

CENTRO DE EDUCAÇÃO SUPERIOR REINALDO RAMOS/CESREI
FACULDADE REINALDO RAMOS/FARR
CURSO DE BACHARELADO EM DIREITO

EDILZA PAMELA DE SENA CAVALCANTI

**IMPOSSIBILIDADE DE LIBERDADE CONDICIONAL NOS CASOS DE
REINCIDÊNCIA ESPECÍFICA EM CRIMES HEDIONDOS: ANÁLISE DE SUA
CONSTITUCIONALIDADE**

Campina Grande - PB

2012

EDILZA PAMELA DE SENA CAVALCANTI

**IMPOSSIBILIDADE DE LIBERDADE CONDICIONAL NOS CASOS DE
REINCIDÊNCIA ESPECÍFICA EM CRIMES HEDIONDOS: ANÁLISE DE SUA
CONSTITUCIONALIDADE**

Trabalho de Conclusão de
Curso de Graduação apresentado a
Coordenação do Curso de Direito do
Centro de Educação Superior Reinaldo
Ramos, como requisito para a obtenção do
grau de Bacharel em Direito pela referida
instituição.

Orientador: Profa. Sabrinna de Sousa Correia

Campina Grande – PB

2012

FICHA CATALOGRÁFICA ELABORADA PELA BIBLIOTECA DA CESREI

C736i

Cavalcanti, Edilza Pamela de Sena.

Impossibilidade de liberdade condicional nos casos de reincidência específica em crimes hediondos: análise de sua constitucionalidade / Edilza Pamela de Sena Cavalcanti. – Campina Grande, 2012.

50 f.

Monografia (Graduação em Direito) Faculdade Reinaldo Ramos-FAAR - Centro de Educação Superior Reinaldo Ramos-CESREI.

Orientadora: Profa. Esp. Sabrinna de Sousa Correia.

1. Crimes Hediondos. 2. Direito Penal. 3. Regime de Progressão – Livramento Condicional.. I. Título.

CDU 343.232(043)

EDILZA PAMELA DE SENA CAVALCANTI

**IMPOSSIBILIDADE DE LIBERDADE CONDICIONAL NOS CASOS DE
REINCIDÊNCIA ESPECÍFICA EM CRIMES HEDIONDOS: ANÁLISE DE SUA
CONSTITUCIONALIDADE**

APROVADO EM _____ DE _____ DE _____.

BANCA EXAMINADORA



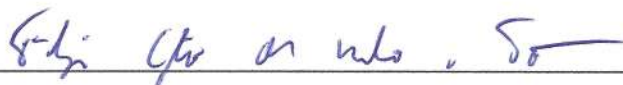
Prof. Sabrinna de Sousa Correia – Cesrei Faculdade

(Presidente – Orientador)



Prof. Francisco Iasley Lopes de Almeida – Cesrei Faculdade

(1º Examinador)



Prof. Felipe Augusto de Melo Torres – Cesrei Faculdade

(2º Examinador)



Prof. Lênio Assis de Barros – Cesrei Faculdade

(3º Examinador)

“Aos meus pais por toda dedicação e esforço junto a mim durante esta caminhada e aos meus irmãos por todo apoio. Amo vocês.”

AGRADECIMENTOS

Em primeiro lugar a DEUS pela benção alcançada, por sempre voltar seus olhos em minha direção e me presentear com todo seu amor e misericórdia.

Aos meus pais, que são meus tesouros, minha base, a razão por estar aqui hoje. Por me darem todo suporte, amor, carinho, educação e valores que levarei pro resto da minha vida.

Aos meus irmãos pelo apoio e ajuda. Amo todos vocês.

A minha professora e orientadora pela paciência, carinho, dedicação. E por disponibilizar seu tempo e conhecimento para me auxiliar. Que Deus derrame suas bênçãos sob essa excelente profissional. Há mim foi uma honra ter sido sua aluna. Muito Obrigado!

Aos meus amigos (Anna Karla, Moacir, Ana Luísa, Maria, Daniel, Clécia, Hellen, Marcelo, Rafaela, Pedro e Wédipo) por 5 anos de amizade, amo vocês.

“Você só precisa de um pouco de fé”

Prison Break – Série

RESUMO

Os crimes hediondos estão enquadrados em uma categoria de crimes considerados pela sociedade como repugnantes, sórdidos e que exigem uma punição mais severa por parte do Estado. Elencados no artigo 1º da Lei 8072/90, tais crimes possuem penas mais severas e a proibição da anistia, graça ou indulto. A Lei de Crimes Hediondos, ainda acrescentou ao artigo 83 do nosso Código Penal, em seu inciso V, a permissão ao condenado por crime hediondo o livramento condicional somente após ter cumprido dois terços da pena, o que não chega a ser possível para os condenados reincidentes em crimes dessa natureza. Feitas tais considerações, o presente trabalho visa aprofundar a discussão sobre a constitucionalidade de certos dispositivos da lei em questão, propondo assim sua revisão, sendo esta relevante para a adequação do diploma ao nosso ordenamento jurídico, à realidade de um Direito Penal garantista e minimalista, resgatando dessa maneira, garantias constitucionais por ela retiradas.

Palavras-chave: Crime hediondo. Regime de progressão. Reincidentes. Livramento condicional.

ABSTRACT

The heinous crimes are grouped in a category of crimes considered by society as disgusting, sordid and require a more severe punishment by the State. Listed in Article 1 of Law 8072/90, such crimes have progression scheme of penalties and stricter prohibition of amnesty, pardon or grace. The Heinous Crimes Act also added to Article 83 of our criminal Code in its section V, the permission to parole convicted of heinous crime only after the fulfillment of more than two thirds of the sentence, which is hardly possible for repeat offenders convicted in such crimes. Made such considerations, this paper aims to deepen the discussion on the constitutionality of certain provisions of the law in question, thus proposing a revision, which is relevant to the adequacy of our legal bachelor's degree, the reality of a Criminal Law garantist minimalist, rescuing this way, constitutional guarantees for her withdrawals.

Keywords: Heinous Crimes. Progression Scheme. Offenders. Parole.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	09
2 ASPECTOS HISTÓRICOS DA LEI 8.072/90.....	11
2.1 COMENTÁRIOS À LEI 11.464/07.....	15
2.2 TIPOS PENAIIS ETIQUETADOS COMO CRIMES HEDIONDOS.....	16
2.2.1 Homicídio.....	16
2.2.2 Latrocínio.....	18
2.2.3 Estupro.....	19
2.2.4 Epidemia com resultado morte.....	20
2.2.5 Falsificação, Corrupção, Adulteração ou Alteração de produtos destinados a fins terapêuticos ou medicinais.....	21
2.2.6 Genocídio.....	21
2.3 CRIMES EQUIPARADOS.....	21
2.3.1 Tortura.....	21
2.3.2 Terrorismo.....	23
2.3.3 Tráfico ilícito de entorpecentes.....	23
3 CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS ADVINDAS DA CLASSIFICAÇÃO DO CRIME COMO HEDIONDO.....	24
3.1 PROIBIÇÃO DE CONCESSÃO DE ANISTIA, GRAÇA OU INDULTO.....	24
3.2 PROIBIÇÃO DE LIBERDADE PROVISÓRIA E FIANÇA.....	25
3.3 REQUISITOS ESPECÍFICOS PARA A PROGRESSÃO DE REGIME.....	25
3.4 POSSIBILIDADE DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR PENA RESTRITIVA DE DIREITO.....	26
4 LIVRAMENTO CONDICIONAL E CONSTITUCIONALIDADE.....	31
4.1 LIVRAMENTO CONDICIONAL.....	31
4.2 REQUISITOS PARA CONCESSÃO DO BENEFÍCIO.....	32
4.3 DIREITO A PROGRESSÃO DE REGIME PRISIONAL.....	35
4.4 REINCIDÊNCIA ESPECÍFICA.....	36
4.5 CONSTITUCIONALIDADE.....	38
5 METODOLOGIA.....	41
6 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	42
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	43
ANEXO.....	45

1 INTRODUÇÃO

A Lei dos Crimes Hediondos foi criada no ano de 1990, atendendo aos apelos de uma sociedade apavorada diante da criminalidade e que exigia das autoridades uma resposta e uma solução por parte do legislador. Autorizado pela nossa Constituição Federal em seu artigo 5º, XLIII, o legislador criou a referida lei, restringindo no que se refere aos direitos e garantias fundamentais benefícios que foram considerados intocáveis e irremovíveis. Ao restringir esses direitos, nasceu no mundo jurídico uma discussão sobre a inconstitucionalidade de parte desta lei. Entendimentos no meio jurídico discutem essa inconstitucionalidade, alegando que tais restrições ferem princípios constitucionais como o da individualização da pena.

A primeira edição da Lei de Crimes Hediondos apontou para o caos que vivia a sociedade na década de 90. Uma onda de sequestros promovida por grupos armados assolavam influentes setores da sociedade empresaria, político etc. que cobravam junto ao governo uma medida rápida de conter a violência. Neste cenário de intranquilidade social, o legislador editou a Lei 8072/90, e classificou em seu artigo 1º o que entenderemos se tratar de Crimes Hediondos. Após decisão do Supremo Tribunal Federal, do dia 23 de fevereiro de 2006, a Lei dos Crimes Hediondos foi mais uma vez alterada, trazendo mudanças significativas no campo da progressão de regime prisional e sem alteração no que diz respeito à concessão de livramento condicional.

No primeiro capítulo, apresenta-se um resumo histórico desta lei, pesquisando a época de seu advento e os motivos que levaram o legislador a publicá-la. Neste mesmo capítulo apresentamos o processo inicial da referida lei, fazendo uma análise breve dos projetos que lhe deram origem e também os crimes rotulados por ela e seus equiparados. Seguindo esta linha de raciocínio, o presente trabalho abordará o que significou para a sociedade a implementação de uma lei específica, rigorosa e que tipificou crimes como hediondos, os diferenciando-os dos outros delitos previstos pelo Código Penal. Em outro momento, será abordada também, a conceituação do que seria crime hediondo, o entendimento doutrinário e legislativo e os crimes tipificados como hediondos e todos os delitos equiparados a ele.

Importante destacar o estudo de todas as questões polêmicas envolvendo a Lei 8072/90, sejam doutrinárias ou jurisprudenciais, dando destaque por fim a tão controversa progressão de regime e livramento condicional, que pela evolução da nossa sociedade fez surgir novos entendimentos jurisprudenciais, mudando assim a aplicação dos já referidos

institutos. O presente trabalho se propõe a demonstrar como se deu o surgimento do instituto do livramento condicional, os requisitos necessários para sua concessão, tudo a partir de uma abordagem mais crítica a respeito não só da concessão de livramento condicional aos condenados por estes crimes, mas também o surgimento da reincidência específica na Lei que regula os Crimes hediondos e sua constitucionalidade.

2 ASPECTOS HISTÓRICOS DA LEI 8.072/90

Inicialmente, iremos abordar a evolução histórica que sofreu a lei de crimes hediondos durante o período de sua vigência, a definição de crime hediondo em nosso ordenamento jurídico e suas formas definidas na legislação específica, assim como os tipos etiquetados como hediondos e os equiparados pela nossa Constituição Federal.

O tema pertinente aos crimes hediondos representa uma grande mutação na forma com que o Estado passou a tratar determinados crimes. Com vistas a atender os clamores populares, o legislador pátrio de certa forma colidiu frontalmente com os princípios penais em certos aspectos e com o próprio ordenamento jurídico a elas pertinente.

Ao seguir o clamor de penas mais rígidas, a Constituição Federal em seu artigo 5º, XLIII contraria toda a história da pena, e assim também os princípios fundamentais constitucionais relacionados a ela, como a individualização, proporcionalidade e humanidade. Sobre o tema se posiciona Alberto Silva Franco (1994, p. 75):

“O que teria conduzido o legislador constituinte a formular o nº XLIII do art. 5º da CF? O que estaria por detrás do posicionamento adotado? Nos últimos anos, a criminalidade violenta aumentou do ponto de vista estatístico: o dano econômico cresceu sobremaneira, atingindo seguimentos sociais que até então estavam livres de ataques criminosos; atos de terrorismo político e mesmo de terrorismo gratuito abalaram diversos países do mundo; o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins assumiu gigantesco incomum; A partir desse quadro, os meios de comunicação de massa começaram a atuar por interesses políticos subalternos, de forma a exagerar a situação real, formando uma ideia de que seria mister, para desenvolvê-la, uma luta sem quartel contra determinada forma de criminalidade ou determinados tipos de delinquentes, mesmo que tal luta viesse a significar a perda das tradicionais garantias do próprio Direito Penal e do Direito Processual Penal”.

Para se obter reconhecimento constitucional, a categoria crime hediondo precisa ser identificado da maneira mais transparente possível, não afrontando assim o componente político-criminal que lhe deu força motriz. Percebeu-se dessa forma que a doutrina brasileira nunca tratou de forma mais detalhada o assunto, nunca foi discutido de maneira profunda as obrigações de criminalização constantes da Constituição Federal, mostrando assim a total desatenção da dogmática a respeito das relações que existem entre o Direito Constitucional e o Direito Penal.

A partir das consequências mais gravosas estabelecidas para os crimes hediondos, foi proposto ao legislador, dar sentido e conteúdo à expressão constitucional “crimes hediondos”, o que seria no caso a enumeração de determinadas figuras criminosas que receberam estrutura típica, ou melhor dizendo o rótulo de crime hediondo e também pela área

conceitual do que seria tal crime, que poderia no caso ser definido como todo delito que se praticasse com violência à pessoa, provocando intensa repulsa social pela gravidade do fato, e também pela maneira de execução.

Assim, logo após a promulgação da Constituição Federal, foram criados no Congresso Nacional vários projetos que visavam regulamentar o assunto em questão. A Constituição Federal de 1988 apresentou então o tema “Crimes Hediondos”, mas não apresentou nenhuma definição do que seria. Somente em 1990, o legislador deu resposta ao mandamento Constitucional criando a Lei dos Crimes Hediondos. (A Lei ordinária de número, 8.072, tem caráter de lei complementar e foi promulgada no dia 25 de Junho de 1990).

Ao se perceber que nossa Carta Magna, em seu texto legal pecou pela falta de definição a respeito da locução “crime hediondo”, ou seja, não chegou a fornecer uma noção, do que seria (ou entendia) ser a hediondez do crime, chegou ao Congresso Nacional o projeto de lei, que daria ao legislador o livre arbítrio de uma definição de tal crime, mas de forma bem mais simples, o legislador apenas usaria a expressão “hediondo” para tipificar crimes já descritos no Código Penal e em leis penais especiais. Crime Hediondo no entanto, não é aquele cometido com repugnância, com resquícios de crueldade e sim aqueles que foram rotulados como hediondos pelo legislador, que ao invés de defini-los ofereceu um verdadeiro cardápio de crimes. Agindo dessa maneira, o legislador sem fazer a fixação conceitual do que seria a hediondez de um crime, provocou a noção de rigidez na aplicação tipológica.

O Min. Assis Toledo Franco (1991, p.205) considerou no entanto: “O conceito de hediondez (fato repugnante, torpe, medonho, horrendo, repulsivo) oferecerá margem para debates intermináveis, sem previsão de uma solução satisfatória, a curto ou médio prazo”.

João José Leal (1996, p.21), ainda conceitua em sentido ontológico o crime hediondo:

“Repousa na idéia de que existem condutas que se revelam como a antítese extrema dos padrões éticos de comportamento social, de que seus autores são portadores de extremo grau de perversidade, de perniciosidade ou de periculosidade e que, por isso, merecem sempre o grau máximo de reprovação ética por parte do grupo social, e, por consequência, do próprio sistema de controle”.

Já para Ricardo Antunes (Parecer do ano 1989) o adjetivo hediondo constitui elemento normativo do tipo, de caráter cultural, referido a valores e a sentidos, devendo estes ser apreendidos não através de simples capacidade cognoscitiva, como em relação aos

descritivos. Uma decisão jurídica acarretaria uma dose de subjetividade judicial, que talvez pudesse ser minimizada pela exigência da motivação explícita.

No que diz respeito às consequências penais, quando o crime é reconhecido com hediondo, a lei em questão proibiu a concessão do indulto e, sendo assim, da comutação da pena. Não satisfeito com a proibição do indulto e com um acúmulo tão grande de imperfeições técnicas o legislador que formulou a lei, no campo da execução penal, excluiu o regime progressivo de cumprimento de pena, o que fere a sua subordinação aos princípios da legalidade, humanidade e da individualização da pena, aplicando também tal dispositivo aos delitos equiparados a crimes hediondos. Esta última matéria foi revista pelo Supremo Tribunal Federal, no dia 23 de fevereiro de 2006 (HC 82.959-7), sendo considerada inconstitucional a proibição do regime progressivo.

Na lei 8.072/90 não foram encontradas apenas deformidades no quesito de conceituação, os tipos que receberam a qualificação jurídica de hediondo, embora não tenham sofrido nenhuma mudança na sua composição descritiva, sofreram com a possibilidade de punições desproporcionais. A lei 8.072/90 que passou a vigorar em junho de 1990, classificava em seu artigo primeiro todos os delitos que foram rotulados hediondos.

Após a ocorrência de um homicídio qualificado em 1992, e “graças” a sua polêmica, entrou em vigor no dia 06 de setembro de 1994, a lei 8.930, que veio a modificar o artigo supracitado e, dessa maneira, o rol de crimes hediondos passou a ser formado por sete incisos, crimes estes que estão previstos no Código Penal. A referida lei, sequer alterou o desequilíbrio punitivo provocado pela lei em questão. A lei 8.930/94 veio apenas incorporar no homicídio simples a circunstância fática de ter sido executado em atividade típica de grupo de extermínio, e etiquetar o homicídio qualificado em todas as suas hipóteses. Alterou também de maneira rápida o estupro e manteve as demais figuras já tipificadas.

Já com a chegada da lei 9.677/98, foi evidenciada a grande dessincronia que existia entre a ementa e o texto legal. A ementa classificava os delitos já mencionados na lei, e seu texto legal não continha nenhuma palavra confirmando essa etiqueta. Num primeiro momento surgiu o problema dos remédios e alimentos falsificados, o que obrigou o legislador a manifestar-se e abrir espaço para a lei 9.695/98, FRANCO (2000, p.101) discorre sobre o surgimento desta duas leis:

“A explosiva questão da falsificação, corrupção, adulteração ou alteração dos produtos alimentícios ou de produtos para fins terapêuticos medicinais, posta a nu, de modo gritante, nas televisões e nos jornais nacionais no segundo trimestre do ano de 1998, necessitava ser equacionada e, como de hábito, o Direito Penal foi chamado exercer seus poderes mágicos. Em termos mercadológicos, tão ao gosto do processo de globalização, que tomou conta do país, novo produto normativo foi posto no mercado: a Lei 9.677 de 2 de julho de 1998. Não é preciso dizer que os meios de comunicação social noticiaram a ‘boa nova’ com manifestações de exaltada euforia. Os famosos ‘bustos falantes’ que ancoram os telejornais, puderam, enfim, tranquilizar a população brasileira. Não mais existiria a impunidade e não seria mais necessário repetir o cansativo bordão de que a ausência de comandos penais severos ‘é uma vergonha’! Com a intervenção penal, tudo entraria nos eixos: as firmas produtoras de alimentos ou os laboratórios de produtos terapêuticos ou medicinais passariam, num passe de mágica a agir corretamente, dispensando qualquer outro mecanismo de controle ou vigilância sanitária”.

Diante de toda essa confusão a cerca da nova lei, foi necessária a produção de mais uma nova lei, publicada no Diário Oficial, a lei 9.695/98, que acostou a figura típica do artigo 273 do Código Penal com a redação atribuída pela lei anterior (lei nº 9.677/98).

Observa-se, portanto, de vários ângulos que a lei 9.677/98, entrou em confronto com a Constituição Federal, apontando mais uma vez que o legislador continua na sua tarefa de implodir o Código Penal, retirando assim o mínimo de coerência e de unidade que um sistema penal deve possuir.

A legitimidade da atuação penal, não permite, firmada no paradigma garantista, o desatrelamento do Direito Penal dos princípios axiológicos do estado Constitucional de Direito. Este modelo de Estado é disciplinado por normas não apenas formais, mas também substanciais, quando se mostram limitadoras e vinculantes do legislador.

Miguel Reale Jr.(v.763, p.415-431) acentua que:

“A ação do legislador penal está sujeita ao princípio constitucional da proporcionalidade, também dito princípio da razoabilidade, e ao princípio da ofensabilidade. Estes princípios, verdadeiras pautas de conduta, dizem respeito não só à atuação do Executivo na sua atividade administrativa limitadora da liberdade dos administradores, referindo-se, também, à elaboração legislativa como corolário da concretização dos direitos fundamentais. Nesta perspectiva, atuam como mandados de proibição de excessos vinculativos ao legislador e ao interprete/aplicador da lei”.

Exige-se no entanto que se faça um juízo de ponderação sobre a relação existente entre o bem de que pode alguém ser privado e o bem que é posto em perigo ou lesionado (princípio da proporcionalidade).

Tendo como alicerces as jurisprudências emitidas pelo Supremo Tribunal Federal, decidindo pela inconstitucionalidade do art. 2º, parágrafo 1º, como é o entendimento

majoritário, e aponta que o dispositivo afronta o princípio constitucional da individualização da pena. Vale salientar, que o referido entendimento teve marco na decisão proferida no dia 23 de fevereiro de 2006, com conteúdo referente ao afastamento da progressão de regime de cumprimento de pena aos réus condenados pela prática de crimes hediondos.

Sendo assim, observa-se que a evolução jurisprudencial, dá origem mais uma vez a respectiva lei, que flexibiliza o tratamento rígido e inconstitucional que estabelece o art. 2º, § 1º da lei 8.072/90.

2.1 COMENTÁRIOS À LEI 11.464/07

É notório que atualmente, o legislador passou a tratar de maneira diferente e com mais rigor os crimes de maior gravidade social. O que culminou em duas leis, a Lei 8072/90 e mais tarde a Lei 11464/07.

Foram levantadas diversas questões polêmicas, dentre elas, o regime de progressão que vem estabelecido na Lei de Execuções Penais. As divergências entre a doutrina e jurisprudência são reinantes, uma vez que para alguns, a execução criminal tem incontestável caráter de processo judicial contraditório.

A nova redação trazida pela lei 11464/07, pode ser considerada aparentemente mais benéfica em relação ao texto da antiga lei. Na lei anterior havia a expressa proibição de progressão de regime, com a vigência da nova lei a progressão poderá ocorrer desde que o condenado cumpra 2/5(se for réu primário) ou 3/5(se for reincidente), da pena imposta pela sentença.

O legislador ao criar uma nova regra para progressão de regime, exigiu um lapso temporal maior de cumprimento de pena, mas, pecou ao “esquecer” de mencionar os requisitos que acarretariam tal benefício, requisitos estes que estão previstos no artigo 112 da Lei de Execuções Penais. Nota-se dessa forma que o legislador criou um novo sistema de execução de pena, sistema esse alheio às regras da LEP e do Código Penal.

Após a vigência da Lei 11464/07, o artigo 83, inciso V do Código Penal pode ser considerado inválido, já que o reincidente específico também poderá progredir de regime, basta cumprir ele 3/5 da pena. Fica claro assim, que não haverá proporcionalidade, na proibição de livramento condicional, já que o próprio sistema de execução penal permite a progressão de regime.

2.2 TIPOS PENAIIS ETIQUETADOS COMO CRIMES HEDIONDOS

Os tipos penais que se enquadram na lei de crimes hediondos, estão elencados no art. 1º da lei nº 8.072/90, homicídio na forma simples e qualificada, latrocínio, extorsão qualificada pela morte, estupro qualificado, atentado violento ao pudor qualificado, epidemia com resultado morte, falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais, sendo incluído também o crime de genocídio, tentado ou consumado. Passemos a analisar cada um dos tipos penais.

2.2.1 HOMICÍDIO

A Lei de Crimes Hediondos em seu texto original não apresentou figura típica do crime de homicídio como hediondo (exceto como atividade típica de grupo de extermínio) . O legislador deixou de lado o principal bem do ser humano a ser tutelado, o que gerou grandes criticas por parte da doutrina, criticas plenamente amparadas por nossa Constituição, como nos mostra João José LEAL (2009, p.97):

“A omissão do legislador de 1990, que deixou de incluir o homicídio doloso, principalmente o qualificado, no rol dos crimes hediondos, era uma enorme janela aberta por onde se vislumbrava, de forma inquestionável, o grande (talvez o pior!) equívoco da LCH: o mais grave dos crimes, o ponto culminante na ortografia dos crimes, não havia recebido o rotulo legal de hediondez. Esse evidente paradoxo constituiu-se no principal argumento de correto discurso crítico à nova lei repressiva”.

Em 1994, através de um movimento dirigido pela escritora Glória Perez, após o assassinato brutal de sua filha, mobilizou não só a mídia e a opinião pública, mas também toda a sociedade, e coletou mais de um milhão e trezentas mil assinaturas, que culminou em uma forte pressão ao Congresso Nacional e originou o projeto de Lei de iniciativa popular, de número 8930/94.

Assim, encabeçando a lista de crimes hediondos, temos o homicídio, que pode ser tentado ou consumado, tendo que ser salientado o diferencial entre o homicídio simples, que só será considerado hediondo se for praticado em atividade típica de grupo de extermínio, mesmo se for praticado por um só agente.

Como se trata de crime material, o homicídio consuma-se com a morte. A forma tentada exige atenção especial para ser diferenciada do crime de lesão corporal, pois, não é fácil distinguir a categoria de homicídio tentado do artigo 129 do Código Penal. Nessa linha, observa-se três espécies de tentativa. A primeira verifica-se nos casos em que o processo de execução é interrompido por circunstâncias alheias à vontade do sujeito. Na segunda, mais conhecida como crime falho, todos os atos de execução são praticados pelo agente, mas o resultado não se verifica por circunstâncias alheias a vontade dele. A terceira tentativa, ocorre na hipótese em que o sujeito dispara contra a vítima e a atinge sem querer. Desde que cumpram algumas das qualificadoras do parágrafo segundo do artigo 121, as três formas de tentativa caracterizam crime hediondo.

A nova lei pretendeu dar uma conotação punitiva maior a onda de violência que vinha atingindo os grandes centros urbanos, como observa LEAL (1996, p.55):

“ Na verdade o objetivo da lei é o de considerar hediondo o homicídio simples praticado pelos ‘justiceiros’, pelos pistoleiros de aluguel e membros de esquadrão da morte, que semeiam a violência e matam motivados por um sinistro plano de extermínio de indivíduos marcados para serem eliminados do contexto. Um só agente poderá cometer um homicídio simples hediondo, em atividade típica de grupo de extermínio. Basta que seja ele um justiceiro e que a ação homicida tenha por motivo a ideia de extermínio de vítimas consideradas perigosas ou simplesmente indesejáveis para o meio social”.

Muito criticado pela doutrina também é a previsão da prática de homicídio simples praticado por grupo extermínio. Observados os meios e modos como são executados, leva-se em consideração que são no mínimo praticados por motivo torpe ou objetivamente por meio insidioso, como acrescenta LEAL (2009, p.107):

“ A contradição é evidente, pois parece-nos muito difícil a ocorrência de um homicídio, praticado em atividade típica de grupo de extermínio, que não possa ser enquadrado numa das qualificadoras subjetivas ou objetivas, relacionadas no §2, incs. I à V, do art.121 do CP. Neste caso, deverá prevalecer a figura do homicídio qualificado, o que demonstra a inocuidade da nova figura do homicídio simples hediondo (praticado em atividade típica do grupo de extermínio)”.

Outra questão bastante discutida na doutrina e também na jurisprudência é se o homicídio qualificado-privilegiado seria ou não classificado como hediondo. O Código Penal não traz a figura deste tipo penal, sendo esta figura doutrinária e jurisprudencial, pois, o artigo 121, parágrafo 1º do Código Penal, atribuiu a denominação “caso de diminuição de pena”, e a LHC não posicionou-se nesse sentido.

No entendimento pacífico de nossa doutrina, existe o homicídio qualificado-privilegiado, desde que as qualificadoras do crime sejam apenas de natureza objetiva. Nesse sentido posiciona-se CAPEZ (2007, p.28):

“ No caso de homicídio qualificado-privilegiado, decorrente do concurso entre privilégios e qualificadoras objetivas, ficaria a dúvida sobre o caráter hediondo da infração penal. São objetivas as qualificadoras dos incs. III (meios empregados) e IV (modo de execução) do §2 do art.121. Somente elas são compatíveis com as circunstâncias subjetivas de privilégio. Reconhecida a figura híbrida do homicídio qualificado privilegiado, pois, no concurso entre as circunstâncias objetivas (qualificadoras que convivem com o privilégio) e as subjetivas (privilegiadoras), essas últimas serão preponderantes, nos termos do art.67 do CP, visto dizerem respeito aos motivos determinantes do crime”.

2.2.2 LATROCÍNIO

O latrocínio, roubo seguido de morte, será considerado hediondo se houver o resultado morte, no entanto, não se considera hediondo se houver lesão grave ou gravíssima. A extorsão mediante sequestro difere no entanto dos crimes de roubo e extorsão, pois abrange todas as suas formas, tanto simples, como qualificadas.

Trata-se no entanto, de um crime complexo, pois ofende dois bens jurídicos distintos, o patrimônio e a vida, que não precisa ser necessariamente a vida do titular do patrimônio.

Para ser classificado como crime hediondo, exige-se o resultado morte, é um crime comum e pode ser realizado por qualquer agente. O sujeito passivo pode ser o proprietário do bem ou a pessoa que o possua.

Uma crítica importante trazida pela doutrina, está na exacerbação da pena mínima cominada, que passou de 15 anos para 20 anos de reclusão, mantendo a pena máxima. Dessa maneira há uma desarmonia entre a lógica trazida pelo legislador ordinário, onde as penas se tornam desproporcionais dentre os outros crimes hediondos.

Como salienta FRANCO (2007, p.361):

“ Atribuir à atabalhoada lei 8.072/90 tal requinte de tecnicidade é, sem dúvida, fechar os olhos aos desconsertos e desarmonias a que deu origem. Cominar, no mínimo legal a pena de extorsão mediante sequestro de que resultou morte o dobro da pena mínima prevista para o homicídio qualificado;equiparar, do ponto de vista punitivo, o estupro ao atentado violento ao pudor;prescrever, na pauta penal mínima, para o estupro e atentado violento ao pudor sanção punitiva superior à do homicídio simples;permitir que quantidade menor de pena, no tipo básico da extorsão mediante sequestro (oito anos), seja quatro vezes superior a quantidade fixada para a lesão corporal gravíssima que resultou, para a vítima, perda ou inutilização de membro, sentido ou função, são exemplos aberrantes da total ausência de sensatez, de prudência, da moderação, de estabilidade mental e emocional de um diploma legal. Custa crer, diante desse quadro de disparates, que o legislador tivesse

agravado o preceito sancionatório do §3 do art.157 para indicar, com isso, que o resultado só teria cabimento se fosse doloso... a agravação punitiva não obedeceu nenhum critério de lógica ou de técnica legislativa, não se podendo, portanto, dela retirar nenhuma racional conclusão”.

2.2.3 ESTUPRO

Temos em seguida, o estupro e a partir da promulgação da Lei 12015/09, o legislador classificou o estupro como crime comum, tendo como sujeito passivo, por seu turno, que era tão somente mulher, engloba agora tanto homens quanto mulheres.

De acordo com o código penal, existem quatro formas de estupro: o simples, o qualificado pela lesão corporal grave, o qualificado pela morte e o estupro presumido. No caso específico do estupro, se todas as formas previstas em nosso código tivessem as mesmas penas, seria bem mais reduzida a eficácia na prevenção desse delito. No caso do delito em questão, pode haver co-autoria e participação. É co-autor aquele que de alguma forma concorre para a consumação do estupro, ainda que não tenha mantido relações sexuais com a vítima. Partícipe é aquele que mesmo não participando da violência material, fica presente ao lado do agente, transmitindo assim segurança e permitindo a execução do crime.

Importante salientar que para a ocorrência de estupro é irrelevante a qualidade de vida da vítima, o que nem sempre é nem sempre foi assim considerado, como demonstra NUCCI (2010, p.399):

“ (...) em relação ao sujeito passivo, deve se considerar qualquer mulher-honesta ou desonesta, recatada ou promíscua, virgem ou não, casada ou solteira, velha ou moça, embora nem sempre tenha sido assim. O código penal de 1830 fazia distinção entre o estupro cometido contra ‘mulher honesta’ e a violência sexual praticada contra prostituta. Enquanto no primeiro caso era aplicável pena de prisão de três a doze anos, no segundo era cominada sanção consideravelmente mais branda, de um mês a dois anos (art.222). No código penal de 1890, manteve o legislador a discriminação, mencionando que o estupro havia de ter como sujeito passivo mulher honesta, ainda que não fosse virgem. A pena era de um a seis anos. Se fosse praticado com mulher (pública) ou prostituta, a pena seria de seis meses a dois anos (artigo 268). Atualmente, conclui o autor, tanto faz ser a mulher honesta ou não-aliás, o mínimo que se espera de uma lei justa”.

Quanto a pena, houve alteração, ficando de 6 a 10 anos de reclusão na forma simples e na qualificada foi dividida de 8 a 12 anos pela lesão grave e de 12 a 25 se resultar na morte da vítima.

2.2.4 EPIDEMIA COM RESULTADO MORTE

O legislador achou por bem resguardar um bem descrito no artigo 267 do Código Penal, bem esse que encontra definição pacífica na doutrina.

Segundo NUCCI (2009, p. 916):

“ Epidemia significa uma doença que acomete, em curto espaço de tempo e em determinado lugar, várias pessoas. Diferencia, corretamente, a doutrina epidemia da endemia (enfermidade que existe, com frequência, em determinado lugar, atingindo número indeterminado de pessoas) e da pandemia (doença de caráter epidêmico que abrange várias regiões ao mesmo tempo). Germes patogênicos: são os microorganismos capazes de gerar doenças, como os vírus e as bactérias, dentre outros”.

No caso do crime de epidemia com resultado morte, é considerado apenas na modalidade dolosa, no entanto mesmo com resultado morte, a modalidade culposa não se enquadra no rol de crimes hediondos. Já nos crimes de falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais, são considerados hediondos em todas as formas qualificadas previstas no art. 285 do Código penal.

Para Mirabette (2009, p.97-98), na forma qualificada do tipo penal em questão, não existe diferença entre o tipo subjetivo se de for dolosa ou preterdolosa, bastando o resultado morte.

LEAL (2009, p.161) expôs da seguinte forma seu entendimento:

“ Esta modalidade preterdolosa está descrita no §1, do art.267. Tratando-se de infração qualificada pelo resultado, é lógico que a ação de causar epidemia deve ser dolosa, mais o resultado morte não deve ser desejado pelo agente, sobe pena de responder este pelo crime de homicídio qualificado. O que se exige é que o agente tenha previsto o resultado involuntário ou que, ao menos, este seja previsível, conforme a regra geral de culpabilidade prevista no art.19 do CP. (...) não exige a lei o animus necandi ou animus laedendi, que caracteriza o tipo penal de homicídio doloso ou de lesão corporal dolosa, crimes estes que exigem dolo de dano efetivo. Assim, se o agente quis que o resultado morte (ou, prevendo assumir o risco de produzi-lo), o crime será de homicídio qualificado”.

Há uma grande contradição trazida pela lei 8072/90 que diz respeito a hediondez do delito, pois para a epidemia ser considerada hedionda deve haver o resultado morte. Se houver apenas lesões corporais graves ou leves, sem ocorrência de morte alguma, a conduta não será considerada hedionda, e a pena será de entre 10 e 15 anos de reclusão.

2.2.5 FALSIFICAÇÃO, CORRUPÇÃO, ADULTERAÇÃO OU ALTERAÇÃO DE PRODUTOS DESTINADOS A FINS TERAUPÊUTICOS OU MEDICINAIS

É um tipo de conduta alternativa e a objetividade jurídica é a saúde pública. Trata-se de crime comum, podendo ser praticado por qualquer pessoa que pratique a conduta criminosa, independente de ser vendedor, farmacêutico, comerciante etc.

O sujeito passivo é sempre a coletividade, que tenha a saúde posta em risco presumido com a prática de conduta incriminadora. Crime de ação penal pública incondicionada, tem pena estipulada de reclusão de 10 a 15 anos.

2.2.6 GENOCÍDIO

Finalizando os delitos descritos no art. 1º, o genocídio, pune associação de mais de três pessoas para sua prática e aquele que incita, publicamente e diretamente, alguém que cometer crimes dessa natureza.

A lei que já inclui e rotulou o genocídio, não fez nenhum acréscimo sancionatório ao tipo penal, o que gerou mais uma vez diversas críticas, como a de LEAL (2009, p.179):

“ Se o objetivo da lei 8.072/90 foi o de endurecer o sistema repressivo, cominando penas mais severas para os crimes hediondos, e esse é um fato indiscutível, constata-se que o legislador incorreu em contradição, pois majorou os limites mínimos das penas cominadas para quase todas as infrações assim rotuladas, mais não para o crime hediondo de genocídio”.

Trata-se no entanto de um crime comum, propriamente internacional, permanente, plurisubjetivo e pluriofensivo, a LCH não tratou da imprescritibilidade do delito.

2.3 CRIMES EQUIPARADOS

Equiparando ao rol de crimes hediondos, o legislador ordinário achou por bem em seu art. 5º, inciso XLIII, incluir os crimes de Prática de tortura, terrorismo, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, devido a suas gravidades, tornando-os inafiançáveis, insuscetíveis de graça ou anistia.

2.3.1 TORTURA

A Lei 9.455/97, em seu artigo 1º, incisos I e II prevê:

“Constitui crime de tortura:

- I- Constranger alguém com emprego de violência ou grave ameaça, causando-lhe sofrimento físico e mental (...)
- II- Submeter alguém, sob sua guarda, poder ou autoridade, com emprego de violência ou grave ameaça, a intenso sofrimento físico ou mental, como forma de aplicar castigo pessoal ou medida de caráter preventivo.”

Além destes citados pelo artigo, existem outros subtipos de prática de tortura como por exemplo, pessoa presa ou sujeita a medida de segurança, tortura por omissão e as torturas com formas qualificadas. O crime é essencialmente doloso, não comportando a figura culposa, a pena está estipulada de 2 a 8 anos de reclusão e para a figura omissiva a detenção é de 1 a 4 anos.

O crime de tortura não era tipificado em nosso ordenamento jurídico penal, teve sua primeira previsão de forma autônoma na lei 8.069/90- Estatuto da Criança e do Adolescente, que em seu artigo 233, revogado hoje pela lei 9.455/97, que dizia:

“Art. 233. Submeter criança ou adolescente sob sua autoridade, guarda ou vigilância a tortura:

Pena - reclusão de um a cinco anos.

§ 1º Se resultar lesão corporal grave:

Pena - reclusão de dois a oito anos.

§ 2º Se resultar lesão corporal gravíssima:

Pena - reclusão de quatro a doze anos.

§ 3º Se resultar morte:

Pena - reclusão de quinze a trinta anos.”

Em uma análise sistemática aponta MONTEIRO (2008, p.100) que:

“ Como já apontamos diversas vezes, a constituição equipara a prática da tortura aos crimes hediondos em termos de gravidade. Então se expressamente a lei da tortura não dispõe diversamente, prevalece a lei dos crimes hediondos. A esse raciocínio nos levam a dois detalhes: o primeiro é que quando ela quis o fez expressamente, haja vista o §7 que mudou o sistema de regime, depois a revogação expressa do art.233 da lei 8.069/90 (ECA). Ou seja, quando ela quis tratar o crime de tortura de forma diferente, fê-lo expressamente”.

A partir da lei de tortura essa conduta revela circunstâncias muito importantes, o crime é tratado como próprio, onde o sujeito ativo terá características especiais, será somente a pessoa que tem a vítima sobre seu poder, guarda ou autoridade. A palavra chave para descrever esse crime será “submeter”, sujeitar a vítima, que se encontra nestas condições, empregando violência, grave ameaça e exigindo ainda que o sofrimento seja intenso.

O crime é doloso. A pena está estipulada em 2 a 8 anos de reclusão. No caso de omissão, a pena será mais benigna, estabelecida em 1 a 4 anos de detenção.

2.3.2 TERRORISMO

A definição do terrorismo se dá na prática de terror como instrumento de ação política, tentando desta forma alcançar objetivos que poderiam ou deveriam cometer-se ao exercício legal da vontade política. O crime de terrorismo já foi identificado como crime organizado, máfia, subversão, bandidagem, extrapolando assim, os aspectos conceituais das Ciências Humanas e Criminais, hoje caminhando a passos largos e firmes, continua sem apreciação legal específica, exata.

O terrorismo baseia-se no recurso sistemático de usar a violência como forma de intimidação de toda a sociedade. Pode-se destacar que o ordenamento incrimina não só a constituição ou participação em organizações terroristas, mas também a prática de atos de terrorismo, mas também constituição ou participação em organizações terroristas, uma vez que as ações de grupos terroristas são responsáveis por milhares de mortes em escala mundial, como por exemplo, o Grupo Islâmico Armado, que já levou mais de 80 mil pessoas à óbito nos últimos cinco anos.

2.3.3 TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES

Por fim, o último crime equiparado à hediondo em Nossa Carta Magna, o Tráfico ilícito de entorpecentes e Drogas afins, à época regido pela lei 6.368/76, que dispunha sobre as medidas de prevenção e repressão os tráfico ilícito.

A legislação brasileira, seguindo a orientação da Organização Mundial de Saúde, utiliza a expressão “substância entorpecente que determina dependência física ou psíquica”, abrangendo assim todas as drogas que causam estados psicóticos e dependência, sendo essa dependência física ou psíquica. Tais drogas são enumeradas periodicamente por normas administrativas.

O crime de tráfico, para efeitos de crime hediondo, inclui as condutas previstas nos artigos 12, 13 e 14 da Lei 6.368/76, a Lei de Tóxicos.

3 CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS ADVINDAS DA CLASSIFICAÇÃO DO CRIME COMO HEDIONDO

3.1 PROIBIÇÃO DE CONCESSÃO DE ANISTIA, GRAÇA OU INDULTO

A Constituição Federal prevê em seu artigo 5º, inciso XLIII, a proibição da concessão de anistia, graça ou indulto não só aos crimes de terrorismo, tortura e tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins (crimes estes, equiparados aos crimes hediondos), mas como também aos próprios crimes hediondos descritos no artigo 1º da lei 8072/90.

A anistia é uma das causas extintivas de punibilidade, concede o perdão basicamente a crimes políticos, mas pode ser estendido a determinados crimes cometidos no meio da sociedade. É de competência do Congresso Nacional, mas é sancionado pelo Presidente da República. Seus efeitos tornam impunes seus autores e erradicam seus efeitos penais.

A concessão de graça por sua vez, abarca os benefícios da anistia e do indulto, sendo assim, a corrente majoritária de doutrinadores entende que a graça consiste em um instituto de clemência estatal, dada as pessoas, e não há fatos, sendo concedida pelo Presidente da República ou por pessoas que ele mesmo delegue. A diferença técnica entre a graça e o indulto, seria basicamente que, enquanto neste há concessão coletiva, no outro há concessão individual, podendo ambas ser forma total, quando extinguem totalmente a pena, ou parcial, quando diminuem ou comutam as penas, prevalecendo em ambas as formas todos os demais efeitos da condenação.

Posiciona-se DAMASIO DE JESUS (1996, p.606) sobre o assunto:

“somente extinguem a punibilidade, substituindo o crime, a condenação irrecurável e seus efeitos secundários (sobre o caso do indulto ser concedido antes do trânsito em julgado de sentença condenatória). Assim, vindo o sujeito agradecido ou indultado, a cometer novo crime, será considerado reincidente”.

Dessa forma, segundo MIRABETTE (2000, p.367):

“Extinguem-se somente as sanções mencionadas nos respectivos decretos permanecendo os demais efeitos da sentença condenatória, sejam penais ou civis”.

A graça e o indulto, excluem assim, a punibilidade e não o crime, também não afasta a reincidência, mesmo que já tenha sentença com trânsito em julgado.

3.2 PROIBIÇÃO DE LIBERDADE PROVISÓRIA E FIANÇA

A Carta Magna de 1988 e a Lei 8072/90 afirmam que os crimes hediondos e equiparados são inafiançáveis, tais delitos, não abarcam a concessão de liberdade provisória com arbitramento de fiança.

Quanto ao tema, devemos nos lembrar da Súmula 697/STF, que diz:

“A proibição da liberdade provisória nos processos por crimes hediondos não veda o relaxamento da prisão processual por excesso de prazo”

Vale salientar que a redação da lei 11464/07, possibilitou a concessão de liberdade provisória sem arbitramento de fiança, tanto para os crimes hediondos, como para os equiparados. O entendimento doutrinário e jurisprudencial sobre a matéria não é pacífico. Uma vez que a Constituição Federal, por seu preceito maior, já trata referidos crimes por inafiançáveis, para alguns estudiosos do direito pareceria uma incongruência que lei ordinária, através de uma interpretação sistemática, por não haver determinação expressa de proibição de referida matéria, poderia autorizar-se a concessão de liberdade provisória sem fiança, por um critério discricionário de autoridade competente.

3.3 REQUISITOS ESPECÍFICOS PARA A PROGRESSÃO DE REGIME

A edição da Lei de Crimes Hediondos vedou tal progressão para os crimes rotulados com hediondos, não sendo permitido qualquer progressão aos condenados por crimes dessa natureza. A doutrina se mostrou praticamente pacífica no sentido de contrariedade a vedação da progressão de regime.

A lei previa o tratamento igual a todos os condenados por tais crimes, determinando assim, o cumprimento de execução penal de maneira idêntica, impedindo que as características de cada preso determine se ele está ou não preparado para a readaptação ao convívio social.

Surgiram assim, inúmeros doutrinadores questionando a eficácia da lei, apontando para o absurdo jurídico que iria dessa maneira afrontar a Constituição. Porém, o entendimento majoritário dos nossos Tribunais Superiores foi outro, no sentido de que não havia afronta ao princípio da individualização da pena, pois seria mantida a discricionariedade do magistrado em realizar a dosimetria da pena no momento de sua cominação com os parâmetros do artigo 59 do Código Penal. Analisemos a jurisprudência abaixo:

HC 69603 / SP - SÃO PAULO

HABEAS CORPUS

Relator(a): Min. PAULO BROSSARD

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

EMENTA: "HABEAS-CORPUS". CRIME HEDIONDO.

Condenação por infração do art. 12, PAR. 2. II, da Lei n. 6.368/76.

Caracterização. REGIME PRISIONAL. Crimes hediondos.

Cumprimento da pena em regime fechado. Art. 2. PAR. 1., da Lei 8.072/90. Alegação de ofensa AO art. 5., XLVI, da Constituição.

Inconstitucionalidade NÃO caracterizada. INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA. Regulamentação deferida, pela própria norma

constitucional, ao legislador ordinário. A lei ordinária compete fixar

os parâmetros dentro dos quais o julgador poderá efetivar ou a

concreção ou a individualização da pena. Se o legislador ordinário

dispôs, no uso da prerrogativa que lhe foi deferida pela norma

constitucional, que nos crimes hediondos o cumprimento da pena será

no regime fechado, significa que não quis ele deixar, em relação aos

crimes dessa natureza, qualquer discricionariedade ao juiz na fixação

do regime prisional. Ordem conhecida, mas indeferida.

(HC 69603, Relator(a): Min. PAULO BROSSARD, Tribunal Pleno,

julgado em 18/12/1992, DJ 23-04-1993 PP-06922 EMENT VOL-

01700-04 PP-00698)

Apesar dessa decisão do Supremo Tribunal Federal, alguns magistrados e desembargadores em decisões proferidas após referida decisão, entenderam não estar vinculados à referida decisão, pois, o artigo 52, inciso X da Constituição Federal, o Senado Federal possui a discricionariedade de suspender ou não lei declarada inconstitucional pelo STF. Sendo assim, enquanto não fosse editada outro dispositivo legal que alterasse o anterior ou enquanto não houvesse decisão do Senado referente ao assunto, seria possível continuar tratando como impossível a progressão de regime, sendo derrubada tal decisão apenas em sede de recurso ao STF.

3.4 POSSIBILIDADE DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR PENA RESTRITIVA DE DIREITO

Predominava o entendimento no STF de que não era possível a substituição, pois, no caso de condenação por crime hediondo, o cumprimento de pena se daria no regime integralmente fechado. Desde que fossem preenchidos os requisitos para a substituição,

alguns Ministros citavam a inconstitucionalidade do artigo 2º, parágrafo 1º da Lei dos Crimes hediondos.

Com a alteração advinda pela Lei 11464/07, foi admitida a progressão de regime, podendo-se arguir pela possibilidade de substituição de pena, já que o óbice legal que defendia a sua inadmissibilidade foi extraído da lei.

Decisões do STF acerca de toda essa polêmica gerada em torno da Lei de Crimes Hediondos:

Autores:

MOREIRA, Rômulo de Andrade

O STF declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do dispositivo da Lei nº. 8.072/90 que prevê que a pena por crime hediondo (inclusive tráfico de drogas) será cumprida, inicialmente, em regime fechado.

Por maioria de votos, o Plenário do Supremo Tribunal Federal concedeu, durante sessão extraordinária realizada no dia 27 de junho de 2012 o **Habeas Corpus** nº. 111840 e declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do parágrafo 1º do artigo 2º da Lei nº. 8.072/90, com redação dada pela Lei 11.464/07, o qual prevê que a pena por crime hediondo (inclusive tráfico de drogas) será cumprida, inicialmente, em regime fechado. O julgamento teve início em 14 de junho de 2012 e, naquela ocasião, cinco Ministros se pronunciaram pela inconstitucionalidade do dispositivo: Dias Toffoli (relator), Rosa Weber, Cármen Lúcia Antunes Rocha, Ricardo Lewandowski e Cezar Peluso. Em sentido contrário, se pronunciaram os Ministros Luiz Fux, Marco Aurélio e Joaquim Barbosa, que votaram pelo indeferimento da ordem. Na última sessão, em que foi concluído o julgamento, os Ministros Gilmar Mendes, Celso de Mello e Ayres Britto acompanharam o voto do relator, Ministro Dias Toffoli, pela concessão do **Habeas Corpus** e para declarar a inconstitucionalidade do parágrafo 1º. do art. 2º. da Lei nº. 8.072/90. De acordo com o entendimento do relator, o dispositivo contraria a Constituição Federal, especificamente no ponto que trata do princípio da individualização da pena (artigo 5º., inciso XLVI).

STF - HABEAS CORPUS: HC 92477 SP

Parte: JOÃO FARIA

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

Parte: RELATORA DO HC Nº 89.875 DO STJ

Relator(a): Min. ELLEN GRACIE

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

1. A questão de direito versada nestes autos diz respeito à possibilidade (ou não) de progressão do regime de cumprimento da pena corporal imposta no período de vigência da redação originária do art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90.
2. O tema relativo ao regime de cumprimento da pena que envolve matéria relativa à execução, recebe considerações distintas quanto à natureza de seu enquadramento no sistema jurídico brasileiro.
3. O julgamento do Supremo Tribunal Federal em processos subjetivos, relacionados ao caso concreto, não alterou a vigência da regra contida no art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90.
4. Houve necessidade da edição da Lei nº 11.646/07 para que houvesse a alteração da redação do dispositivo legal. Contudo, levando em conta que - considerada a orientação que passou a existir nesta Corte à luz do precedente no HC 82.959/SP - o sistema jurídico anterior à edição da lei de 2007 era mais benéfico ao condenado em matéria de requisito temporal, comparativamente ao sistema implantado pela Lei nº 11.646/07 (1/6 da pena), deve ser concedida em parte a ordem para que haja o exame do (2/5 ou 3/5, dependendo do caso) pedido de progressão do regime prisional do paciente, levando em conta o requisito temporal de 1/6 da pena fixada.
5. Habeas corpus concedido, por considerar possível a progressão do regime prisional desde que atendido o requisito temporal de cumprimento de 1/6 da pena, cabendo ao juiz da execução da pena apreciar o pedido de progressão, inclusive quanto à presença dos demais requisitos, considerado o fator temporal acima indicado. (HC 92477, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Segunda Turma, julgado em 21/10/2008, DJe-211 DIVULG 06-11-2008 PUBLIC 07- 11-2008 EMENT VOL-02340-02 PP-00423 RTJ VOL-00208-01 PP-00294).

Julgamento: 01/06/2010 Órgão Julgador: Primeira Turma
PACTE.(S): VICTOR JOSÉ BALTAZAR PERALTA
IMPTE.(S): MARCO ANTONIO DO AMARAL FILHO E
OUTRO(A/S)

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

EMENTA: HABEAS CORPUS. PRISÃO EM FLAGRANTE POR
TRÁFICO DE DROGAS. LIBERDADE PROVISÓRIA:
INADMISSIBILIDADE. DECISÃO QUE MANTEVE A PRISÃO.
GARANTIA DE APLICAÇÃO DA LEI PENAL CIRCUNSTÂNCIA
SUFICIENTE PARA A MANUTENÇÃO DA CUSTÓDIA
CAUTELAR. ORDEM DENEGADA.

1. A proibição de liberdade provisória, nos casos de crimes hediondos e equiparados, decorre da própria inafiançabilidade imposta pela Constituição da República à legislação ordinária (Constituição da República, art. 5º, inc. XLIII): Precedentes. O art. 2º, inc. II, da Lei n. 8.072/90 atendeu o comando constitucional, ao considerar inafiançáveis os crimes de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos.

Inconstitucional seria a legislação ordinária que dispusesse diversamente, tendo como afiançáveis delitos que a Constituição da República determina sejam inafiançáveis. Desnecessidade de se reconhecer a inconstitucionalidade da Lei n. 11.464/07, que, ao retirar a expressão 'e liberdade provisória' do art. 2º, inc. II, da Lei n. 8.072/90, limitou-se a uma alteração textual: a proibição da liberdade provisória decorre da vedação da fiança, não da expressão suprimida, a qual, segundo a jurisprudência deste Supremo Tribunal, constituía redundância. Mera alteração textual, sem modificação da norma proibitiva de concessão da liberdade provisória aos crimes hediondos e equiparados, que continua vedada aos presos em flagrante por quaisquer daqueles delitos. 2. A Lei n. 11.464/07 não poderia alcançar o delito de tráfico de drogas, cuja disciplina já constava de lei especial (Lei n. 11.343/06, art. 44, caput), aplicável ao caso vertente. 3. Irrelevância da existência, ou não, de fundamentação cautelar para a prisão em flagrante por crimes hediondos ou equiparados: Precedentes. 4. Ao contrário do que se afirma na petição inicial, a custódia cautelar do Paciente foi mantida com fundamento em outros elementos concretos, que apontam o risco concreto de fuga como circunstância suficiente para a manutenção da prisão processual. Precedentes. 5. Ordem denegada. (HC 99333, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Primeira Turma, julgado em 01/06/2010, DJe-120 DIVULG 30-06-2010 PUBLIC 01-07-2010 EMENT VOL-02408-04 PP-01252).

HC 97915 / SP - SÃO PAULO

Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA

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

PACTE.(S): RIVALDO FERREIRA PIRES DA SILVA

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

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

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

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

prevista no art. 59 da Lei 11.343/2006 pressupõe a cumulação dos

pressupostos da primariedade e da inexistência de antecedentes com o fato de ter o réu respondido em liberdade à ação penal, tanto pela inoocorrência de prisão oriunda de flagrante delito quanto pela inexistência de decreto de prisão preventiva" - HC 94.521-AgR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJe 1º.8.08). 4. Ordem denegada. 20 (HC 97915, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Primeira Turma, julgado em 29/09/2009, DJe-237 DIVULG 17-12-2009 PUBLIC 18-12-2009 EMENT VOL-02387-05 PP-00807)

4 LIVRAMENTO CONDICIONAL E CONSTITUCIONALIDADE

Trata-se de destacar desde a história do instituto em questão, como também seu conceito e toda a discussão gerada em torno de sua constitucionalidade.

4.1 LIVRAMENTO CONDICIONAL

O instituto do livramento condicional, consiste na possibilidade de um benefício aos condenados à prisão privativa de liberdade, que seja superior a dois anos. E é definido assim por NORONHA (1978, p.308):

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

NUCCI (2008, p. 1043) entende que:

“é a antecipação da liberdade para quem cumpre pena privativa de liberdade, desde que cumpridos determinados requisitos alguns subjetivos, outros objetivos, conforme dispõe o artigo 83 do Código Penal”.

O instituto do livramento condicional surge como humanizador da pena que tem como função de compensar o preso que cumpriu parte de sua pena e apresenta bom comportamento.

O livramento condicional, foi inicialmente utilizado no direito inglês, onde o preso era liberado para trabalhar e se empregador ficava responsável por sua moradia e sustento, se o preso não cumprisse seu papel, voltava imediatamente para a prisão. Esse sistema se difundiu na Europa, a partir da França, e ganhou mais credibilidade em 1869 quando os Estados Unidos da América utilizou tal sistema no reformatório Elmira.

No Brasil, estipulando de maneira errônea, no código de 1890, em seus artigos 50 à 52, previa de forma defeituosa o livramento condicional, que nem chegou a ser utilizado, pois acreditava-se na época que tal instituto seria regulamentado pelo sistema penitenciário.

Com o decreto nº 16665, de novembro de 1924, o instituto passou realmente a funcionar, tendo requisito a condenação à pena superior a seis anos, no mesmo no a pena foi reduzida para quatro anos. Logo depois um novo decreto de nº 24351, de 1934 reduziu e estendeu o livramento condicional para penas superiores a um ano.

Atualmente, o livramento condicional vem introduzido em nosso Código Penal, no seu artigo 83, estabelecendo que o prazo para ser concedido o benefício é de pena igual ou superior a dois anos.

4.2 REQUISITOS PARA CONCESSÃO DO BENEFÍCIO

Tal instituto consiste em um benefício legal que é concedido ao condenado, desde que este preencha alguns requisitos objetivos e subjetivos. Os requisitos objetivos consistem em que o livramento condicional somente se dará em penas privativas de liberdade cuja quantidade seja superior à dois anos, ter o condenado cumprido pelo menos um terço da pena se não reincidente em crime doloso, mais da metade da pena se reincidente em crime doloso.

A justificativa dada pela LCH, para alterar o Código Penal, no que diz respeito as regras de concessão do livramento condicional, é que seria necessário ampliar o prazo de cumprimento da pena para alcançar o benefício nos crimes hediondos. Com nova redação ficou estabelecido que o juiz concederá livramento condicional nestes termos:

- I- Possua comportamento satisfatório comprovado durante a execução da pena, aptidão para prover a própria subsistência mediante trabalho honesto e ter um bom desempenho no trabalho que lhe for atribuído;
- II- Tenha reparado, salvo efetiva impossibilidade de fazê-lo, o dano causado pela infração;
- III- Cumpra mais de dois terços da pena, se não for reincidente em crimes dessa natureza.

Pode-se destacar no entanto que os requisitos estabelecidos para a concessão do livramento condicional, no que se refere a lei de crimes hediondos, constituem regra mais grave, que não admite aplicação retroativa. Significa dizer que o artigo 83, inciso V, do CP, só irá incidir em relação aos delitos mencionados na LCH, e os que foram praticados após sua vigência. A interpretação do artigo supracitado, conclui-se da seguinte maneira:

- I- O texto legal não conceitua explicitamente o que venha a ser reincidência específica, fica a cargo da doutrina fazê-lo;

II- O condenado por crime elencado na lei 8072/90, ficará proibido de cumprir pena alternativa (se o fato delituoso foi cometido após a vigência da lei), e se for qualificado como reincidente específico;

III- Por se tratar de norma penal mais gravosa, fica proibido a irretroatividade de tal proibição, para fatos delituosos que foram executados antes da vigência da LCH.

São necessárias também como condição obrigatória, requisitos subjetivos, ter comportamento satisfatório durante a execução da pena a obtenção de uma ocupação lícita, dentro do prazo razoável e se estiver apto para o trabalho; não mudar de território da comarca do Juízo da Execução sem autorização deste; comunicar periodicamente ao juiz sua ocupação, requisitos estabelecidos na Lei de Execuções Penais, artigo 132, parágrafo 1º.

A respeito da concessão deste benefício, aos condenados por crimes hediondos, posiciona-se o Superior Tribunal de Justiça:

HABEAS CORPUS. PENAL. LATROCÍNIO. TENTATIVA. CONDENAÇÃO. LIVRAMENTO CONDICIONAL. AUSÊNCIA DO REQUISITO OBJETIVO. IMPOSSIBILIDADE DE CONCESSÃO DO BENEFÍCIO. ORDEM DENEGADA.

1. Ao condenado por crime hediondo cumpre a satisfação de mais de dois terços da pena, para fazer jus ao benefício do livramento condicional, à luz do art. 83, V, do CP.

2. A declaração da inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei 8.072/97 em nada alterou o requisito objetivo para a concessão do livramento condicional, sendo este regido pela norma substantiva penal aludida. Precedentes.

3. Ordem denegada.

(Habeas Corpus nº 48024/RJ – 5ª Turma – Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima. Julg. 03.08.2006. Dj. 04.09.2006).

HABEAS CORPUS. CRIME HEDIONDO OU EQUIPARADO. LIVRAMENTO CONDICIONAL. REQUISITO OBJETIVO. CUMPRIMENTO DE DOIS TERÇOS DA PENA. ART. 83, V, DO CÓDIGO PENAL. POSSIBILIDADE DE PROGRESSÃO DE REGIME. IRRELEVÂNCIA.

1. Tratando-se de crime hediondo ou equiparado, não sendo o réu reincidente específico, exige-se, para a concessão do livramento condicional, o cumprimento de pelo menos dois terços da pena, a teor do art. 83, V, do Código Penal.

2. O reconhecimento do direito dos condenados pela prática desses delitos à progressão de regime, consolidado na recente declaração, pelo Supremo Tribunal Federal, da inconstitucionalidade do § 1º do

art. 2º da Lei nº 8.072/90, em nada altera o requisito objetivo para o livramento condicional, que decorre da legislação de regência.

2. Habeas corpus denegado.

(Habeas Corpus nº 49641/RS – 6ª Turma – Rel. Min. Paulo Gallotti. Jul. 11.04.2006. Dj. 15.05.2006).

Como já era esperado, o primeiro requisito produziu discussão sobre a existência ou não de contraste entre a regra que determina a possibilidade de concessão do livramento condicional após o cumprimento de mais de dois terços da pena e a regra contida no artigo 2º, parágrafo 1º, da LHC, que determina o cumprimento da pena em regime integralmente fechado.

Com a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, onde proibia o sistema progressivo de cumprimento de pena privativa de liberdade no caso de crimes hediondos e assemelhados, a discussão a respeito do tema foi totalmente superada.

A regra do segundo requisito foi recebida de forma negativa, uma vez que não basta o lapso temporal superior a dois terços da pena, para que seja aplicado o livramento condicional, o condenado precisa não ser reincidente específico.

Neste caso, posiciona-se DAMÁSIO:

“De modo que reincidente específico, para efeito exclusivo da lei 8072/90, é o sujeito que comete crime hediondo, terrorismo, tráfico de drogas ou tortura depois do transito em julgado de sentença que, no País ou no Exterior, o tenha condenado por um desses mesmos delitos. Não se exige, que os dois crimes, que normalmente compõem a hipótese mais singela da reincidência, estejam descritos no mesmo tipo. Em outros termos, não é necessário, para que haja reincidência específica, que o sujeito tenha praticado dois estupros, dois latrocínios etc. Pode haver variação típica nos precisos contornos do elenco taxativamente enumerado no artigo 83, inciso V do Código Penal. Assim, o primeiro crime pode ser hediondo e o segundo, tráfico de drogas; o anterior pode ser tortura e o posterior, atentado violento ao pudor etc.”

Os tribunais tem mostrado seu posicionamento, apontando que não há necessidade da reincidência ser em um tipo penal específico, poderia ser apenas um tipo penal da mesma natureza, como podemos observar nessa decisão:

Processo: HC 84189 RJ 2007/0127562-7

Relator(a): Ministro FELIX FISCHER

Julgamento: 18/12/2007

Órgão Julgador: T5 - QUINTA TURMA

Publicação: DJe 14/04/2008

Ementa: PENAL. EXECUÇÃO PENAL. HABEAS CORPUS.

ARTIGOS 12 e 18, INCISO III, AMBOS DA LEI Nº 6.368/76

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

Podemos destacar também, a importância da concessão de livramento condicional independentemente do regime prisional, pois, desde que sejam preenchidos os requisitos legais, não há que se falar na necessidade do condenado passar antes pelos regimes semi-aberto ou aberto. Observa-se que o “livramento condicional é uma etapa da execução da pena que não está condicionada à progressão de regime prisional, haja vista que o auto de crime hediondo, embora impedido de progredir de regime prisional, pode obter concessão daquele benefício, bastando para a concretização do favor legal o preenchimento satisfatório dos requisitos definidos no artigo 83 do Código Penal”

(TJSP- RA- rel. Renato Talli- j.07.06.1999- RT 768/569).

O livramento condicional deve ser visto como direito do condenado, é um estágio onde ele se prepara para a vida completa e de definitiva liberdade. O livramento acarreta a responsabilidade de com a diminuição da pena, a lei perder o sentido de severidade que foi passado pelo legislador, quando aumentou as penas estipuladas pela Lei dos Crimes Hediondos.

4.3 DIREITO A PROGRESSÃO DE REGIME PRISIONAL

Ao adotar o sistema de cumprimento de pena progressivo, o legislador entrelaçou a determinação desse regime a Constituição Federal através dos princípios explícitos, sendo estes o da Liberdade, da Individualização da Pena e da Humanidade da Pena. Assim dispõe FRANCO (2007, p. 208):

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

O sistema progressivo se tonifica com a possibilidade de o condenado visualizar uma possível atenuação da execução de sua pena única e exclusivamente através de suas

condições subjetivas e objetivas, permitindo assim que progrida de uma fase mais rigorosa para uma mais branda, como expõe FRANCO (2007, p. 210):

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

Indiscutivelmente, o sistema de execução da pena privativa de liberdade em sua forma progressiva, permite que o condenado possa avançar do regime fechado para o semi aberto e deste para o aberto. Desta maneira, tem-se evitado que o rigor do penitenciarismo se torne ainda maior, o direito a progressão assim, é sem dúvida um forte estímulo para que o condenado se adapte e se comporte de acordo com a disciplina prisional.

No caso do condenado por crime hediondo, precisa cumprir parte da sua pena em regime inicialmente fechado para que consiga o direito a progressão. No caso de ser réu primário a lei exige o cumprimento de dois quintos da pena. Como por exemplo, um condenado a dez anos de reclusão pelo crime de homicídio qualificado, se for réu primário, deverá cumprir mais de quatro anos em regime inicialmente fechado antes de progredir para o semi aberto. Trata-se de conceito especial de primariedade, aplicável apenas aos condenados por crime não hediondo.

Observa-se assim que primário será todo aquele que ainda não tenha sido condenado por crime hediondo (com transito em julgado) no momento da prática do crime hediondo posterior e objeto da condenação posterior. Se o crime cometido anteriormente com sentença condenatória transitada em julgado, não tiver sido classificado como hediondo, no momento da condenação por crime posterior desta espécie, deve ser considerado ainda primário. Sendo assim, poderá progredir de regime prisional após o cumprimento de dois quintos da pena e não de três quintos, que será aplicado aos condenados reincidentes.

4.4 REINCIDÊNCIA ESPECÍFICA

A reincidência é uma espécie de agravante da pena, disciplinada nos artigo 61, inciso I e artigos 63 e 64 do Código Penal. A reincidência ocorre quando um sujeito pratica

um ato delituoso após já ter sido condenado por crime anterior, tendo a sentença transitado em julgado. A reincidência é portanto uma consequência de uma sanção penal que se torna insuficientemente capaz de coibir ou banir o retorno a prática de conduta delituosa.

ANDREUCCI (2004, p. 123) entende que:

“a reincidência é a repetição da prática de um crime pelo sujeito, gerando, nos termos da lei penal, a exacerbação da pena, e tendo como fundamento a insuficiência da sanção anterior para intimidá-lo ou recuperá-lo”.

No mesmo raciocínio se posiciona MIRABETE (2007, p. 309):

“(...) a exacerbação da pena justifica-se plenamente para que, punido, anteriormente, voltou a delinquir, demonstrando com a sua conduta criminosa que a sanção normalmente aplicada se mostrou insuficiente para intimidá-lo ou recuperá-lo”.

Tendo como pressuposto a existência de uma sentença condenatória transitada em julgado por prática de crime.

Seguindo esse mesmo raciocínio posiciona-se ANDREUCCI (2004, p. 125):

“Para ocorrer a reincidência é necessário que haja uma sentença condenatória transitada em julgado por prática de crime. Somente quando novo crime é praticado após a sentença condenatória de que não cabe mais recurso é que há reincidência”.

O artigo 83, inciso V, trouxe novamente perplexidade aos meios jurídicos, quando restabeleceu a “reincidência específica”, que já havia sido abolida do ordenamento jurídico penal (Reforma de 1977). Contudo, a reincidência a que se refere o dispositivo da Lei 8072/90 não possuem a mesma natureza da reincidência que existia na redação anterior. A primeira reincidência específica se verificava quando os delitos estavam previstos no mesmo diploma legal, ou seja, que apresentassem caracteres fundamentais comuns.

Já a reincidência específica criada atualmente pelo artigo 5º da Lei de Crimes Hediondos, exige apenas que os crimes sejam de natureza descrita no dispositivo, ou seja, exigem que sejam crimes hediondos, incluindo assim, os equiparados a estes. Sendo assim, conceitua-se reincidente específico como sendo, aquele condenado com sentença transitada em julgado por um dos crimes ali referidos, e venha a praticar outro crime também descrito na mesma lei, independente da natureza de ambos os crimes.

Seguindo esse ponto de vista, mesmo após a decisão do Supremo Tribunal Federal do dia 23 de fevereiro de 2006, que declarou a inconstitucionalidade do regime integralmente fechado previsto na lei de crimes hediondos, passou a ser permitida a progressão de regime de cumprimento de pena, mas a concessão de livramento condicional para reincidentes específicos de delitos “dessa natureza” continua vedada.

4.5 CONSTITUCIONALIDADE

Não há como se falar em inconstitucionalidade do dispositivo legal que estabelece maior prazo de cumprimento de pena, para que seja concedido o livramento. A Lei 8072/90 ao acrescentar o inciso V, ao artigo 83 do Código Penal, majorou em dobro o prazo para a concessão de livramento condicional (de 1/3 pra 2/3 em se tratando de crimes hediondos e equiparados), sinalizando dessa forma o dobro do anteriormente exigido.

Analisemos a questão: Quando permitida a progressão de regime, o condenado passará do regime fechado para o semiaberto, e sendo assim, para o aberto, acontecerá tal concessão por etapas e quando satisfeitos os requisitos exigidos pela lei. Sendo beneficiado com o regime aberto, poderá beneficiar-se com o livramento condicional após cumprir mais de dois terços da pena, salvo na hipótese em que é vedada a concessão.

Ao cumprir regime aberto, em casa de albergado ou estabelecimento adequado, quando houver, depois de cumprir mais de dois terços da pena, estará apto a pedir a concessão do livramento condicional, observa-se assim, que ao ingressar no regime aberto, o condenado já teria cumprido grande parte da pena. O que ocorre na prática, no entanto, é que estando o condenado em cumprimento de regime de pena aberto, e não havendo casa de albergue ou estabelecimento adequado, será concedido assim ao condenado albergue domiciliar, descrito no artigo 117 da Lei de Execuções Penais. Visto tal exposto, nota-se que o livramento condicional seria até concedido, observadas tais hipóteses já mencionadas, mas não haverá quem se atreva a pedir tal concessão, pois, o albergue domiciliar sem dúvida atinge melhor os interesses do condenado.

Decisões do STF acerca do assunto:

INFORMATIVO 417 – LEI 8.072/90: ART. 2º, § 1º - Em conclusão de julgamento, o Tribunal, por maioria, deferiu pedido de habeas corpus e declarou, incidenter tantum, a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei 8.072/90, que veda a possibilidade de progressão do regime de cumprimento da pena nos crimes hediondos definidos no art. 1º do mesmo diploma legal — v. Informativos 315, 334 e 372. Inicialmente, o Tribunal resolveu restringir a análise da matéria à progressão de regime, tendo em conta o pedido formulado. Quanto a esse ponto, entendeu-se que a vedação de progressão de regime prevista na norma impugnada afronta o direito à individualização da pena (CF, art. 5º, LXVI), já que, ao não permitir que se considerem as particularidades de cada pessoa, a sua capacidade de reintegração social e os esforços aplicados com vistas à ressocialização, acaba tornando inócua a garantia constitucional. Ressaltou-se, também, que o dispositivo impugnado apresenta incoerência, porquanto impede a

progressividade, mas admite o livramento condicional após o cumprimento de dois terços da pena (Lei 8.072/90, art. 5º). Considerou-se, ademais, ter havido derrogação tácita do § 1º do art. 2º da Lei 8.072/90 pela Lei 9.455/97, que dispõe sobre os crimes de tortura, haja vista ser norma mais benéfica, já que permite, pelo § 7º do seu art. 1º, a progressividade do regime de cumprimento da pena. Vencidos os Ministros Carlos Velloso, Joaquim Barbosa, Ellen Gracie, Celso de Mello e Nelson Jobim, que indeferiam a ordem, mantendo a orientação até então fixada pela Corte no sentido da constitucionalidade da norma atacada. O Tribunal, por unanimidade, explicitou que a declaração incidental de inconstitucionalidade do preceito legal em questão não gerará conseqüências jurídicas com relação às penas já extintas nesta data, já que a decisão plenária envolve, unicamente, o afastamento do óbice representado pela norma ora declarada inconstitucional, sem prejuízo da apreciação, caso a caso, pelo magistrado competente, dos demais requisitos pertinentes ao reconhecimento da possibilidade de progressão. **HC 82959/SP, rel. Min. Marco Aurélio, 23.02.2006. (HC-82959).**

HABEAS CORPUS. PENAL. LATROCÍNIO. TENTATIVA. CONDENAÇÃO. LIVRAMENTO CONDICIONAL. AUSÊNCIA DO REQUISITO OBJETIVO. IMPOSSIBILIDADE DE CONCESSÃO DO BENEFÍCIO. ORDEM DENEGADA.

1. Ao condenado por crime hediondo cumpre a satisfação de mais de dois terços da pena, para fazer jus ao benefício do livramento condicional, à luz do art. 83, V, do CP.

2. A declaração da inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei 8.072/97 em nada alterou o requisito objetivo para a concessão do livramento condicional, sendo este regido pela norma substantiva penal aludida. Precedentes.

3. Ordem denegada.

(Habeas Corpus nº 48024/RJ – 5ª Turma – Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima. Julg. 03.08.2006. Dj. 04.09.2006).

HABEAS CORPUS. CRIME HEDIONDO OU EQUIPARADO. LIVRAMENTO CONDICIONAL. REQUISITO OBJETIVO. CUMPRIMENTO DE DOIS TERÇOS DA PENA. ART. 83, V, DO CÓDIGO PENAL. POSSIBILIDADE DE PROGRESSÃO DE REGIME. IRRELEVÂNCIA.

1. Tratando-se de crime hediondo ou equiparado, não sendo o réu reincidente específico, exige-se, para a concessão do livramento condicional, o cumprimento de pelo menos dois terços da pena, a teor do art. 83, V, do Código Penal.

2. O reconhecimento do direito dos condenados pela prática desses delitos à progressão de regime, consolidado na recente declaração, pelo Supremo Tribunal Federal, da inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei nº 8.072/90, em nada altera o requisito objetivo para o livramento condicional, que decorre da legislação de regência.

2. Habeas corpus denegado.

(Habeas Corpus nº 49641/RS – 6ª Turma – Rel. Min. Paulo Gallotti.
Jul. 11.04.2006. Dj. 15.05.2006).

Logo após a análise da constitucionalidade do livramento condicional mais rigoroso aos condenados por crimes hediondos, é importante salientar, que proibir o livramento condicional no caso de reincidentes específicos em crimes hediondos se faz importante, para garantir o rigor da lei e a continuidade na linha de raciocínio que o condenado que cometeu crime hediondo deverá se submeter todas as regras e punições impostas pela lei. Enquanto é defendido por alguns a concessão do livramento condicional, alegando que se deve respeitar os direitos humanos do réu, acaba sendo deixado de lado os direitos da vítima que teve um abalo em sua vida ou até mesmo perdeu o direito de viver. Precisa-se levar em conta que o que está em jogo é o direito da vítima em exigir que o estado a defenda (pois não é concedido a ela auto-tutela), cabe ao estado a responsabilidade de punir o agressor.

5 METODOLOGIA

Metodologia é o conjunto de métodos ou caminhos que são percorridos na busca do conhecimento. Seguindo esta linha de raciocínio, neste capítulo, distinguiremos os tipos de pesquisa, considerando sua natureza, objetos e procedimentos, utilizados no presente trabalho.

A tipologia de pesquisa pode ser classificada de várias formas, por critérios que podem variar segundo diferentes enfoques. Classifica-se, segundo Maria Margarida de Andrade (2010), quanto à natureza, quanto aos objetivos, quanto aos procedimentos e aos objetos.

O trabalho em questão, Impossibilidade de liberdade condicional nos casos de reincidência específica em crimes hediondos: Análise de sua constitucionalidade, trata-se de pesquisa fundamentada em trabalhos mais avançados, publicados por autoridades no assunto, mas não se resume a simples cópia de ideias. Aborda um ponto de vista original e posicionamento diante do tema.

Trata-se de pesquisa exploratória, tendo sido feita uma pesquisa anterior de todo assunto, destacando os pontos mais relevantes a serem abordados.

Refere-se na maneira pela qual se obtêm os dados necessários para o desenvolvimento da pesquisa. No presente trabalho, foi utilizada a pesquisa bibliográfica.

Foi feito um levantamento de materiais sobre o assunto, como livros, artigos, teses e dissertações. Visando dessa forma, analisar as diferentes contribuições científicas disponíveis sobre o tema.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Lei de Crimes Hediondos criada para atender aos anseios de determinada classe social, vem com maior ênfase na intenção de punir de maneira rigorosa àqueles que por suas condições culturais, sociais e econômicas, vivem em uma realidade bem diferente, que choca as camadas sociais mais elevadas. Nosso ordenamento jurídico penal, dando destaque a Lei de Crimes Hediondos, não deixou margem discricionária para o magistrado identificar se estão presentes ou não os requisitos de hediondez. O legislador, de maneira fria, rotulou os tipos penais já existentes no Código Penal como hediondos.

Tal lei teve um processo de criação tão insensato que no primeiro momento foi esquecido o crime de homicídio, deixando claro o motivo pelo qual se deu a formulação da lei, o bem maior a ser protegido pelo estado, no momento da elaboração da lei, perdeu espaço para a ambição, abrindo margem para os interesses da classe social elitista. Dessa maneira, percebe-se que outros crimes deveriam ser incluídos na relação de hediondos, como as fraudes milionárias, desvios de verbas e corrupções que tiram dinheiro destinados à população pobre.

Aperfeiçoar a lei e o sistema é preciso, só assim podem ser postos em prática artigos com o 3º da LHC que preza pelo cumprimento da pena em presídios de segurança máxima, afastando assim o risco de acabar com a ordem ou incolumidade pública. Acreditamos que uma norma melhor elaborada, com a ação conjunta de legisladores, doutrinadores, membros do judiciário e o apoio da sociedade, atenderá de forma mais eficaz os problemas de criminalidade encontrados na sociedade.

Os crimes hediondos representam hoje, a ponta de um sistema de política criminal falível. Não há meios de saber qual será o ponto pacificador de tal discussão, ou qual será a solução consensual a ser alcançada para se resolver uma equação complexa e que só cresce. Observando os pressupostos e valores consagrados pelo movimento da Lei e da Ordem, a lei 8.072/90 deu suporte à ideia de que leis severas e penas privativas de liberdade se fossem de alto calibre seriam suficientes para por fim a criminalidade violenta.

É importante perceber que essa postura ideológica representa um movimento regressivo, não apenas no direito penal, mas também no processo penal e na própria execução da pena. É necessário dessa maneira que se desmonte a postura estatal autoritária, e que os juízes tenham coragem de apontar as inconstitucionalidades e impropriedades que estão contidas a lei de crimes de hediondos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ANDREUCCI, Ricardo Antonio. Curso de Direito Penal, volume 1: parte geral. 2º atual. e aum. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2001.
- ANDRADE, Maria margarida de. Introdução a Metodologia do trabalho científico: elaboração de trabalhos na graduação. 10º Ed. São Paulo: Atlas, 2010.
- CAPEZ, Fernando, Direito penal: parte especial. 14 ed. São Paulo: Damásio, 2007.
- FRANCO, Alberto Silva. Crimes hediondos. 6 ed. ver., atual. e ampl. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- JESUS, Damásio Evangelista de. Homicídio, crime hediondo e júri. Revista dos Tribunais, Ano 84, volume 716, junho de 1995, São Paulo: RT, 1995.
- LEAL, João José. Crimes hediondos. 2ª ed., Curitiba: Juruá, 2009.
- MIRABETE, Julio Fabbrini. Manual de direito penal. v.1. 24.ed., São Paulo: Atlas, 2007.
- MONTEIRO, Antonio Lopes. Crimes hediondos: texto, comentários e aspectos polêmicos. 8 ed. rev., atual. e ampl., São Paulo: Saraiva, 2008.
- NORONHA, Magalhães. Direito Penal. 32º Ed. São Paulo: Saraiva, 1997.
- NUCCI, Guilherme Souza. Código penal comentado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- Supremo Tribunal Federal, Julgamento de habeas corpus HC 82.959/SP, Voto do Ministro Relator Marco Aurélio, fls. 514. Disponível em:
<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79206>.
- _____. Lei N. 8.069, de 13 de julho de 1990, Estatuto da criança e do adolescente. Diário Oficial da União, de 16 de julho de 1990, e retificado em 27 de setembro de 1990, Brasília.
- _____. Manual de direito penal. 25.ed. ver. E atual. Até 31 de dezembro de 2006., São Paulo: Atlas, 2008.
- _____. Superior Tribunal de Justiça, SÚMULA nº 471, Terceira Seção. Disponível em :
<http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/doc.jsp?livre=%40docn&&b=SUMU&p=>
- _____. Superior Tribunal de Justiça, Julgamento de habeas corpus HC 84.189/RJ, Relator

Ministro Felix Fischer. Disponível em:

http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&livre=hc+84189&b=ACOR .

_____. Supremo Tribunal Federal Ementa de habeas corpus HC 97915/SP. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000164071&base=baseAcordaos>.

_____. Supremo Tribunal Federal, Julgamento de habeas corpus HC 69603/SP. Disponível em : <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000105079&base=baseAcordaos>.

ANEXO

LEI Nº 8.072, DE 25 DE JULHO DE 1990

Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências.

(Alterada pelas LEIS Nº 8.930/94 e Nº 9.695/98, LEI Nº 11.464 / 28.03.2007, LEI Nº 12.015/07.08.2009 já inseridas no texto)

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA, faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte lei:

Art. 1º São considerados hediondos os seguintes crimes, todos tipificados no Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, consumados ou tentados:

I - homicídio (art. 121), quando praticado em atividade típica de grupo de extermínio, ainda que cometido por um só agente, e homicídio qualificado (art. 121, § 2º, I, II, III, IV e V);

II - latrocínio (art. 157, § 3º, in fine);

III - extorsão qualificada pela morte (art. 158, § 2º);

IV - extorsão mediante seqüestro e na forma qualificada (art. 159, caput, e §§ 1º, 2º e 3º);

V - estupro (art. 213, **caput** e §§ 1º e 2º); (Redação da LEI Nº 12.015/07.08.2009)

VI - estupro de vulnerável (art. 217-A, **caput** e §§ 1º, 2º, 3º e 4º); (Redação da LEI Nº 12.015/07.08.2009)

(Redação anterior) - V - estupro (art. 213 e sua combinação com o art. 223, caput e parágrafo único);

VI - atentado violento ao pudor (art. 214 e sua combinação com o art. 223, caput e parágrafo único);

VII - epidemia com resultado morte (art. 267, § 1º). **(artigo e incisos alterados pela Lei nº 8.930, de 6 de setembro de 1994)**

VII - A - (Vetado)

VII - B - falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais (art. 273, caput e § 1º - A e § 1º - B, com a redação dada pela Lei nº 9.677, de 2 de julho de 1998).”**(inserido pela Lei nº 9.695, de 20 de agosto de 1998)**

Parágrafo único. Considera-se também hediondo o crime de genocídio previsto nos arts. 1º, 2º

e 3º da Lei nº 2.889, de 1º de outubro de 1956, tentado ou consumado." (*parágrafo único alterado pela Lei nº 8.930, de 6 de setembro de 1994*)

(Texto original) Art. 1º São considerados hediondos os crimes de latrocínio (art. 157, § 3º, in fine), extorsão qualificada pela morte, (art. 158, § 2º), extorsão mediante seqüestro e na forma qualificada (art. 159, caput e seus §§ 1º, 2º e 3º), estupro (art. 213, caput e sua combinação com o art. 223, caput e parágrafo único), atentado violento ao pudor (art. 214 e sua combinação com o art. 223, caput e parágrafo único), epidemia com resultado morte (art. 267, § 1º), envenenamento de água potável ou de substância alimentícia ou medicinal, qualificado pela morte (art. 270, combinado com o art. 285), todos do Código Penal (Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940), e de genocídio (arts. 1º, 2º e 3º da Lei nº 2.889, de 1º de outubro de 1956), tentados ou consumados.

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

I - anistia, graça e indulto;

II - fiança.

§ 1º A pena por crime previsto neste artigo será cumprida inicialmente em regime fechado. (Redação da LEI Nº 11.464 / 28.03.2007)

§ 2º A progressão de regime, no caso dos condenados aos crimes previstos neste artigo, dar-se-á após o cumprimento de 2/5 (dois quintos) da pena, se o apenado for primário, e de 3/5 (três quintos), se reincidente. (Redação da LEI Nº 11.464 / 28.03.2007)

§ 3º Em caso de sentença condenatória, o juiz decidirá fundamentadamente se o réu poderá apelar em liberdade. (Redação da LEI Nº 11.464 / 28.03.2007)

§ 4º A prisão temporária, sobre a qual dispõe a Lei nº 7.960, de 21 de dezembro de 1989, nos crimes previstos neste artigo, terá o prazo de 30 (trinta) dias, prorrogável por igual período em caso de extrema e comprovada necessidade." (NR) (Redação da LEI Nº 11.464 / 28.03.2007)

(redação anterior) - II - fiança e liberdade provisória.

§ 1º A pena por crime previsto neste artigo será cumprida integralmente em regime fechado. (julgado inconstitucional pelo STF no HC 82.959, em 23.02.2006)

§ 2º Em caso de sentença condenatória, o juiz decidirá fundamentadamente se o réu poderá

apelar em liberdade.

§ 3º A prisão temporária, sobre a qual dispõe a Lei nº 7.960, de 21 de dezembro de 1989, nos crimes previstos neste artigo, terá o prazo de trinta dias, prorrogável por igual período em caso de extrema e comprovada necessidade.

Art. 3º A União manterá estabelecimentos penais, de segurança máxima, destinados ao cumprimento de penas impostas a condenados de alta periculosidade, cuja permanência em presídios estaduais ponha em risco a ordem ou incolumidade pública.

Art. 4º (Vetado).

Art. 5º Ao art. 83 do Código Penal é acrescido o seguinte inciso:

"Art. 83. V - cumprido mais de dois terços da pena, nos casos de condenação por crime hediondo, prática da tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, e terrorismo, se o apenado não for reincidente específico em crimes dessa natureza."

Art. 6º Os arts. 157, § 3º; 159, caput e seus §§ 1º, 2º e 3º; 213; 214; 223, caput e seu parágrafo único; 267, caput e 270; caput, todos do Código Penal, passam a vigorar com a seguinte redação:

"Art. 157. § 1º Se da violência resulta lesão corporal grave, a pena é de reclusão, de cinco a quinze anos, além da multa; se resulta morte, a reclusão é de vinte a trinta anos, sem prejuízo da multa.

Art. 159. Pena - reclusão, de oito a quinze anos.

§ 1º Pena - reclusão, de doze a vinte anos.

§ 2º Pena - reclusão, de dezesseis a vinte e quatro anos.

§ 3º Pena - reclusão, de vinte e quatro a trinta anos.

Art. 213.

Pena - reclusão, de seis a dez anos.

Art. 214. Pena - reclusão, de seis a dez anos.

Art. 223

Pena - reclusão, de oito a doze anos.

Parágrafo único.

Pena - reclusão, de doze a vinte e cinco anos.

Art. 267

Pena - reclusão, de dez a quinze anos.

Art. 270. Pena - reclusão, de dez a quinze anos.”

Art. 7º Ao art. 159 do Código Penal fica acrescido o seguinte parágrafo:

"Art. 159.

§ 4º Se o crime é cometido por quadrilha ou bando, o co-autor que denunciá-lo à autoridade, facilitando a libertação do seqüestrado, terá sua pena reduzida de um a dois terços."

Art. 8º Será de três a seis anos de reclusão a pena prevista no art. 288 do Código Penal, quando se tratar de crimes hediondos, prática da tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins ou terrorismo.

Parágrafo único. O participante e o associado que denunciar à autoridade o bando ou quadrilha, possibilitando seu desmantelamento, terá a pena reduzida de um a dois terços.

Art. 9º As penas fixadas no art. 6º para os crimes capitulados nos arts. 157, § 3º, 158, § 2º, 159, caput e seus §§ 1º, 2º e 3º, 213, caput e sua combinação com o art. 223, caput e parágrafo único, 214 e sua combinação com o art. 223, caput e parágrafo único, todos do Código Penal, são acrescidas de metade, respeitado o limite superior de trinta anos de reclusão, estando a vítima em qualquer das hipóteses referidas no art. 224 também do Código Penal.

Art. 10. O art. 35 da Lei nº 6.368, de 21 de outubro de 1976, passa a vigorar acrescido de parágrafo único, com a seguinte redação:

"Art. 35.

Parágrafo único. Os prazos procedimentais deste capítulo serão contados em dobro quando se tratar dos crimes previstos nos arts. 12, 13 e 14."

Art. 11. (Vetado).

Art. 12. Esta lei entra em vigor na data de sua publicação.

Art. 13. Revogam-se as disposições em contrário.

Brasília, 25 de julho de 1990; 169º da Independência e 102º da República.

FERNANDO COLLOR

Bernardo Cabral