os regimes de cumprimento mais rígidos e as possibilidades de benefícios menores. Como consequência, o processo penal deve ser mais célere e utilitarista, ao mesmo tempo em que visa apurar e apenar condutas rapidamente.

O movimento da “Lei e da Ordem” representa o uso de uma resposta penal altamente severa como medida de eficácia preventiva e intimidatória à criminalidade violenta. Sua influência de fez presente na Constituição Federal:

Art. 5º, XLIII – a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática de tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem.

Analisando com argúcia o movimento, observa Alberto Silva Franco que o legislador constituinte “*em nome do movimento da ‘Lei e da Ordem’, além de criar uma categoria nova de delitos (os crimes hediondos), equiparou-a a outras espécies criminosas (tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e terrorismo), eliminou garantia processual de alta valia (fiança), vedou causas extintivas de punibilidade expressivas (anistia e graça) e, afinal,*

*atribuiu ao legislador ordinário a incumbência de formular tipos e cominar penas, numa luta contra o crime, sem descanso, mas fadada ao insucesso, por seu irracionalismo, passionalidade e unilateralidade”.*¹⁰

A Lei n.º 8.072, de 25 de junho de 1990, nasceu, pois, dos reclamos dos defensores da ideologia do “law and order”, objetivando especificar e tornar aplicável as medidas restritivas de direitos e garantias fundamentais determinadas por nossa *Lex Fundamentalis*. Na verdade, sou de opinião favorável ao rigor da referida lei, como meio de coibir e inibir a ação de criminosos e assim atender aos reclames sociais.

1.5.3 Constitucionalidade do §1º do art. 2º da lei 8.072/90

A Lei 8.072/90 estabeleceu no § 1º, do art. 2º que: “A pena por crime previsto neste artigo será cumprida integralmente em regime fechado”. Ademais as críticas feitas ao dispositivo, por romper com a finalidade ressocializadora da pena e desestimular o condenado a possuir um bom comportamento em nome de alguma benevolência, centram fogo na sua inconstitucionalidade. Portanto, a disposição em foco vem sendo criticada e argüida a inconstitucionalidade por afronta ao princípio constitucional da individualização da pena. Dois entendimentos dividem a questão:

- § 1º do art. 2º da Lei 8.072/90 é INCONSTITUCIONAL por força do art. 5º, XLVI. O dispositivo afronta o princípio da individualização da pena, posição francamente majoritária na doutrina;
- * § 1º do art. 2º da Lei 8.072/90 é CONSTITUCIONAL. O dispositivo não contradiz a Constituição Federal, devendo ser regularmente aplicado. É o entender do STF.

A questão da constitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei 6.368/90, por violação do princípio da individualização da pena, foi provocada pelo fato do legislador atropelar a fase de aplicação da pena e dispor sobre assunto que, por sua natureza, competia exclusivamente ao Poder Judiciário. Ainda, alguns doutrinadores afirmam que ao proibir a progressão, destruiu o conteúdo essencial da individualização da pena na fase de execução.

¹⁰ FRANCO, Alberto Silva. **Crimes hediondos anotações sistemáticas à lei 8.072/90**. 4.ed. São Paulo: RT, 2000, p.34.

Nenhuma norma regulamentadora de direitos fundamentais pode, a pretexto de regulamentá-la, eliminar o conteúdo do direito. O STF, todavia, tem se manifestado pela constitucionalidade do dispositivo, conforme se vê nos seus julgamentos.

Jurisprudência: “STF “HABEAS-CORPUS”. CRIME HEDIONDO. CONDENAÇÃO POR INFRAÇÃO DO ART. 12, PAR. 2. II, DA LEI N. 6.368/76. CARACTERIZAÇÃO. REGIME PRISIONAL. CRIMES HEDIONDOS. CUMPRIMENTO DA PENA EM REGIME FECHADO. ART. 2. PAR. 1., DA LEI 8.072/90. ALEGAÇÃO DE OFENSA AO ART. 5., XLVI, DA CONSTITUIÇÃO. INCONSTITUCIONALIDADE NÃO CARACTERIZADA. INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA. REGULAMENTAÇÃO DEFERIDA, PELA PRÓPRIA NORMA CONSTITUCIONAL, AO LEGISLADOR ORDINÁRIO. A LEI ORDINÁRIA COMPETE FIXAR OS PARÂMETROS DENTRO DOS QUAIS O JULGADOR PODERÁ EFETIVAR OU A CONCREÇÃO OU A INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA. SE O LEGISLADOR ORDINÁRIO DISPÕS, NO USO DA PRERROGATIVA QUE LHE FOI DEFERIDA PELA NORMA CONSTITUCIONAL, QUE NOS CRIME HEDIONDOS O CUMPRIMENTO DA PENA SERÁ NO REGIME FECHADO, SIGNIFICA QUE NÃO QUIS ELE DEIXAR, EM RELAÇÃO AOS CRIMES DESSA NATUREZA, QUALQUER DISCRICIONARIEDADE AO JUIZ NA FIXAÇÃO DO REGIME PRISIONAL. (HC-69603 / SP, TRIBUNAL PLENO, Rel. Min. PAULO BROSSARD).¹¹

Logo, a obrigatoriedade do regime fechado aos condenados por crime hediondo não afronta a regra constitucional da individualização da pena. Nem se alegue que a exclusão do sistema progressivo da fase de execução penal, como determina o parágrafo 1º do art. 2º da lei dos crimes hediondos, afronte o princípio da individualização da pena, por ser a execução fase diversa do processo penal.

Assim caminha a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal:

“RE 354429 / RS - RIO GRANDE DO SUL

RECURSO EXTRAORDINÁRIO

Relator(a): Min. MOREIRA ALVES

Julgamento: 15/10/2002 Órgão Julgador: Primeira Turma

EMENTA: - Recurso extraordinário. Crime hediondo. Regime de cumprimento da pena. - Esta Corte já firmou jurisprudência no sentido de que é constitucional o § 1º do artigo 2º da Lei 8.072/90.

¹¹ Diário da Justiça da União, de 24.03.93, p.06922.

*Recurso extraordinário conhecido e provido.
Votação: unânime.*¹²

Portanto, não pode o juiz, em sede de decisão, conceder progressão do regime prisional ao arrepio da legislação. Assim, impõem-se o cumprimento da pena, desde o início, em regime integralmente fechado.

1.5.4 A questão do §7º do art. 1º da Lei 9.455/97 (Lei da Tortura)

Com a Lei 9.455/97, o legislador perdeu uma grande oportunidade para reparar os erros da Lei 8.072/90. Perdeu e criou mais injustiças. Abriu o benefício da progressão para os indivíduos condenados por tortura, continuando a proibição para os condenados por crimes hediondos, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e terrorismo, salvo se estes forem praticados por organização criminosa que também tem direito ao benefício. A Lei 9.455/97, art. 1º, § 7º - O condenado por crime previsto nesta Lei, salvo a hipótese do § 2º, iniciará o cumprimento da pena em regime fechado. Questiona-se, foi revogado o § 1º do art. 2º da Lei 8072/90, pelas leis mencionadas? Como resposta mais dois entendimentos contrários:

§ 1º do art. 2º da Lei 8.072/90 NÃO FOI REVOGADO - continua sendo a regra, os crimes de tortura (art. 1º, § 7º da Lei 9.455/97) e decorrentes de organização criminosa (art. 10 da Lei 9.034/95) a exceção. É a posição de J. F. Mirabete (Tortura: Notas sobre a Lei 9.455/97, RT 746/476). O STF também se alinhou nesse sentido;

§ 1º do art. 2º da Lei 8.072/90 FOI REVOGADO pelo art. 1º, § 7º da Lei 9.455/97 - os delitos dos arts. 1º e 2º da Lei 8/072/90 são colocados no mesmo nível, recebendo idêntico tratamento constitucional. Não cabe ao legislador distingui-los. É adotada pelo STJ. Julio F.. Mirabete inclina-se à resposta negativa. Para o ilustre penalista os dispositivos não foram revogados pela Lei 9.455/97. Também para o Supremo Tribunal Federal, a Lei de Tortura não revogou o dispositivo da Lei 8.072/90, este continua aplicável, salvo no caso da tortura, onde se aplica o art. 1º, § 7º.

Outra corrente abraça a tese de que os crimes hediondos, a tortura, o terrorismo e o tráfico ilícito de drogas foram equiparados pela Constituição Federal, não podendo a

¹² Diário da Justiça da União, de 29.11.2002, p. 02855.

legislação ordinária fazer distinção entre estes, a lei nova, sendo mais benéfica, revogou tacitamente o § 1º do art. 2º da Lei 8.072/90. O STJ tem se inclinado à este entendimento.

Jurisprudência: “STF HC - INDEFERIDO PEDIDO DE HABEAS CORPUS EM QUE SE PRETENDIA A APLICAÇÃO DA LEI 9.455/97 — CUJO ART. 1º, § 7º, ASSEGURA AO CONDENADO POR CRIME DE TORTURA O INSTITUTO DA PROGRESSÃO DO REGIME DE CUMPRIMENTO DA PENA — A RÉU CONDENADO POR CRIME HEDIONDO (ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR). DE ACORDO COM A ORIENTAÇÃO ADOTADA PELO PLENÁRIO NO JULGAMENTO DO HC 76.371-SP (SESSÃO DE 25.3.98, V. INFORMATIVO 104), A TURMA AFIRMOU QUE O REFERIDO ART. 1º, § 7º, DA LEI 9.455/97, NÃO DERROGOU O ART. 2º, § 1º, DA LEI 8.072/90, QUE IMPÕE AOS CONDENADOS POR CRIME HEDIONDO O CUMPRIMENTO INTEGRAL DA PENA EM REGIME FECHADO. PRECEDENTE CITADO: HC 76.543-SC (DJU DE 17.4.98). HC 76.936-SP, rel. Min. Sydney Sanches, 2.6.98.”¹³

Os Tribunais de Justiça deste País estão a confundir as expressões: “a pena será cumprida em regime INTEGRALMENTE fechado” prevista na Lei dos Crimes Hediondos (Lei 8.072/90 – artigo 2º, § 1º) e “o condenado INICIARÁ o cumprimento de pena em regime fechado” prevista na Lei de Tortura (Lei 9.455/97 – artigo 1º, § 7º). Muitos Magistrados estão, quando da prolação de suas sentenças, em crimes hediondos, a exceção da tortura, colocando em seu bojo a expressão: “a pena será cumprida em regime inicialmente fechado”. O mais grave, *data venia*, é que alguns Tribunais de Justiça estão a retificar o regime de pena para crime hediondo, a exceção da tortura. Ou seja, retifica-se a expressão “integralmente” por “inicialmente”. A exemplo disso, o Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso, em decisões recentes, tem assim se manifestado sobre o tema:

“Apelação Criminal – Classe I-14 – nº 2864/98 – Capital
 Apelantes: Aldo dos Santos Faria e Aparecido Donizete Lopes
 Apelada: A Justiça Pública
 Julgamento datado de 16.03.99
 Relator: Dr. Rui Ramos Ribeiro
 EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – TRÁFICO DE ENTORPECENTES – SENTENÇA CONDENATÓRIA – ACERVO PROBATÓRIO SUFICIENTE – CONDENAÇÃO MANTIDA. REGIME DE PENA RETIFICADO.
 ACOLHIMENTO PARCIAL DO APELO. Mostrado os autos, mesmo que através de prova indiciária, mas com catalogação avaliativa

¹³ Informativo STF nº 113, 1 a 5 de junho de 1998.

*irrepreensível, da responsabilidade penal do imputado, inegável o acerto da decisão. Por outro lado, deve o regime de pena ser retificado para que a pena privativa de liberdade seja, inicialmente, cumprida no regime fechado, pois, na individualização da pena inclusive, deve-se buscar a utilidade do direito penal e não se referendar o apego ao tecnicismo, especialmente quando na mesma Lei, é admitido o livramento condicional, aspecto que insofismavelmente de maior magnitude quanto ao significado, retorno à liberdade, restando superior aos resultados da progressão de pena, ainda que visualizando o regime aberto”.*¹⁴

Então, em um primeiro passo, o Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso está a retificar o termo INTEGRALMENTE FECHADO (da Lei dos Crimes Hediondos), para o INICIALMENTE FECHADO – Lei de Tortura. Em face da decisão proferida pelo aludido Tribunal de Justiça, em não ocorrendo recurso de uma ou de ambas as partes, finda-se o processo crime. O mesmo agora passará a ser um processo executivo de pena, regido pela Lei das Execuções Penais. Mas, também nos processos executivos de pena, em julgamento aos Agravos de Execução em que é Recorrente o Ministério Público Estadual de 1ª Instância, assim tem se posicionado o Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso, quando o Juízo das Execuções Penais tem entendido pela progressão de regime em crime hediondo, dada a interpretação do termo “inicialmente fechado”:

*“Recurso de Agravo de Execução – Classe I-23 – Nº 33/98 – Capital
Recorrente: A Justiça Pública*

Recorrido: Fauzy Rachid Jaudy Filho

Julgado em 02.02.99

Relatora: Desª Shelma Lombardi de Kato

*EMENTA – AGRAVO EM EXECUÇÃO – CRIME HEDIONDO – REGIME PRISIONAL INICIALMENTE FECHADO – INTERPOSIÇÃO DA JUSTIÇA PÚBLICA CONTRA A DECISÃO DO JUIZ DAS EXECUÇÕES QUE ADMITE AO RÉU CONDENADO POR TRÁFICO DE DROGAS PROGRESSÃO DE REGIME – IMUTABILIDADE DA SENTENÇA – OFENSA AO PRINCÍPIO DA REFORMATIO IN PEIUS – IMPROVIMENTO DO AGRAVO. Se a r. sentença condenatória por tráfico de entorpecente possibilitou ao reeducando progressão de regime, descabe sua modificação em fase de execução, sob pena do reformatio in peius e ofensa aos princípios constitucionais da coisa julgada e do devido processo legal.”*¹⁵

¹⁴ www.tj.mt.gov.br. DJU de 24.3.99

¹⁵ www.tj.mt.gov.br DJ de 5.2.99.

O Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso, para manter o posicionamento retro mencionado, levou em conta, dentre outros, o seguinte julgado do STF

“HC nº 77060-8-SP

Relator: Ministro Sydney Sanches

Pacte: Carlos Alberto T. de Aquiles

Coator: TJSP

EMENTA: HABEAS CORPUS – DIREITO CONSTITUCIONAL – PENA E PROCESSO PENAL – TRÁFICO DE ENTORPECENTES – REGIME DE CUMPRIMENTO DE PENA (LEIS 8.072/90, ART. 2º, § 1º E 9.455 DE 7-7-1997) – OFENSA AO PRINCÍPIO DO REFORMATIO IN PEJUS.

1 – Ao contrário do alegado na impetração, a Lei nº 9.455/97 não revogou o § 1º do art. 2º da Lei 8.072/90, na parte que impôs o regime integralmente fechado, no cumprimento da pena, por crime de tráfico de entorpecentes, norma, aliás, declarada constitucional pelo STF (HH CC nº 69.657 e 69.603).

2 – Firmou-se, nesse sentido, a jurisprudência da Corte (HH CC nº 786.543 e 76.371).

3- Todavia, no caso sub judice, a sentença de 1º grau impôs ao réu o regime inicialmente fechado. E o acórdão, em recurso somente por este interposto, aplicou o regime integralmente fechado, incidindo em reformatio in peius, que o invalida nesse ponto. Por esse fundamento e não pelos demais do Habeas Corpus é deferido para se restabelecer a sentença de 1º grau, na parte em que impôs o regime apenas inicialmente fechado.

4- A ordem estendia ao co-réu, que se encontra na mesma situação”.¹⁶

Analisando a decisão retro-mencionada, temos que no recurso acima aventado, tratou-se aquele de RECURSO EXCLUSIVO DA DEFESA, tão somente, e não do Ministério Público.

Sobre o tema do REFORMATIO IN PEIUS, assim ensina Heráclito Antônio Mossin, em sua Obra Recursos em Matéria Criminal, que:

“REFORMATIO IN PEIUS”

O princípio da proibição da reformatio in peius se vê consagrado no art. 617 do CPP, quando este aduz expressamente não poder “ser agravada a pena, quando somente o réu houver apelado da sentença”.

¹⁶ www.stf.gov.br DJ de 16.09.98.

Como facilmente se observa, a vedação da *reformatio in pejus* circunscreve-se exclusivamente ao recurso interposto pelo réu. Significando isto que poderá ser agravada a pena imposta em primeiro grau quando o apelo for do órgão acusatório.

*"dentro destes limites, sendo o apelante o Ministério Público, ou o querelante, ou o assistente da acusação, é admitida a reformatio in peius, isto é, o tribunal superior pode pronunciar decisão condenatória, em lugar da absolvição; pode condenar a pena mais grave do que a aplicada na primeira instância, revogar os benefícios, aplicar medidas de segurança etc. Noutros termos: a sentença não passa em julgado para a acusação."*¹⁷

A proibição da *reformatio in peius* em recurso de apelação exclusivo da defesa se justifica uma vez que o colegiado *ad quem* deve dar seu pronunciamento em conformidade com o *petitum* contido no recurso.

Se o juízo do apelo agravasse a situação do réu, estaria ele julgando *ultra ou extra petitum* o que lhe é vedado.

Para melhor esclarecimento do exposto, seria integralmente inviável que apelando parcialmente o condenado de uma decisão de primeiro grau que o condenou a um delito-tipo em sua fórmula básica, no sentido do reconhecimento de um privilégio, e o tribunal reformasse a sentença recorrida para condenar o apelante pelo crime qualificado.

É de cristalina evidência, *in casu*, que o julgamento extrapolou os limites do pedido de reforma, o que é vedado ao juízo da apelação.

A proibição advogada encontra assento em outros argumentos de ordem jurídica: "nem haveria necessidade de menção expressa sobre a inadmissibilidade da *reformatio in pejus*, pois que o princípio constitucional da plenitude de defesa impede por si só que a lei ordinária adote regra que acolhesse semelhante agravação de pena contra o réu."

É de incontestável realidade jurídica, que se o tribunal agravasse a situação do apelante, em recurso unicamente seu, estaria ele maculando o princípio do contraditório, porquanto não

¹⁷ MOSSIN, HERÁCLITO ANTONIO. *Recursos em Matéria Criminal*. 1.ed. São Paulo: ed. Atlas, 1996, p. 118/121.

teria sido dada a oportunidade ao recorrente de colacionar aos autos argumentos legais no sentido de tentar obstaculizar a imposição de eventual pena mais gravosa ou da subtração de um direito a ele reconhecido em nível de primeiro grau.

Em situação desse matiz, também haveria a atuação jurisdicional *ex officio* qual viola também a plenitude do direito de defesa, constitucionalmente garantida.

Não resta a menor dúvida, que a prestação jurisdicional deve incidir dentro dos limites em que é esta provocada e invocada, porquanto somente assim a defesa poderá ser plena, poderá o réu contestar o pedido de pena pleiteado.

Com este argumento, deve ficar assentado também, no aspecto proibição da *reformatio in pejus*, especificamente, o emprego do princípio da iniciativa das partes: *ne procedat iudex ex officio*; o qual se aplica, inexoravelmente todos os quadrantes onde houver o exercício jurisdicional, quer em nível de competência originária, quer em se cuidando de competência recursal. É ele nato no campo da jurisdição.

E, como se isso não bastasse, se não houve recurso por parte da acusação, a sentença transitou formalmente em julgado para ela, o que não permite nenhuma forma a seu favor, em face da preclusão das vias recursais.

Diante disso, "a reforma, contra o réu, de sentença em que só ele apelou representaria forma oblíqua de revisão criminal *ex officio* em prejuízo do condenado", o que é vedado diante do direito processual penal pátrio, o qual somente agasalha a *revisio pro reo* (art. 621 do CPP), ficando afastada a *pro societate*.

Quando houver recurso da acusação de forma exclusiva, ou concomitante com a defesa, nada impede, como é evidente, que haja reforma para pior relativamente ao réu. Isto porque, a agravação levada a efeito está nos limites do pedido de reforma, incorrendo julgamento *ultra ou extra petitem*.

Além disso, quando o acusado é intimado para contra-arrazoar o recurso de apelação, o *audiatur et altera pars* está sendo devidamente cumprido; preservando-se, dessa forma, o princípio do contraditório com sede no art. 5º, inciso LV Magna Carta.

Como desdobramento da proibição do *reformatio in peius*, anulada a sentença condenatória em recurso exclusivo do réu, a nova decisão não poderá impor pena mais grave. É a denominada *reformatio in peius indireta*.

Logo, é óbvio o acerto da decisão por parte do Supremo Tribunal Federal, pois, naquele caso, o magistrado em 1ª instância fixou o regime de pena no inicialmente fechado. Houve recurso da DEFESA e o Tribunal de Justiça MODIFICOU a expressão para integralmente fechado. Em recurso da DEFESA, o STF entendeu *mui sabiamente* que ocorreu por parte do Tribunal de Justiça, *reformatio in pejus*. Isto é claro e evidente. Mas o ponto chave da história é que o STF não declarou até hoje que o termo “inicialmente” é implícito ou explícito de progressão de regime ...”.

1.5.5 O Crime de Tortura e sua abrangência pela Lei 8.072/90

No Brasil, lamentavelmente, em nosso passado bastante recente, tivemos verdadeiros absurdos com relação à prática deste repugnante instituto, em especial durante os períodos ditatoriais a que nos submeteu Getúlio Vargas (aponta-se as vítimas da Intentona Comunista, liderados por Luiz Carlos Prestes), e ainda os militares a partir de 1964. O saldo, infelizmente, foi o mais repugnante possível, onde centenas de pessoas foram, torturadas, muitas das quais enlouqueceram; outras, não resistiram vindo a óbito, e poucas conseguiram suportar, conseguindo, passar sem seqüelas mais graves.

A lei 8.072/90, dos Crimes Hediondos, trouxe em seu art. 2º, uma equiparação dos crimes tratados na lei e os crimes de tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo. Desta forma, muitas foram as discussões acerca desta equiparação, eis que a Lei 8072/90, não possibilita a progressão de pena, enquanto que a Lei n.º 9455/97, possibilita tal benefício, nos termos do art. 1º, § 7º, presumindo-se pelo iniciado que assim diz: “O condenado por crime previsto nesta Lei, salvo a hipótese do § 2º, iniciará o cumprimento da pena em regime fechado”, assim, menciona que o início será pelo regime mais grave, subentende-se que haverá tal progressão. Contudo, é pacífico o entendimento no Supremo Tribunal Federal que não é possível a extensão deste benefício, uma vez que a Lei de tortura é específica (neste sentido, RE-343795 - Rel. Min. Nelson Jobim).

Neste diapasão, conclui-se que a principal diferença entre os crimes definidos na Lei 9455/97 e os da Lei 8072/90, basicamente figura-se no tocante à progressão de regime.

CAPÍTULO II

REGIME DE PENA DOS CRIMES HEDIONDOS

2.1 Cumprimento Integralmente Fechado

Discute-se muito sobre a constitucionalidade do § 1º, do art. 2º, da Lei 8072/90, que expressamente determina o integral cumprimento das penas privativas de liberdade, em relação aos crimes por ela previstos.

Ao fundamento de que o cumprimento da pena privativa de liberdade, em tais condições, fere de morte, ao mesmo tempo, o princípio constitucional da individualização da pena (CF/88, art. 5º, XLVI) quanto o princípio, igualmente constitucional, da humanidade da pena, subtraindo, desta forma, do recluso a possibilidade de progressão, bem como inviabilizando uma das finalidades da pena, qual seja, a ressocialização do delinqüente, conferindo-lhe, tão somente caráter retributivo (“o mal pelo mal”), sustentam alguns a inconstitucionalidade do mencionado dispositivo.

Na verdade, os argumentos acima referidos, a primeira vista são convincentes, todavia não de ser rechaçados, pela própria impropriedade que encerram em si.

Enfocando a questão sob o ângulo da individualização da pena, é de concluir-se que a mesma restou devidamente observada, não havendo, nesse sentido, qualquer mácula à Lei Maior, vértice do sistema jurídico vigente.

Como muito bem salientado por alguns autores, a individualização da pena pode ocorrer em três fases: a legislativa, a judicial e a administrativa.

Assim, “se o legislador ordinário, no uso da prerrogativa constitucional, que lhe foi deferida pelo art. 5º, XLVI, dispõe que nos crimes hediondos o cumprimento da pena será no regime fechado (art. 2º, §1º da Lei nº 8.072/90), significa que não quis ele deixar, em relação

aos crimes dessa natureza, qualquer discricionariedade ao juiz na fixação do regime prisional”, sendo-lhe, pois, perfeitamente lícito fazer o que fez, na medida em que foi a própria norma constitucional que lhe deferiu tal faculdade (STF – HC 69.603-1 – Rel. Paulo Brossard).

Ademais, considerando a própria gravidade dos crimes hediondos e a eles equiparados, e à luz das razões acima declinadas, é que se justifica a rigorosa e não menos acertada restrição, no que tange ao cumprimento da pena privativa de liberdade.

A individualização da pena já foi feita, em etapa legislativa, como assim permitiu a Carta Magna ao legislador infraconstitucional, de modo a conferir legitimidade ao tratamento legal diferenciado.

Cumpre ainda trazer à baila trechos de alguns julgados que à hipótese *sub oculis* aplicam-se como uma luva bem ajustada:

“A pena para o crime considerado hediondo pela Lei nº 8072, deve ser cumprida em regime fechado, por força de expressa determinação legal, não se aplicando o art. 33, § 2º, b, do CP (STF – HC 70.044-6 – Rel. Paulo Brossard – DJU, de 7.5.93, p.8.330)”.

“Impossibilidade da pretendida progressão de regime prisional, se o delito imputado a agravante foi praticado sob a égide da Lei nº 8.072/90, que expressamente estatui que a pena na hipótese será integralmente cumprida em regime fechado” (TRF – 3ª Reg. – RA – Rel. Jorge Scartezzini – Jurisprudência do STF e TRF 44/439)”.

“Lei de crimes hediondos. Pena cumprida necessariamente em regime fechado. Constitucionalidade do art. 2º, §1º, da Lei nº 8.072 dos crimes hediondos. Condenação onde o art. 2º, §1º, da Lei nº 8.072 impõe cumprimento da pena necessariamente em regime fechado. Não há inconstitucionalidade em semelhante rigor legal, visto que o princípio da individualização da pena não se ofende na impossibilidade de ser progressivo o regime de cumprimento da pena: retirada a perspectiva da progressão frente à caracterização legal da hediondez, de todo modo tem o juiz como dar trato individual à fixação da pena, sobretudo no que se refere à intensidade da mesma” (STF- HC 69.657-1 – Rel. Francisco Resek – DJU de 18.6.93, p. 12.111).

“Crimes hediondo. Imposição do regime fechado, vedada a progressão (Lei 8.072/90, art. 2º, §1º): aplicação do precedente, com

ressalva da opinião do relator, que reputa o preceito incompatível com a garantia constitucional da individualização da pena” (STF – HC 69.900-6 – Rel. Sepúlveda Pertence – DJU, de 6.8.93, p. 14.903).

2.2 Individualização da Pena

Abaixo do título fixação da pena, e com algumas alterações da Lei 7.209/84, o artigo 59 do Código Penal brasileiro veio estabelecer cuidadosa e fundamentalmente regras precisas à aplicação da pena. Desde a aplicação arbitrária dos juizes do passado ao sistema rígido e inflexível desenvolvido pelo iluminismo, os critérios dispostos atualmente dão condições de uma escolha de sanção mais adequada ao delinqüente, inclusive observando-se sua situação pessoal. As condições judiciais e legais são consideradas com desvelo, e isso inclui a personalidade do agente, o grau de culpabilidade, sua conduta social, e os motivos do crime.

A individualização da pena, quando o labor do juiz não for meramente burocrático, é o grande roteiro para a sanção ser aplicada materialmente, sem reduzir-se a simples cálculo, mais do que tudo, satisfação formal do magistrado para encerrar a sentença condenatória.

Não se restringe, ainda, a simples cálculo aritmético. E mais do que isso. A operação é parcial, não esgota a extensão do instituto.

Como se vê, encerra dois institutos: fixação do quantum e definição da espécie de pena. O juiz desenvolve o raciocínio no âmbito da Teoria do Delito (tantas vezes com profundidade), entretanto, não leva em consideração (tantas vezes) o sentido, a repercussão que a sanção trará ao caso concreto (Teoria Geral da Pena). Pretende-se que a pena se volte para uma finalidade. Repita-se: reprobção e prevenção do crime. No caso concreto, reprovocar o condenado e prevenir para não retomar à prática do delito.

O juiz não é simples aplicador da lei, como se fosse mero carimbo do legislador. Deve raciocinar com a lei, sim, todavia, em função do Direito. O juiz como agente político deve fazer a crítica da lei a fim de ajustá-la ao Direito.

A individualização da pena compreende três fases distintas e sequenciais: cominação, aplicação e execução. A cominação é feita abstratamente pelo Legislador. Ao Judiciário

competete, em conformidade com os critérios legais, aplicar a pena ao caso concreto. Segue-se a execução da pena. Nesta última fase também cabe ao Judiciário aplicar a cada caso concreto as disposições penais e processuais atinentes à execução, v.g., as disposições relativas ao regime de cumprimento da pena.

Parte-se do pressuposto que não há dois crimes iguais. Um homicídio não é idêntico a outro. A morte causada eventualmente, por reunião ocasional e certos fatores, não se confunde com a eliminação de pessoa, realizada por grupos de extermínio. Constituem situações jurídicas diferentes. O tratamento normativo não poderá ser igual.

Portanto, diz-se que a pena é individualizada porque o Estado-Juiz, ao fixá-la, está compelido, por norma cogente, a observar as circunstâncias judiciais, ou seja, os fatos objetivos e subjetivos que se fizerem presentes à época do procedimento criminalmente condenável. Ela o é não em relação ao crime considerado abstratamente, isto é, ao tipo definido em lei, mas por força das circunstâncias reinantes à época da prática. Daí cogitar o art. 59 do CP, que o juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime.

Os que criticam o regime de pena dos crimes hediondos, o fazem alicerçados no princípio da individualização da pena, considerando inconstitucional portanto o regime integralmente fechado.

O Egrégio Tribunal de Justiça de Santa Catarina, por decisão da 2a. Câmara Criminal, em acórdão da lavra do eminente Des. Álvaro Wandelli, proferido no Recurso de Agravo nº 369, da capital, deixou manifesta a sua inclinação pela admissibilidade da progressão em tais casos, verbis:

"Recurso de agravo - Narcotraficância - Crime hediondo - Possibilidade de progressão do regime fechado para o semi-aberto. Inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei nº 8.072/90 frente ao princípio da individualização da pena - Art. 5º, XLVI, da Carta Magna - Recurso provido.
A Constituição da república consagra o princípio da individualização da pena. Compreende três fases: cominação, aplicação e execução.

Individualizar é ajustar a pena cominada, considerando os dados objetivos e subjetivos da infração penal, no momento da aplicação e da execução. Impossível, por isso, legislação ordinária impor (desconsiderando os dados objetivos e subjetivos) regime único e inflexível" (STJ - RE nº 19.420-0- Rel. Vicente Cernicchiaro - DJU, de 7.6.93, pág. 11.2.76).

Sabemos, contudo, que este pensamento não encontra guarida na jurisprudência do STF, órgão responsável por dar a palavra final acerca das questões constitucionais. Cuida-se, portanto, de voto vencido nos Tribunais Superiores.

2.3 O Regime de Progressão

Considerando as considerações retro-analisadas em relação aos crimes hediondos e assemelhados, cumpre agora ventilar a impossibilidade da progressão do regime na execução da pena privativa de liberdade, imposta aos acusados.

O artigo segundo da lei 8.072/90, após, em seu caput, determinar quais os crimes equiparados aos hediondos, em seu parágrafo primeiro determina que: "A pena por crime previsto neste artigo será cumprida integralmente em regime fechado".

Na língua portuguesa, o vocábulo "integral", significa¹⁸ total, inteiro, global. Diante disto, a frase acima em destaque, já em seu sentido jurídico tem o significado de que a pena, em toda a sua execução, será cumprida em um só regime, o regime fechado.

Considerando que a progressão de regime é uma das formas de individualização da pena privativa de liberdade em sua fase executória, e que esta individualização é garantida pela Constituição Federal, em princípio, a lei de crimes hediondos, ao vedar a progressão de regimes seria materialmente inconstitucional, embora tal aspecto, no plano formal já tenha sido amplamente debatido perante os Tribunais Superiores.

¹⁸ Conceito segundo: LUFT, Celso Pedro. *Mini Dicionário da Língua Portuguesa*. 3.ed. São Paulo: Ática/Scipione, p. 361.

Com relação ao assunto, existem duas correntes, que oscilam em torno da constitucionalidade ou não deste dispositivo. Ambas se formam a nível jurisprudencial e doutrinário.

A primeira corrente, defende a constitucionalidade do referido parágrafo. Esta representa a uniformidade de julgamentos do STJ e do STF.

O STJ, em sua jurisprudência dominante, considera que:

*"A lei dos crimes hediondos - lei 8.072/1990 -, ao estabelecer no seu art. 2., par. 1., que os delitos nela arrolados devem ser punidos sob o rigor do regime fechado integral, embora dissonante do sistema preconizado no CP - arts. 33/36 - e da lei de execuções penais, que preconizam a execução da pena privativa de liberdade de forma progressiva, não afronta o texto constitucional, pois a carta magna conferiu ao legislador ordinário competência para dispor sobre a individualização da pena (art. 5., XLVI), situando-se aquele diploma legal na linha filosófica do estatuto maior, que estabeleceu princípios rigorosos no trato dos crimes hediondos (art. 5., XLIII)."*¹⁹

O Supremo Tribunal Federal, de acordo com a base jurisprudencial uniforme, entende que à lei ordinária compete fixar os parâmetros dentro dos quais o julgador poderá efetivar ou a concreção ou a individualização da pena. Se o legislador ordinário, segundo este tribunal, dispôs, no uso da prerrogativa que lhe foi deferida pela norma constitucional, que nos crimes hediondos o cumprimento da pena será no regime fechado, significa que não quis ele deixar, em relação aos crimes dessa natureza, qualquer discricionariedade ao juiz na fixação do regime prisional, entendendo ser constitucional o referido ordenamento.

Julio Fabrini Mirabete defende a constitucionalidade do dispositivo, através do seguinte argumento:

¹⁹ STJ - RE 90171/SP, Publ. DJU 12.08.1997, p.36287 e RT VOL.: 00745 PG.00528.

"Conforme pacífica a jurisprudência, não há qualquer inconstitucionalidade derivada de infringência ao princípio de individualização da pena previsto no art. 5º, XLVI, da Carta Magna, uma vez que cabe à lei determinar as regras para a citada individualização."²⁰

Vitor Eduardo Rios Gonçalves, comenta a mesma posição:

"Veja-se, entretanto, que esse dispositivo da Carta Magna limita-se a dizer que a individualização da pena será regulada por lei, não mencionando que a progressão de regime é direito dos condenados. Analisando-se a legislação ordinária, percebe-se que o sistema de individualização da pena está contido no art. 68 do CP, que dispõe acerca das fases que o juiz deve seguir para fixar a reprimenda. Assim, nada há de inconstitucional na fixação de regime integral fechado, conforme vêm decidindo reiteradamente o STF e o STJ."²¹

Por outro lado, há uma segunda corrente que defende que a impossibilidade de progressão de regime é inconstitucional.

Eugênio Raúl Zaffaroni e José Henrique Piarangeli²², ao examinarem o artigo segundo, parágrafo primeiro, da lei, observam ser sua constitucionalidade, no mínimo, duvidosa.

Marco Aurélio Mendes de Faria Mello, ministro Presidente do Supremo Tribunal Federal, é um dos partidários da inconstitucionalidade do dispositivo que veda a progressão de regime na lei de crimes hediondos:

"Destarte, tenho como inconstitucional o preceito do §1º do art. 2º da lei 8.072/90, no que dispõe que a pena imposta pela prática de qualquer dos crimes nela mencionados será cumprida, integralmente, no regime fechado. Com isto, concedo parcialmente a ordem, não para ensejar ao paciente qualquer dos regimes mais favoráveis, mas para reconhecer-lhe, porque cidadão e acima de tudo pessoa humana,

²⁰ STF – HC 69657/SP; STF – HC 76479, DJU 08.05.98, p. 4; STF – HC 78124, DJU 18.12.98, p. 51; STF – HC 71031, DJU 10.06.94, p. 14789; STF – HC 71206, DJU 24.06.94, p. 16636; STF – HC 71182, DJU 26.08.94, p. 21891; STF – HC 71653, DJU 10.03.95, p. 04881; STF – HC 71994, DJU 09.06.95, p. 17231; STF – RE 187567, DJU 06.10.95, p. 33146; STF – HC 72567, DJU 23.02.96, p. 03624; STF – HC 72363, DJU 31.10.96, p. 42014; STF – HC 74566, DJU 07.03.97, p. 05403; STF – HC 70616, DJU 04.04.97, p. 10519; STF – HC 74697, DJU 27.06.97, p. 30229; STF – HC 76217, DJU 06.03.98, p. 04; STF – HC 76949, DJU 14.08.98, p. 06; STF – HC 76608, DJU 09.10.98, p. 02; STF – HC 77076, DJU 20.11.98, p. 03; STF – HC 77132, DJU 27.11.98, p. 08; STF.

²¹ GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Crimes hediondos, tóxicos, terrorismo, tortura**. 1.ed. São Paulo: Saraiva 2001, p.12

²² PRADO, Luiz Régis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. 2.ed. São Paulo: RT, 2002, p.47.

os benefícios do instituto geral que é o da progressão do regime de cumprimento da pena, providenciando o Estado os exames cabíveis."²³

Da mesma forma, o ex-ministro do Superior Tribunal de Justiça, atualmente aposentado²⁴, Luiz Vicente Cernicchiaro, também, enquanto em atividade, demonstrou-se favorável à referida inconstitucionalidade, porém, também com inúmeros votos vencidos:

*"A Constituição da República consagra o princípio da individualização da pena. Compreende três fases: cominação, aplicação e execução. Individualizar é ajustar a pena cominada, considerando os dados objetivos e subjetivos da infração penal, no momento da aplicação e da execução. Impossível, por isso, legislação ordinária impor (desconsiderando os dados objetivos e subjetivos) regime único inflexível", e ainda: "Individualização de pena significa ensejar ao juiz definir a qualidade e quantidade da pena, nos limites da cominação legal. Imperativo de justiça e de boa aplicação da sanção penal. inconstitucional, por isso, lei ordinária impor, inflexivelmente que a pena 'será cumprida integralmente em regime fechado'."*²⁵

Carmem Silvia de Moraes Barros, também demonstra a inconstitucionalidade do referido dispositivo:

*"Em que pesem as vozes em contrário, é obvio que, ao impedir a progressão de regime de cumprimento de pena, a lei de crimes hediondos inviabiliza a individualização da pena na execução penal e contraria o preceito constitucional que garante o direito à pena individualizada", e ainda comenta: "Ao vedar a progressão de regime de cumprimento de pena, a lei de crimes hediondos volta aos primórdios do direito penal para relevar o crime e ignorar por completo o homem."*²⁶

²³ HC 74.689-6/SP, DJU 27.06.97, p. 30.228. Sobre o assunto Marco Aurélio publicou duas matérias que ressaltam a inconstitucionalidade do instituto: "Os Crimes Hediondos e o Regime de Cumprimento da Pena" (suplemento "Direito e Justiça", publicado pelo Jornal Correio Braziliense, na edição de 7-12-92); "Da Inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei nº 8.072, de 25-7-1990" (Revista Brasileira de Ciências Criminais — publicação oficial do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais — Editora Revista dos Tribunais, ano 2, nº 8, outubro/dezembro de 1994).

²⁴ Informação capturada em <http://www.stj.gov.br/webstj>.

²⁵ RE 48719/SP, SEXTA TURMA do STJ, Rel. LUIZ VICENTE CERNICCHIARO, DJU 17.10.1994, p.27921. 1.ed.

²⁶ BARROS, Carmem Silvia de Moraes. *A individualização da pena na execução penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p.149/150.

Diante de respeitáveis posições doutrinárias percebemos ser variada a gama de argumentos, de uma e outra corrente, porém, cumpre analisar neste momento a questão com base nos princípios constitucionais pertinentes ao Direito Penal.

Dessa forma, considerando como fundamentais cinco princípios quais sejam: legalidade, individualização, personalidade, humanidade e culpabilidade.

A impossibilidade de progressão de regimes, imposta pela lei de Crimes Hediondos em seu artigo segundo, parágrafo primeiro, para os condenados por crimes por regidos, se mostra aderente aos princípios da legalidade, da personalidade e da culpabilidade, não carecendo maiores aprofundamentos.

2.4 A Lei de Execução Penal

Através deste diploma legal, o legislador ordinário estabeleceu uma política penitenciária para o cumprimento das penas impostas aos condenados, tendo por base - fundamentalmente - o *sistema progressivo na execução da sanção imposta*.

Isto implica em dizer que, o condenado que tenha cumprido com bom comportamento um sexto (1/6) da pena no regime anterior (ou seja, o regime fechado), poderá progredir para o seguinte - *semi-aberto* - até alcançar a liberdade de forma restrita (regime albergue ou prisão albergue) antes de conseguí-la através do instituto do livramento condicional ou, até, eventualmente, mediante indulto presidencial.

O sistema progressivo, face nossa tradição histórica no que diz respeito à administração da sanção penal e, não obstante a falência do sistema penitenciário como um todo, ainda representa uma forma menos gravosa tendo em vista o objetivo final que é a *recuperação do indivíduo para a sociedade* ou seja, em outras palavras: a tão sonhada ressocialização do apenado para a sua reinserção no seio da sociedade.

É verdade que, nos tempos atuais, falar-se em *ressocialização do condenado* ante as péssimas condições carcerárias de nossos presídios de um modo geral e o descaso absoluto das autoridades governamentais, chega a ser até risível e alvo de chacotas. O problema

carcerário e penitenciário como um todo, não tem tido - pelos governantes em qualquer dos níveis políticos de atuação - o respeito e atenção que se fazia mister, daí advindo, por certo, o verdadeiro caos que se instalou nesse campo da administração da pena ou, propriamente, na execução da sanção penal.

Estabelece a Lei de Execução Penal (n. 7.210/84) que os pedidos de progressão de regime devem ser instruídos com o parecer da Comissão Técnica de Classificação e do exame criminológico, este quando necessário (art. 112, e parágrafo único). O exame criminológico é previsto no art. 8º, da mesma Lei e se aplica aos condenados a penas em regime fechado, tendo por objeto “a obtenção de elementos necessários a uma adequada classificação e com vistas à individuação da execução”. Portanto, esse exame deve ser no início da execução penal para o fim de individualizá-la e será agregado a outras informações obtidas pela Comissão Técnica de Classificação acerca dos “dados reveladores da personalidade” do preso (art. 9º). Essas disposições legais objetivando o aperfeiçoamento da execução penal, na prática, não passam de letra morta. A grande maioria dos condenados cumpre pena em presídios locais ou cadeias públicas e nunca foram submetidos a qualquer espécie de classificação ou receberam qualquer espécie de acompanhamento durante todo o cumprimento de suas reprimendas, de forma que a promessa legal de *individualização da pena* quase nunca é cumprida.

Segue uma interessante decisão do juiz Luís Carlos Valois de Manaus, sentenciada em 1999, que versa sobre a progressão de regime na fase de execução penal, tendo o julgador se posicionado favorável à progressão: FONTE....)

Vistos,

H. J. S. M., condenado à pena de 20 (vinte) anos de reclusão, incurso nas penas do art. 157, §3º do Código Penal Brasileiro, cumprindo pena em regime fechado desde 02.09.94, tem parecer da Comissão Técnica de Classificação decidindo unanimemente pela sua progressão de regime, assim como exame criminológico favorável (fls. 366/373).

Em parecer, o Ministério Público reconhece que estão presentes os requisitos da Lei de Execução Penal para deferimento da progressão, mas, fazendo uma análise do fato criminoso, considerado hediondo por lei ordinária, manifesta-se contrário à progressão e ressalta posição do Egrégio Supremo Tribunal Federal.

Relatados.

DECIDO.

Diante do tanto que já se discutiu sobre a constitucionalidade da lei de crimes hediondos, no que se refere ao cumprimento da pena integralmente em regime fechado (Lei 8.072/90, art. 2º, §1º), difícil inovar na matéria. A nível nacional, o nosso Colendo Superior Tribunal de Justiça tem decisões a favor e contra a manutenção do dispositivo, destacando-se as manifestações pioneiras do ilustre Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro (HC 5.115 RN) indicando que negar progressão na execução penal fere frontalmente o princípio constitucional da individualização da pena (Art. 5º, XLVI, da Constituição Federal).

No Supremo Tribunal Federal, a despeito das decisões finais orientadas no sentido de ser constitucional a disposição acima referida, a questão não é pacífica, como quer fazer entender o representante do Ministério Público. Uns argumentam que não há contradição ao princípio da individualização, já que esta se restringiria à ação legislativa e à aplicação da pena na sentença, enquanto os eminentes Ministros Marco Aurélio e Sepúlveda Pertence entendem de forma diferente:

"...esvazia e torna ilusório o imperativo constitucional da individualização da pena a interpretação que lhe reduza o alcance ao momento da aplicação judicial da pena, e o pretende, de todo, impertinente ao da execução dela. De nada vale individualizar a pena no momento da aplicação, se na execução, em razão da natureza do crime, fará que penas idênticas, segundo os critérios de individualização, signifiquem coisas absolutamente diversas quanto à sua efetiva execução..." (Voto do insigne Ministro Sepúlveda Pertence, HC nº 69657-1/SP, D.J. em 18.06.93).

Com a entrada em vigor da Lei nº 9.455/97, a qual deferiu progressão de regime aos crimes de tortura, nova polêmica se formou para discutir se houve ou não revogação da disposição anterior referente aos outros crimes também considerados hediondos. Como a Constituição trata de forma igual todos os crimes daquela natureza, a lei que defere tratamento mais brando a um deles deveria ser aplicada a todos, a fim de que não fosse ferida a isonomia pretendida na Carta Magna. Com esse entendimento, os mesmos preclaros juizes que entendiam inconstitucional a vedação do sistema progressivo, ratificaram suas posições, e outros que entendiam de forma diferente, passaram a acompanhá-los (STJ HC 7.930/RN e STF HC 76543/SC), nada obstante ainda o Supremo, por maioria apenas, manter sua posição contrária à progressão.

Mas, dentro do histórico dessa controvérsia, outros argumentos foram despendidos. Destaco o entendimento do Tribunal Regional Federal da 3ª Região de que o art. 2º, §1º, da Lei 8.072/90 "foi revogado pelo Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, artigo 7º, que foi ratificado pelo Brasil em 24.01.92" (Ap. Crim. Nº 98.03.012408-0, 5ª Turma, rel. juiz André Nabarrete, j. 10.08.98, v.u., DJU 20.10.98, pg. 432).

No âmbito estadual, como bem reconhece o atento representante do "parquet", a polêmica foi menor. A 1ª Câmara Criminal do Egrégio Tribunal de Justiça já vem decidindo há tempos pela inconstitucionalidade do preceito proibitivo da progressão, acompanhando as últimas posições do STJ já referidas, enquanto que a 2ª Câmara, recentemente passou a entender da mesma forma, no julgamento da Apelação nº198003269, em acórdão que teve como relator o Exmo. Sr. Desdor. Djalma Martins da Costa, de 10.02.99. Ressalte-se que as decisões da 1ª Câmara acompanharam parecer do órgão ministerial, sendo que nenhuma decisão foi objeto de recurso por parte do Ministério Público.

Até mesmo a Corregedoria Geral de Justiça do Amazonas, em decisão do ilustre Des. Daniel Ferreira da Silva, de 25.08.98, já se manifestou favorável à progressão de pena aos crimes considerados como hediondos (Proc. nº 1304/98).

Certo que, a jurisprudência não é fonte formal de direito. Entretanto, não se pode negar que ela exprime uma realidade: todos os presos condenados pela prática de crimes tidos como hediondos, no Estado do Amazonas em especial, quando têm a oportunidade de levar seus processos à análise da segunda instância, obtêm o direito à progressão. Este juízo, entendendo diferente da instância superior, impede que os mais carentes, pobres e sem defesa, possam alcançar os mesmos direitos, servindo como uma espécie de filtro a beneficiar apenas os condenados com recursos.

Abrindo a Lei de Execução Penal, o nosso Código Penitenciário, não encontramos nenhuma página onde não haja um dispositivo que não é cumprido totalmente pelo Estado. A pena de prisão, antes de buscar a ressocialização do condenado, é desumana; não existe Cadeia Pública e, em consequência, os presos provisórios são misturados com os apenados; não há Casa do Albergado; a Defensoria Pública, único órgão isento criado constitucionalmente para defesa dos desassistidos, é ausente; trabalho durante o cumprimento da pena é raro e, portanto, a remição também; assistência ao egresso, só no papel; e assim por

diante, se vê que as exigências da lei só valem para o condenado e o Estado ignora suas obrigações.

Não há quem diga que o cumprimento da pena privativa de liberdade em um cela suja, sem espaço, sem luz, sem cama, sem banheiro, com outros quinze, vinte detentos, não seja cruel, ainda mais quando há um direito, desrespeitado, de que a pena seja cumprida de forma diferente. Soma-se a essas circunstâncias, o tratamento desigual que vem sendo verificado, com uns cumprindo pena integralmente em regime fechado e outros, beneficiados com o entendimento da justiça de 2º grau, removidos para colônias agrícolas em regime semi-aberto.

A Constituição Federal estabelece que não haverá penas cruéis (art. 5º, XLVII, "e"), que todos são iguais perante a lei (art. 5º, "caput") e que é garantida a individualização da pena (art. 5º, XLVI).

Como dito, a pena de prisão se torna mais cruel na medida em que, além do descumprimento por parte do Estado de suas obrigações, o condenado é obrigado a conviver com um tratamento diferenciado. O deferimento de progressão aos presos com recursos para contratar advogados junto aos tribunais superiores, é motivo de revolta maior dentro da comunidade carcerária, muitos em situação legal idêntica, mas sem os mesmos benefícios, o que fere os fins da pena, pois obstaculiza a harmônica ressocialização, princípio norteador da Lei de Execução Penal e recepcionado pela Constituição Federal.

O princípio da igualdade jurisdicional "constitui, por outro lado, uma regra de interpretação para o juiz, que deverá sempre dar à lei o entendimento que não crie distinções" (José Afonso da Silva, in "Curso de Direito Constitucional Positivo", 9ªed., Ed. Malheiros, SP). Diante da disposição de cumprimento de pena integralmente em regime fechado, que além de constituir-se em pena cruel, vedada constitucionalmente, com o tratamento diferenciado dado pelos tribunais, exige-se providência urgente para manutenção do princípio constitucional da igualdade.

Todos são iguais perante a lei, e todos condenados à pena privativa de liberdade, apesar de terem perdido direito importante, vivem sob o domínio da mesma legislação. Por isso, devem ter tratamento igual.

Da mesma forma, não se pode crer que se esteja obedecendo o princípio da individualização da pena ao se executarem todas da mesma maneira, independente das condições de caráter pessoal de cada preso. E é o sistema progressivo, o qual além de ser inerente à própria pena, que permite a individualização, porquanto dá lugar aos exames da personalidade e do comportamento do condenado quando da sua aplicação, existente em prol da sociedade, porque visa a aproximação graduada do condenado ao meio social, visto que, ao final da pena, nenhuma restrição restará sobre sua liberdade.

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

A supremacia da Constituição Federal permite que o juiz de primeira instância, incidenter tantum, declare inconstitucional lei ordinária, para fazer valer os princípios maiores, sem vinculação às decisões superiores. ISTO POSTO, considerando o art. 2º, §1º, da Lei 8.072/90, inconstitucional, por ofender o art. 5º, caput, e incisos XLVII, letra "e", e XLVI, da Constituição Federal, e preenchidos os requisitos objetivos e subjetivos da Lei 7.210/84, defiro a progressão de H. J. D. S. M., do regime fechado para o regime semi-aberto.

Intimem-se. Expeça-se o competente mandado de remoção.

Manaus, 12 de abril de 1999.

A decisão monocrática retro mencionada é fruto da corrente doutrinária, não majoritária, de entender a inconstitucionalidade da lei dos crimes hediondos. Como já explicitado nesta obra, o cumprimento do regime integral de pena não ofende ao princípio de sua individualização uma vez que o magistrado pode bem aplicar a dosimetria da pena usando o

artigo 59 do Código Penal, ajustando a pena às condições pessoais do acusado, a sua personalidade e seus antecedentes.

Ademais, o Supremo Tribunal Federal que detém o controle máximo e definitivo da constitucionalidade das leis, já decidiu que a exigência do cumprimento do regime integral da pena nos crimes hediondos não ofende a constituição federal.

CONCLUSÃO

Seguindo o mandamento contido no artigo 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, inspirado pelos ideais do Movimento de Lei e Ordem, o legislador ordinário editou a Lei nº 8.072/90, reduzindo alguns direitos de cunho penal e processual penal dos condenados e acusados por crime hediondo ou assemelhado. As restrições se faziam necessárias pois, a meu sentir, para garantir o mínimo de segurança, é necessário restringir direitos de caráter individual, para garantir a segurança social.

Além das supressões já previstas no dispositivo constitucional, o legislador, no § 1º do artigo 2º, impôs aos condenados por tais delitos o cumprimento da pena em regime integralmente fechado. Entretanto.

A repressão aos crimes hediondos teve início com a Carta Política de 1988, a qual determinou o seguinte:

"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".

Após a promulgação desta, tiveram início no Congresso Nacional inúmeros projetos de lei, que objetivavam regulamentar o assunto, uma vez que o inciso acima abria caminho para uma lei complementar que considerasse o assunto.

Os primeiros, em 1989, foram os de números 2.105, que propunha o agravamento das penas para aos crimes de roubo, seqüestro e estupro seguido de morte, excluindo dos réus qualquer tipo de direito na fase de execução de pena; 2.154, que previa regras mais rigorosas para o tráfico ilícito de entorpecentes, inclusive com prisão preventiva obrigatória; 2.529, que previa aplicação em dobro às penas cominadas e estabelecia que os crimes hediondos seriam o estupro, seqüestro, genocídio, violências praticadas contra menores impúberes, delitos

executados com evidente perversidade e assalto com homicídio ou periclitacão de vida dos passageiros de quaisquer veículos de transporte coletivo.

Seguindo, no mesmo ano, elaborado pelo Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, foi proposto o projeto 3.754, encaminhado pelo então Presidente da República, por meio da mensagem 546/89, ao Congresso Nacional. Este projeto, colocava em destaque a guerra contra o crime propondo sentido à expressão constitucional "crimes hediondos" através da enumeração de determinadas figuras criminosas que receberam este rótulo, além de, definir conceitualmente a referida expressão como sendo todo o delito que se pratique com violência à pessoa, provocando intensa repulsa social e cujo reconhecimento decorra de decisão motivada de juiz competente de acordo com a gravidade do fato ou pela maneira execução

Após, ainda em 1989, o projeto 3.875, visava fixar penas superiores a vinte anos de reclusão, a diversos crimes referidos na legislação penal, e etiquetados como hediondos pelo mesmo, além dos que provocassem intensa repulsa. Após, o de número 4.272, visava incluir nos artigos 159, que trata da extorsão mediante seqüestro e no artigo 213, sobre estupro, parágrafos quinto e único, respectivamente, os quais afirmavam ser estes crimes hediondos.

Já em 1990, o projeto de número 5.270, propunha o aumento das penas para os crimes de extorsão mediante seqüestro, baseado na justificativa que este crime estava se tornando uma indústria lucrativa às custas das famílias das vítimas, além do pânico causado na sociedade. Logo após, através do projeto número 5.281, o seguinte texto era proposto para o crime de extorsão mediante seqüestro: "Seja qual for sua duração, proibidos o livramento condicional, a prisão semi-aberta e a prisão-albergue, mesmo nos estágios finais da execução".

Logo após, foi apresentado o projeto 5.355, ainda em 1990, que propunha que o procedimento criminal para os crimes de extorsão mediante seqüestro passasse a utilizar o mesmo procedimento criminal da lei antitóxicos. Além disso, o artigo segundo dispunha que desde o inquérito policial não haveria a possibilidade de qualquer dilação de prazo para a conclusão, além do mesmo ser acompanhado pelo Ministério Público. Por último, no artigo terceiro, propunha que em caso de bando ou quadrilha, o componente que, voluntariamente, a denunciasses, desde que houvesse o desmantelamento desta, teria sua pena reduzida de um a dois terços.

Em 25 de junho de 1990, foi promulgada a lei ordinária, mas com caráter de lei complementar, de número 8.072, baseada no projeto substitutivo número 5.405, elaborado pelo Deputado Roberto Jefferson, então relator de Comissão de Constituição, Justiça e Redação.

Este projeto teve por base a mensagem presidencial 546/89 (projeto 3.754/89), além dos projetos até aqui descritos, os quais foram todos, a este, apensados. Na fase de votação houve um acordo entre todos os líderes de partidos políticos, que, sem nenhuma discussão mais aprofundada, aprovaram o mesmo na Câmara dos Deputados e em seguida no Senado Federal. Na fase de sanção presidencial, houve apenas o veto parcial (artigos quatro e onze), por parte do então Presidente da República Fernando Collor.

Estas posições se confirmam através da análise das razões do anteprojeto 3.754/89. Estas razões, de autoria de Damásio E. de Jesus, continham o seguinte parágrafo:

"A criminalidade, principalmente, a violenta, tinha o seu momento histórico de intenso crescimento, aproveitando-se de uma legislação penal excessivamente liberal. Surgiram duas novas damas do direito criminal brasileiro: justiça morosa e legislação liberal, criando a certeza da impunidade".

Desta forma, a lei de crimes hediondos foi uma resposta do direito penal brasileiro à onda de seqüestros de pessoas influentes que vinham assolando a sociedade já naquela época. O objetivo, logicamente, seria diminuir a onda de crimes desta natureza o que infelizmente não se concretizou e, ao que se percebe, tomou tamanho muito maior e mais ofensivo à sociedade.

Existe um reclame da sociedade brasileira criticando com severidade a falta de rigor das nossas leis. É de se destacar que na verdade com o aumento da criminalidade e a organização do crime, as leis ficaram ultrapassadas no tempo. Todavia, justamente quando surge uma lei que atende a tais reclames com o rigor do cumprimento da pena em regime integral dos crimes hediondos, é que surgem correntes normalmente oriundas da defesa de tais criminosos tentando mitigar a severidade e o rigor de tal lei.

Tenho em mente que é preciso colocar um ponto final neste assunto, para evitar tratamento desigual a presos da mesma situação jurídica, o que vem causando mais revolta ainda entre os reclusos. A solução para tal questionamento é simples. Ao intérprete não cabe dar interpretação onde a lei não a permite. Se a lei dos crimes hediondos exige o cumprimento integral da pena, qualquer decisão que conceda progressão é contra-legal, sob pena de colocar em dúvida a segurança das relações jurídicas.

A solução para os casos em que alguns juízes isoladamente concedam a progressão, ficou estabelecida nos julgados precedentes de que em não havendo recurso da acusação deve ser dado cumprimento a decisão, progredindo o regime de cumprimento de pena, dos crimes hediondos, mas tão somente por respeito à coisa julgada, jamais pelo reconhecimento da inconstitucionalidade da lei que não foi e nem será reconhecida.

Os operadores do direito dos dias atuais, não podem ser cúmplices do sentimento de impunidade que existe em nosso país. Devem ficar atentos a argumentos e teses que favoreçam aos interesses dos criminosos em detrimento da sociedade brasileira. Até então a culpa pelo aumento de criminalidade era atribuída tão somente à falta de leis mais severas, o que em parte ainda procede. Todavia, no caso em estudo, a lei dos crimes hediondos é severa e adequada ao combate do crime e em havendo um abrandamento da lei por parte dos operadores do direito, afrontando inclusive o legislador ordinário, doravante pode se raciocinar, no mínimo, de que o aumento da criminalidade, tem anuência de alguns operadores do direito e aí não se pode mais criticar a ausência de lei rigorosa.

Em resumo, o aplicador da lei não tem poderes legislativos e com isso, não pode inovar, criar, simular ou macular a intenção do legislador, que se expressou de maneira clara e evidente de maneira mais rigorosamente no combate ao crime hediondo.

BIBLIOGRAFIA

1. AMICO, Carla Campos. Lei nº 9.714/98 – primeiras considerações. **Boletim IBCCrim**. São Paulo, v.6, n.75, fev.1999.
2. ARAÚJO, Carlos José Alves de. Possibilidade da progressão de regime nos crimes hediondos. **Revista do Ministério Público do Estado do Amazonas**. Manaus, v.1, n.1, jan./dez.2000.
3. AZEVÊDO, Jackson Chaves de. **Reforma e “contra”-reforma penal no Brasil: uma ilusão...que sobrevive**. Florianópolis: OAB-SC Editora, 1999.
3. AZEVEDO, Tupinambá Pinto de. Crimes hediondos e regime carcerário único: novos motivos de inconstitucionalidade. **Revista da Ajuris**. Porto Alegre, v.24, n.70, , jul.1997.
4. BALDIN, Antônio. Impossibilidade de aplicação das penas alternativas para traficantes. **Revista Jurídica**. Porto Alegre, v.47, n.265, nov.1999.
5. BARROS, Carmen Silva de Moraes. **A individualização da pena na execução penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
6. BITENCOURT, Cezar Roberto. **Novas penas alternativas: análise político-criminal das alterações da lei 9.714/98**. São Paulo: Saraiva, 1999.
7. _____. Novas penas “alternativas”; uma análise pragmática. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo, v.7, n.28, out./dez.1999.
8. BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. Constituição Federal, código penal, código de processo penal. organizador Luiz Flávio Gomes. 2.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. (RT mini códigos)

9. _____. **Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984 (Lei de Execução Penal)**. Constituição federal, código penal, código de processo penal. organizador Luiz Flávio Gomes. 2.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. (RT mini códigos)

10. _____. **Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990**. Constituição federal, código penal, código de processo penal. organizador Luiz Flávio Gomes. 2.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. (RT mini códigos)

11. _____. **Lei nº 9.455, de 7 de abril de 1997**. Constituição federal, código penal, código de processo penal. organizador Luiz Flávio Gomes. 2.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. (RT mini códigos)

12. _____. **Lei nº 9.714, de 25 de novembro de 1998. Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo, v.7, n.26, p.351-353, abr./jun.1999.

13. _____. Superior Tribunal de Justiça, Quinta Turma, Recurso Especial nº 221.961/RS, Relator: Ministro Edson Vidigal, julgado em 5/10/1999, publicado no DJ de 25/10/1999.

14. CALLEGARI, André Luís. Prisão preventiva, tráfico de drogas e a lei n. 9.714/98. **Boletim IBCCrim**. São Paulo, v.7, n.84, nov.1999.

15. CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo de. **Aplicação da pena e garantismo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

16. CARVALHO, Antônio Victor; MARCHI JÚNIOR, Antônio de Padova. Lei nº 9.714/98: efeitos em relação à execução da pena privativa de liberdade aplicada aos condenados por crimes hediondos e assemelhados. **Boletim IBCCrim**. São Paulo, v.7, n.80 jul.1999.

17. CASTRO, Renato de Lima. Inaplicabilidade da lei nº 9.714/98 nos crimes hediondos e equiparados. **Cadernos do Ministério Público do Paraná**. Curitiba, v.2, n.4, maio 1999.

18. COSTA, Leonardo Luiz de Figueiredo. Lei 9.714/98 – penas restritivas de direitos: aplicação aos crimes de tráfico de entorpecentes. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo, v.7, n.26, abr./jun.1999.
19. DOTTI, René Ariel; REALE JÚNIOR, Miguel; TOLEDO, Francisco de Assis *et al.* **Penas restritivas de direitos: críticas e comentários às penas alternativas – lei 9.714, de 25.11.1998**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
20. FRANCO, Alberto Silva. **Crimes hediondos: anotações sistemáticas à lei 8.072/90**. 4.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
21. GOMES, Luiz Flávio. **Penas e medidas alternativas à prisão: doutrina e jurisprudência**. 2.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. (Coleção temas atuais de direito criminal – v.1)
22. _____. Crimes hediondos, tráfico de entorpecentes e penas substitutivas. **Boletim IBCCrim**. São Paulo, v.7, n.83, out.1999.
23. JESUS, Damásio E. de. Crimes hediondos e penas alternativas. **Revista Meio Jurídico**. São Paulo, v.4, n.40, dez.2000.
24. _____. **Penas alternativas: anotações à lei 9.714, de 25 de novembro de 1998**. São Paulo: Saraiva, 1999.
25. MALULY, Jorge Assaf. O crime de tráfico de entorpecentes e a aplicação das penas restritivas de direitos. **Boletim IBCCrim**. São Paulo, v.7, n.77, abr.1999.
26. MARONNA, Cristiano Avila; FERNANDES, Sylvia Maria Urquiza; COSTA,
27. MIRABETE, Julio Fabrini. **Crime Hediondos, a Constituição Federal e a Lei**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.
28. TELES, Ney Moura. A lei nº 9.455/97 revogou o art. 2º da lei dos crimes hediondos. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo, v.5, n.20, out./dez.1997.

29. TORON, Alberto Zacharias. **Crimes hediondos: o mito da repressão penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

ANEXOS

RE 354429 / RS - RIO GRANDE DO SUL

RECURSO EXTRAORDINÁRIO

Relator(a): Min. MOREIRA ALVES

Julgamento: 15/10/2002 Órgão Julgador: Primeira Turma

Publicação: DJ DATA-29-11-2002 PP-00023 EMENT VOL-02093-07 PP-01487

Ementa

EMENTA: - Recurso extraordinário. Crime hediondo. Regime de cumprimento da pena. - Esta Corte já firmou jurisprudência no sentido de que é constitucional o § 1º do artigo 2º da Lei 8.072/90. Recurso extraordinário conhecido e provido.

RHC 82098 / PR - PARANÁ

RECURSO EM HABEAS CORPUS

Relator(a): Min. ELLEN GRACIE

Julgamento: 10/09/2002 Órgão Julgador: Primeira Turma

Publicação: DJ DATA-29-11-2002 PP-00023 EMENT VOL-02093-01 PP-00204

Ementa

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. VIOLÊNCIA PRESUMIDA. CRIME HEDIONDO. REGIME PRISIONAL INTEGRALMENTE FECHADO. O Plenário desta Corte, ao julgar o HC nº 81.288, rel. p/ o acórdão o Min. Carlos Velloso (sessão de 17.12.2001), firmou o entendimento de que o estupro e o atentado violento ao pudor, mesmo nas suas formas básicas, em que não há lesão corporal de natureza grave ou morte, constituem crimes hediondos, nos termos do art. 1º, incisos V e VI da Lei nº 8.072/90. O cumprimento da respectiva pena, assim, deve ser dar no regime integralmente fechado, sem direito à progressão. Recurso ordinário improvido.

HC 81259 / PE – PERNAMBUCO

HABEAS CORPUS

Relator(a): Min. ELLEN GRACIE

Julgamento: 05/02/2002 Órgão Julgador: Primeira Turma

Publicação: DJ DATA-15-03-02 PP-00033 EMENT VOL-02061-02 PP-00350

Ementa

EMENTA: HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO A PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE INFERIOR A 4 ANOS. SUBSTITUIÇÃO POR PENA RESTRITIVA DE DIREITOS (LEI 9.714/98). IMPOSSIBILIDADE. O benefício da substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos, previsto nos artigos 44 e seguintes do Código Penal, com as modificações introduzidas pela Lei 9714/98, não se aplica ao crime de tráfico de entorpecentes, delito equiparado a hediondo, tendo em vista o disposto no art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/90, que determina expressamente o cumprimento da pena em regime integralmente fechado. Precedentes. Habeas corpus indeferido.