

A coerção penal no âmbito da Lei dos Crimes Hediondos

Simone Moraes dos Santos *

Elaborado em 05.2003.

SUMÁRIO: Introdução; PARTE I - A LEI DOS CRIMES HEDIONDOS; Capítulo I – OS FUNDAMENTOS DA LEI N. 8.072/90, 01 – O sentido das leis, 02 – O fundamento constitucional no movimento da lei e da ordem e seu embasamento para a lei dos crimes hediondos, 03 – Os objetivos da política criminal; Capítulo II – A LEI N. 8.072/90, 01 – Histórico da lei dos crimes hediondos, 02 – Os tipos reputados crimes hediondos, 03 – Os tipos equiparados aos crimes hediondos, 3.1 – Tortura, 3.2 – Tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, 3.3 – Terrorismo; PARTE II – AS CONSEQÜÊNCIAS DA HEDIONDEZ; Capítulo I – DA PRISÃO PROCESSUAL E DA LIBERDADE PROVISÓRIA, 01 – Prisão temporária, 02 – Fiança e liberdade provisória; Capítulo II – DA APLICAÇÃO DA PENA E DO RECURSO, 01 – A aplicação da pena na Lei dos Crimes Hediondos, 1.1 – Causa de aumento de pena determinada pelo artigo 9º da Lei n. 8.072/90, 1.2 – Causas de diminuição de pena determinadas pela Lei n. 8.072/90, 1.2.1 – Delação Eficaz – artigo 7º, 1.2.2 – Traição Benéfica – artigo 8º, parágrafo único, 02 – Apelo em liberdade; Capítulo III – DA EXECUÇÃO DA PENA, 01 – O regime de cumprimento de pena, 1.1 – Considerações iniciais, 1.2 – Princípios constitucionais da humanidade e da individualização da pena, 1.3 – Fixação do regime na sentença, 1.4 – A possibilidade do regime progressivo em face da Lei de Tortura, 1.5 – A aplicação temporal do regime fechado, 02 – A aplicabilidade das penas alternativas a crimes hediondos, 03 – Livramento condicional e reincidência específica, 04 – Da insuscetibilidade de anistia, graça e indulto, 05 – Presídios Federais; Conclusões; Bibliografia.

INTRODUÇÃO

Tendo como base o disposto no artigo 5º, XLIII, da Constituição Federal, onde "a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática de tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem", foi que o legislador ordinário instituiu e promulgou diploma de regulamentação deste dispositivo, fazendo-se cumprir o mandamento constitucional.

Foi então, com a finalidade de conter a devastadora onda de criminalidade que assombrava a sociedade brasileira na época, que o legislador criou, às pressas, atendendo ao clamor público, a Lei n. 8.072/90, conhecida como Lei dos Crimes Hediondos, que define os crimes desta natureza e determina outras providências de natureza penal, processual penal e de execução da pena destes crimes, bem como da tortura, do tráfico de entorpecentes e do terrorismo.

Das várias conseqüências da hediondez, tem-se a insuscetibilidade de anistia, graça e indulto, a proibição da concessão de fiança e liberdade provisória, o cumprimento da pena em regime integralmente fechado, dentre outras.

Severas críticas rodeiam estas conseqüências, vez que a Lei dos Crimes Hediondos é um diploma que estabelece duras regras no vislumbro de combater a criminalidade no País.

Portanto, a fim de justificar as críticas existentes e, até mesmo cogitar a inconstitucionalidade de alguns dos dispositivos da Lei dos Crimes Hediondos, é que se efetua esta pesquisa, visando buscar o real sentido da Lei, considerando que as leis são as armas primordiais para uma eficaz persecução penal.

Cumprе esclarecer, já de início, que o tema desta pesquisa, "a coerção penal no âmbito da lei dos crimes hediondos" se justifica pelo fato de haver aqui um amplo estudo do que foi estabelecido pela Lei n. 8.072/90, visando a contenção e a repressão exercida sobre os indivíduos que comentem crimes hediondos (1).

PARTE I: A LEI DOS CRIMES HEDIONDOS

CAPÍTULO I: OS FUNDAMENTOS DA LEI N. 8.072/90

01 – O SENTIDO DAS LEIS

Para definir lei, em sentido latíssimo, vale a lição de Montesquieu (2), para quem "Leis são relações necessárias que decorrem da natureza das coisas". Portanto, além das leis naturais, o homem pode contar com leis feitas por ele próprio, as leis jurídicas. Ocorre que, na intenção de elaborar leis para organizar a vida em sociedade, o homem, ser de inteligência limitada, corre o risco de vacilar na ignorância e no erro, próprios deste. Não olvidando, ainda, de quão sensível é o homem, criatura sujeita a mil crenças e paixões.

Então, é daí que o bom senso do legislador deve prevalecer, não se entregando às fraquezas que lhe são próprias, assim como, não se perdendo da extensão e dos limites que deve dar à sua lei. Além do que, como já dizia Aristóteles, "a lei é a razão sem paixão".

Cuidado maior deve ter o legislador ao elaborar leis de afogadilho (as chamadas legislação de pânico), para responder à pressão da opinião pública e às suas paixões ou interesses segmentados. É daí que surgem as leis imperfeitas. Foi num desse momentos que surgiu a Lei dos Crimes Hediondos.

02 – O FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL NO MOVIMENTO DA LEI E DA ORDEM E SEU EMBASAMENTO PARA A LEI DOS CRIMES HEDIONDOS

Sabido é que a legislação ordinária deve sempre estar de acordo com as determinações da Constituição Federal, norma positiva suprema. E é da Carta Magna que extrai-se o fundamento

para a elaboração da Lei n. 8.072/90. O artigo 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal assim dispõe:

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

Notável é, neste inciso constitucional, que o legislador restringiu direitos e garantias fundamentais do homem, vendo nas referidas condutas uma equivalente violência em prejuízo da sociedade. Portanto, segundo Alberto Silva Franco (3), essa restrição não foi por acaso:

É evidente que a tipologia inserida no referido inciso tinha um significado especial: não era constituída de figuras criminosas reunidas ao acaso; havia, entre elas, uma indisfarçável simetria. A tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os crimes hediondos, de acordo com a aferição do legislador constituinte, representavam lesões graves a bens jurídicos de inquestionável dignidade penal e que estavam necessitadas da tutela penal.

Transparente, também, é que o legislador constitucional apoiou-se na corrente político-criminal denominada "Law and Order", ou seja, "Movimento da Lei e da Ordem", doutrina norte-americana surgida na década de setenta e com ampla ressonância até meados da década de oitenta.

O Movimento da Lei e da Ordem considera a criminalidade uma doença infecciosa a ser combatida e o criminoso um ser daninho. Assim, a sociedade separa-se em pessoas sadias, incapazes de praticar crimes, e pessoas doentes, capazes de executá-los, tendo a justiça o dever de separar estes dois grupos para que não haja contágio dos doentes aos sadios. Foi então declarada guerra contra o grupo nocivo a fim de eliminar crime, criminalidade e criminoso.

Destarte, na intenção de restabelecer a lei e a ordem, tal movimento defende, dentre outras atitudes, a criação de novos tipos penais, a intensificação de cominações de tipos penais já existentes, a produção de leis especiais a determinadas tipologias, a eliminação de garantias processuais, enfim, defende que força maior deve ser dada à máquina repressiva.

João Marcelo Araújo Júnior, citado por Damásio Evangelista de Jesus (4), elenca as principais características desse pensamento:

O Movimento da Lei e da Ordem adota uma política criminal, com sustentação nos seguintes pontos:

a) a pena se justifica como um castigo e uma retribuição no velho sentido, não se confundindo esta expressão com o que hoje se denomina "retribuição jurídica";

b) os chamados delitos graves não se castigam com penas severas e duradouras (morte e privação de liberdade de longa duração);

c) as penas privativas de liberdade impostas por crimes violentos não se cumprem em estabelecimentos penitenciários de máxima segurança, submetendo-se o condenado a um excepcional regime de severidade distinto ao dos demais condenados;

d) o âmbito da prisão provisória deve ampliar-se de forma que suponha uma imediata resposta ao delito;

e) deve haver uma diminuição dos poderes individuais do juiz e o menor controle judicial na execução que ficará a cargo, quase exclusivamente, das autoridades penitenciárias.

Pode-se então concluir que a base de apoio de que se serviu o legislador constituinte para a elaboração do inciso XLIII, do artigo 5º, da CF/88, foi, indubitavelmente, o Movimento da Lei e da Ordem. Nesse sentido, o manifesto de Francisco de Assis Toledo, citado em obra de Alberto Silva Franco (5):

O legislador constituinte de 1988, ao editar a norma do artigo 5º, XLIII, criando a categoria dos "crimes hediondos", bem como o legislador ordinário, ao regulamentar esse preceito através da Lei n. 8.072/90, agiram apressada e emocionalmente na linha da ideologia da law and order.

Sobre o mandamento constitucional, revela Antônio José Miguel Féu Rosa (6):

A idéia surgiu na Constituição de 1988, que, ao lado de maiores garantias aos criminosos, introduziu a figura exótica dos chamados crimes hediondos. Valeria como uma espécie de recado: 'estamos te dando inúmeros novos direitos e te fazendo diversas concessões, mas não cometas crimes hediondos'.

Continuando a análise do artigo 5º, inc. XLIII, nota-se que a Constituição Federal de 1988, em caráter dogmático, determinou a regulamentação dos crimes hediondos. Isto porque talvez tenha pensado o legislador que se pode dividir os crimes em bonitos, razoáveis, feios e horríveis, os chamados hediondos. Esqueceu-se, talvez, que todos os crimes são horríveis.

Outra questão relevante do dispositivo constitucional em estudo é a que se refere aos que comentem os crimes ali descritos por omissão. Assim, determina o inciso XLIII, do artigo 5º, da Constituição Federal que pelos delitos ali enunciados deverão responder "os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem". Nesse sentido, talvez o legislador tenha exagerado. Ora, é demasiado admitir que uma pessoa responda, tão gravemente, por um fato, só por não poder evitá-lo.

Mas, para melhor análise, deve-se fazer uma distinção entre o "poder fazer" e o "dever fazer", conforme leciona Alberto Silva Franco (7):

A omissão só tem relevância penal quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado. O dever de agir significa que o omitente tinha a obrigação, em virtude de lei, o de assunção da responsabilidade, de impedir o resultado ou de uma situação de ingerência, em obstar o advento do resultado típico. Só, portanto, nas hipóteses fáticas em que cabia, ao omitente, com base nas fontes geradoras de um especial dever de agir, o papel de garante do bem jurídico, é que se pode vislumbrar, no seu procedimento, uma omissão criminosa.

Assim, cumpre concluir que a omissão não é um simples não-fazer, mas sim um não cumprir do dever jurídico. E só dessa forma (o não cumprimento do dever jurídico) que se permite a punição por omissão.

03 – OS OBJETIVOS DA POLÍTICA CRIMINAL

De acordo com Jorge de Figueiredo Dias (8), Franz von Liszt foi o criador do modelo tripartido da "ciência conjunta do direito penal". Uma ciência que compreende como ciências autônomas: a ciência estrita do direito penal, a criminologia e a política criminal.

Antônio José Miguel Feu Rosa (9), define a divisão das ciências penais:

Compreendem as Ciências Penais, o Direito Penal, a Criminologia e a Política Criminal. Dos três ramos, o Direito Penal é a ciência meramente normativa – limita-se a descrever as condutas proibidas e respectivas penas. A Criminologia age empiricamente, investigando as causas do crime, e, por via de consequência, a personalidade do criminoso e da vítima.

Em se tratando do terceiro ramo das ciências penais, segundo Jorge Figueiredo Dias (10), Franz von Liszt define Política Criminal como:

o conjunto sistemático dos princípios fundados na investigação científica das causas do crime e dos efeitos da pena, segundo os quais o Estado deve levar a cabo a luta contra o crime por meio da pena e das instituições com esta relacionadas

Ao que interessa, a Política Criminal, para atingir suas finalidades, atua por intermédio da prevenção geral e da prevenção especial. Acerca destas, vale aqui os ensinamentos do professor Damásio Evangelista de Jesus (11):

Na prevenção geral o fim intimidativo da pena dirige-se a todos os destinatários da norma penal, visando a impedir que os membros da sociedade pratiquem crimes. Na prevenção especial a pena visa o autor do delito, retirando-o do meio social, impedindo-o de delinquir e procurando corrigi-lo.

Noutras palavras, na prevenção geral a pena atua psiquicamente sobre a generalidade dos membros da comunidade, afastando-os da prática de crimes através de ameaça penal determinada pela lei, da aplicação das penas e da sua efetiva execução. Funciona como uma coação psicológica, uma intimidação. Na prevenção especial, por sua vez, a pena atua preventivamente sobre o delinqüente, a fim de evitar que, futuramente, ele cometa novos crimes. Na verdade, o que há na prevenção especial é a prevenção da reincidência.

De notar-se, também, que o objetivo da política criminal não se esgota apenas na infração penal, vai além. Para a prevenção da criminalidade, a política criminal atua em todas as áreas – políticas, sociais, culturais, econômicas – visando sempre impedir a prática de crimes.

Dentre as providências para fins de prevenir a criminalidade, encontra-se a produção de leis, justas e humanas, adequadas com a realidade social e às necessidades do momento. Dessa forma, quem faz a política criminal acontecer é o legislador, tipificando crimes e estabelecendo as respectivas penas. E foi isto que tentou fazer o legislador ordinário ao criar a Lei dos Crimes Hediondos: criou uma lei a fim de atender as necessidades do momento, mas, com penas excessivamente rigorosas, portanto, inadequada à realidade social (basta lembrar da situação dos presídios brasileiros) e desumanas (12).

CAPÍTULO II: A LEI N. 8.072/90

01 – HISTÓRICO DA LEI DOS CRIMES HEDIONDOS

Para viabilizar a aplicação do artigo 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal de 1988, o legislador ordinário editou a Lei n. 8.072/90, visando não só adequar o preceito constitucional à norma penal como também atender a imperativos de ordem jurídico-social.

Em 06 de junho de 1990, foi seqüestrado no Rio de Janeiro o publicitário Roberto Medina, ficando 16 dias sob o poder dos seqüestradores. Chocada com os acontecimentos, a população brasileira passou a cobrar medidas drásticas contra a onda de extorsão mediante seqüestro que dominava o país naquele momento (um pouco antes deste, em 1989, foi o empresário paulista Abílio Diniz que sofreu da mesma violência).

O governo vendo-se acuado, principalmente em face da repercussão e das personalidades que vinham sendo seqüestradas, de imediato (em 25 de julho de 1990) promulga a Lei dos Crimes Hediondos - Lei n. 8.072/90, excluindo das pessoas processadas ou condenadas por sua prática, benefícios incorporados ao direito penal, direito processual penal e à execução penal, sem considerar particularidades do caso e da pessoa. Portanto, esta foi, como tudo o que é efetuado às pressas, imperfeita, falha. Nota-se, que o legislador, na pressa de dificultar a vida dos criminosos, embarçou-se. Mas, enfim, editou-se a Lei, cuja finalidade específica era a repressão dos fatos horrendos que ocorriam no momento.

Em 1992, mais um crime escandalizou o país, trata-se do assassinato da atriz Daniela Perez, e, seguidamente, as chacinas da Candelária e de Vigário Geral. Outra vez o Congresso Nacional, agindo por impulso, sob a pressão dos acontecimentos, praticando uma política de "tentar tapar o sol com a peneira", altera o artigo 1º da Lei n. 8.072/90 (através da Lei n. 8.930/94), acrescentando à relação de crimes hediondos o "homicídio, quando praticado em atividade típica de grupo de extermínio, ainda que cometido por um só agente, e homicídio qualificado".

Posteriormente, em 1998 acontece o vergonhoso fato da "pílula de farinha" (a falsificação do anticoncepcional Microvlar) que mais uma vez agitou a opinião pública e que exigiu nova providência do governo. Com isso, foi incluído no rol dos Crimes Hediondos o seguinte fato típico - "falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais".

Este, em suma, tem sido o caminho percorrido pela Lei de Crimes Hediondos, que até os dias atuais, passados aproximados 13 anos após sua edição, não demonstrou sua eficácia, já que há estudos comprovando que as penas nela cominadas, que são as mais altas já vistas na legislação brasileira, diga-se, em nada inibiram os criminosos, que continuam a agir, acreditando na impunidade que assombra o país.

O tema "crimes hediondos" foi uma novidade apresentada pela Constituição Federal de 1988, já que até então nenhuma das Constituições anteriores havia feito qualquer menção acerca de tal tema. Mas a Carta Magna de 1988 não trouxe uma definição para o que seria crime hediondo, apenas determinou que o legislador ordinário o fizesse. Foi então, que, em 1990, ao criar a Lei dos Crimes Hediondos que o legislador deu resposta ao mandamento constitucional.

O vocábulo hediondo significa repelente, repulsivo, horrendo. Daí pode-se chegar à errada conclusão de que todo crime que causa repulsa é hediondo. Portanto, a verdade é que crimes hediondos são somente os relacionados, em rol fechado, no artigo 1º da Lei n. 8.072/90, quais sejam:

a) Homicídio, quando praticado em atividade típica de grupo de extermínio, ainda que cometido por um só agente, e homicídio qualificado (artigo 121, § 2º, I, II, III, IV, e V, do CP);

b) Latrocínio (artigo 157, § 3º, in fine, do CP);

c) Extorsão qualificada pela morte (artigo 158, § 2º, do CP);

d) Extorsão mediante seqüestro e na forma qualificada (artigo 159, caput, e §§ 1º, 2º e 3º, do CP);

e) Estupro, simples e qualificado (artigo 213 c/c 223, caput e parágrafo único, do CP);

f) atentado violento ao pudor, simples e qualificado (artigo 214 c/c 223, caput e parágrafo único, do CP);

g) Epidemia com resultado morte (artigo 267, § 1º, do CP);

h) Falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais (artigo 273, caput e § 1º, § 1º-A e § 1º-B, do CP);

i) Genocídio, tentado ou consumado (Lei n. 2.889/56, artigos 1º, 2º e 3º).

Antonio Lopes Monteiro (13) assim leciona:

Pela Lei n. 8.072/90, definiu-se o crime hediondo pelo chamado sistema legal, ou seja, enumerou-os de forma exaustiva. Assim, crime hediondo é simples e tão-somente aquele que, independentemente das características de seu cometimento, da brutalidade do agente, ou do bem jurídico ofendido, estiver enumerado no artigo 1º da Lei.

Então, o critério de classificação dos crimes hediondos é o legal. Somente a lei pode indicar, em rol taxativo, quais são os crimes considerados hediondos.

Não foi adotado o critério judicial, no qual o juiz avalia discricionariamente a hediondez do delito no caso concreto, nem o critério misto, no qual há um rol exemplificativo, podendo o juiz considerar hediondo crime não previsto neste rol. No Brasil, repita-se, o rol de crimes hediondos é taxativo, pois foi adotado o critério legal.

Feitas estas considerações, deve-se atentar para o fato de que não são hediondos, entre outros:

- os crimes militares, porquanto não se encontram no rol do artigo 1º da Lei n. 8.072/90;

- o homicídio privilegiado-qualificado (homicídio no qual há concurso entre privilégio e qualificadoras objetivas previstas nos incisos III e IV do § 2.º do artigo 121 do Código Penal), porque prevalece o privilégio que tem natureza subjetiva, conforme artigo 67 do Código Penal;

- a extorsão simples (artigo 158, caput, do Código Penal) e as formas qualificadas no § 1º do supracitado artigo. Também não é hediondo o crime de extorsão com resultado lesão grave.

03 – OS TIPOS EQUIPARADOS AOS CRIMES HEDIONDOS

3.1 – Tortura

Data de 1948, através da Declaração Universal dos Direitos do Homem, o princípio de que "ninguém será submetido à tortura, nem a tratamento ou castigo cruel, desumano ou degradante".

Por sua vez, a Constituição Federal de 1988 determinou, no título dos direitos e garantias fundamentais, "Ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante" (artigo 5º, inciso III, da CF/88). Determinou também, em seu artigo 5º, inciso XLIII, que:

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

Depois disso, veio a Lei n. 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente), que em seu artigo 233 condenava o ato de "submeter criança ou adolescente, sob sua autoridade, guarda ou vigilância a tortura".

Também em 1990, mas agora na Lei n. 8.072 (Lei dos Crimes Hediondos), o legislador ordinário voltou a falar da tortura, equiparando esta aos crimes hediondos, e como tal, privando os acusados por prática de tortura de diversos benefícios de cunho penal, processual penal e de execução penal.

Contudo, até então, não havia lei regulamentadora dos crimes de tortura, não sendo ainda tal figura considerada crime autônomo.

Entretanto, em 1997, apenas dois dias após o episódio da favela Naval, em Diadema/SP, foi sancionada a Lei n. 9.455 (veja-se daí mais um fruto da política de "tentar tapar o sol com a peneira"), tornando-se possível conceituar o crime de tortura, já que tal lei regulamentou todo o tema.

Na Lei n. 9.455/97 constam algumas inovações. Em primeiro lugar, esta revogou expressamente o artigo 233 do Estatuto da Criança e do Adolescente e trouxe como uma das causas de aumento de pena o "crime cometido contra criança, gestante, deficiente e adolescente" (artigo 1º, § 4º, inciso II, da Lei n. 9.455/97). Portanto, para melhor esclarecer esta questão, vale os dizeres de Antônio Lopes Monteiro (14):

Convém salientar, contudo, que embora a primeira vista o aumento da pena previsto no § 4º dê a entender que a lei de tortura tornou as penas mais graves, em relação à criança e ao adolescente isso não acontece quando ocorre a morte. O legislador olvidou-se que para o artigo 233, da Lei n. 8.069/90 (ECA), que cuidava da prática da tortura seguida de morte contra criança e adolescente por quem tinha sua guarda ou vigilância, revogado expressamente pela Lei n. 9.455/97, a pena era de quinze a trinta anos. Se aplicarmos segundo o novo diploma legal ora editado o máximo da pena (reclusão de oito a dezesseis anos) e aumentarmos pela previsão do § 4º até o máximo previsto de um terço (o que é difícil pela experiência jurisprudencial), atingiremos o limite máximo de, no caso da prática de tortura contra crianças e adolescentes que causa a morte, de 10 anos e 8 meses a 21 anos e 4 meses de reclusão. Conclui-se que o torturador de criança obteve lucro com esta lei [...].

Outra inovação da Lei n. 9.455/97, e que ainda acarreta muita discussão doutrinária e jurisprudencial, é a que se refere ao regime de cumprimento de pena. Ocorre que, pela Lei dos Crimes Hediondos, o cumprimento de pena por prática de tortura se dava em regime integralmente fechado e, a Lei de Tortura prevê, em seu artigo 1º, § 7º, que "o condenado por crime previsto nesta Lei, salvo a hipótese do § 4º (tortura por omissão), iniciará o cumprimento da pena em regime fechado", não proibindo, então, a progressão de regime. Neste caso prevalece o mandamento da Lei n. 9.455/97, já que é esta especial em relação à Lei n. 8.072/90 (Lei dos Crimes Hediondos) (15).

3.2 – Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Drogas Afins

Também são equiparados aos crimes hediondos os crimes de "tráfico ilícito de entorpecente e drogas afins". Como, então, saber quais são estes, se a Lei Antitóxicos (Lei n. 6.368/76) não definiu, por meio de específico nomen juris, o que é tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins? A resposta é encontrada na doutrina e a jurisprudência, que, atualmente, tem consolidado a posição de que o crime de tráfico é abrangido pelas condutas tipificadas nos artigos 12, 13 e 14 da Lei n. 6.368/76.

Então, as condutas previstas nestes artigos 12, 13 e 14 da Lei n. 6.368/76, conseqüentemente sofrerão as restrições determinadas pela Lei de Crimes Hediondos (a insuscetibilidade de anistia, graça e indulto; a não concessão de fiança e liberdade provisória; o cumprimento de pena em regime integralmente fechado etc).

A doutrina e a jurisprudência eram pacíficas quanto a este entendimento até a entrada em vigor da nova Lei Antitóxico (Lei n. 10.409/02).

Sobre a nova lei, esta entrou em vigor com inúmeros vetos presidenciais, dentre os quais, todo o capítulo que definia os crimes de tóxicos e o artigo 59 que determinava a revogação da Lei n. 6.368/76. Desta mesclagem legislativa resulta a coexistência de dispositivos das duas leis antitóxicos. No que for omissa a nova lei, aplica-se disposição da Lei n. 6.368/76; No que a Lei n. 6.368/76 for contrária à nova lei, aplica-se disposição da Lei n. 10.409/02.

Ocorre que a nova Lei Antitóxico, em seu artigo 27 (em pleno vigor) determina a aplicação subsidiária aos crimes de tóxicos, do Código Penal, do Código de Processo Penal e da Lei de Execução Penal. Veja-se:

Art. 27. O procedimento relativo aos processos por crimes definidos nesta Lei rege-se pelo disposto neste Capítulo, aplicando-se, subsidiariamente, as disposições do Código Penal, do Código de Processo Penal e da Lei de Execução Penal.

Da observância deste dispositivo, há diversos doutrinadores que defendem dentre outras, a possibilidade de progressão de regime de cumprimento de pena, em face da aplicabilidade da Lei de Execução Penal aos crimes de tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins. Ora, esquecem-se estes doutrinadores que a Lei dos Crimes Hediondos é especial em relação à Lei de Execução

Penal, daí a orientação mais correta é a de que prevalece a determinação da Lei n. 8.072/90 (cumprimento de pena em regime integralmente fechado).

Assim, conclui-se que continuam aplicáveis às condutas dos artigos 12, 13 e 14 da Lei n. 6.368/76 (tráfico ilícito de entorpecente e drogas afins) todas as determinações da Lei de Crimes Hediondos, sendo que a nova Lei Antitóxica nada proibiu quanto à aplicabilidade das disposições cabíveis da Lei n. 8.079/90.

3.3 – Terrorismo

A Lei n. 8.072/90, no seu artigo 2º, equipara aos crimes hediondos o "terrorismo", sendo o mesmo insuscetível de anistia, graça, indulto, fiança e liberdade provisória, dentre outras restrições. Contudo, não existe ainda uma figura de delito denominada "terrorismo". Daí, ainda não há de se falar em aplicação dos dispositivos da Lei n. 8.072/90 ao terrorismo.

Há doutrinadores, contudo, que defendem a existência de previsão do crime de terrorismo no artigo 20 da Lei n. 7.170/83, que define os crimes contra a segurança pública e a ordem política e social. Veja-se:

Art. 20 - Devastar, saquear, extorquir, roubar, seqüestrar, manter em cárcere privado, incendiar, depredar, provocar explosão, praticar atentado pessoal ou atos de terrorismo, por inconformismo político ou para a obtenção de fundos destinados à manutenção de organizações políticas clandestinas ou subversivas (grifo nosso).

Porém, tal entendimento não possui fundamento legal, já que esse dispositivo não descreve a conduta do infrator, e, se aplicado para repressão de "atos de terrorismo", estaria ferindo o princípio da legalidade (*nullum crimen sine lege*).

Em obra de sua autoria, Antônio Lopes Monteiro (16) cita Damásio E. de Jesus, que assim expressa:

Hoje inexistente delito como nomen juris terrorismo tipificando o fato crime comum ou contra a Segurança Nacional. De ver-se, contudo, que, enquanto a legislação ordinária não descrever especificamente os crimes de terrorismo [...], os fatos enquadrados como homicídio, lesão corporal, crime contra a Segurança Nacional etc, ainda que em sua natureza se apresentem com aquelas características, não poderão sofrer os efeitos do artigo 2º da Lei n. 8.072/90.

Finalizando com palavras de Alberto Silva Franco (17), conclui-se que:

A falta de um tipo penal que atenda, no momento presente, a denominação especial de "terrorismo" e que, em vez de uma pura "cláusula geral", exponha os elementos definidos que se abrigam nesse conceito, torna inócua, sob o enfoque de tal crime, a regra do artigo 2º da Lei n. 8.072/90.

De ressaltar por fim, que a doutrina penal não admite a analogia como forma de criar conduta típica. Ou o indivíduo comete, sob égide do nexos causal uma conduta descrita na lei como antijurídica, ou não comete crime algum, podendo, quando muito, praticar um ilícito civil, passível de reparação.

PARTE II: AS CONSEQÜÊNCIAS DA HEDIONDEZ

CAPÍTULO I: DA PRISÃO PROCESSUAL E DA LIBERDADE PROVISÓRIA

01 – PRISÃO TEMPORÁRIA

A prisão processual, também chamada de prisão provisória, tem natureza cautelar, e compreende, dentre outras, a prisão temporária, devidamente regulada pela Lei n. 7.960/89.

O que interessa, no caso dos crimes hediondos e assemelhados, é a ampliação do prazo da prisão temporária, determinada pelo artigo 2º, § 3º, da Lei n. 8.072/90, que, de 05 (cinco) dias, antes determinados pela Lei n. 7.960/89, passou a 30 (trinta) dias, podendo ser prorrogado por igual período, dependendo da necessidade e a requerimento de quem de direito (delegado de polícia ou representante do Ministério Público, quando avocar a apuração do fato), nos casos de crimes hediondos e assemelhados.

Veja-se as determinações legais:

Artigo 2º da Lei n. 7.960/89:

Art. 2º - A prisão temporária será decretada pelo Juiz, em face da representação da autoridade policial ou de requerimento do Ministério Público, e terá o prazo de 5 (cinco) dias, prorrogável por igual período em caso de extrema e comprovada necessidade.

Artigo 2º, § 3º da Lei n. 8.972/90:

Art. 2º -...

§ 3º - A prisão temporária, sobre a qual dispõe a Lei n. 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.

As justificativas para a dilatação do tempo da prisão temporária são pouco plausíveis, já que os crimes definidos como hediondos pela Lei n. 8.072/90 pouca novidade apresentou em relação aos que justificam a prisão temporária, dispostos na Lei n. 7.960/89. São basicamente os mesmos. Daí vale o entendimento de Rogério Schietti Machado Cruz (18) que entende:

Na verdade, ao estabelecer o legislador tão alongado prazo, o que se objetivou foi punir antecipadamente aquele sobre quem pairar a acusação de prática de crime hediondo, tortura, tráfico ilícito de entorpecente e terrorismo, estigmatizando-o perante a sociedade, que parece sentir-se aliviada com a sumária punição do indiciado.

Talvez tão alongado prazo se deu em virtude da violência e da gravidade dos crimes. Mas o prazo de 30 dias é muito longo; 60 dias, então, é longo demais, diante de uma prisão por mera suspeita. Em face disso, ensina Valdir Sznick (19):

Tem-se aqui a suspeita que não chega a ser um indício, mais muito menos: não passam de meros vestígios, sabedor das falhas do aparelhamento policial, da falta de trabalho científico com que opera a Polícia, deter alguém, por vestígios de autoria de crime, por 60 dias é correr o risco de cometer uma grande injustiça a um ser humano, ferindo não só a liberdade, mas também na sua dignidade – perante seus vizinhos e concidadãos – com uma detenção demorada.

Dúvidas surgem quanto à dilatação do prazo da prisão temporária. Refletiria esta sobre o prazo estabelecido para a ultimação do inquérito policial de réu preso, que é de 10 dias, conforme o artigo 10 do Código de Processo Penal?

A maioria dos doutrinadores entende que não, que o prazo máximo para a conclusão do inquérito policial continua a ser de 10 dias, mesmo em caso de crimes hediondos, e não de 30 (trinta) ou até mesmo 60(sessenta) dias. Da mesma forma, considera-se inaceitável a prorrogação da entrega do inquérito policial em até 60 (sessenta) dias, onde, de consequência, seria este prazo somado aos 81 (oitenta e um) determinados para a ultimação do processo criminal, no caso de rito comum.

02 – FIANÇA E LIBERDADE PROVISÓRIA

A liberdade provisória é concedida mediante fiança ou sem fiança. Tal instituto tem por finalidade liberar o processado da prisão cautelar, fazendo com que o acusado se defenda solto.

Quanto a estes institutos referidos na Lei dos Crimes Hediondos, vale aqui a análise do inciso XLIII do artigo 5º da CF/88:

XLIII - a lei considerará crimes inafiançáveis [...] a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos [...].

Também, veja-se a determinação do artigo 2º, inciso II, da Lei n. 8.072/90:

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

...

II - fiança e liberdade provisória.

Muito se discutiu acerca da ausência, no mandamento constitucional, da proibição de se conceder liberdade provisória ao acusado por prática de crime hediondo e assemelhados. Veja-se que o inciso constitucional determina que tais crimes são "inafiançáveis", enquanto a lei ordinária estabelece ser estes "insuscetíveis de fiança e liberdade provisória". Trata-se, então, de um dispositivo inconstitucional?

Ora, insensatez seria admitir a inconstitucionalidade do inciso II do artigo 2º da Lei n. 8.072/90, como bem afirma Antonio Lopes Monteiro (20):

A inconstitucionalidade de uma lei deve ser analisada sob o prisma da possível ofensa a alguma disposição expressa da Constituição, ou a algum dos chamados princípios fundamentais constitucionais. Ora, em nenhum dispositivo constitucional é defeso que lei ordinária venha a proibir a concessão da liberdade provisória neste ou naquele caso.

É válida também aqui a análise do artigo 5º, inciso LXVI, da CF/88 que dispõe que "ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança". Ora, a Constituição é clara ao determinar que a liberdade provisória somente será cabível quando lei ordinária a admitir, e, a Lei n. 8.072/90 não o fez. Neste sentido, ensina Antonio Lopes Monteiro (21):

Por outro lado, ao mesmo tempo em que se afirma a garantia da liberdade provisória com ou sem fiança (artigo 5º, LXVI), ressalva-se a necessidade de uma lei a permiti-la. Note-se que a forma redacional do inciso – "quando a lei admitir" – não dá o caráter absoluto a este direito-garantia, deixando como que pendente a exigência de uma lei ordinária para lhe dar eficácia plena.

No que pertine à fiança, a proibição é, praticamente, inócua. Ora, ela não pode ser concedida, segundo o Código de Processo Penal, nos crimes punidos com reclusão cometidos com violência contra a pessoa ou grave ameaça (artigo 323, V).

Com essa vedação prevista no Código de Processo Penal, dos crimes hediondos, à exceção da epidemia com resultado morte (artigo 267, § 1.º, do CP) e da falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais (artigo 273, caput, e §§ 1º, 1º-A e 1-B, do CP), todos os demais são cometidos com violência ou grave ameaça. Assim, nunca foram afiançáveis.

Pois bem, mesmo os dois crimes que restaram (artigos 267, § 1.º, e 273, ambos do Código Penal) não são afiançáveis em razão da pena mínima cominada em abstrato ser superior a 2 anos (20 e 10 anos, respectivamente).

Quanto aos crimes assemelhados aos hediondos, afasta-se, desde logo, a tortura e o terrorismo, ambos praticados com violência ou grave ameaça à pessoa. No que concerne ao tráfico de entorpecentes (artigos 12, 13 e 14), suas penas mínimas, fixadas abstratamente em 3 anos, tornam inviável a fiança. A hipótese de tentativa é possível tecnicamente, todavia de difícil reconhecimento na prática, porque são crimes de ação múltipla ou de conteúdo variado.

CAPÍTULO II: DA APLICAÇÃO DA PENA E DO RECURSO

01 – A APLICAÇÃO DA PENA NA LEI DOS CRIMES HEDIONDOS

Com a Lei dos Crimes Hediondos, as penas para crimes ali previstos foram aumentadas de maneira sensível, especialmente quanto ao seu mínimo; trouxe penas mais severas como instrumento ameaçador à onda criminosa, representando terror contra terror.

Brasileira de Ciências Criminais, n. 29. São Paulo: RT, 2000, p. 167 - 192.

Além da significativa ampliação do quantum das penas para crimes hediondos, a Lei n. 8.072/90 trouxe mais uma causa de aumento determinado por seu artigo 9º. Curiosas são as causas de diminuição de pena determinadas pelos artigos 7º e 8º, parágrafo único, da Lei: funciona como bater na cabeça do acusado com um martelo e depois lhe dar "melhoral" para aliviar a dor. Aí sai todo mundo falando do "melhoral" para não falar da martelada (22).

1.1 – Causa de Aumento Determinada Pelo Artigo 9º da Lei n. 8.072/90

A Lei dos Crimes Hediondos, em seu artigo 9º, criou nova causa de aumento de pena para alguns dos crimes nela determinados, distinta das agravantes genéricas definidas pelos artigos 61 e 62 do Código Penal.

Veja-se a determinação do artigo 9º da Lei n. 8.072/90:

Art. 9º - As penas fixadas no artigo 6º para os crimes capitulados nos artigos 157, § 3º, 158, § 2º, 159, caput e seus §§ 1º, 2º e 3º, 213, caput, e sua combinação com o artigo 223, caput e parágrafo único, 214 e sua combinação com o artigo 223, caput e parágrafo único, todos do Código Penal, são acrescidas de metade, respeitado o limite superior de 30 (trinta) anos de reclusão, estando a vítima em qualquer das hipóteses referidas no artigo 224 também do Código Penal.

Veja-se, também, a determinação do artigo 224 do Código Penal:

Presunção de violência

Art. 224 - Presume-se a violência, se a vítima:

- a) não é maior de 14 (catorze) anos;
- b) é alienada ou débil mental, e o agente conhecia esta circunstância;
- c) não pode, por qualquer outra causa, oferecer resistência.

Dessa forma, o artigo 224 do Código Penal, que até a edição da Lei dos Crimes Hediondos apenas criava a presunção de violência nos delitos contra os costumes previstos no Código Penal, passou a dispor sobre uma causa de aumento de pena para os crimes do artigo 9º da Lei, quais sejam: latrocínio, extorsão qualificada pela morte, extorsão mediante seqüestro simples e qualificada, estupro e atentado violento ao pudor simples e qualificada.

Note-se que a causa de aumento do artigo 224 do Código Penal agora incide não apenas sobre crimes contra os costumes, mas também sobre crimes contra o patrimônio.

Os reflexos do artigo 9º da Lei n. 8.072/90 sobre algumas figuras típicas causam certa estranheza, como, por exemplo, quando tal dispositivo determina que a pena do artigo 157, § 3º do CP será acrescida da metade. Ora, crime hediondo é apenas o determinado no artigo 157, § 3º, in fine, qual seja, latrocínio, e não roubo de que resulte lesão corporal grave (artigo 157, § 3º, 1ª parte). Vale aqui as palavras de João José Leal (23):

O crime de roubo qualificado pelo resultado lesão corporal grave (artigo 157, § 3º, 1ª parte) não foi rotulado pelo artigo 1º como crime hediondo, mas acabou sendo atingido pelo disposto no artigo 9º da LCH. É mais uma das contradições e inconveniência desta lei.

Outra estranha situação causada pelo artigo 9º da Lei n. 8.072/90 é a que iguala a pena mínima e máxima a determinados tipos nele mencionados. Veja-se, por exemplo, o latrocínio cometido contra um menor de catorze anos. A pena é de 20 (vinte) a 30 (trinta) anos, aumentada da metade pela idade da vítima, resultando, em abstrato, em pena de 30 (trinta) a 45 (quarenta e cinco) anos. Como o juiz não pode fixar pena superior a 30 (trinta) anos, não há como individualizar a sanção que, necessariamente, será fixada no patamar de 30 (trinta) anos.

Situação como esta ofende diretamente o princípio constitucional da individualização da pena (artigo 5º XLVI da CF), onde o julgador fica sem possibilidade de fazer uso desta, já que os marcos punitivos mínimo e máximo coincidem.

Outra situação deriva da análise do artigo 9º que estabelece acréscimo para os "artigos 213, caput, e sua combinação com o artigo 223, caput e parágrafo único, 214 e sua combinação com o artigo 233, caput e parágrafo único". Entendimento há que se a vítima, por exemplo, for menor de quatorze anos, e a presunção de violência já foi utilizada para tipificar a conduta criminosa, não poderá ser utilizada novamente, agora como causa de aumento de pena. Admitir dupla utilização do artigo 224 do Código Penal, ora para tipificar a infração penal, ora para aumentar a pena de metade, sem dúvida alguma, incidiria bis in idem.

1.2 – Causas de Diminuição de Pena Determinadas Pela Lei n. 8.072/90

A Lei de Crimes Hediondos prevê causas de diminuição de pena, e não atenuantes, já que, diverso das atenuantes genéricas do artigo 65 do Código Penal, determinam o quantum da diminuição e podem reduzir a pena abaixo do mínimo cominado para o delito.

São as causas de diminuição da pena na Lei n. 8.072/90, as determinadas nos artigos 7º e 8º, parágrafo único.

1.2.1 – Delação Eficaz – Artigo 7º

O artigo 7º da Lei n. 8.072 assim dispõe:

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

Art. 159 -...

§ 4º - Se o crime é em concurso, o concorrente que o denunciar à autoridade, facilitando a libertação do seqüestrado, terá sua pena reduzida de um a dois terços.

Este instituto de redução, que beneficia o co-autor ou o partícipe da extorsão mediante seqüestro que informa à autoridade (seja ela Delegado de Polícia, Promotor de Justiça ou Juiz de Direito) a ocorrência típica, de modo a tornar mais fácil a libertação do seqüestrado, refere-se à chamada "delação premiada".

Da análise do dispositivo extrai-se que essa causa de diminuição de pena é aplicável apenas ao crime previsto no artigo 159 do Código Penal, qual seja, extorsão mediante seqüestro praticado em concurso de pessoas, e não aos outros crimes hediondos.

Notável também é que o dispositivo não exige que o crime seja praticado por quadrilha ou bando, sendo suficiente que a extorsão mediante seqüestro seja praticada em concurso de pessoas (co-autoria ou participação), beneficiando, assim, com a causa redutora, tanto o co-autor como o partícipe.

A delação deve ser eficaz, isto é, deve proporcionar a libertação do seqüestrado. Se a libertação não ocorrer por qualquer motivo, o benefício não poderá ser aplicado, mas o juiz poderá considerar o fato como uma atenuante genérica.

O Juiz deve reduzir a pena do réu delator à razão de 1/3 (um terço) a 2/3 (dois terços). Quanto maior tiver sido sua contribuição para a libertação do seqüestrado, tanto maior será a redução de sua sanção privativa de liberdade. Trata-se, evidentemente, de circunstância de caráter pessoal que não se comunica aos demais agentes.

Por fim, vale esclarecer que o instituto da delação não visa tão-somente premiar o delator, mas também, e principalmente, facilitar a liberação do seqüestrado. E é esse o objetivo da lei quando dispõe no § 4º do artigo 159 do Código Penal que a delação deve facilitar a liberação do seqüestrado.

1.2.2 – Traição Benéfica – Artigo 8º, Parágrafo Único

O caput do artigo 8º dispõe sobre o aumento de pena para o crime de quadrilha ou bando, que antes era de 1 a 3 anos e agora é de 3 a 6 anos, quando se tratar de crimes hediondos e assemelhados.

Quanto à redução da pena, esta se encontra no parágrafo único do referido dispositivo, que assim dispõe:

Art. 8º -...

Parágrafo único - O participante e o associado que denunciar à autoridade o bando ou quadrilha, possibilitando seu desmantelamento, terá a pena reduzida de 1/3 (um terço) a 2/3 (dois terços) (24).

Delação deve ser feita à autoridade (Delegado, Promotor ou Juiz) sobre a existência da quadrilha ou do bando, e precisa ser eficaz, ou seja, deve proporcionar o desmantelamento da quadrilha ou bando.

O beneficiário da redução será "o participante e o associado". Por associado entende-se o membro da quadrilha ou bando que além do crime de "associação para o fim de cometer crimes", comete "crime hediondo ou assemelhado". É assim porque a associação é um delito autônomo. Dessa forma, se além da associação, houver ainda o cometimento de crime hediondo ou assemelhado, dois são os crimes. Por sua vez, por participante entende-se o terceiro que de alguma forma contribuiu para o crime praticado.

Feitas estas considerações, conclui-se que o associado será beneficiado nas penas dos dois crimes (o de associação e o do crime cometido, qual seja, o objeto da associação) e o participante na pena do crime cometido.

02 – APELO EM LIBERDADE

Pelo mandamento do artigo 594, do Código de Processo Penal, em caso de condenação, o réu que se encontra solto só poderá apelar em liberdade se for primário e de bons antecedentes. Contudo, ao que se refere aos crimes hediondos e assemelhados, esta regra deixou de ser aplicada em face do § 2º, artigo 2º, da Lei n. 8.072/90 que dispõe que o juiz decidirá se o réu poderá ou não apelar em liberdade, desde de que justifique sua decisão.

Diante da determinação do § 2º de que "em caso de sentença condenatória, o juiz decidirá fundamentadamente se o réu poderá apelar em liberdade", deve-se analisar as duas situações em que se pode encontrar o réu na época da condenação: estar o réu preso e estar o réu solto, quando da sentença condenatória.

No primeiro caso, onde o réu respondeu ao processo preso, em caso de condenação, deverá ser mantido no cárcere, já que sua liberação equivaleria à concessão de liberdade provisória, vedada pela própria Lei dos Crimes Hediondos.

No segundo caso, onde o réu se encontra solto quando da sentença condenatória, é que se aplica a determinação do § 2º do artigo 2º da Lei n. 8.072/90. Assim, tal dispositivo é aplicável tão-somente aos réus que responderam o processo em liberdade, já que contra eles não foi decretada qualquer tipo de prisão processual. Outra interpretação não haveria.

Outro problema surge do mandamento do § 2º, do artigo 2º, da Lei n. 8.072/90 que permite o apelo em liberdade da sentença condenatória em crimes hediondos e assemelhados, inclusive tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins. É que a Lei Antitóxicos (Lei n. 6.368/76), em seu artigo 35, estabelece que o réu condenado pela prática dos crimes definidos nos artigos 12 ou 13 não pode apelar em liberdade.

Dessa análise pergunta-se: foi, então, revogado o artigo 35 da Lei n. 6.368/76?

Segundo Victor Eduardo Rios Gonçalves (25), existem duas correntes que procuram explicar tal questão:

Surgiram duas correntes. A primeira entende que sim, porque a lei posterior tratou do mesmo assunto de forma diversa. A segunda argumenta que não, porque o artigo 10 da Lei dos Crimes Hediondos criou um parágrafo único no artigo 35, determinando a contagem dos prazos procedimentais em dobro nos crimes de tráfico. Ora, se introduziu um parágrafo no artigo 35, o legislador não queria revogá-lo. Essa é a opinião amplamente majoritária.

E continua o mesmo autor:

Como então conciliar os dois dispositivos? Segundo a doutrina dominante, a regra é a do artigo 35, caput, da Lei de Tóxicos (o juiz deve decretar a prisão). Assim, o artigo 2º, § 2º da Lei de Crimes Hediondos será aplicado apenas em situações excepcionais em que o juiz, fundamentando sua decisão, poderá deixar de decretar a prisão. Ex.: réu idoso, doente etc.

CAPÍTULO III: DA EXECUÇÃO DA PENA

01 – O REGIME DE CUMPRIMENTO DE PENA

1.1 – Considerações Iniciais

Sem dúvida alguma, a questão mais polêmica acerca da Lei n. 8.072/90 é a que se refere à proibição de progressão de regime prisional aos condenados por crime hediondos ou assemelhados.

Tanto no Código Penal Brasileiro como na Lei de Execução Penal (Lei n. 7.210/84), adotou-se o sistema progressivo de cumprimento de pena privativa de liberdade. O Código Penal regula a execução da pena privativa de liberdade segundo três regimes: fechado, semi-aberto e aberto, sendo que a pena de reclusão deverá ser cumprida nos regime fechado, semi-aberto e aberto e a de detenção nos regimes semi-aberto e aberto (artigo 33, caput). Além disso, determina o § 2º, do artigo 33, do CP que a execução da pena deve dar-se de modo progressivo, segundo o mérito do condenado. Já o § 3º determina que o regime inicial de cumprimento da pena será estabelecido com observâncias às circunstâncias determinadas pelo artigo 59 do Código Penal.

Também a Lei de Execução Penal estabelece em seu artigo 112 que "a pena privativa de liberdade será executada em forma progressiva, com a transferência para regime menos rigoroso", visando assim a gradual integração social do condenado quando este demonstra estar preparado para tal. Júlio Fabbrini Mirabete (26), quanto a isso, bem ensina:

Tendo em vista a finalidade da pena, de integração ou reinserção social, o processo de execução deve ser dinâmico, sujeito a mutações ditadas pela resposta do condenado ao tratamento penitenciário. Assim, ao dirigir a execução da pena para a "forma progressiva", estabelece o artigo 112 a progressão, ou seja, a transferência do condenado de regime mais rigoroso a outro menos rigoroso quando demonstra condições de adaptação ao mais suave. De outro lado, determina a transferência de regime menos rigoroso para outro mais rigoroso quando o condenado demonstrar inadaptação ao menos severo, pela regressão, que ocorre nas hipóteses do artigo 118 da Lei de Execução Penal.

O sistema progressivo visa a ressocialização do condenado para sua reinserção social, onde as penas devem ser executadas progressivamente, conforme o preenchimento de requisitos objetivos e subjetivos.

Todavia, em 1990 foi promulgada a Lei dos Crimes Hediondos trazendo, no artigo 2º, § 1º, a seguinte determinação:

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

Ora, que se viu foi que, na ferocidade de dificultar a vida dos criminosos, o legislador acabou-se por embaraçar, editando dispositivo que colide com o sistema progressivo de cumprimento de pena adotado pelo Código Penal Brasileiro e pela Lei de Execução Penal, já que os autores de crimes hediondos e assemelhados devem cumprir integralmente a penas no regime fechado, independentemente da quantidade da pena aplicada e da reincidência ou não dos condenados.

Na mesma linha de raciocínio de Alberto Silva Franco (27), nota-se que o dispositivo em comento além de ser um desestímulo a ressocialização do condenado, ainda proporciona a diminuição de rotatividade de presos recolhidos em estabelecimentos penitenciários que já demonstram estar espantosamente saturados. Além disso, a manutenção num presídio de condenado por largo espaço de tempo causa a desesperança no sentido de se obter um tratamento mais favorável e, até mesmo, a liberdade, surgindo daí o inconformismo e o que se vê diariamente: rebeliões. E tudo isso, infelizmente, demonstra, ao final, a inutilidade do sistema penal.

1.2 – Princípios Constitucionais da Humanidade e da Individualização da Pena

Preliminarmente vale aqui estabelecer a finalidade da pena. Três teorias procuram justificar a aplicação da pena:

a) pela teoria absoluta, ou retributiva, a pena funciona apenas como uma retribuição, recompensando o mal com outro mal, aliás, a pena não tem finalidade, tendo como fim ela própria;

b) pela teoria relativa, ou preventiva, a pena visa prevenir a prática de novos delitos, podendo a prevenção ser de caráter geral (com relação a todos) ou especial (com relação ao condenado);

c) pela teoria mista, ou intermediária, a pena tem caráter retributivo e, ao mesmo tempo, preventivo. É preventiva porque visa prevenir a prática de novos crimes, e é retributiva porque a qualidade e a quantidade da pena deve ser de acordo com a gravidade do delito e o grau de culpabilidade do agente.

Inegavelmente, a pena tem caráter retributivo, vez que funciona como verdadeira expiação. Contudo, a pena também tem a finalidade de prevenir a prática de novos delitos, seja pelo próprio condenado, seja pela sociedade em geral. Portanto a pena é isto, um misto de retribuição e prevenção, correção e educação. Deve corresponder à idéia de humanizar, além de punir. E deve ser assim, pois a pena cuja única finalidade é a retribuição nada se distingue da vingança.

Feitas estas considerações, resta-se agora analisar a disposição da Lei n. 8.072/90 que determina, para condenado por crime hediondo e assemelhado, o cumprimento da pena privativa de liberdade em regime integralmente fechado. Defende-se, com sérios fundamentos, a inconstitucionalidade do dispositivo baseando-se nos princípios constitucionais da humanidade e da individualização da pena.

O princípio da humanidade da pena limita o exercício do jus puniendi do Estado, em respeito à vida e à dignidade da pessoa humana e decorre de diversos dispositivos constitucionais, dentre os quais o inc. III, do artigo 5º, que dispõe: "Ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante" ou o inc. XLVII que dispõe "Não haverá penas: a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do artigo 84, XIX; b) de caráter perpétuo; c) de trabalhos forçados; d) de banimento; e) cruéis".

Hans-Hainrich Jescheck, citado por Luís Flávio Gomes (28), leciona:

O princípio da humanidade das penas impõe que todas as relações humanas que o Direito Penal faz surgir no mais amplo sentido se regulem sobre a base de uma vinculação recíproca, de uma responsabilidade social frente ao delinqüente, de uma livre disposição à ajuda e assistência sociais e de uma decidida vontade de recuperação do condenado... dentro dessas fronteiras, impostas pela natureza de sua missão, todas as relações humanas reguladas pelo Direito Penal devem estar presididas pelo princípio da humanidade.

Isto posto, pergunta-se: há alguma humanidade ou tentativa de ressocialização em estabelecer-se regime integralmente fechado a um apenado? Evidentemente não. A ideologia que norteou a feitura deste absurdo jurídico-penal é a baseada no sistema punitivo-expiatório, onde a pena tem por finalidade pagar um mal causado com um mal, apenas uma retribuição, quando não até vingança.

Ignorou o legislador, inclusive, que mais efetiva que a pena elevada é a pena certa; mais intimidante que a sanção rigorosa é a sanção eficaz. A pena somente quando é justa e quando é aplicada de modo infalível e rapidamente é que pode gerar algum efeito preventivo.

Conclui-se com lição de Alberto Silva Franco (29):

Pena executada, com um único e uniforme regime prisional, significa pena desumana, porque inviabiliza um tratamento penitenciário racional e progressivo; deixa o recluso sem esperança alguma de obter a liberdade antes do termo final do tempo de sua condenação e, portanto, não exerce nenhuma influência psicológica positiva no sentido de seu reinserimento social; e, por fim, desampara a própria sociedade na medida em que devolve o preso à vida societária após submetê-lo a um processo de reinserção às avessas, ou seja, a uma dessocialização.

A exclusão do sistema progressivo pela Lei dos Crimes Hediondos também conflita com o princípio da individualização da pena.

Para melhor entendimento, parta-se da interpretação da garantia constitucional inserta no artigo 5º, inc. XLVI, da CF que determina: "a lei regulará a individualização da pena[..]". Veja-se que o legislador constituinte determinou que a individualização da pena deve ser observada quando da elaboração de norma penal e, dessa forma, a lei que generaliza a aplicação da pena, desconsiderando a individualidade do agente, será inconstitucional.

Além do que, a não-progressividade de regime determinada por lei destitui o juiz do poder de particularizar a pena. A Lei de Execução Penal contém a regulamentação adequada para a individualização da pena, em nível de execução. Se o legislador ordinário considerava branda demais a Lei n. 7.210/84, que estabelecesse novas regras para a individualização, não que a impedisse. Se queria dar tratamento rigoroso a essa "etiqueta" de delinqüentes, que o fizesse, mas

usufruindo de seus meios, e não invadindo a competência do Judiciário. Agravar a execução é uma coisa; destituir o juiz do poder de particularizar o regime é outra.

Alberto Silva Franco (30) manifesta-se a respeito:

Embora a Carta Magna afirme que "a lei regulará a individualização da pena", força é convir que a lei poderá dar parâmetros para a atuação judicial, mas não poderá, de modo algum, obstar que se realize a individualização punitiva. Destarte, lei ordinária que estabeleça pena fixamente determinada na sua quantidade, ou que impeça a discricionariedade vinculada do juiz na sua aplicação ou não permita a atividade judicial concretizadora na sua execução, é lei inaceitável, do ponto de vista constitucional.

Portanto, lamentavelmente, esta não é opinião isolada acerca da constitucionalidade do § 1º do artigo 2º da Lei n. 8.072/90. Veja-se entendimento de Julio Fabbrini Mirabete (31):

Não ofende o referido dispositivo o princípio constitucional da individualização da pena, estabelecido no artigo 5º, XLVI, da Carta Magna, já que a lei considerou tão graves tais delitos que seus autores devem ser considerados como de periculosidade ímpar, a merecer a segregação mais severa.

Infelizmente, com esse entendimento de que nada há de inconstitucional na fixação de regime integral fechado, vêm decidindo reiteradamente o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça.

O § 1º, do artigo 2º é norma constitucional, reconhecida como tal pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal (HC n. 69.657 e n. 70.939). Há, no Superior Tribunal de Justiça, vários precedentes no mesmo sentido. Segundo os acórdãos dos tribunais mencionados, o trabalho de individualização da sanção não se esgota com a fixação do regime de cumprimento da pena. Não se vislumbra, portanto, ofensa ao princípio da individualização da pena.

1.3 – Fixação do Regime na Sentença

Como anteriormente demonstrado, a Lei de Crimes Hediondos determina que o condenado por crime nela etiquetado deve cumprir a pena privativa de liberdade em regime integralmente fechado. Portanto, pacífico é o entendimento de ser possível a progressão quando fixado apenas regime inicial fechado para o cumprimento das penas aos autores de crimes hediondos e assemelhados, quando a decisão houver transitado em julgado para a acusação.

Apesar de expressamente disposto na Lei dos Crimes Hediondos, para a aplicação de pena integral em regime fechado necessário se faz que o juiz mencione tal circunstância na sentença. Se na sentença for dito apenas que o regime inicial será o fechado e o Ministério Público não recorrer, o condenado terá direito à progressão. De outra forma, se houver recurso interposto apenas pelo réu em sentença que determina o cumprimento da pena em regime inicialmente fechado, o tribunal não está autorizado a reformar tal decisão para pior (regime integralmente fechado), caso contrário, incidiria em reformatio in pejus.

Outra questão surge quando o juiz omite na sentença o regime prisional. Entende o STF, como tantos outros tribunais pelo País, que quando condenado por crime hediondo ou assemelhados e há na sentença omissão quanto ao modo de cumprimento da pena, deve o cumprimento da pena se dar em regime "integralmente fechado", por força da disposição legal contida na Lei n. 8.072/90.

1.4 – A Possibilidade Do Regime Progressivo em Face da Lei de Tortura

A Lei n. 9.455, de 07.04.1997, que define os crimes de tortura e dá outras providências, no § 7º, do artigo 1º, esclarece: "o condenado por crime previsto nesta Lei, salvo a hipótese do § 2º, iniciará o cumprimento da pena em regime fechado". Vale dizer, já não exige que, no crime de tortura, a pena seja cumprida integralmente em regime fechado, mas apenas no início.

Em função desta determinação, parte da doutrina e jurisprudência quis estender essa regra para os crimes hediondos, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e terrorismo, sob o argumento de que a Constituição Federal determinou a estes delitos tratamento paritário. Essa argumentação, portanto, não logrou êxito, já que a Lei n. 9.455/97 é específica para os crimes de tortura, não incidindo sobre qualquer dos outros crimes dispostos na Lei n. 8.072/90. Dessa forma, a obrigatoriedade de cumprir pena em regime fechado continua a existir nos crimes hediondos,

tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afim e terrorismo e, somente para os crimes de tortura admite-se a progressão de regime.

Veja-se o claro ensinamento de Julio Fabbrini Mirabete (32):

Por incoerência do legislador, ao definir o crime de tortura, equiparado a crime hediondo por força do artigo 1º da Lei n. 8.072/90, a Lei n. 9.455/97, prevê para o condenado o regime inicial fechado (§ 7º), não proibindo assim a progressão caso ele venha a preencher os requisitos legais. Tratando-se, porém de regra especial para o crime de tortura, a possibilidade de progressão não se estender aos demais crimes hediondos ou equiparados, vigendo para estes ainda a regra do artigo 2º, §2º, da Lei n. 8.072/90, que determina para o agente o cumprimento integral em regime fechado.

Nesse ponto, o legislador ordinário resolveu ser mais condescendente, já que não é o cumprimento da pena em regime integralmente fechado que diminui a incidência dos crimes etiquetados na Lei de Crimes Hediondos.

1.5 – A Aplicação Temporal do Regime Fechado

Em análise ao parágrafo único do artigo 2º, do Código Penal, extrai-se que, tratando-se de norma penal mais benéfica, a regra a ser aplicada é a da retroatividade da lei mais favorável. A irretroatividade aplica-se, tão só, à lei penal mais severa.

Pois bem, muito se discute acerca da aplicabilidade, ou não, da regra do § 1º, artigo 2º, da Lei n. 8.072/90 (cumprimento da pena em regime integralmente fechado) aos condenados por fatos ocorridos antes de sua vigência. Para Antônio Lopes Monteiro (33), a aplicação deste dispositivo, mesmo que mais severo, aos crimes hediondos e assemelhados é imediata, mesmo para os crimes cometidos antes da vigência desta lei.

Nesse mesmo sentido é a opinião de Julio Fabbrini Mirabete (34), que acrescenta ainda que, por tratar de matéria exclusivamente processual (de execução penal), não vigora a regra de

retroatividade da lei mais benéfica. Aplica-se assim, segundo o doutrinador, a regra geral *tempus regit actum* (artigo 2º do Código de Processo Penal).

Contudo, os defensores desta tese sustentam ainda que, aos condenados que já estejam cumprindo a pena em regime semi-aberto ou aberto, beneficiados que foram desde a sentença condenatória ou com a progressão, não lhes são aplicável a disposição da nova lei, retroagindo ao regime fechado, caso contrário haveria afronta à coisa julgada.

Mas, contrário à aplicação imediata do dispositivo, é o acertado entendimento de Alberto Silva Franco (35):

Implica, ainda, [o princípio da legalidade] na não-retroatividade de normas legais, que versem sobre a fase executória da pena, e que se mostrem idôneas a agravá-la, ou na retroatividade dessas mesmas normas, no caso de minorá-la. Porque "a maior ou menor severidade do regime prisional liga-se, em primeira e última análise, com a própria qualidade da resposta penal", não podendo ele (o regime prisional) "ser objeto da modificação por lei posterior ao crime, que seja mais gravosa. Do contrário, haverá viva ofensa à garantia constitucional da irretroatividade da lei mais draconiana (artigo 5º, inc. XL)". A acolhida do princípio da legalidade, na execução penal, é, portanto, inconciliável com a aplicação imediata do novo dispositivo legal que incida negativamente sobre a situação prisional do executado.

Felizmente, a grande maioria dos tribunais brasileiros, inclusive o STF, vem decidindo que proibida é a retroatividade da lei mais severa, admitindo, assim, a progressão no caso de crime praticado antes da vigência da Lei dos Crimes Hediondos.

02 – A APLICABILIDADE DAS PENAS ALTERNATIVAS A CRIMES HEDIONDOS

O Código Penal, no seu artigo 32, vale lembrar, dividiu as penas em privativas de liberdade, restritivas de direito e de multa, tratando-se de reprimendas distintas, possuindo, cada uma, características próprias e diferenciadas entre si.

Pois bem, ao que interessa neste tópico, a Lei n. 9.714/98, que altera dispositivos do Código Penal (artigos 43, 44, 45, 46, 47, 55 e 77), fixa, no artigo 44, requisitos objetivos e subjetivos para a substituição da pena privativa de liberdade pelas restritivas de direito (doutrinariamente alcunhadas de "penas alternativas"). Os requisitos objetivos que deverão ser cumpridos são: a) a pena inferior ou igual a 04 (quatro) anos, se o crime for doloso; b) crime praticado sem violência ou grave ameaça a pessoa; c) réu não reincidente em crime doloso. Quanto aos requisitos subjetivos, necessário se faz a análise dos seguintes elementos: a) culpabilidade; b) antecedentes; c) conduta social e a personalidade do condenado; d) motivos e circunstâncias do crime.

Nota-se que os requisitos a serem obedecidos para haver a substituição da pena privativa de liberdade pelas restritivas de direito são somente estes acima enumerados, nenhum mais. E mais, sabido é que normas fixadas em lei geral (no caso o Código Penal) são aplicáveis em fatos incriminados em leis especiais, se estas não dispuserem de forma diversa (conforme artigo 12 do Código Penal).

Assim, nessa linha de raciocínio, a Lei n. 8.072/90, que é especial, definiu os crimes hediondos e os assemelhados, e disciplinou diversas normas de direito penal, processo penal e execução aplicáveis aos crimes ali definidos, mas nada dispôs acerca da impossibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direito, que deixa acreditar que é plenamente possível a aplicação das penas alternativas aos crimes hediondos e assemelhados (claro que excluídos aqueles cujas penas aplicadas excedam 4 anos e os praticados com violência e grave ameaça à pessoa).

Essa conclusão se dá com base no princípio da legalidade, também conhecido como da reserva legal ou da anterioridade da lei, consagrado no artigo 1º, do Código Penal, e constitucionalizado no artigo 5º, incisos XXXIX e XL, da CF/88. Ora, se nem o Código Penal e nem a Lei n. 8.072/90 proibiu a aplicação de penas alternativas aos crimes hediondos e equiparados, não cabe ao interprete fazê-lo por conta própria, em face ao princípio da legalidade.

Outra questão se refere a previsão da Lei n. 8.072/90 que estabelece o regime integralmente fechado para o cumprimento da pena privativa de liberdade. Seria então incompatível a substituição da pena em face desta determinação? Sábios doutrinadores crêem que não. Luiz Flávio Gomes (36) entende que:

o regime fechado determinado pela lei dos crimes hediondos somente é válido para a fase de execução da pena de prisão. Se o juiz entende que a prisão imposta deve ser substituída por outra

sanção alternativa, não se chega a execução da pena de prisão (isto é, não se chega a sua fase executiva). Logo, não é o caso de se aplica o "regime fechado". Só se pode falar em "regime" na fase de execução da pena de prisão.

Assim, quando da aplicação da pena privativa de liberdade, o juiz deve fixar o regime inicial de seu cumprimento para, posteriormente examinar obrigatoriamente, conforme seja necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime, a substituição por outra espécie de pena, se cabível. Mas a substituição se dá sempre antes da fase de execução da pena.

Feitas estas considerações, conclui-se que, na prática, as penas alternativas definidas no artigo 43 do Código Penal, poderão ser aplicadas (desde de que preenchidos os requisitos) no crime hediondo definido no artigo 273, § 2º, do CP (falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais na modalidade culposa), já que a conduta não é realizada com violência ou grave ameaça, e sim mediante fraude, e a pena, no caso de tentativa, pode ser inferior a 4 (quatro) anos.

Quanto à aplicabilidade das penas alternativas aos crimes equiparados aos hediondos, ao que se refere ao terrorismo, inaplicável a substituição, já que é este não ainda tipificado. Da mesma forma, inadmissível a substituição em caso de tortura, que, para sua configuração, necessário se faz o emprego de violência e grave ameaça e para a substituição, por sua vez, pressupõe-se que o crime não seja praticado em tais circunstâncias. Já quanto ao tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, admite-se a imposição de penas alternativas, tendo em vista que as penas mínimas previstas nos artigos 12, 13 e 14 da Lei n. 6.368/76 é de 03 (três) anos de reclusão.

Mas nunca se deve esquecer, que o tratamento mais leve, no caso a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direito (ou alternativa), está sempre condicionado as circunstâncias subjetivas e objetivas definidas no artigo 44 do Código Penal.

03 – LIVRAMENTO CONDICIONAL E REINCIDÊNCIA ESPECÍFICA

A Lei n. 8.072/90, através de seu artigo 5º, acrescentou o inciso V ao artigo 83 do Código Penal que dispõe sobre os requisitos para a concessão do livramento condicional. O novo dispositivo determina que o condenado por crime hediondo ou assemelhado obterá a concessão do livramento condicional se, além de preencher os requisitos já determinados pelo Código Penal

(pena fixada na sentença igual ou superior a dois anos, bom comportamento carcerário, ausência de periculosidade etc), preencher mais dois novos requisitos, quais sejam: 1º) o cumprimento de mais de dois terços da pena; e 2º) não ser ele reincidente específico. Veja-se a determinação legal:

Art. 5º - Ao artigo 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.

Ao que se refere o primeiro requisito (o tempo de cumprimento de pena para concessão do livramento condicional), à primeira vista parece haver um choque com o artigo 2º, § 1º, da Lei dos Crimes Hediondos, que determina o cumprimento da pena em regime integralmente fechado. Ora, se condenado por crime hediondo ou assemelhado deve cumprir a integridade da pena em regime fechado, como, então, aceitar que após o cumprimento de dois terços da pena imposta (e não a integridade desta) tenha ele a concessão do livramento condicional?

Na verdade, a contradição existente entre o artigo 83, inciso V, do Código Penal e o artigo 2º, § 1º, da Lei dos Crimes Hediondos é apenas aparente. A doutrina, quase que na sua totalidade, defende ser as duas disposições conciliáveis. Veja-se que, presentes os pressupostos autorizadores da concessão do livramento condicional, é inquestionavelmente permitida a concessão do benefício, ficando o condenado em regime exclusivamente fechado até a concessão de sua liberdade condicional. Em outras palavras, enquanto não puder se beneficiar com o livramento condicional, o condenado por crime hediondo ou assemelhado deverá cumprir a pena integralmente no regime fechado, sem poder obter progressão para regime mais leve.

O segundo requisito a ser obedecido para a concessão do livramento condicional ao condenado por crime hediondo ou assemelhado é que não seja ele "reincidente específico em crimes dessa natureza". Então, sendo o condenado reincidente específico, inadmissível é a concessão do livramento condicional para este.

Mas, o que vem a ser a "reincidência específica"? A Lei dos Crimes Hediondos ressuscitou, e não definiu, esta figura que há tempos fora sepultada pelo ordenamento penal, e que na doutrina e jurisprudência vem sendo objeto de controvérsia.

Damásio Evangelista de Jesus (37) sobre o assunto informa:

Há a reincidência específica, para efeito da disposição, quando o sujeito, já tenha sido condenado por qualquer dos delitos elencados por sentença transitado em julgado, vem novamente a cometer um deles. Exs. crime hediondo anterior e tráfico de entorpecentes; estupro e tráfico de entorpecentes; latrocínio e tortura etc.

Parecer diverso, mas talvez não tão acertado, tem Alberto Silva Franco (38):

A reincidência que deve ser levada em conta, tem características próprias, exclusivas: tem sua especificidade. E tal especificidade reside, exatamente na comunicabilidade dos dados de composição típica dos dois delitos. Qual a sintonia que pode existir entre o delito de atentado violento ao pudor, simples ou qualificado, e o tráfico ilícito de entorpecentes? [...] Evidentemente nada.

Ora, se bem analisada a intenção da lei ao fazer uso da expressão "reincidente específico em crimes dessa natureza", vê-se que não se refere esta a crimes da mesma espécie, como querem alguns, refere-se a todos os crimes descritos na Lei n. 8.072/90.

Feitas estas considerações, acredita-se ser a posição mais acertada a que se refere ao reincidente específico como sendo aquele que, condenado com sentença transitada em julgado por crime descrito na Lei n. 8.072/90, venha a praticar outro crime previsto na mesma lei, independentemente da natureza do primeiro ou do segundo.

A anistia, a graça e o indulto são formas de extinção da punibilidade previstas no artigo 107, II, do CP. Através destes institutos o Estado renuncia o jus puniendi.

Vale aqui fazer a distinção básica entre estes três tipos de clemência soberana. Enquanto a anistia se aplica ao fato, a graça e o indulto se aplicam às pessoas. Enquanto a graça (que alguns doutrinadores a reconhece como indulto individual) é concedida individualmente quando solicitada, o indulto é concedido coletivamente, sem necessidade de solicitação.

Para o estudo destes institutos na Lei dos Crimes Hediondos, deve-se voltar à análise do artigo 5º, XLIII, da Constituição, que considera os crimes hediondos insuscetíveis de "graça ou anistia". Já a Lei dos Crimes Hediondos traz em seu bojo que os crimes hediondos são insuscetível de "anistia, graça e indulto". Note-se, então, que no inciso proibitivo, o constituinte não inseriu o indulto, enquanto o legislador ordinário o fez na Lei dos Crimes Hediondos.

Ora, teria aí o legislador ordinário extrapolado os limites que lhe foi conferido por ocasião do preceito constitucional?

Há duas posições doutrinárias acerca do tema. Alberto Silva Franco (39) manifesta-se pela inconstitucionalidade do dispositivo da lei ordinária, citando o Ministro Assis Toledo:

... o Min. Assis Toledo deu à questão uma interpretação diversa, considerando inaceitável a proibição do indulto, por meio de lei ordinária. 'No artigo 84, XII, a Constituição prevê expressamente o indulto e o atribui à competência discricionária do Presidente da República. Ora, esse poder discricionário do Chefe do Executivo encontra seus limites no próprio texto constitucional, não podendo sofrer restrições pelo legislador ordinário. E a Constituição, quando quis fazer restrições, mencionou a anistia e a graça, deixando de fora o indulto, por ela previsto expressamente no citado artigo 84, XII. Assim é, porque parece ilógico tomar, no artigo 84, XII, a palavra indulto como abrangente da graça e, logo adiante, no mesmo texto constitucional (inc. XLIII do artigo 5º), inverter o raciocínio para entender a graça é que abrange o indulto'.

Noutro sentido é a posição de Antônio Lopes Monteiro (40):

A Lei n. 8.072/90, ao vedar a aplicação destes benefícios [...] apenas repetiu o texto constitucional citado (artigo 5º, XLIII). Note-se que, numa interpretação legal, o dispositivo incluiu o termo

"indulto" para não dar margem a dúvidas. [...] o texto constitucional no preceito concessivo utiliza o termo "indulto"; já no de proibição, o termo "graça". Ora, se não fossem utilizados, com as devidas diferenças técnicas apontadas, como equivalentes, não seria lógico que no artigo 5º, XLIII, a Constituição proibisse alguma coisa que no artigo 84, XII, não estivesse prevista. Queremos com isso dizer que a concessão do indulto coletivo, assim como do indulto individual (graça), já estava proibida no texto da Carta Magna. Nem o dispositivo da Lei dos Crimes Hediondos é inconstitucional ao acrescentar o indulto, nem o dispositivo constitucional, omitindo-o, teria sido omissivo.

Esta segunda posição talvez seja a mais lúcida, já que se bem analisado o artigo 5º, XLIII, percebe-se que a finalidade deste é a exclusão de todas as formas de clemência soberana aos autores de crimes hediondos e assemelhados e não haveria o porquê da exclusão de apenas parte destas.

05 – PRESÍDIOS FEDERAIS

A doutrina pouco diz acerca do assunto "presídios federais", estabelecido pela Lei de Crimes Hediondos. Mesmo assim, vale o estudo do tema.

Determina o artigo 3º da Lei n. 8.072/90:

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.

Nota-se que a norma do artigo 3º é uma norma programática. Diz-se programática porque o legislador ordinário impôs um programa, qual seja, a construção de presídios federais, de segurança máxima. Só que, como para a concretização deste programa necessário se faz verbas, esta norma é letra morta.

O legislador ordinário demonstrou boas intenções neste ponto, criando importante medida em face da periculosidade daqueles que praticam crimes etiquetados como hediondos. A colocação

desses criminosos em presídios de segurança máxima dificilmente permitiria que eles comandassem a criminalidade de dentro das prisões, como não raramente acontece nos dias atuais.

Mas, para o Estado, a questão prisional é relegada a uma posição secundária. Valdir Sznick (41) acertadamente opina:

Aí está a norma. Resta agora a vontade política de construir presídios. Cumpre assinalar que presídios e sua construção, assim o entendemos, não dão voto. Mas se não dão votos diretamente, dão-nos indiretamente, através da tranquilidade e segurança que passam a fornecer aos cidadãos.

Lamentável é que os governos não atentem para este dispositivo, de imensa relevância no combate à criminalidade (42). (43)

CONCLUSÕES

Diante do que fora exposto na presente monografia, passa-se às conclusões alcançadas.

Os crimes hediondos têm sua gênese no artigo 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, que, claramente, apoiou-se na corrente político-criminal denominada movimento da lei e da ordem, que defende que força maior deve ser dada à máquina repressiva do Estado. O mandamento constitucional é de 1988, mas a Lei n. 8.072 só foi editada em 1990, em face dos crimes horrendos que assombravam a nação àquela época.

A Lei n. 8.072/90 indicou, em rol taxativo, quais são os crimes considerados hediondos, e também, seguindo o mandamento constitucional, indicou os crimes assemelhados aos hediondos (a tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e o terrorismo).

Das conseqüências da hediondez, tem-se a dilatação do prazo da prisão temporária, que, pela lei que regula esta prisão cautelar (Lei n. 7.960/89), é de 05 dias, passou, nos casos de crimes hediondos e assemelhados, para 30 dias prorrogáveis por igual período.

Outra conseqüência é a proibição de concessão de fiança e liberdade provisória ao acusado por prática de crime hediondo e assemelhado. A proibição de concessão de fiança é quase que inócua, uma vez que quase que a totalidade dos crimes considerados hediondos e assemelhados não se encaixam nos requisitos exigidos pelo artigo 323 e inciso do Código de Processo Penal, que autorizam a concessão de fiança. No que pertine a proibição da liberdade provisória, nada há de inconstitucional, vez que o inciso LXVI do artigo 5º da Constituição Federal ampara a vedação, porque deixa à lei a escolha dos casos em que será possível ou não à liberdade provisória.

Continuando, a Lei 8.072/90 estabelece causas de diminuição e aumento de pena, nos artigos 7º, 8º, parágrafo único, e 9º. O artigo 7º criou para o co-autor ou o partícipe do crime de extorsão mediante seqüestro (artigo 159 do Código Penal), o benefício da delação eficaz, onde a pena destes será reduzida em 1/3 (um terço) a 2/3 (dois terços) caso a revelação do delator proporcione a liberação do seqüestrado. O artigo 8º, parágrafo único, trata do instituto da traição benéfica, onde haverá a diminuição da pena, na razão de 1/3 (um terço) a 2/3 (dois terços), do réu que delatar à autoridade o bando ou a quadrilha, possibilitando o desmantelamento destas. O artigo 9º, por sua vez, estabeleceu causa de aumento de pena, dispondo que a pena será aumentada de metade nos crimes nele relacionados quando a vítima se encontrar numa das condições do artigo 224 do Código Penal.

Também, a Lei dos Crimes Hediondos determinou, em seu artigo 2º, § 2º, que, em caso de sentença condenatória, o juiz decidirá se o réu poderá apelar em liberdade. Assim, o juiz poderá permitir a apelação em liberdade, desde que o faça fundamentadamente, baseando-se na desnecessidade da custódia cautelar. Não poderá conceder tal direito, todavia, se o réu já se encontrava preso durante a fase de instrução.

Quanto à execução da pena, a Lei n. 8.072/90 estabelece que o condenado por crime hediondo e assemelhado deve cumprir a pena integralmente em regime fechado. Tal disposição, além de ferir os princípios constitucionais da individualização e da humanidade da pena, serve como

desestímulo a ressocialização do condenado, causando neste a desesperança de vislumbrar a liberdade, surgindo o inconformismo e, de conseqüência, rebeliões e fugas.

Mesmo com esta determinação de cumprimento da pena integralmente em regime fechado, o STF já decidiu que, se na decisão judicial constar a fixação do regime fechado somente como regime inicial de cumprimento da pena, sem que tenha recorrido o Ministério Público, transitando em julgado a decisão, o condenado terá direito à progressão quando da execução da pena.

A Lei de Tortura ao estabelecer que o condenado por crime de tortura iniciará o cumprimento de pena em regime fechado, não revogou o § 1º do artigo 2º da Lei dos Crimes Hediondos. Assim, admite-se a progressão nos regimes de cumprimento de pena somente na hipótese de condenação por crime de tortura (artigo 1º, § 7º, da Lei n. 9.455/1997). Essa é a posição do Supremo Tribunal Federal.

Não havendo proibição nem no Código Penal, nem na Lei n. 8.072/90, de aplicabilidade das penas alternativas a crimes hediondos e assemelhados, conclui-se ser possível a aplicação de tal tipo de reprimenda aos que praticarem estes crimes, desde de que preenchidos os requisitos objetivos e subjetivos determinados pelo artigo 44 do Código Penal.

O Condenado por crime hediondo ou assemelhado, após cumprir 2/3 (dois terços) da pena que lhe foi imposta, poderá ser agraciado com o benefício do livramento condicional, desde que não seja reincidente específico (ou seja, não tenha sofrido outra condenação por qualquer tipo de crime hediondo ou assemelhado).

Quanto às clemências soberanas, o condenado por crime hediondo não poderá ser beneficiado com os institutos da anistia, da graça e do indulto. Entretanto, há divergência doutrinária, pelo fato de a Constituição Federal vedar aos referidos crimes a concessão da graça e da anistia, e da Lei dos Crimes Hediondos vedar a concessão da anistia, da graça e do indulto. Portanto, a vedação do indulto a tais crimes não fere a Constituição Federal, pois o texto constitucional, ao mencionar a graça, o fez em termos genéricos, no sentido de clemência, indulgência.

Ao que se refere ao mandamento legal de construção de presídios federais (artigo 3º da Lei n. 8.072/90), esta é apenas mais uma norma programática que, ora por falta de vontade política, ora por falta de compreensão popular, não parece propícia a ser concretizada tão cedo.

Notas

01. Eugênio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli, in "Manual de direito penal brasileiro – parte geral". São Paulo: RT, 1997, p. 745, definem coerção penal assim: "Por coerção penal se entende a ação de conter ou de reprimir, que o direito penal exerce sobre os indivíduos que cometem delitos".

02. MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat. O espírito das leis. Tradução de: Fernando Henrique Cardoso e Leôncio Martins Rodrigues. 2ª ed. Brasília: Ed. UnB, 1995, p. 3.

03. FRANCO, Alberto Silva. Crimes hediondos. São Paulo: RT, 2000, p. 75.

04. JESUS, Damásio E. de. Lei dos juizados especiais anotada. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 02-3.

05. FRANCO, Alberto Silva. Op. cit. p. 76.

06. FEU ROSA, Antônio José Miguel. Direito penal concreto. Brasília: Consulex, 1992, p. 81.

07. FRANCO, Alberto Silva. Op. cit., p. 77.

08. DIAS, Jorge Figueiredo. Temas básicos da doutrina penal. Coimbra: Coimbra Editora, 2001, p. 6.

09. FEU ROSA, Antônio José Miguel. Op. cit., p. 78.

10. DIAS, Jorge Figueiredo. Op. cit., p. 6.

11. JESUS, Damásio Evangelista de. Direito penal. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 457.

12. Veja-se mais sobre o tema "penas desumanas" na seqüência deste trabalho.

13. MONTEIRO, Antônio Lopes. Crimes hediondos: texto, comentários e aspectos polêmicos. São Paulo: Saraiva, 1999, p 95.

14. MONTEIRO, Antônio Lopes. Op. cit., p. 95.

15. Ver mais sobre o tema na Parte II deste trabalho, no capítulo III, no ponto 1.4 denominado "a proibição do regime progressivo em face da lei de tortura".

16. MONTEIRO, Antônio Lopes. Op. cit., p. 113.

17. FRANCO, Alberto Silva. Op. cit. p. 110.

18. Citado por Alberto Silva Franco. Op. cit., p. 362.

19. SZNICK, Valdir. Comentários à lei dos crimes hediondos. São Paulo: LEUD, 1993, p. 311.

20. MONTEIRO, Antônio Lopes. Op. cit., p. 125.

21. MONTEIRO, Antônio Lopes. Op. cit., p. 125.

22. Trata-se aqui de uma adaptação dos dizeres de Jean-marie Lambert, in Curso de direito internacional: o mundo global. Goiânia: Kelps, 2000, p. 45.

23. Citado por Alberto Silva Franco. Op. cit., p. 306.

24. Note-se que essa diminuição foi repetida pelo artigo 6º da Lei n. 9.034/95 (Lei do Crime Organizado) sendo que, desde então, o benefício se entende ao participante ou associado de qualquer organização criminosa, independentemente se a organização tem por finalidade a prática de crimes hediondos e assemelhados ou não.

25. GONÇALVES, Victor Gonçalves Rios. Crimes hediondos, tóxicos, terrorismo, tortura. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 67.

26. MIRABETE, Julio Fabbrini. Execução penal: comentários à lei nº 7.210/84. São Paulo: Atlas, 2000, p. 327.

27. FRANCO, Alberto Silva. Op. cit., p. 199.

28. GOMES, Luiz Flavio. Penas e medidas alternativas à prisão. São Paulo: RT, 1999, p. 67.

29. FRANCO, Alberto Silva. Op. cit., p. 166.

30. FRANCO, Alberto Silva. Op. cit., p. 163.
31. MIRABETE, Julio Fabbrini. Op. cit., p. 327.
32. MIRABETE, Julio Fabbrini. Op. cit., p. 328.
33. MONTEIRO, Antônio Lopes. Op. cit., p. 139.
34. MIRABETE, Júlio Fabrini. Op. cit., p. 350.
35. FRANCO, Alberto Silva. Op. cit., p. 206-7.
36. GOMES, Luiz Flavio. Op. cit., p. 113.
37. JESUS, Damásio Evangelista de. Op. cit., p. 545.
38. FRANCO, Alberto Silva. Op. cit., p. 149.
39. FRANCO, Alberto Silva. Op. cit., p. 141.
40. MONTEIRO, Antônio Lopes. Op. cit., 120.

41. SZNICK, Valdir. Op. cit., p. 334.

42. A esse respeito, veja-se nos anexos deste trabalho, reportagem especial publicada in Revista Veja. O Brasil ensangüentado. N. 1.736, de 30 de janeiro de 2002, p. 76-77, que dispõe sobre a engrenagem emperrada do sistema estatal que, ao invés de diminuir, contribui para aceleração da criminalidade.

43. Cumpre aqui noticiar que o atual Ministro da Justiça, o grande jurista Márcio Tomaz Bastos, que ocupa o cargo de ministro desde o início do ano de 2003, até que tentou concretizar a norma que estabelece a criação de presídios federais, mas logo viu que não é assunto de fácil resolução. No final de março de 2003, o mesmo Ministro divulgou que dentro dos quarenta dias seguintes, haveria a inauguração do primeiro presídio federal do Brasil (seria realizada adaptação de um presídio já existente, que, mais tarde tornou-se público, seria o Presídio Irmão Guido, localizado no Estado do Piauí). Mas logo depois, cerca de 01 (uma) semana, o governador daquele Estado foi à Brasília encontra-se com o Ministro e explicar-lhe que o Presídio Irmão Guido não tem condições técnicas de ser federalizado, além de estar localizado no centro da cidade da Teresina. Também, de acordo com aquele governador, não haveria qualquer hipótese de o Estado ter um presídio federal e que todos os presos perigosos do Brasil fossem para o Piauí. Daí vê-se o quão complicada é a concretização de um projeto no sentido de construir um presídio federal, onde nenhum governador estadual quer o preso de outro, tornando-se um verdadeiro jogo de empurra política. Nada mais foi dito sobre o assunto depois disso, sendo que a disposição da Lei dos Crimes Hediondos continua sendo apenas mais uma norma programática.

BIBLIOGRAFIA

BECCARIA, Cesare. Dos delitos e das penas. Tradução de Torrieri Guimarães. São Paulo: Hermus, 1983.

BEMFICA, Thaís Vani. Crimes hediondos e assemelhados: questões polêmicas. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

BRUNO, Miguel. A crueldade das penas e o caminho para a diminuição da criminalidade. In: Jus Navigandi, n. 42, jun. 2000. Disponível em: <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=934>.

CARNELUTTI, Francesco. As misérias do processo penal. Tradução de: José Antônio Cardinalli. Itu-SP: Conan, 1995.

CARVALHO, Amilton Bueno de. Direito alternativo – teoria e prática. Porto Alegre: Síntese, 1998.

DELMANTO, Celso; DELMANTO, Roberto; DELMANTO JÚNIOR, Roberto; DELMANTO, Fábio M. de Almeida. Código penal comentado. 5ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

DIAS, Jorge de Figueiredo. Temas básicos da doutrina penal. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

DOTTI, René Ariel. O direito adquirido à progressão de regime. Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais 123, fevereiro de 2003.

FEU ROSA, Antônio José Miguel. Direito penal concreto. Brasília: Consulex, 1992.

FRANCO, Alberto Silva. Crimes hediondos. 4ª. ed. São Paulo: RT, 2000.

GOMES, Luiz Flavio. Penas e medidas alternativas à prisão. São Paulo: RT, 1999.

GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. Crimes hediondos, tóxicos, terrorismo, tortura. São Paulo: Saraiva, 2001.

JESUS, Damásio E. de. Direito penal – parte geral. São Paulo: Saraiva, 1991.

_____. Lei dos juizados especiais criminais anotada. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais 97, dezembro de 2000.

LUCIO, Vicente Carlos. Crimes hediondos. Bauru/SP: EDIPRO, 1998.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. Código de processo penal interpretado. 7ª ed. São Paulo: Atlas, 2000.

_____. Execução penal. 9ª ed. São Paulo: Atlas, 2000.

_____. Processo penal. 10ª ed. São Paulo: Atlas, 2000.

MONTEIRO, Antônio Lopes. Crimes hediondos: texto, comentários e aspectos polêmicos. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat. O espírito das leis. Tradução de: Fernando Henrique Cardoso e Leôncio Martins Rodrigues. 2ª ed. Brasília: Ed. UnB, 1995.

MONTORO, André Franco. Introdução à ciência do direito. 24ª ed. São Paulo: RT, 1997.

MORAES, Alexandre de. Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional. São Paulo: Atlas, 2002.

SECCO, Alexandre. Engrenagem emperrada. Revista Veja. ed. 1.736, ano 35, nº 4, de 30 de janeiro de 2002.

SILVA, Haroldo Caetano da. Manual de execução penal. Campinas: Bookseller, 2001.

SILVA, Jorge Vicente. Tóxicos. 2ª ed. Curitiba: Juruá, 2003.

SZNICK, Valdir. Comentários à lei dos crimes hediondos. 3ª ed. São Paulo: LEUD, 1993.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Prática de processo penal. 23ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. Manual de direito penal brasileiro – parte geral. São Paulo: RT, 1997.

* advogada em Jataí (GO)

Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4690> > Acesso em: 4 jun. 2008.