



Considerações sobre a lei dos Crimes Hediondos

09/04/2007

A chamada Lei dos Crimes Hediondos (Lei 8.072/90[1]) trazia em seu bojo duas disposições de caráter processual/penal (uma delas relacionada com a própria execução da pena), que não se compatibilizavam com a Constituição Federal: a proibição da liberdade provisória e a obrigatoriedade do cumprimento da pena no regime integralmente fechado (artigo 2º, II e seu parágrafo 1º, com a redação anterior).

As duas disposições eram inconstitucionais, não somente porque feriam expressamente dispositivos constitucionais, mas porque maculavam o princípio da proporcionalidade.

Em primeiro lugar, observa-se que o artigo 5º., XLIII da Constituição Federal, ao tratar dos crimes hediondos, impede, apenas e tão-somente, a fiança, a graça e a anistia, não se referindo à liberdade provisória. Logo, lei infraconstitucional não poderia ir além, arvorando-se ao constituinte originário, proibindo também a possibilidade da liberdade provisória. De mais a mais, no Processo Penal a regra é a liberdade, admitindo-se excepcionalmente a prisão provisória em casos de extrema e comprovada urgência e necessidade (daí também a mácula ao princípio da proporcionalidade, implícito na Constituição). Por outro lado, nota-se que o mesmo dispositivo constitucional equipara, em termos de gravidade, os crimes hediondos, a tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e o terrorismo, concluindo-se que estes delitos, do ponto de vista constitucional, devem ser tratados com a mesma severidade, inclusive sob o aspecto processual. Ora, se assim o é, atentemos que a Lei 9.455/97, que tratou do crime de tortura e é posterior à lei dos crimes hediondos, não proibiu a liberdade provisória, mas, tão-somente, a fiança, a graça e a anistia (artigo 1º., § 6º.), obedecendo-se aos ditames constitucionais.

Neste sentido duas decisões do Tribunal Regional Federal da 1ª. e 2ª. Regiões:

“TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 2ª. REGIÃO - RELATOR: DESEMBARGADORA FEDERAL LILIANE RORIZ - EMENTA: - TRÁFICO INTERNACIONAL DE ENTORPECENTES. LIBERDADE PROVISÓRIA. LEI Nº 8.072/90. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. APLICAÇÃO DA LEI PENAL.

1. A manutenção da prisão em flagrante só se justifica quando presentes os requisitos ensejadores da prisão preventiva, nos moldes do disposto no artigo 310, parágrafo único do CPP. Nos termos do que determina o parágrafo único do artigo 310 do CPP, verificando o magistrado a ausência de qualquer das hipóteses autorizadoras da prisão preventiva, prevista no artigo 312 do CPP, deverá conceder a liberdade provisória. 2. O fato do tráfico internacional de entorpecentes se tratar de crime hediondo, por si só, não basta para impedir a liberdade provisória, sendo essencial que haja uma motivação para a preventiva. Precedente do STJ. 3. Ausentes os fundamentos da prisão preventiva, visto que, pela documentação juntada aos autos,



observa-se que a ré – servidora pública municipal de Caxambu há cerca de 25 anos – goza de um bom conceito junto à sociedade daquela cidade, participando ativamente de atividades de cunho social, além de cursos de atualização diversos, tendo também comprovado seu endereço residencial fixo. 4. A prisão preventiva se baseou na necessidade de assegurar a aplicação da lei penal e como garantia da ordem pública, não persistindo a motivação apontada para a prisão preventiva, pois nada indica que continuará a delinquir ou que se furtará à aplicação da lei penal. 6. Remanescendo apenas a vedação contida na Lei de Crimes Hediondos e não sendo esta suficiente para impedir a liberdade provisória da paciente, cabe sua liberação. 7. Ordem concedida.” Vejamos um trecho do voto: (...) É cediço que a manutenção da prisão em flagrante só se justifica quando presentes os requisitos ensejadores da prisão preventiva, nos moldes do disposto no artigo 310, parágrafo único do CPP. Assim, nos termos do que determina o parágrafo único do artigo 310 do CPP, verificando o magistrado a ausência de qualquer das hipóteses autorizadoras da prisão preventiva, prevista no artigo 312 do CPP, deverá conceder a liberdade provisória. Tendo em vista o tipo penal em tela, o inciso II, do artigo 2º da Lei nº 8.072/90 assim dispõe: “Artigo 2º Os crimes hediondos, a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo são insuscetíveis de: II – fiança e liberdade provisória.” O douto MPF opinou pela denegação da segurança: “Ademais, o tráfico ilícito de entorpecentes é classificado como crime equiparado a hediondo, status que veda aos detidos por sua prática a concessão de liberdade provisória, conforme previsto no inciso II, do artigo 2º, da Lei nº 8.072/90, cuja constitucionalidade já foi objeto de manifestação do Excelso STF (HC 79.386/AP. STF, Segunda Turma, Rel. Em. Min. Maurício Corrêa, DJ 04.08.2000).” (fls. 56) Todavia, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, vem entendendo que “o fato de se tratar de crime hediondo, por si só, não basta para impedir a liberdade provisória”[2], sendo essencial que haja uma motivação para a preventiva. A prisão preventiva se baseou na necessidade de assegurar a aplicação da lei penal e como garantia da ordem pública. (...) Assim, a motivação apontada para a prisão preventiva não persiste, pois nada indica que continuará a delinquir ou que se furtará à aplicação da lei penal. Remanescendo apenas a vedação contida na Lei de Crimes Hediondos e não sendo esta suficiente para impedir a liberdade provisória da paciente, cabe sua liberação. Ante ao exposto, CONCEDO A ORDEM para conceder a liberdade provisória à paciente, expedindo-se alvará de soltura e comunicando-se à autoridade coatora. É como voto.”

“TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 1ª. REGIÃO – HABEAS-CORPUS Nº 2006.01.00.029151-5/MA – Processo na Origem: 200637000038590 – RELATOR: O EXMO. SR. JUIZ TOURINHO NETO – EMENTA: PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. CRIME HEDIONDO. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. LIBERDADE PROVISÓRIA. LEI 8.072, DE 1990. Não se justifica a denegação da liberdade provisória a só vedação prevista no inciso II do artigo 2º da Lei 8.072, de 1990, sendo necessário que o juiz fundamente a decisão em um dos requisitos estabelecidos no artigo 312 do CPP.” Note-se este trecho do voto do relator: “(...) 1. Dispõe o artigo 2º, II, da Lei 8.072, de 25.07.1990, que: Os crimes hediondos, a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo são insuscetíveis de: II – fiança e liberdade provisória. Observe-se que tal norma contraria a Constituição Federal, pois, o inciso

XLIII do artigo 5º, nega àquele que responde pelos delitos definidos como hediondos, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins o direito à fiança, à graça e à anistia (Artigo 5º, XLIII: “a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem”). Estudando os direitos subjetivos constitucionais, afirma LUÍS ROBERTO BARROSO (Temas de direito constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 82): Os direitos individuais, freqüentemente referidos como ‘liberdades públicas’, são a afirmação da personalidade humana. Talhados no individualismo liberal e dirigidos à proteção de valores relativos à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, contêm limitações ao poder político, traçando a esfera de proteção jurídica do indivíduo em face do Estado. E chama atenção: Os direitos individuais impõem, em essência, deveres de abstenção aos órgãos públicos, preservando a iniciativa e a autonomia dos particulares. Na Constituição brasileira em vigor, eles se concentram na extensa enunciação dos 77 incisos do artigo 5º. Os direitos individuais identificados na Constituição Federal, que os declara de modo claro e preciso no seu artigo 5º, não podem ser violados pelo Estado. Ao julgar o HC 38466/SC, e, 16.11.2004 (DJ 13.12.2004), a 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, tendo como relatora a Ministra Laurita Vaz, decidiu que: 1. Ainda que o crime seja classificado como hediondo pela Lei n.º 8.072/1990, a simples alegação da natureza hedionda do delito cometido, em tese, pelo paciente não é, de per si, justificadora do indeferimento do pedido de liberdade provisória, devendo, também, a autoridade judicial devidamente fundamentar e discorrer sobre os requisitos previstos no artigo 312 do Código de Processo Penal. Precedentes do STJ. 2. Ordem concedida para que seja assegurado ao paciente o benefício da liberdade provisória, com a conseqüente expedição do alvará de soltura, se por outro motivo não estiver preso, mediante condições a serem estabelecidas pelo juízo processante, sem prejuízo de eventual decretação de custódia cautelar, devidamente fundamentada. Também a 6ª Turma do STJ, julgando o HC 32890/SP, em 21.10.2004 (DJ 29.11.2004), relator o Ministro Paulo Medina, assim, igualmente, entendeu. O acórdão está assim ementado: Não foi dado ao legislador ordinário legitimidade constitucional para vedar, de forma absoluta, a liberdade provisória quando em apuração de crime hediondo e assemelhado. Inconstitucionalidade do artigo 2º, II, da Lei 8.072/90. Os princípios constitucionais do Estado de Inocência e da Liberdade Provisória não podem ser elididos por normas infraconstitucionais que estejam em desarmonia com os princípios e garantias individuais fundamentais. A manutenção da prisão em flagrante deve, necessariamente, ser calcada em um dos motivos constantes do artigo 312 do Código de Processo Penal e, por força do artigo 5º, XLI e 93, IX, da Constituição da República, o magistrado, ao negar a liberdade provisória, está obrigado a apontar os elementos concretos mantenedores da medida. A concessão da liberdade provisória ao paciente prejudica a análise de excesso de prazo na instrução criminal. ORDEM CONCEDIDA. No HC 39588/SP, da lavra do Min. Gilson Dipp, julgado em sessão de 17.05.005 (DJ 6.6.2005), consta da ementa, que abaixo transcrevo na parte que interessa: A gravidade do delito imputado ao paciente, a existência de indícios de autoria a prova da materialidade, bem como o fato de se tratar de crime hediondo não constituem motivação idônea a amparar a segregação. Precedentes. A prisão cautelar deve estar fulcrada em fundamentação concreta, apta a configurar quaisquer dos requisitos do artigo 312 do Código de Processo Penal. Sigo a orientação do Superior Tribunal de Justiça, apesar de o Supremo Tribunal Federal, pela sua Segunda Turma, ao julgar o HC 86814-2, em 29.11.2005 (DJ 26.05.2006), relator o Ministro

Joaquim Barbosa, ter decidido que: A vedação à concessão do benefício da liberdade provisória prevista no artigo 2º, II, da Lei 8.072/1990 é fundamento suficiente para o impedimento da concessão do benefício ao paciente. A demora na tramitação do processo é justificada pela complexidade do feito, dada a necessidade de expedição de precatórias para oitiva de testemunhas e a presença de vários réus com procuradores distintos. Ordem denegada. No julgamento do HC 80.719-4/SP, da lavra do Ministro CELSO DE MELLO, na sessão de 26.06.2001 (DJ 28.09.2001), decidiu a Segunda Turma da nossa Corte Suprema que: A acusação penal por crime hediondo não justifica, só por si, a privação cautelar da liberdade do indiciado ou do réu. Mesmo que se trate de pessoa acusada da suposta prática de crime hediondo, e até que sobrevenha sentença penal condenatória irreversível, não se revela possível – por efeito de insuperável vedação constitucional (CF, artigo 5º, LVII) – presumir-lhe a culpabilidade (destaque no original). Ora, negando a liberdade provisória, na verdade, está-se decretando a preventiva, pois, para a mesma ser concedida ou negada, tem-se, por determinação do parágrafo único do artigo 310 do CPP, que examinar os requisitos do artigo 312 do mesmo código. 2. Diante do exposto, concedo a ordem de habeas corpus impetrada impetrado em favor JUCIEL GUILHERMINO GONÇALVES, determinando sua soltura, se por outro motivo não estiver preso. 3. É o voto.”

Mas, não era só. A lei também obrigava que o condenado pelo crime hediondo cumprisse a pena em regime integralmente fechado, o que, além de um absurdo jurídico-penal, também afrontava a Constituição, especialmente o seu artigo 5º, XLVI, que trata da individualização da pena. Entendemos que a individualização da pena engloba, não somente a aplicação da pena, mas também a sua posterior execução, com os benefícios previstos na Lei de Execução Penal, entre eles a progressão de regime (artigo 112, Lei 7.210/84). Observa-se que o artigo 59 do Código Penal, que estabelece as balizas para a aplicação da pena, prevê expressamente que o Juiz sentenciante deve prescrever “o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade”, o que indica, indubitavelmente, que o regime de cumprimento da pena é parte integrante do conceito “individualização da pena”. Assim, não podemos admitir que, a priori, alguém seja condenado a cumprir a sua pena em regime integralmente fechado, vedando-se absolutamente qualquer possibilidade de progressão para o semi-aberto ou aberto, ferindo, inclusive, as apontadas finalidades da pena: a prevenção e a repressão.

Como ensina Luiz Luisi, “o processo de individualização da pena se desenvolve em três momentos complementares: o legislativo, o judicial, e o executório ou administrativo.” (grifo nosso). Explicitando este conceito, o mestre gaúcho ensina:

“Tendo presente as nuances da espécie concreta e uma variedade de fatores que são especificamente previstas pela lei penal, o juiz vai fixar qual das penas é aplicável, se previstas alternativamente, e acertar o seu quantitativo entre o máximo e o mínimo fixado para o tipo realizado, e inclusive determinar o modo de sua execução.” (...)

“Aplicada a sanção penal pela individualização judiciária, a mesma vai ser efetivamente concretizada com sua execução.” (...) “Esta fase da individualização da pena tem sido chamada individualização administrativa. Outros preferem chamá-la de individualização executória. Esta denominação parece mais adequada, pois se trata de matéria regida pelo princípio da legalidade e de competência da autoridade judiciária, e que implica inclusive o exercício de funções marcadamente jurisdicionais.”(...) “Relevante, todavia no tratamento penitenciário em que consiste a individualização da sanção penal são os objetivos que com ela se pretendem alcançar. Diferente será este tratamento se ao invés de se enfatizar os aspectos retributivos e aflitivos da pena e sua função intimidatória, se por como finalidade principal da sanção penal o seu aspecto de ressocialização. E, vice-versa.”

E conclui o autor: *“De outro lado se revela atuante o subjetivismo criminológico, posto que na individualização judiciária, e na executória, o concreto da pessoa do delinqüente tem importância fundamental na sanção efetivamente aplicada e no seu modo de execução.”*[3] (grifos nossos).

Assim, não restando dúvidas que a progressão de regime é parte integrante da individualização da pena, afigurava-nos também inconstitucional aquele “dispositivo hediondo”. Aqui também se observa que a referida Lei de Tortura não determina o cumprimento da pena em regime integralmente fechado, mas apenas no seu início.

A respeito, veja-se a lição de Luiz Vicente Cernicchiaro: *“A Constituição, no artigo 5º., XLIII, registrou tratamento especial a quatro delitos. Tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos. Atente-se para as restrições: inafiançabilidade e vedação de graça ou anistia. A lei ordinária, então, poderia, como fez, arrolar, definir os crimes hediondos. Norma, evidentemente, restritiva, de interpretação limitada. A Lei 8.072/90, entretanto, foi além, acrescentando, repita-se, no artigo 2º., parágrafo primeiro, que a pena será cumprida integralmente em regime fechado. Com isso, sem dúvida, afetou o sentido material da pena! Como atrás registrado, a sanção tem antecedente: conduta reprovável, previamente definida e finalidade: restituir o condenado ao convívio social. Prevalece o interesse público de obter-se a ressocialização do delinqüente. (...) O cumprimento da pena, em regime inteiramente fechado, afronta a finalidade da pena que visa a readaptação social. Só se aprende a viver em sociedade vivendo na sociedade!”*[4]

É do Superior Tribunal de Justiça esta decisão:

“Superior Tribunal de Justiça – Crime hediondo. Regime integralmente fechado. Progressão de pena. Constitucionalidade. HABEAS CORPUS Nº 44.504 – DF 2005/0089545-0 (DJU 19.12.05, SEÇÃO 1, P. 476, J. 31.08.05). RELATOR: MINISTRO PAULO MEDINA. EMENTA: PENAL E PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. CRIME HEDIONDO. REGIME INTEGRALMENTE FECHADO. IMPOSSIBILIDADE. PROGRESSÃO DE PENA. CONSTITUCIONALIDADE. A

Constituição da República recepcionou o sistema progressivo de cumprimento de pena, constante do Código Penal e da Lei de Execução Penal. Negá-lo ao condenado por crime hediondo gera descabida afronta aos princípios da humanidade das penas e da sua individualização. Ordem CONCEDIDA para afastar a vedação legal à progressão de regime.”

Aliás, o artigo 3º da Lei 9.613/98 (que dispõe sobre os crimes de lavagem ou ocultação de bens, direitos e valores, a prevenção da utilização do sistema financeiro para determinados ilícitos) também proíbe a liberdade provisória, o que é muito mais atentatório à Constituição Federal, pois tais crimes sequer estão elencados no dispositivo constitucional e também não estão equiparados aos crimes hediondos pela Lei 8.072/90. Diga-se o mesmo em relação ao artigo 21 da Lei 10.826/2003 (Estatuto do Desarmamento).

Finalmente, “por seis votos a cinco, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, em sessão realizada no dia 23 de fevereiro de 2006, reconheceu a inconstitucionalidade do parágrafo 1º do artigo 2º da Lei 8.072/90 que proibia a progressão de regime de cumprimento de pena nos crimes hediondos. O assunto foi analisado no **Habeas Corpus** 82959 impetrado por Oséas de Campos, condenado a 12 anos e três meses de reclusão por molestar três crianças entre 6 e 8 anos de idade (atentado violento ao pudor). Na prática, a decisão do Supremo, que deferiu o HC, se resume a afastar a proibição da progressão do regime de cumprimento da pena aos réus condenados pela prática de crimes hediondos. Caberá ao juiz da execução penal, segundo o Plenário, analisar os pedidos de progressão considerando o comportamento de cada apenado – o que caracteriza a individualização da pena. Como a decisão se deu no controle difuso de constitucionalidade (análise dos efeitos da lei no caso concreto), a decisão do Supremo terá que ser comunicada ao Senado para que o parlamento providencie a suspensão da eficácia do dispositivo declarado inconstitucional. O Plenário ressaltou, ainda, que a declaração de inconstitucionalidade não gerará consequências jurídicas com relação a penas já extintas. O julgamento do caso foi retomado no dia 23/2 com a leitura do voto-vista da ministra Ellen Gracie. Ela decidiu acompanhar a divergência levantada pelo ministro Carlos Velloso e indeferiu o **habeas corpus**. Para Ellen Gracie, ao vedar a progressão de regime nos crimes hediondos, o legislador nada mais fez do que seguir a trilha do constituinte que discriminou determinados delitos, privando seus autores de alguns benefícios penais. “O instituto da individualização da pena não fica comprometido apenas porque o legislador não permitiu ao juiz uma dada opção”, ressaltou a ministra, e acrescentou que a escolha do juiz em matéria de pena está submetida ao princípio da legalidade. Ellen Gracie concluiu que a restrição não apresenta afronta à norma constitucional que preconiza o princípio da individualização da pena representando apenas opção de política criminal. “É difícil admitir desse grande complexo de normas que constitui o arcabouço do instituto da individualização da pena e da sua execução, que a restrição na aplicação de uma única dessas normas, por opção de política criminal, possa afetar todo o instituto”, declarou. O Ministro Eros Grau, que votou em seguida, acompanhou o voto do relator, ministro Marco Aurélio, deferindo o HC. Eros Grau ressaltou que a proibição da progressão de regime afronta o princípio da individualização da pena. Sustentou que o legislador não pode impor regra fixa que impeça o julgador de individualizar caso a caso a pena do condenado. “O cumprimento da pena em regime integral, por ser cruel e desumano importa violação a esses preceitos constitucionais”, disse. Por fim, Grau afirmou que a declaração de



inconstitucionalidade da proibição da progressão de regime não configurará, de modo algum, a abertura de portas dos presídios já que a decisão final caberá ao juiz da execução penal. O Ministro Sepúlveda Pertence também votou pela inconstitucionalidade da norma. “De nada vale individualizar a pena no momento da aplicação, se a execução, em razão da natureza do crime, fará que penas idênticas, segundo os critérios da individualização, signifiquem coisas absolutamente diversas quanto a sua efetiva execução”. De acordo com Pertence, “ninguém tem dúvidas de que a mesma pena de três anos de reclusão imposta a alguém que cometeu crime por peculato e ao “vapozeiro” (popular avião) do fornecedor de maconha na favela são coisas diferentes, se uma pode ser cumprida com os mais liberais substitutivos e a outra terá de ser cumprida pelo encarceramento em regime fechado durante toda a sua duração”. Ainda segundo Pertence, “esse movimento de exacerbação de penas como solução ou como arma bastante ao combate à criminalidade só tem servido a finalidades retóricas e simbólicas”. Também já haviam reconhecido a inconstitucionalidade da proibição da progressão de regime, votando com o relator, os ministros Carlos Ayres Britto, Cezar Peluso e Gilmar Mendes. O Ministro Marco Aurélio entendeu que a garantia de individualização da pena inserida no rol dos direitos assegurados pelo artigo 5º. da Constituição Federal, inclui a fase de execução da pena aplicada e, por isso, não seria viável afastar a possibilidade de progressão do respectivo regime de cumprimento da pena. Para o ministro-relator, a edição da lei de tortura (9.455/97), que permite a progressão, indica a necessidade de igual tratamento para os outros delitos rotulados hediondos e corresponde a uma derrogação implícita da norma do parágrafo 1º. do artigo 2º. do mencionado texto legal. O ministro ainda sustentou, em entrevista coletiva à imprensa, que a pena deve ser fixada considerando a figura do preso em si, do seu comportamento na própria prisão e que a progressão só será dada àqueles que a merecerem. Ressaltou que as penas dos crimes hediondos continuam as mesmas e que a decisão do Supremo não incentiva a prática de novos delitos uma vez que o reincidente deve ser punido com a regressão de regime. O Ministro Celso de Mello acompanhou a divergência aberta por Carlos Velloso. Disse entender que o artigo 2º, parágrafo 1º, da Lei 8072/90 não mantém qualquer relação contrária do que prescreve a Constituição Federal. Celso de Mello sustentou que a fixação da pena e a estipulação dos limites, que oscilam entre o mínimo e o máximo, decorrem de uma opção legitimamente exercida pelo Congresso Nacional. “A norma legal em questão, no ponto em que foi impugnada, ajusta-se ao ordenamento constitucional”, afirmou. O Ministro Nelson Jobim acompanhou a divergência, por entender que o que instruiu a elaboração da Lei 8.072/90 foi a circunstância de que todos os apenados em crimes hediondos, com longa duração de pena que não têm nenhuma perspectiva de liberação, não têm nenhum constrangimento de praticar crimes dentro do presídio.” (Fonte: STF).

Diante desta decisão, perdia eficácia e, portanto, deveria ser cancelada a Súmula **698 do Supremo Tribunal Federal, segundo a qual** “Não se estende aos demais crimes hediondos a admissibilidade de progressão no regime de execução da pena aplicada ao crime de tortura.”

Na esteira, vieram outros julgados, tais como:

"SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - RECURSO ESPECIAL Nº 781.651 - MG (2005/0152245-1) - RELATORA: MINISTRA LAURITA VAZ - EMENTA: RECURSO ESPECIAL. DIREITO PENAL. CRIME DE TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. DELITO EQUIPARADO A HEDIONDO. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 2.º, § 1.º, DA LEI Nº 8.072/90 PELO PLENÁRIO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. POSSIBILIDADE. ÓBICE AFASTADO. PRECEDENTES DO STJ E DO STF. 1. O Pretório Excelso, em sua composição plenária, no julgamento do HC n.º 82.959/SP, em 23 de fevereiro de 2006, declarou, em sede de controle difuso, inconstitucional o óbice contido na Lei dos Crimes Hediondos que veda a possibilidade de progressão do regime prisional aos condenados pela prática dos delitos nela elencados, afastando, assim a proibição legal quanto à impossibilidade de progressão carcerária aos condenados pela prática de crimes hediondos e equiparados. 2. Verifica-se, assim, que o único óbice à concessão do benefício da substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos nos crimes hediondos e equiparados - consubstanciado no caráter especial dos rigores do regime integralmente fechado -, com a declaração da inconstitucionalidade do artigo 2.º, § 1.º, da Lei n.º 8.072/90, não mais subsiste, bastando que o acusado atenda aos requisitos previstos no artigo 44 do Código Penal. Precedentes do STF e do STJ. 3. Recurso conhecido e provido." VOTO: "(...) É importante ressaltar que a celeuma, relativa à inconstitucionalidade ou não do regime integralmente fechado previsto no artigo 2.º, § 1.º, da Lei n.º 8.072/90, foi recentemente apreciada e solucionada, em sede de controle de constitucionalidade difuso, pelo Supremo Tribunal Federal que, em sua composição plenária, no julgamento do HC n.º 82.959/SP, em 23 de fevereiro de 2006, declarou inconstitucional o óbice contido na Lei dos Crimes Hediondos que veda a possibilidade de progressão do regime prisional aos condenados pela prática dos delitos nela elencados. Tal entendimento firmou-se na interpretação sistemática dos princípios constitucionais da individualização, da isonomia e da humanidade da pena. Ressalte-se que se afastou, tão-somente, a proibição legal quanto à impossibilidade de progressão carcerária aos condenados pela prática de crimes hediondos e equiparados, com a ressalva, todavia, de que caberá ao juízo da execução penal analisar os pedidos de progressão considerando o comportamento de cada condenado. Verifica-se, assim, que o único óbice à concessão do benefício da substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos nos crimes hediondos e equiparados - consubstanciado no caráter especial dos rigores do regime integralmente fechado -, com a declaração da inconstitucionalidade do artigo 2.º, § 1.º, da Lei n.º 8.072/90, não mais subsiste, bastando que o acusado atenda aos requisitos previstos no artigo 44 do Código Penal. Nesse sentido: "PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. INSUFICIÊNCIA DE PROVAS PARA EMBASAR DECRETO CONDENATÓRIO. INCURSÃO NO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. NÃO-CONHECIMENTO. SENTENÇA CONDENATÓRIA. PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE SUBSTITUÍDA POR RESTRITIVA DE DIREITOS. SUBSTITUIÇÃO AFASTADA PELO TRIBUNAL A QUO EM SEDE DE APELAÇÃO. INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI DOS CRIMES HEDIONDOS DECLARADA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. POSSIBILIDADE DE PROGRESSÃO E, CONSEQÜENTEMENTE, DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE. ORDEM PARCIALMENTE CONHECIDA E, NESSA PARTE, CONCEDIDA. 1. É inviável a análise da alegada insuficiência de provas para embasar o decreto condenatório, visto que o habeas corpus, remédio jurídico-processual, de índole constitucional, que tem como escopo resguardar a liberdade de locomoção contra ilegalidade ou abuso de poder, é marcado por cognição



sumária e rito célere, motivo pelo qual não comporta o exame de questões que, para seu deslinde, demandem aprofundado exame do conjunto fático-probatório dos autos, próprio do processo de conhecimento. 2. Declarada pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, na sessão de 23/2/2006 (HC 82.959/SP), a inconstitucionalidade incidental do artigo 2º, § 1º, da Lei 8.072/90, que veda a progressão de regime nos casos de crimes hediondos e a eles equiparados, afastando o óbice à execução progressiva da pena, não mais subsiste o fundamento para impedir a substituição da reprimenda corporal, quando atendidos os requisitos do artigo 44 do Código Penal. 3. Ordem parcialmente conhecida e, nessa parte, concedida, para restabelecer a substituição da pena aplicada ao paciente pelo Juízo processante." (HC 45749/SC, 5ª Turma, Rel. Min. ARNALDO ESTEVES LIMA, DJ de 29/05/2006.) "POLÍTICA CRIMINAL. PENA DE PRISÃO (LIMITAÇÃO AOS CASOS DE RECONHECIDA NECESSIDADE). TRÁFICO DE ENTORPECENTES. SUBSTITUIÇÃO DA PENA (POSSIBILIDADE). ARTIGO 44 DO CÓD. PENAL. 1. A norma penal prevê a possibilidade de se aplicarem sanções outras que não a pena privativa de liberdade para crimes de pequena e média gravidade, como meio eficaz de combater a crescente ação criminógena do cárcere. 2. A disciplina da Lei nº 8.072/90 e o disposto no Cód. Penal (artigo 44) não são incompatíveis. 3. Em se tratando de delinqüente sem periculosidade, não há falar em óbice à substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos. 4. Recurso especial improvido." (REsp 754630/BA, 6ª Turma, Rel. Min. HÉLIO QUAGLIA BARBOSA, DJ de 21/11/2005.) Igual posicionamento é adotado pelo Supremo Tribunal Federal, como se pode verificar: "SENTENÇA PENAL. Condenação. Tráfico de entorpecente. Crime hediondo. Pena privativa de liberdade. Substituição por restritiva de direitos. Admissibilidade. Previsão legal de cumprimento em regime integralmente fechado. Irrelevância. Distinção entre aplicação e cumprimento de pena. HC deferido para restabelecimento da sentença de primeiro grau. Interpretação dos arts. 12 e 44 do CP, e das Leis nos 6.368/76, 8.072/90 e 9.714/98. Precedentes. A previsão legal de regime integralmente fechado, em caso de crime hediondo, para cumprimento de pena privativa de liberdade, não impede seja esta substituída por restritiva de direitos." (HC 84.928/MG, Rel. Min. CEZAR PELUSO, DJ de 11/11/2005.) Ante o exposto, CONHEÇO do recurso especial e DOU-LHE PROVIMENTO para, cassando o acórdão recorrido, determinar que o Juízo da Execuções Criminais competente proceda ao exame dos requisitos objetivos e subjetivos, autorizadores do benefício da substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos. É o voto."

"TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª. REGIÃO - HABEAS CORPUS 2006.03.00.037713-2 - ÓRGÃO JULGADOR: PRIMEIRA TURMA - DATA DA DECISÃO: 22/08/2006 - DJU DATA:19/09/2006, PÁGINA: 251 RELATOR: JUIZ LUIZ STEFANINI - EMENTA: HABEAS CORPUS - PROGRESSÃO DE REGIME - ARTIGO 14 - PROGRESSÃO DE REGIME EM CRIME DE ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE DROGAS 1. Tenho por autoridade coatora o Juízo da 5ª Vara Federal Criminal de São Paulo/SP que, no decreto condenatório destes autos determinou o regime a respeito do qual se insurge a impetração. 2. De fato, verifica-se que o Paciente foi condenado somente pela prática do delito previsto no artigo 14 c.c. 18, I, da Lei 6.368/76, sendo que, em relação a este tipo penal, a Primeira Turma deste Tribunal, com espeque nas decisões proferidas pelas Cortes Superiores, vem se pronunciando pela aplicabilidade do

benefício ora requerido. 3. Cabe ao Juízo da execução penal analisar o pedido de progressão, considerando o comportamento do Paciente, bem como os demais requisitos necessários ao deferimento do benefício. 4. Ordem concedida. DECISÃO: A Turma, por unanimidade, concedeu parcialmente a ordem, apenas para afastar o obstáculo contido na sentença que negava ao paciente o direito a eventual progressão de regime de cumprimento de pena, no que tange ao delito descrito no artigo 14 c.c. artigo 18, I, da Lei 6368/76, nos termos do voto do(a) Relator(a), que lavrará o acórdão.”

Porém, esta discussão, hoje, não tem mais sentido (salvo no que diz respeito à aplicação da lei no tempo, como veremos adiante), tendo em vista que a Lei dos Crimes Hediondos foi alterada pela Lei 11.464/07.

Pela nova redação, não mais se proíbe a liberdade provisória, pois o inciso II do artigo 2º. refere-se apenas à inafiançabilidade; tampouco veda-se a progressão de regime, visto que o parágrafo primeiro do artigo 2º. passou a estabelecer a necessidade, tão-somente, do cumprimento inicial da pena no regime fechado. Contudo, e coerentemente, passou a ser exigido o cumprimento de 2/5 da pena (se o apenado for primário) e 3/5 (se reincidente[5]). Agora, diferentemente do que ocorre com os condenados por outros crimes (que podem progredir de regime após o cumprimento de 1/6 da pena, segundo o artigo 112, da Lei de Execuções Penais), dificultou-se a possibilidade da progressão, o que é razoável, pois não era “justo” considerar todos os condenados de maneira igual, quando a própria Carta Magna trata de forma mais gravosa os autores dos crimes hediondos e assemelhados – artigo 5º., XLIII.[6]

Atente-se que tais modificações atingiram, não somente os crimes hediondos, mas os assemelhados, inclusive o tráfico ilícito de drogas; a alteração legislativa, portanto, revogou o disposto no artigo 44, **caput** da Lei 11.343/06. Aliás, idêntica conclusão, e por força de uma interpretação sistemática e conforme à Constituição, chega-se em relação ao artigo 3º. da Lei 9.613/98 (Lavagem de Dinheiro) e artigo 21 da Lei 10.826/2003 (Estatuto do Desarmamento). Neste sentido, a lição de Renato Flávio Marcão:

*“O artigo 21 da Lei 10.826/2003 restou inaplicável. É a **voluntas legis**, embora não expressa.”*
[7]

Resta-nos enfrentar a questão da aplicação dos novos dispositivos à luz dos princípios que regem a aplicação da lei no tempo.

De logo, ressaltamos que o inciso II e os parágrafos primeiro e segundo da referida lei, apesar de normas processuais, têm um nítido e indissociável caráter penal, razão pela qual são normas processuais penais materiais (mistas ou híbridas). Tratam de matéria processual (liberdade provisória, regime de cumprimento de pena, execução penal), mas também dizem respeito a direitos fundamentais dos acusados e dos condenados, previstos constitucionalmente.

Esta matéria relativa a normas híbridas ou mistas, apesar de combatida por alguns, mostra-se, a nosso ver, de fácil compreensão.

Com efeito, o jurista lusitano e Professor da Faculdade de Direito do Porto, Taipa de Carvalho, após afirmar que *“está em crescendo uma corrente que acolhe uma criteriosa perspectiva material – que distingue, dentro do direito processual penal, as normas processuais penais materiais das normas processuais formais”*, adverte que dentro de uma visão de *“hermenêutica teleológico-material determine-se que à sucessão de leis processuais penais materiais sejam aplicados o princípio da irretroactividade da lei desfavorável e o da retroactividade da lei favorável.”*[8]

Taipa de Carvalho explica que tais normas de natureza mista (designação também usada por ele), *“embora processuais, elas são-no também plenamente materiais ou substantivas.”*[9]

Informa, ainda, o mestre português que o alemão Klaus Tiedemann *“destaca a exigência metodológica e a importância prática da distinção das normas processuais em normas processuais meramente formais ou técnicas e normas processuais substancialmente materiais”*, o mesmo ocorrendo com o francês Georges Levasseur.[10]

Por lei penal mais benéfica não se deve entender apenas aquela que comine pena menor, pois *“en principio, la retroactividad es de la ley penal e debe extenderse a toda disposición penal que desincrimine, que convierta un delito en contravención, que introduzca una nueva causa de justificación, una nueva causa de inculpabilidad o una causa que impida la operatividad de la punibilidad, es decir, al todo el contenido que hace recaer sobre la conducta, sendo necessário que se tenha em conta uma série de outras circunstâncias, o que implica em admitir que “la individualización de la ley penal más benigna deba hacerse en cada caso concreto, tal como ensina Eugenio Raúl Zaffaroni. (grifo nosso)[11].*

Ainda a propósito, veja-se a lição de Carlos Maximiliano:

“Quanto aos institutos jurídicos de caráter misto, observam-se as regras atinentes ao critério indicado em espécie determinada. (...) “O preceito sobre observância imediata refere-se a normas processuais no sentido próprio; não abrange casos de diplomas que, embora tenham feição formal, apresentam, entretanto, prevalentes os caracteres do Direito Penal Substantivo; nesta hipótese, predominam os postulados do Direito Transitório Material.”[12]

Comentando a respeito das normas de caráter misto, assim já se pronunciou Rogério Lauria Tucci:

“Daí porque deverão ser aplicadas, a propósito, consoante várias vezes também frisamos, e em face da conotação prevalecente de direito penal material das respectivas normas, as disposições legais mais favoráveis ao réu, ressaltando-se sempre, como em todos os sucessos ventilados, a possibilidade de temperança pelas regras de direito transitório, – estas excepcionais por natureza.[13]

Outra não é a opinião de Luis Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho:

“Se a norma processual contém dispositivo que, de alguma forma, limita direitos fundamentais do cidadão, materialmente assegurados, já não se pode defini-la como norma puramente processual, mas como norma processual com conteúdo material ou norma mista. Sendo assim, a ela se aplica a regra de direito intertemporal penal e não processual.”[14]

Enfrentando esta questão (e **mutatis mutandis**), o Supremo Tribunal Federal decidiu:

“ADI 1719 MC/DF – MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. Relator: Ministro MOREIRA ALVES. Julgamento: 03/12/1997. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Publicação: DJ DATA-27-02-98. P-01EMENT VOL-01900-01. PP-00001. EMENTA: Ação direta de inconstitucionalidade. Arguição de inconstitucionalidade do artigo 90 da Lei 9.099, de 26.09.95, em face do princípio constitucional da retroatividade da lei penal mais benigna (artigo 5º, XL, da Carta Magna). Pedido de liminar. – Ocorrência dos requisitos da relevância da fundamentação jurídica do pedido e da conveniência da suspensão parcial da norma impugnada. Pedido de liminar que se defere, em parte, para, dando ao artigo 90 da Lei 9.099, de 26 de setembro de 1995, interpretação conforme à Constituição suspender “ex tunc”, sua eficácia com relação ao sentido de ser ele aplicável às normas de conteúdo penal mais favorável contidas nessa Lei.”

Feitas tais considerações, concluímos, evidentemente, que a possibilidade da liberdade provisória atinge os crimes praticados antes da vigência dos novos dispositivos (dia 29 de março de 2007). Trata-se de lei mais benéfica e que deve retroagir, em conformidade com o preceito constitucional contido no artigo 5º., XL e artigo 2º., parágrafo único do Código Penal.

Quanto à progressão de regime, a situação é diversa, pois em relação aos crimes praticados (ação ou omissão – artigo 4º. do Código Penal) antes da nova lei, o apenado terá direito ao benefício (a princípio, pois será necessário aferir-se quanto ao seu “merecimento”), após cumpridos 1/6 da pena, em conformidade com o artigo 112 da Lei de Execuções Penais e em razão da supra referida decisão do Supremo Tribunal Federal (HC 82959) que, nada obstante não ter sido proferida quando do controle concentrado de constitucionalidade, teve efeito (ou deveria tê-lo) **erga omnes**. Sendo a lei nova mais gravosa, não deve retroagir para atingir fatos praticados anteriormente à sua vigência.

Assim, somente aos autores de crimes hediondos (e assemelhados) cometidos após o dia 29 de março de 2007 caberá a exigência do cumprimento de 2/5 ou 3/5 da pena (se primário ou reincidente, respectivamente). Para os fatos praticados antes, prevalece a exigência contida no artigo 116 da LEP, ou seja, 1/6 da pena.

[1] A respeito deste diploma legal, Alberto Silva Franco afirma que ele, “na linha dos pressupostos ideológicos e dos valores consagrados pelo Movimento da Lei e da Ordem, deu suporte à idéia de que leis de extrema severidade e penas privativas de alto calibre são suficientes para pôr cobro à criminalidade violenta. Nada mais ilusório.” (Crimes Hediondos, São Paulo: Revista dos Tribunais, 4ª. ed., 2000, p. 97).

[2] HC no. 57874/SP, Processo no. 200600848680, 5ª. Turma, Min. Laurita Vaz, julgado em 12/09/2006.

[3] Os Princípios Constitucionais Penais, Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1991, pp. 37 e segs.

[4] Escritos em Homenagem a Alberto Silva Franco, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 290.

[5] Como não houve ressalvas, a reincidência pode ser específica ou não.

[6] No voto proferido no referido **Habeas Corpus** nº. 82959, o Ministro Carlos Ayres de Brito já deixava consignado: “Daqui resulta que também tenho por inconstitucional a aplicação da regra geral de 1/6 aos condenados pelos delitos hediondos. Invalidez, contudo, que não implica retirar do mundo jurídico o diploma viciado. Explico: o vício da inconstitucionalidade traduz-se, como regra geral, na necessidade de extirpar do Ordenamento Jurídico o ato inválido, de sorte a preservar a coerência de tal Ordenamento e garantir a hierarquia e a rigidez da Constituição Federal. Mas há casos em que tal extirpação normativa ofende por igual a própria Constituição da República. Casos em que a boa-fé, a segurança jurídica ou o interesse social restariam violados pelo abate em si do ato inconstitucional. O que tem levado esta Suprema Corte a “retrabalhar” os efeitos de certas declarações de inconstitucionalidade. É o que se dá com a aplicação da regra geral de 1/6 aos condenados por delitos hediondos, a exigir que se imprima às respectivas decisões uma ponderação ou modulação temporal de efeitos. Em síntese, também voto pela inconstitucionalidade da incidência da regra geral de 1/6 aos condenados por crimes hediondos. Mas tenho por imperioso protrair-se a eficácia e aplicabilidade da LEP (art. 112), no ponto, até que norma legal específica venha a ser editada. Norma que, agora sim, cuide de forma particularizada o tema da progressão no regime de cumprimento de pena pela

prática de crime hediondo.”

[7] www.ultimainstancia.com.br. Neste mesmo artigo, o autor também afirma a revogação do art. 44, **caput** da Lei de Drogas.

[8] Sucessão de Leis Penais, Coimbra: Coimbra Editora, págs. 219/220.

[9] Ob, cit., p. 220.

[10] Idem.

[11] Tratado de Derecho Penal, Parte General, I, Buenos Aires: Editora Ediar, 1987, págs. 463 e 464.

[12] Direito Intertemporal, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1955, p. 314.

[13] Direito Intertemporal e a Nova Codificação Processual Penal, São Paulo: José Bushatsky, Editor, 1975, 124.

[14] O Processo Penal em Face da Constituição, Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 137.

Fonte: https://conjur.jumps.com.br/2007-abr-09/consideracoes_lei_crimes_hediondos/