

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL

FACULDADE DE DIREITO

DEPARTAMENTO DE CIÊNCIAS PENAIS

LEONARDO TEIXEIRA ARLAS

**O REGIME DE CUMPRIMENTO DE PENA IMPOSTO AOS CRIMES HEDIONDOS
E EQUIPARADOS: uma análise acerca da sua constitucionalidade**

Porto Alegre

2018

LEONARDO TEIXEIRA ARLAS

**O REGIME DE CUMPRIMENTO DE PENA IMPOSTO AOS CRIMES HEDIONDOS
E EQUIPARADOS: uma análise acerca da sua constitucionalidade**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Departamento de Ciências Penais da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientadora: Professora Doutora Ana Paula Motta Costa.

Porto Alegre

2018

LEONARDO TEIXEIRA ARLAS

**O REGIME DE CUMPRIMENTO DE PENA IMPOSTO AOS CRIMES HEDIONDOS
E EQUIPARADOS: uma análise acerca da sua constitucionalidade**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Departamento de Ciências Penais da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientadora: Professora Doutora Ana Paula Motta Costa.

Aprovado em: Porto Alegre, 03 de julho de 2018.

BANCA EXAMINADORA:

Professora Doutora Ana Paula Motta Costa (Orientadora)
UFRGS

Professora Doutora Vanessa Chiari Gonçalves
UFRGS

Professor Doutor Ângelo Roberto Ilha da Silva
UFRGS

Aos meus pais e à minha irmã, que são exemplos de integridade, de esforço e de amor, o suporte necessário para a construção da minha história e a principal motivação para o avanço das minhas conquistas.

RESUMO

O presente trabalho visa a verificar a constitucionalidade do regime de cumprimento de pena imposto aos crimes hediondos e equiparados, tema bastante controverso desde a promulgação da Lei 8.072/90. Em sua redação original, o art. 2º, §1º, do referido diploma legal, dispunha que o condenado deveria cumprir a sua pena em regime integralmente fechado, não sendo cabível, pois, a progressão de regime. Contudo, quase dezesseis anos após a sua promulgação, o Plenário do Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade da norma supracitada, haja vista a manifesta violação ao princípio da individualização da pena. Por conseguinte, com a edição da Lei 11.464/07, determinou-se a obrigatoriedade do regime prisional inicial fechado; todavia, em 2012, a Suprema Corte tornou a declarar inconstitucional o art. 2º, § 1º, da Lei de Crimes Hediondos, considerando que, mesmo após a alteração legislativa, o dispositivo ainda afrontava o referido princípio, notadamente no que tange à fase judicial da individualização. Sob outra perspectiva, em 2015, a Primeira Turma do Supremo decidiu em sentido diverso, determinando que, considerada a gravidade do crime de tortura, a execução inicial da sua pena deveria se dar obrigatoriamente em regime fechado; assim, embora o delito de tortura seja equiparado aos crimes hediondos, reputou-se constitucional o art. 1º, § 7º, da Lei 9.455/97. Desse modo, com vistas a apurar em que medida é constitucional a imposição do regime prisional inicial fechado, realizou-se o estudo minucioso dos princípios atinentes à problemática, da evolução histórica dos sistemas penitenciários, bem como dos regimes prisionais, da Lei de Crimes Hediondos e das principais decisões que abrangem a controvérsia. Ao fim, concluiu-se que, embora constem de diplomas legais diversos, as regras em comento são idênticas, de modo que não há razão para comportarem interpretações distintas, sendo ambas inconstitucionais em virtude da flagrante ofensa ao princípio da individualização da pena.

Palavras-chave: Crimes Hediondos e Equiparados. Cumprimento de Pena. Inconstitucionalidade. Princípio da Individualização da Pena.

ABSTRACT

This study aims to verify the constitutionality of the regime of execution of custodial sentences attributed to crimes defined as heinous by Brazilian Law and to those legally equivalent, a very controversial subject since the promulgation of the Law 8.072/90. In its original wording, art. 2, §1, of the aforementioned legal diploma disposed that the convicted should serve his sentence in closed conditions, and without the progression to a less strict regime. Nevertheless, almost sixteen years after its promulgation, the Federal Supreme Court¹ declared the unconstitutionality of the aforementioned legal provision, due to the manifest violation of the principle of individualisation of penalties. Consequently, after the enactment of Law 11.464/07, the initial regime of closed conditions was considered mandatory; however, in 2012, the Supreme Court once again declared unconstitutional the art. 2, §1, of the Law of Heinous Crimes², considering that, even after the legislative amendment, that provision still violated the abovementioned principle, particularly with regard to the judicial phase of the individualisation of penalties. From another perspective, in 2015, the first group of the Supreme Court³ decided otherwise, stating that, considered the severity of the crime of torture, the initial execution of the sentence should take place in closed conditions; thus, although the crime of torture is legally equivalent to heinous crimes, the art. 1, §7 of Law 9.455/97 was considered constitutional. Hence, with the objective of determining to what extent the imposition of the initial regime of closed conditions is constitutional, it was developed a detailed study of the principles regarding the issue, of the historic evolution of the penitentiary systems, as well as the penitentiary regimes, the Law of Heinous Crimes and of the main decisions covering the problem. Finally, it was concluded that, although they appear in different legal diplomas, the rules in question are identical, in a way that there is no reason to encompass different interpretations, being both unconstitutional due to the manifest offense to the principle of individualisation of penalties.

Keywords: Heinous crimes and equivalent. Execution of a custodial sentence. Unconstitutionality. Principle of individualisation of penalties.

¹ Supremo Tribunal Federal.

² Lei de Crimes Hediondos.

³ Primeira Turma.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	9
2 A PENA E SUAS ESPECIFICIDADES	13
2.1 O princípio da individualização da pena.....	14
2.2 O princípio da humanidade da pena	16
2.3 Os sistemas prisionais.....	17
2.3.1 O sistema filadélfico	19
2.3.2 O sistema auburniano	20
2.3.3 Os sistemas progressivos (inglês e irlandês)	21
2.3.3.1 O sistema progressivo no Brasil.....	23
2.4 Os regimes prisionais	25
2.4.1 O regime fechado	26
2.4.2 O regime semiaberto.....	28
2.4.3 O regime aberto	31
3 A LEI DE CRIMES HEDIONDOS	34
3.1 A previsão constitucional.....	35
3.2 O contexto histórico.....	36
3.3 O Movimento da Lei e da Ordem	38
3.4 Os projetos de lei	39
3.5 O conceito de crime hediondo.....	41
3.6 Os crimes equiparados a hediondos	43
3.7 Principais apontamentos acerca das suas disposições	43
3.7.1 Da proibição do indulto.....	44
3.7.2 Da possibilidade de concessão de liberdade provisória.....	46
3.7.3 Da possibilidade de recorrer em liberdade	46
3.7.4 Da elevação do prazo da prisão temporária.....	47
3.7.5 Dos presídios federais de segurança máxima.....	48

3.7.6 Do livramento condicional e da reincidência específica	49
3.7.7 Do aumento das penas	51
3.7.8 Das causas de diminuição de pena.....	52
3.7.9 Das causas de aumento de pena.....	53
3.8 Reflexões acerca da severidade promovida.....	54
4 O REGIME DE CUMPRIMENTO DE PENA IMPOSTO AOS CRIMES HEDIONDOS E EQUIPARADOS	56
4.1 A proibição do regime progressivo	58
4.1.1 A arguição de inconstitucionalidade do cumprimento integral da pena em regime fechado	59
4.1.2 O julgamento do HC 82.959/SP e a declaração de inconstitucionalidade do §1º do art. 2º da Lei 8.072/90	60
4.1.2.1 Dos limites impostos ao legislador ordinário	61
4.1.2.2 Dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade	62
4.1.3 A edição imediata da Lei 11.464/07	62
4.1.3.1 Da irretroatividade do novo dispositivo legal	64
4.1.3.2 Do conceito de reincidência	65
4.1.4 O Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e o Pacto de San José da Costa Rica.....	66
4.2 A (in)constitucionalidade do regime inicial fechado.....	67
4.2.1 O julgamento do HC 111.840/ES	69
4.2.1.1 A repercussão geral da matéria constitucional suscitada.....	74
4.2.2 O julgamento do HC 123.316/SE	75
4.2.3 O cotejo entre as decisões proferidas em sede do HC 111.840/ES e do HC 123.316/SE.....	77
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS	82
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	88

1 INTRODUÇÃO

A Lei de Crimes Hediondos, desde a sua promulgação, foi objeto de inúmeras críticas e questionamentos, tendo passado por diversas alterações legislativas, à medida que manifestou afronta a importantes princípios constitucionais. Em seu bojo, o referido diploma legal traz normas de processo e de execução penal, dispendo, inclusive, sobre a prisão temporária, os regimes de cumprimento da pena e a possibilidade de o condenado apelar em liberdade. Sob esse prisma, Antonio Lopes Monteiro assevera que, ao tentar inovar, a lei introduziu regras que, na pressa de sua edição, afetaram todo um sistema criminal existente, o qual, ainda que de modo precário, vinha respondendo às exigências da sociedade brasileira.⁴

À luz dos fatores político-sociais vigentes ao período em que foi aprovada a Lei 8.072/1990, constata-se que o projeto que lhe deu origem foi analisado pelo Congresso Nacional em um contexto de grande pressão social, em razão de tragédias que causaram forte comoção coletiva. Nessa perspectiva, Alberto Silva Franco aduz que a referida comoção, aliada à visão superdimensionada que os meios de comunicação trataram de propagar, funcionou "como um mecanismo de pressão ao qual o legislador não soube resistir".⁵

Com isso, o art. 2º, §1º, do diploma legal supracitado, em sua redação original, dispunha que o condenado pela prática de crimes hediondos e equiparados deveria cumprir sua pena em regime integralmente fechado, não sendo cabível, pois, a progressão de regime. À vista disso, grande parte da doutrina sempre sustentou que a vedação absoluta à progressão era incompatível com o princípio da individualização da pena.⁶ Todavia, apenas no dia 23 de junho de 2006, após a ocorrência de uma sensível mudança na composição da Suprema Corte, foi declarada a inconstitucionalidade da referida disposição.

Desse modo, o Plenário do Supremo Tribunal Federal passou a entender que o juiz da execução também precisa dispor de instrumentos para buscar a

⁴ MONTEIRO, Antônio Lopes. **Crimes hediondos: texto, comentários e aspectos polêmicos**. 9. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 217.

⁵ FRANCO, Alberto Silva. **Crimes Hediondos**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994. p. 44.

⁶ LIMA, Renato Brasileiro de. **Legislação criminal especial comentada**. 6. ed., rev. ampl. e atual. Salvador: JusPodium, 2018. p. 247.

individualização do cumprimento da pena imposta.⁷ Ademais, embora tenha se tratado de declaração de inconstitucionalidade em controle difuso, foi conferida eficácia *erga omnes* à decisão proferida no HC 82.959/SP, de modo que, mediante o referido julgado, o Congresso Nacional editou a Lei 11.464/07, a fim de determinar a obrigatoriedade do regime prisional *inicial* fechado.

Todavia, no dia 27 de junho de 2012, em sede do HC 111.840/ES, o Plenário da Suprema Corte tornou a declarar inconstitucional o art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/90, em sua atual redação, considerando que, mesmo após a alteração legislativa, o dispositivo ainda afrontava o princípio da individualização da pena.⁸ Em contrapartida, no julgamento do HC 123.316/ES, a Primeira Turma do Supremo decidiu em sentido diverso, determinando que, considerada a gravidade do crime de tortura, a execução inicial da pena deve se dar obrigatoriamente em regime fechado.⁹

Assim, embora o delito de tortura seja equiparado aos crimes hediondos, a referida Turma divergiu da decisão proferida pelo Plenário da Suprema Corte em sede do HC 111.840/ES, reputando constitucional o art. 1º, § 7º, da Lei 9.455/97. Por conseguinte, o Supremo Tribunal Federal apresenta, atualmente, dois entendimentos contrapostos no que tange à fixação do regime de cumprimento de pena em caso de crime hediondo e equiparado, fato que acarreta insegurança jurídica e afronta o princípio da isonomia, preconizado pela Constituição Federal.

Portanto, à luz do caráter explicativo do presente trabalho, far-se-á uso de abordagens qualitativas, por meio de revisões bibliográficas e de análises jurisprudenciais e legislativas, com vistas a apurar em que medida é constitucional a imposição do regime prisional inicial fechado aos condenados por delitos hediondos ou equiparados. Dessa forma, pretende-se analisar o contexto histórico que permeia a edição da Lei 8.072/90, bem como as influências político-criminais que o legislador ordinário sofreu quando da elaboração do referido diploma legal.

⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* 82.959/SP, Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, 23 jun. 2006. Disponível em: <

http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/195_HC%2082959.pdf >. Acesso em: 11 abr. 2018.

⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* 111.840/ES, Relator: Min. Dias Toffoli. Brasília, 27 jun. 2012. Disponível em: <

<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticianoticiastf/anexo/hc111840dt.pdf>>. Acesso em: 11 abr. 2018.

⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* 123.316/ES, Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, 09 jun. 2015. Disponível em: <

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=9058283> >. Acesso em: 11 abr. 2018.

Outrossim, visa-se a esmiuçar as peculiaridades do sistema penitenciário adotado pelo Brasil e as especificidades dos regimes de cumprimento de pena por ele abrangidos, a fim de obter os subsídios necessários ao estudo da norma que veda a progressão de regime. Ademais, pretende-se dissecar os principais julgados acerca do tema, de modo a concluir, ao final do estudo, qual dos entendimentos exarados pela Suprema Corte encontra guarida na Constituição Federal, devendo, portanto, prevalecer em sua jurisprudência.

Para além, o regime prisional imposto pela Lei 8.072/90, conforme demonstrado, não é, desde a edição do diploma legal, matéria pacificada pela doutrina e jurisprudência, de modo que, com o passar dos anos, foi objeto de substanciais alterações. Nessa senda, a realização de estudos acerca do tema, com o escopo de aprofundar o debate e ponderar os argumentos invocados pelos defensores de ambas as vertentes, demonstra-se de fundamental importância, haja vista o impacto que a referida disposição provoca na seara de direitos e garantias fundamentais atribuídas aos condenados por crime hediondo ou equiparado.

Com isso, no primeiro capítulo deste trabalho, será realizado o exame dos princípios constitucionais da individualização e da humanidade da pena, expressivos alicerces do sistema penitenciário progressivo, a partir dos seus fundamentos e particularidades. Ademais, também será traçada a linha de evolução histórica dos sistemas penitenciários e dos regimes prisionais, com a finalidade de detalhar os seus contrastes e os seus distintos métodos de repressão.

Posteriormente, o segundo capítulo será destinado à análise das influências políticas e sociais que interferiram no processo de elaboração da Lei 8.072/90, assim como das suas determinações que acabaram por endurecer o tratamento penal dispensado aos crimes hediondos e equiparados. Desse modo, será efetuado o estudo global dos dispositivos do referido diploma legal, uma vez que as suas disposições mais severas foram previstas com uma única finalidade: enrijecer o sistema penal brasileiro.

Por fim, o terceiro capítulo versará sobre as alterações legislativas e jurisprudenciais atinentes ao regime de cumprimento de pena aplicado aos crimes hediondos e equiparados. Sob esse prisma, serão abordadas as mudanças de entendimento verificadas desde a promulgação da Lei 8.072/90, por meio da exposição dos fundamentos empregados em cada medida que tratou de abrandar o

regime prisional imposto. Ao seu final, far-se-á, então, o cotejo entre as decisões emanadas da Suprema Corte que, mediante a análise de leis distintas, conferiram interpretações constitucionais antagônicas a regras equivalentes.

Ademais, David Garland preleciona que, a partir dos anos 1970, houve uma virada criminológica, marcada pelo abandono do ideal de reabilitação como finalidade central das medidas penais. Com isso, as sanções passaram a seguir parâmetros fixos e generalizantes, que refletem o sentimento de vingança advindo da sociedade, bem como a descrença para com os propósitos reabilitatórios.¹⁰ Sob esse íterim, a edição da lei em comento é manifesto reflexo da referida concepção, eis que rompeu com a lógica da individualização da pena, conforme será demonstrado no decorrer do presente trabalho.

¹⁰ GARLAND, Davi. **A cultura do controle: crime e ordem social na sociedade contemporânea**. Rio de Janeiro: Revan, 2008, p. 378-383.

2 A PENA E SUAS ESPECIFICIDADES

No absolutismo, o controle do monarca se refletia no campo penal, e o suplício infligido aos criminosos era a reafirmação do seu poder; nessa senda, a pena, sem qualquer proporção com o crime cometido, não possuía conteúdo jurídico e tampouco visava à ressocialização.¹¹ Nesse prisma, o período iluminista, principalmente no século XVIII, foi o marco inicial para uma mudança de mentalidade no que tange à cominação das penas. Desse modo, por intermédio das ideias de Beccaria, em 1764, começou a ecoar a voz da indignação com relação a como os seres humanos estavam sendo tratados pelos seus próprios semelhantes, com vistas a impedir, portanto, a aplicação de sanções desumas e desmedidas.¹²

Sob essa ótica, nos dias de hoje, demonstra-se evidente, pelo menos nos países ocidentais, a maior preocupação com a integridade física e mental dos apenados, haja vista os diversos pactos que são levados a efeito, visando à preservação da dignidade da pessoa humana. Ademais, não pode o direito estatal ser arbitrário e ilimitado, tendo em vista que o modelo jurídico adotado pelo Poder Constituinte de 1988 como o fundamento funcional do Direito Penal - previsão de pena apenas para a proteção de bens jurídicos de extrema valia - contém limitações formalmente explícitas, ou sem consagração expressa, mas decorrentes, nos termos do § 2º do art. 5º da Constituição, do regime e dos princípios nela previstos.¹³

À vista disso, para o melhor estudo do enrijecido cumprimento de pena instituído pela Lei de Crimes Hediondos, faz-se necessário o exame dos principais aspectos que permeiam a pena, de modo que a presente análise não reste superficial e infrutífera. Assim sendo, realizar-se-á o estudo dos regimes de cumprimento de pena existentes, bem como dos sistemas penitenciários já aplicados, com vistas a ressaltar as suas particularidades. Para além, o exame dos princípios constitucionais indispensáveis à cominação e execução da pena é de suma importância, eis que representam o alicerce sobre o qual repousam os direitos e garantias suprimidos pela lei em comento.

¹¹ ROSSETTO, Enio Luiz. **Teoria e Aplicação da Pena**. São Paulo: Atlas, 2014. p. 18.

¹² GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**. 13. ed., rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Impetus, 2010. p. 462.

¹³ FRANCO, Alberto Silva. **Crimes Hediondos**. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 58.

2.1 O princípio da individualização da pena

Do princípio da individualização da pena deriva a concepção de que a sanção deve ser aplicada de maneira proporcional à ofensa produzida pelo delito ao bem jurídico; importa concluir que a pena não deve ser padronizada, cabendo a cada delinquente a exata medida punitiva pelo que fez.¹⁴ Sob essa perspectiva, Nucci assevera que não há razão para igualar os desiguais, sabendo-se, por certo, que a prática de idêntica figura típica não é suficiente para nivelar dois seres humanos, devendo a cada um ser estabelecido o que lhe é devido.¹⁵

Nessa esteira, a Constituição Federal estabelece em seu artigo 5º, XLVI, que a lei regulará a individualização da pena, que também perpassa pela adaptação da sua execução às características pessoais do condenado, com o objetivo de proporcionar a sua reintegração social. Desse modo, buscando sempre readaptar o apenado ao convívio social, a individualização da pena, em matéria de execução, pressupõe que “a cada sentenciado, conhecida a sua personalidade e analisado o fato cometido, corresponda tratamento penitenciário adequado”, conforme disposto na Exposição de Motivos da Lei de Execução Penal.

Para além, Guilherme de Souza Nucci acrescenta que:

A individualização da pena torna o Estado arejado e atencioso, pretendendo visualizar todos os membros da sociedade como indivíduos, com características, interesses e necessidades particulares. Pessoas não podem padecer da padronização, pois são racionais e emocionalmente superiores. Essa é a tarefa primordial do Judiciário na senda criminal.¹⁶

Assim, demonstra-se inviável – e inconstitucional – que a lei ordinária, sob o pretexto de individualizar a pena, retire do magistrado qualquer margem razoável de ação. Sob esse panorama, no que tange à aplicação da pena, o propósito legislativo é garantir instrumentos eficazes para a individualização da pena, possibilitando que cada agente receba a justa punição pela infração penal cometida. Ademais, cumpre mencionar que a pena não importa apenas na escolha do quantum a ser aplicado,

¹⁴ GALVÃO, Fernando. **Direito Penal: Parte Geral**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 142.

¹⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 86.

¹⁶ NUCCI, Guilherme de Souza. **Princípios Constitucionais Penais e Processuais Penais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 177.

tendo em vista que abarca também a eleição do regime de cumprimento de pena, bem como a aplicação de eventuais benefícios legais.¹⁷

Além disso, nos dias de hoje, a individualização da pena se traduz como modo de limitação ao poder punitivo do Estado, que não pode mais fazer uso da vingança estatal e da barbárie. Tal princípio decorre do princípio da isonomia, que visa a tratar igualmente os desiguais na medida de suas desigualdades, conforme as suas singularidades e especificidades. Assim sendo, o estabelecimento de uma sanção não pode suscitar a padronização, eis que cada agente deve ser responsabilizado individualmente.¹⁸

Nessa perspectiva, importa frisar que a individualização da pena é dividida em três fases: legislativa, judicial e executória. Na primeira, há a construção do tipo penal e o estabelecimento, em abstrato, de uma pena mínima e máxima para o preceito sancionatório, deixando margem que viabilize a individualização pelo magistrado. Na segunda, dá-se, concretamente, a aplicação dos instrumentos para a transformação da pena abstrata em material e adequada, mediante o exame do caso concreto. E por fim, a etapa executória, da mesma forma, não pode deixar de ser observada, tendo em vista que a sentença condenatória transitada em julgado é flexível, conforme o progresso auferido pelo condenado ao longo do cumprimento.¹⁹

Assim, não pode o legislador, quando da feitura da lei, estabelecer parâmetros fixos e padronizadores no que tange à sanção, ao regime ou aos benefícios possíveis. De igual modo, não pode o legislador, sob pena de incidir em sanções genéricas e até mesmo em responsabilidade objetiva, fazer uso de expressões subjetivas e vazias de conteúdo, que também poderiam acarretar enormes prejuízos ao condenado.²⁰

Para mais, na fase judicial, o princípio da individualização é garantido pela fundamentação da sentença, mediante o estabelecimento de uma sanção adequada à culpabilidade do agente. Nesse viés, o fundamento da condenação constitui a base sobre a qual o magistrado aufere legitimidade, perante a sociedade, para exercer a sua função jurisdicional. Portanto, individualizar motivadamente a pena conforme a

¹⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. **Princípios Constitucionais Penais e Processuais Penais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 176.

¹⁸ GALVÃO, Fernando. **Direito Penal: Parte Geral**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 142.

¹⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. **Princípios Constitucionais Penais e Processuais Penais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 176.

²⁰ GALVÃO, Fernando. **Direito Penal: Parte Geral**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 142.

culpa do agente demonstrada no fato representa dever do magistrado e direito das partes.²¹

Na execução, a individualização da pena tem como escopo a reintegração do indivíduo, devendo o juiz da referida fase promover a adequação da reprimenda às características pessoais de cada preso, mediante o sistema de classificação, que servirá para agrupar os agentes e oferecer-lhes as medidas adequadas. Desse modo, a individualização executória é tão importante quanto as demais fases, eis que o magistrado tem a oportunidade de avaliar o condenado, proporcionando-lhe o cumprimento progressivo da pena, conforme a sua melhora comportamental, um dos objetivos básicos da sanção penal.²²

À vista disso, impedir a progressão de regime é modo de obstar a correta aplicação da garantia que tem todo preso de ver sua pena corretamente individualizada, eis que a progressividade é uma forma de individualização.²³ Desse modo, pode-se afirmar que o art. 112 da Lei 7.210/84 atribui ao juiz a função de individualizar a pena em execução, tendo em vista o caso concreto e as suas possibilidades. Ademais, a pena deve ser cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado, conforme preconiza o art. 5.º, XLVIII, da Constituição Federal, sendo ainda assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral, consoante o art. 5.º, XLIX.

2.2 O princípio da humanidade da pena

O princípio da humanidade, embora decorra diretamente do princípio da dignidade humana, está expresso no art. 5º, III, da Carta Constitucional. Sob esse panorama, o inciso XLVII, principalmente, e os incisos XLVIII, XLIX e L disciplinam suas principais funções, limitando, no que tange ao processo de cominação de penas, o legislador ordinário, bem como restringindo a atuação do juiz criminal e da administração na aplicação e execução das penas.²⁴

²¹ NUCCI, Guilherme de Souza. **Princípios Constitucionais Penais e Processuais Penais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 179.

²² NUCCI, Guilherme de Souza. **Princípios Constitucionais Penais e Processuais Penais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 181.

²³ PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 172-173.

²⁴ LIMA, Alberto Jorge Correia de Barros. **Direito Penal Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 123.

Desse modo, na atual Constituição da República, o princípio da humanidade está expresso em normas de proibição tendentes a obstar a formação de um ordenamento penal de terror, assim como em normas asseguradoras de direitos, com vistas a tornar as sanções compatíveis com a condição humana.²⁵ Nessa perspectiva, constata-se a influência do referido princípio na proibição da tortura e do tratamento cruel e degradante, bem como na vedação das penas de morte, de caráter perpétuo, de trabalhos forçados e de banimento.

De igual forma, o princípio da humanidade reflete no processo individualizador da pena, na sua fase executória, assim como na garantia do respeito à integridade física ou moral dos presos, e no direito ao cumprimento da pena em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado. Portanto, tal princípio implica na proposta negativa caracterizadora de proibição e, principalmente, na proposta positiva, de respeito à dignidade humana, embora presa ou condenada.²⁶

Para mais, Alberto Silva Franco assevera que o princípio supracitado importa no acolhimento de um sistema progressivo de cumprimento de pena, através do qual se possibilite ao condenado, por meio de etapas e do seu mérito, a obtenção da liberdade.²⁷ À vista disso, qualquer texto legal que obste a progressividade no cumprimento da pena privativa de liberdade estará, portanto, ferindo a humanização preconizada pelo texto constitucional, à medida que consistirá na supressão do caráter ressocializador da pena, atribuindo-lhe, exclusivamente, a natureza aflitiva.

2.3 Os sistemas prisionais

Durante muitos séculos, para o Direito Penal a pena mais importante era a pena capital, acompanhada das penas corporais, infamantes e cruéis. Até a Idade Média, as prisões do Estado eram destinadas principalmente aos inimigos políticos, havendo duas modalidades fundamentais: a de prisão-custódia, para aqueles que aguardavam a execução; e a de detenção temporária ou perpétua, como a Torre de Londres e a Bastilha de Paris.²⁸ Para além, a Igreja também possuía prisões eclesiásticas

²⁵ FRANCO, Alberto Silva. **Crimes Hediondos**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 64.

²⁶ FRANCO, Alberto Silva. **Crimes Hediondos**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 64.

²⁷ FRANCO, Alberto Silva. **Crimes Hediondos**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 65.

²⁸ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: Parte Geral**. São Paulo: Saraiva, 2008.

destinadas aos clérigos rebeldes, visando à penitência e à meditação; daí que a expressão sistema penitenciário tem origem no direito canônico, eis que se associava à pena com a ideia de penitência, de expiação do pecado.²⁹

Assim, até o final do século XVIII, o encarceramento visava apenas à preservação do réu para o julgamento, em que pese o fato de o período renascentista ter ofertado obras clássicas como a *Utopia de Thomas Morus*, que já buscavam demonstrar que a crueldade das penas não dissuade da prática ilícita.³⁰ Nesse sentido, importantes marcos impulsionaram uma definitiva transformação no modelo de incriminação, deslocando o foco das penas corporais para outras mais brandas. O primeiro, em 1762, foi a condenação, em Toulouse, ao *suplício da roda* (espetáculo público de morte) de Joan Calas, um comerciante protestante, sob a acusação de matar seu filho que queria converter-se ao catolicismo. Dois anos depois, Voltaire provou a inocência de Calas, publicando, então, o *Tratado sobre a tolerância*, no qual expressava a sua revolta com relação aos Tribunais franceses.

De igual modo, o surgimento, em 1764, do célebre *Dos delitos e das penas*, de autoria de Cesare de Bonesana, o Marquês de Beccaria, também contribuiu para a transformação no modelo de incriminação vigente à época, eis que defendia essencialmente que não era o grau de violência, mas a certeza do castigo, o elemento capaz de dissuadir o ilícito.³¹ Ainda, John Howard também é apontado como responsável pelo impulso decisivo na construção de penas privativas de liberdade humanizadas, haja vista que publicou, em 1777, *O estado das prisões*, relato da situação dos estabelecimentos penais da época, visando ao combate da promiscuidade, da falta de higiene e da ordem reinantes nos presídios. Assim, as lições de Howard repercutiram na América do Norte, onde apareceram os primeiros sistemas penitenciários.³²

Os acontecimentos supracitados influenciaram definitivamente os monarcas da época, persuadindo-os a reformarem as legislações penais de seus povos, tal como ocorreu com Catalina II, da Rússia, Pedro Leopoldo, da Tosacana, e Joseph II, da Áustria. Para as correntes criminológicas críticas, a prisão como pena está

p. 441-442.

²⁹ BRANDÃO, Cláudio. **Introdução ao Direito Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 153.

³⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: Parte Geral**. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 440.

³¹ BECCARIA, Marquês de (Cesare de Bonesana). **Dos delitos e das penas**. Trad. de J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996. p. 87-89.

³² ESTEFAN, André, **Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 333.

especialmente associada ao momento da revolução industrial e ao aparecimento do capitalismo. À vista disso, justifica-se o aparecimento das primeiras prisões como forma de sanção em países onde a revolução industrial e a estrutura capitalista burguesa foram implementadas antes, como a Holanda, Inglaterra, França e Estados Unidos da América.³³

Por conseguinte, a prisão padrão da modernidade foi desenvolvida nos Estados Unidos da América, especialmente segundo os sistemas filadélfico e auburniano, em que pese o fato de alguns precedentes serem apontados aos chamados hospícios italianos. Nestes, adotava-se também um regime de isolamento celular diurno e noturno, como é o caso do Hospício de São Felipe Néri, localizado em Florença e fundado em 1677, e do Hospício de São Miguel, em Roma, fundado em 1704.³⁴

Sob essa perspectiva, importa frisar que os sistemas penitenciários não se confundem com os regimes penitenciários, eis que, enquanto aqueles representam as formas políticas e sociais constitutivas das prisões, estes são os modos de administração das prisões e as formas pelas quais se executam as penas, obedecendo a um complexo de preceitos legais ou regulamentares.³⁵ Desse modo, no que tange aos sistemas supracitados, são quatro os modelos penitenciários concernentes à execução das penas privativas de liberdade: *filadélfico/celular, auburniano e progressivos (inglês e irlandês)*.

2.3.1 O sistema filadélfico

Esse sistema, também chamado de pensilvânico, belga ou celular, surgiu na prisão de Walnut Street Jail, na Filadélfia, em 1790. Assim, com o objetivo de acabar com a promiscuidade que predominava no estabelecimento prisional, o condenado deveria permanecer em constante isolamento celular (*solitary system*), sendo vedado o contato com o mundo exterior; possibilitavam-se apenas passeios esporádicos pelo pátio e a leitura da Bíblia, visando ao seu arrependimento e à manutenção da ordem e disciplina. Ademais, o trabalho prisional não era admitido, devendo o preso se

³³ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal: Parte Geral**. Curitiba-Rio de Janeiro: ICPC-Lumem Juris, 2008. p. 503.

³⁴ BRUNO, Aníbal. **Direito Penal: Parte Geral**. Rio de Janeiro: Forense, 1962. p. 68-69.

³⁵ PIMENTEL, Manoel Pedro. **Sistemas Penitenciários**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989. p. 265.

dedicar exclusivamente à educação religiosa, eis que permanecia isolado numa cela, em silêncio absoluto, de modo que pudesse refletir sobre seus atos.³⁶

Todavia, com vistas a atenuar o rigor inicial, o referido sistema sofreu algumas modificações, passando a permitir o contato do preso com os diretores do presídio, funcionários, médicos, religiosos, educadores, bem como a realização de pequenas tarefas (*separate system*). Desse modo, tal sistema objetivava a organização do caos existente à época; contudo, muitas são as objeções realizadas e ele, haja vista que, calcado na segregação e no silêncio, não proporcionava a reinserção social do condenado.³⁷

Posteriormente, no início do século XIX, houve a necessidade de a Inglaterra enfrentar o problema do encarceramento, passando os britânicos a adotar o sistema panótico. Cuidava-se, assim, de uma penitenciária construída em raios, na qual os vigilantes permaneciam ao centro e possuíam visão de todo o conjunto arquitetônico, a fim de manter a segurança e o domínio do local; a prisão de Millibank, em 1816, foi a primeira a adotar tal sistema. Ocorre que, aos poucos, o sistema celular, com acentuada carga religiosa, foi perdendo espaço para outro, o sistema auburniano, eis que, mesmo com o emprego dos panóticos, os presídios tornaram-se demasiadamente onerosos economicamente.³⁸

2.3.2 O sistema auburniano

Originado na cidade de Auburn (Nova Iorque), nos Estados Unidos da América, no ano de 1818, tal sistema permitia, de início, o trabalho dos presos em suas próprias celas; posteriormente, eram autorizados a realizar as suas tarefas em grupos (*congregate system*), durante o dia, desde que em silêncio (*silent system*), sendo vedada a comunicação entre os presos, sob pena de castigos corporais. Para além, defendia o isolamento celular noturno e individual, sendo proibida a visita de familiares, o lazer, a prática de exercícios físicos e as atividades educacionais.³⁹

³⁶ PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 645.

³⁷ PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 645.

³⁸ ESTEFAN, André. **Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 334.

³⁹ PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 646.

Sob esse prisma, surgiram algumas fórmulas de trabalho explorado mutuamente pelo setor público e privado, como o *contract*, onde o Estado administrava a prisão e o capitalista organizava a produção e disciplinava o processo de trabalho, vendendo a produção, para que ambos partilhassem o lucro. Ainda, originou-se o *leasing*, em que o capitalista explorava completamente o trabalho prisional e administrava o presídio em troca de um pagamento fixo pelo Estado, cuja exploração acarretou abusos cometidos contra os presos, que derivaram na extinção do modelo de privatização em 1925.⁴⁰

Na Espanha, o Coronel Manuel Montesinos y Molina despontou como crítico do sistema em comento, ao passo que defendia a introdução de um tratamento penal humanitário. Desse modo, fundou, em 1834, o *sistema espanhol de Montesinos*, no qual os sentidos reeducativo e ressocializador da pena recebiam maior ênfase.⁴¹ Assim, o referido modelo tratou de suprimir os castigos corporais, além de determinar o pagamento de remuneração ao preso que trabalhava, com vistas a tornar o cumprimento da pena mais digno e equânime.

Entre os sistemas *filadélfico* (dominante na Europa) e *auburniano* (difundido nos Estados Unidos) não há diferenças substanciais, eis que ambos sustentavam o caráter retributivo e punitivo da sanção penal, defendendo a separação dos condenados e o isolamento noturno em celas individuais, a fim de impedir a comunicação. Todavia, no sistema filadélfico, a segregação ocorria durante todo o dia, ao passo que no auburniano permitia-se o trabalho coletivo por algumas horas. Para mais, ambos não alcançaram êxito nos métodos empregados, haja vista que “importavam em um tratamento de massa, que não atendia em nada às peculiaridades de cada criminoso, e sacrificava aos interesses da disciplina e o objetivo superior da sua recuperação social”.⁴²

2.3.3 Os sistemas progressivos (inglês e irlandês)

A autoria do sistema progressivo é partilhada pelo inglês Alexander Maconochie e pelo irlandês Walter Crofton. No século XIX, Moconochie, diretor da colônia penal

⁴⁰ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal: Parte Geral**. Curitiba-Rio de Janeiro: ICPC-Lumem Juris, 2008. p. 508-509.

⁴¹ ESTEFAN, André. **Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 334.

⁴² BRUNO, Aníbal. **Direito Penal: Parte Geral**. Rio de Janeiro: Forense, 1962. p. 69.

da ilha de Norfolk, na Austrália, criou um sistema baseado em *marcas (mark system)*, pelo qual o condenado poderia obter vales ou marcas conforme a sua conduta e o rendimento do seu trabalho. Desse modo, o sentenciado poderia ir, pouco a pouco, melhorando sua condição, com vistas a reduzir a duração da pena inicialmente imposta. Assim, a sentença não era fixa, mas indeterminada, pois sujeita a mudanças derivadas da obtenção de mérito pelo condenado, o que representava um estímulo ao bom comportamento do apenado.

À vista disso, conforme o sistema progressivo inglês, a duração da pena não era determinada exclusivamente pela sentença condenatória, mas dependia também do aproveitamento do preso, demonstrado no trabalho e pela boa conduta; levava-se em conta ainda a gravidade do delito. Com isso, o preso recebia as marcas ou vales quando seu comportamento era positivo, e perdia ganhos quando se comportava de modo censurável.⁴³

A princípio, o condenado passava pelo isolamento celular (período de prova), para depois, segundo a sua conduta, trabalhar em comum dentro da penitenciária, em silêncio, recolhendo-se ao isolamento durante a noite. Ademais, o estágio seguinte consistia na semiliberdade, culminando, ao fim, com a liberdade sob vigilância até o término da pena (*ticket of leave*). Sob essa perspectiva, coube a Crofton aperfeiçoar o sistema inglês, acrescentando a ele uma fase intermediária, de semiliberdade, prévia à liberação do condenado, dirigida a readaptá-lo à vida social; dividia-se o cumprimento da sanção penal em estágios, progressivamente menos severos.

Desse modo, em 1857, Walter Crofton propôs a conciliação das regras dos demais sistemas de cumprimento de pena, com o seu progressivo abrandamento, que passou a compreender quatro etapas distintas. Nesse sentido, a primeira fase do sistema irlandês abrangia um período de isolamento celular de nove meses de duração (*período penal*), ao passo que a segunda consistia no trabalho em obras públicas (*período de reforma*). Por conseguinte, a terceira etapa destinava-se ao trabalho externo, com pernoite em estabelecimento penal (*período intermediário*), enquanto a quarta e última fase, por sua vez, acarretava a liberdade provisória, que

⁴³ PIMENTEL, Manoel Pedro. **O crime e a pena na atualidade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983. p. 140.

poderia ser revogada ou convertida em definitiva através do bom comportamento (*livramento condicional*).⁴⁴

O referido sistema, a partir de 1870, alcançou os Estados Unidos da América na prisão de Elmira, a qual chegou a ser considerada uma prisão modelo à sua época, uma vez que congregava um sistema progressivo com várias atividades sociais e culturais tendentes à socialização do criminoso. Todavia, mesmo na prisão supracitada, prevalecia um sistema de coerções e castigos corporais voltados à disciplina, fato que contrariava a pretensão de abrandamento proposta por Crofton, mediante o aperfeiçoamento do sistema de marcas.⁴⁵

2.3.3.1 O sistema progressivo no Brasil

No Brasil, o primeiro texto a manifestar preocupação com a situação do cárcere foi a Constituição do Império, segundo a qual as cadeias seriam seguras, limpas e bem arejadas, havendo diversas casas para separação dos réus, conforme suas circunstâncias e a natureza de seus crimes. Contudo, na realidade, tal disposição não passou, ao longo do século XIX, de simples enunciação de um sonho. Sob esse íterim, o Código Penal de 1830 ainda mesclava a pena de prisão com outras, como a pena de morte, açoite, galés, banimento, multa e suspensão ou perda do emprego.⁴⁶

Em 1882, a iniciativa de aprofundamento sobre um sistema definido coube a Eusébio de Queirós, Ministro da Justiça que, tendo de criar o regulamento para a Casa de Correção do Rio de Janeiro, após enviar emissário aos Estados Unidos para observação dos sistemas, optou pelo *filadélfico*. Por conseguinte, quando da sua sucessão por Nabuco de Araújo, decidiu-se experimentar os sistemas filadélfico e *auborniano* concomitantemente.⁴⁷

Por conseguinte, o legislador da República incorporou os elementos do sistema irlandês aos sistemas filadélfico e auburniano, a fim de criar mais uma modalidade de sistema misto, possibilitando o estabelecimento de livramento condicional para condenados cujo cumprimento de pena pendesse ainda de menos de dois anos. Tal

⁴⁴ PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 647.

⁴⁵ BRUNO, Aníbal. **Direito Penal: Parte Geral**. Rio de Janeiro: Forense, 1962. p. 71-72.

⁴⁶ BRUNO, Aníbal. **Direito Penal: Parte Geral**. Rio de Janeiro: Forense, 1962. p. 72.

⁴⁷ LYRA, Roberto. **Comentários ao Código Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1955. p. 110.

disposição decorreu de recomendações da doutrina da época, especialmente de Pádua Fleury e Souza Bandeira e do próprio Batista Pereira, cujo projeto veio a converter-se no Código de 1890. Nesse sentido, o art. 50 do referido diploma previa que, depois de cumprida metade da pena (desde que superior a seis anos de prisão), se o sentenciado tivesse bom comportamento, seria transferido para a penitenciária agrícola; posteriormente, se a boa conduta persistisse, poderia, então, receber o livramento condicional.⁴⁸

Nitidamente superiores em comparação com os sistemas precedentes, os sistemas progressivos contribuíram decisivamente para a melhoria da individualização da execução penal. O Código atual, em sua versão originária, datada de 1940, inspirou-se também no sistema progressivo irlandês, do qual não mais perdemos influência; contudo, tal sistema não foi implementado integralmente conforme o original, tendo sido realizadas significativas modificações. Inicialmente, apenas os condenados à pena de reclusão sujeitavam-se à progressividade, que englobava quatro fases; para além, o condenado à pena de detenção, a seu turno, não estava sujeito ao período inicial de isolamento diurno e poderia escolher o trabalho segundo suas aptidões ou suas ocupações anteriores.⁴⁹

Sob essa perspectiva, a Lei 6.416/1977 introduziu substanciais alterações no sistema progressivo, entre as quais a faculdade de isolamento celular inicial para os reclusos, bem como a criação do escalonamento dos regimes de cumprimento de pena (fechado, semiaberto e aberto). Ademais, possibilitou-se o início do cumprimento da pena em regime menos rigoroso, observados o tempo de duração daquela e a periculosidade do réu, além da alternativa de o livramento condicional ser concedido em caso de pena privativa de liberdade (reclusão ou detenção) igual ou superior a dois anos.⁵⁰

Desse modo, além da dependência do atendimento de exigências formais (motivação da decisão; oitiva prévia do Ministério Público; parecer da Comissão Técnica de Classificação; e exame criminológico, quando necessário), a

⁴⁸ LYRA, Roberto. **Comentários ao Código Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1955. p. 111.

⁴⁹ PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 647.

⁵⁰ LYRA, Roberto. **Comentários ao Código Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1955. p. 112.

progressividade passou a estar, de acordo com a legislação, subordinada ao cumprimento de pelo menos um sexto da pena no regime anterior.⁵¹

Todavia, a Lei 10.792/03 tratou de suprimir a necessidade do exame criminológico (que era obrigatório quando da progressão do regime fechado para o semiaberto, e facultativo quando do semiaberto para o aberto), bem como a obrigatoriedade do parecer da Comissão Técnica de Classificação. Dessa forma, passaram a ser exigências formais a decisão motivada e prévia manifestação do Ministério Público e de seu defensor. Atualmente, a progressão é condicionada ao cumprimento de pelo menos um sexto da pena no regime anterior e à necessidade de o preso ter bom comportamento, comprovado pelo diretor do estabelecimento.⁵²

Contudo, a referida alteração não impede que o juiz da execução, caso entenda necessário para sua convicção, determine a realização do exame, como instrumento auxiliar capaz de respaldar o provimento jurisdicional concessivo ou denegatório do benefício. Nessa trilha, conforme dispõe a Súmula 439 do Superior Tribunal de Justiça, o exame criminológico é admitido pelas peculiaridades do caso, desde que em decisão motivada, considerando-se a insuficiência do atestado de boa conduta concedido. Desse modo, à luz da individualização da pena, que não se encerra com a prolação da sentença, poderá o magistrado exigir outros dados, com base na busca da verdade real e no livre convencimento motivado.⁵³

2.4 Os regimes prisionais

A diferenciação dos regimes penitenciários é imposição de ordem constitucional, tendo em vista que a individualização da pena é princípio que também repercute efeitos na fase de execução. O artigo 5º, XLVIII, da Constituição Federal/1988 estabelece que “a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado”. À vista disso, a

⁵¹ PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 648.

⁵² PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 648.

⁵³ GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**. 20. ed., rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Impetus, 2017. p. 591.

estruturação escalonada dos diversos regimes prisionais visa à preparação gradual do agente para a vida em liberdade.⁵⁴

Ademais, importa frisar que, de início, a Lei 6.416/1977, outrora disciplinadora do sistema de penas, estabelecia uma divisão entre os condenados à pena privativa de liberdade em perigosos e não perigosos. Assim, enquanto os perigosos eram obrigatoriamente submetidos às regras do regime fechado, os não perigosos, cuja pena não ultrapassasse oito anos, poderiam ser submetidos ao regime semiaberto desde o início, ou, quando a pena excedesse àquele limite, poderiam ser posteriormente transferidos, uma vez cumprido um terço dela em regime fechado. Ainda, caso a pena não fosse superior a quatro anos, poderia o condenado ser submetido a regime aberto desde o início, ou depois de cumprir um terço ou dois quintos em outro regime.⁵⁵

Entretanto, com o advento da Lei 7.209/1984, que tratou da reforma da Parte Geral do Código Penal, abandonou-se a distinção entre os regimes penais fundada na periculosidade do agente, conforme supramencionado. Desse modo, atualmente, os regimes de penas (fechado, semiaberto e aberto) são estipulados de acordo com o mérito do condenado, salvo no tocante ao período inicial de cumprimento da sanção penal, no qual a reincidência e a quantidade de pena aplicada constituem fatores determinantes a serem considerados quando da fixação do regime inicial.⁵⁶

2.4.1 O regime fechado

Segundo o art. 87 da Lei 7.210/1984, Lei de Execução Penal, o cumprimento da pena em regime fechado realiza-se em penitenciária, constituindo a fase mais gravosa da execução penal. Como o próprio nome indica, a penitenciária é o estabelecimento no qual o condenado deve cumprir as *penitências* impostas pelo Estado, não se confundindo com o presídio ou com a cadeia pública, que são estabelecimentos destinados ao abrigo dos presos provisórios e condenados por contravenções. Ainda, a penitenciária é o estabelecimento prisional de segurança

⁵⁴ GALVÃO, Fernando. **Direito Penal: Parte Geral**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 558.

⁵⁵ PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 649.

⁵⁶ PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 649-650.

máxima ou média, destinado à execução penal dos condenados à pena de reclusão e de detenção (apenas no caso de regressão), em regime fechado.⁵⁷

Nesse sentido, conforme preconizam os arts. 87 e 88 da Lei de Execução Penal, o agente deve ser alojado em cela individual, contendo dormitório, aparelho sanitário e lavatório, com salubridade do ambiente pela concorrência dos fatores de areação, insolação e condicionamento térmico adequado à existência humana, além de área mínima de seis metros quadrados. Ademais, as penitenciárias, quando se tratar de condenados homens, devem ser construídas em local afastado do centro urbano, a distância que não restrinja a visitação. Contudo, resta evidente que, atualmente, em razão da falta de vagas, há muitos sentenciados cumprindo pena sem qualquer condição de salubridade, estando distante dos objetivos da individualização da execução, nas cadeias e distritos.⁵⁸

Sob esse prisma, o artigo 87 da Lei de Execução Penal, em seu parágrafo único, dispõe que a União Federal, os Estados, o Distrito Federal e os Territórios poderão construir penitenciárias destinadas exclusivamente aos presos provisórios e condenados que estejam em regime fechado, *sujeitos ao regime disciplinar diferenciado*, nos termos do artigo 52 da mesma Lei. Desse modo, a penitenciária, que antes era lugar apenas para cumprimento de pena privativa de liberdade reclusiva e em regime fechado, com essa alteração, poderá receber os presos provisórios, desde que sujeitos ao regime disciplinar diferenciado.⁵⁹

No regime fechado, à vista do artigo 34 do Código Penal, o condenado poderá trabalhar no período diurno, nas dependências do estabelecimento ou fora dele, quando em obra ou serviço público, devendo ser recolhido ao cárcere no período noturno. Para além, o trabalho externo, a ser autorizado pela direção do estabelecimento prisional, dependerá de aptidão, disciplina e responsabilidade do condenado, bem como do cumprimento mínimo de um sexto da pena, de acordo com o artigo 37 da Lei de Execução Penal. Ainda, cumpre observar que o trabalho não

⁵⁷ GALVÃO, Fernando. **Direito Penal: Parte Geral**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 560.

⁵⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 418.

⁵⁹ PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 650.

pode ser obrigatório, haja vista o fato de a Constituição Federal, expressamente, proibir o trabalho forçado.⁶⁰

Contudo, Rogério Greco preleciona que, se o Estado, em virtude de sua incapacidade administrativa, não fornecer trabalho ao apenado, não poderá o preso ser prejudicado pela ineficiência estatal, haja vista que o trabalho gera o direito à remição da reprimenda. Com isso, excepcionalmente, deverá ser concedida a remição de um dia de pena para cada três dias de trabalho, ainda que não tenha havido efetivo labor.⁶¹

2.4.2 O regime semiaberto

Em termos de severidade, o regime semiaberto constitui a fase intermediária da execução penal, devendo realizar-se em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar, conforme dispõe o parágrafo primeiro do art. 35 do Código Penal. Nesse regime, ocorre a valorização do trabalho, a ser realizado no período diurno, como atividade capaz de reintegrar o condenado ao ambiente social. Ademais, o condenado poderá ser alojado em compartimento coletivo, observados os requisitos de salubridade ambiental, bem como as exigências básicas das dependências coletivas (seleção adequada dos presos e limite da capacidade máxima que atenda aos objetivos de individualização da pena).⁶²

Na colônia agrícola, o condenado deverá se preparar para o retorno à sociedade com desenvolvimento de atividades ligadas à agricultura e à pecuária. De outro lado, no estabelecimento industrial, o apenado deverá receber estímulo ao desenvolvimento de atividades relacionadas à fabricação de produtos de valor econômico, o que poderá oportunizar chances de intervenção na dinâmica produtiva da sociedade. Além disso, a ideia da reeducação do condenado no ambiente de trabalho deverá orientar a interpretação do que seja *estabelecimento similar* (fórmula genérica utilizada pelo legislador); assim, é possível que o cumprimento da pena se

⁶⁰ PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 650.

⁶¹ GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**. 20. ed., rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Impetus, 2017. p. 609.

⁶² GALVÃO, Fernando. **Direito Penal: Parte Geral**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 561.

dê em estabelecimento com características peculiares ao desenvolvimento de quaisquer atividades laborativas que sejam socialmente construtivas.⁶³

Sob esse panorama, cabe ressaltar que, embora o Código Penal determine que o condenado deva ficar sujeito ao trabalho em comum durante o período diurno, tal disposição não poderá ser obrigatória, dada a expressa proibição ao trabalho forçado constante na Constituição da República. Assim, iniciando o cumprimento da pena no regime semiaberto, não será possível obrigar o condenado a trabalhar; todavia, para o deferimento da progressão do regime fechado, a sujeição ao trabalho não significa aplicar pena de trabalhos forçados, eis que o apenado poderá optar por não trabalhar e cumprir o restante de sua pena no regime fechado.⁶⁴

Desse modo, o regime em comento é reservado aos condenados à pena superior a quatro anos e inferior a oito, ressalvada a situação dos reincidentes e dos que o acessem por progressão. Além disso, conforme mencionado, os estabelecimentos penais adequados a esse regime seriam as colônias agrícolas, industriais ou quaisquer outros centros profissionalizantes similares; todavia, tais estabelecimentos são raríssimos no Brasil, sendo ainda comum o cumprimento de pena em cadeias públicas por falta de estabelecimento mais adequado.⁶⁵ Nessa perspectiva, a saída encontrada passa pela concessão de autorização para trabalho externo ou frequência a cursos supletivos profissionalizantes, de segundo grau ou superiores, observadas as disposições do art. 37 da Lei de Execução Penal.

Nesse sentido, importa frisar que a jurisprudência é predominante em entender pela desnecessidade de se aguardar o cumprimento de um sexto da pena para que se autorize o trabalho externo, estando o condenado em regime semiaberto. Para mais, ante a ausência de estabelecimentos adequados, alternativa cada vez menos rara tem sido a determinação de permanência no regime aberto ou mesmo a concessão de prisão domiciliar, em caráter excepcional, para os apenados que estejam em regime semiaberto, mas que acabam sendo submetidos a condições compatíveis com o regime fechado.⁶⁶

⁶³ GALVÃO, Fernando. **Direito Penal: Parte Geral**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 561-562.

⁶⁴ PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 651.

⁶⁵ PACELI, Eugênio. CALLEGARI, André. **Manual de Direito Penal**. São Paulo: Atlas, 2016. p. 464.

⁶⁶ GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**. Rio de Janeiro: Impetus, 2011. p. 511.

Sob essa ótica, Rogério Greco assevera que, assim como ocorre no regime fechado, em caso de incapacidade administrativa, o condenado que tiver obstada a possibilidade de trabalho terá, ainda assim, direito à remição da sua pena. Com efeito, não pode o apenado restar prejudicado em razão da ineficiência do Estado, que deveria lhe fornecer o trabalho adequado.⁶⁷

Além disso, o condenado que cumpre sua pena em regime semiaberto também tem direito às saídas temporárias, haja vista a necessidade de progressiva redução da vigilância sobre o apenado em seu processo de ressocialização. Assim, pode-se obter autorização de saída para visita à família, sendo facultado ao juiz da execução a determinação da utilização de equipamento de monitoração eletrônica.⁶⁸ Ainda, tal autorização decorre de ato motivado, ouvidos o Ministério Público e a administração penitenciária, e satisfeitos os requisitos previstos no art. 123 da Lei 7.210/84, quais sejam, comportamento adequado, compatibilidade do benefício com os objetivos da pena e cumprimento mínimo de um sexto da pena, se o condenado for primário, e um quarto, se reincidente.

Para além, o prazo máximo da medida temporária é de sete dias, podendo ser renovada por mais quatro vezes durante o ano. Ao concedê-la, o juiz irá impor ao beneficiário as seguintes condições: a) fornecimento do endereço onde reside a família a ser visitada ou onde poderá ser encontrado durante o período; b) recolhimento noturno à residência visitada; c) e proibição de frequentar bares, casas noturnas e estabelecimentos congêneres, além de outras condições que entender compatíveis conforme o caso concreto.

Ainda, na hipótese de saída para frequência a curso, o tempo é o necessário para o cumprimento das atividades discentes; sendo que, nos demais casos, as autorizações de saída somente poderão ser concedidas com prazo mínimo de 45 dias de intervalo entre uma e outra. Por fim, importa frisar que tal benefício é automaticamente revogado (sem prévia oitiva do apenado ou do Ministério Público) caso o condenado pratique crime doloso, seja punido por falta grave, desentenda as condições impostas na autorização ou revele baixo grau de aproveitamento no curso, segundo dispõe o art. 125 da Lei de Execução Pena

⁶⁷ GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**. 20. ed., rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Impetus, 2017. p. 611.

⁶⁸ PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 651.

2.4.3 O regime aberto

Constitui a fase mais branda da execução da pena, caracterizando-se pela concessão de maior liberdade ao condenado, com base na autodisciplina e no senso de responsabilidade que se espera dele. Assim, deverá o apenado, fora do estabelecimento prisional e sem vigilância, trabalhar, frequentar cursos ou exercer qualquer outra atividade lícita previamente autorizada, recolhendo-se no período noturno e nos dias de folga. Tal regime é reservado aos condenados a pena igual ou inferior a quatro anos, com as ressalvas comuns para a situação dos reincidentes e dos que o acessem por progressão, devendo o seu cumprimento ser realizado “em casa de albergado ou estabelecimento adequado”, de acordo com o disposto no art. 33, § 1º, do Código Penal.⁶⁹

Conforme o art. 113 da Lei 7.210/84, o cumprimento da pena no regime aberto pressupõe que o condenado aceite os termos do programa estabelecido, bem como as condições impostas pelo juiz. Nesse sentido, o art. 114, I, do mesmo diploma, estabelece que “somente poderá ingressar no regime aberto o condenado que estiver trabalhando ou comprovar a possibilidade de fazê-lo imediatamente”. Nesse ínterim, a análise dos arts. 33 do Código Penal e 117 da Lei 7.210/84 permite concluir que o regime aberto possibilita três formas de cumprimento de pena: o recolhimento em casa de albergado, o recolhimento em estabelecimento adequado e o recolhimento domiciliar.

Nessa perspectiva, a prisão domiciliar é prevista para agente maior de setenta anos, acometido por doença grave, condenada com filho menor, deficiente físico ou mental, ou condenada gestante. Nesses casos, em atenção à maior fragilidade do condenado ou à situação de necessidade que lhe exige maiores cuidados com seu filho, o legislador possibilitou o cumprimento da pena na própria residência do apenado. Sob esse prisma, em que pese tal possibilidade ser perfeitamente compatível com a ideia de autodisciplina e senso de responsabilidade do condenado, as atividades de fiscalização e orientação restam prejudicadas.⁷⁰

Para mais, a fim de que possa ingressar no regime aberto, o condenado deve apresentar, pelos seus antecedentes ou pelo resultado dos exames a que foi

⁶⁹ GALVÃO, Fernando. **Direito Penal: Parte Geral**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 563.

⁷⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 422.

submetido, fundados indícios de que irá ajustar-se, com autodisciplina e senso de responsabilidade, ao novo regime. Porém, quando concedido desde o início da pena, o juiz se limitará à observância inafastável das circunstâncias judiciais constantes no artigo 59, *caput*, do Código Penal, visto que não se prevê a realização de exame criminológico nesse caso.⁷¹

No que tange às condições impostas pelo juiz quando da concessão do regime aberto, o condenado deverá permanecer, durante o repouso e nos dias de folga, no local que for designado, além de obedecer aos horários fixados quanto à saída e ao trabalho. Ademais, o apenado deverá prestar compromisso de não se ausentar da cidade onde reside, sem autorização judicial, bem como comparecer a juízo, a fim de informar e justificar as suas atividades, quando for determinado.

A casa de albergado, segundo os artigos 94 e 95 da Lei de Execução Penal, é o prédio situado no centro urbano que se caracteriza pela ausência de obstáculos físicos contra a fuga e que contém instalações adequadas para os serviços de fiscalização e orientação dos condenados. Para além, o referido estabelecimento não pode abrigar condenados submetidos aos regimes mais gravosos, devendo guardar separação física dos estabelecimentos adequados para o cumprimento dos regimes fechado e semiaberto. Desse modo, na casa de albergado, oportuniza-se maior contato com a sociedade, para que, no futuro, o condenado possa participar da dinâmica social de modo mais construtivo.

Sob essa perspectiva, ao prever que o condenado submetido ao regime aberto seja recolhido a *estabelecimento adequado*, o artigo 33 do Código Penal oferece alternativas à precariedade material que impede a existência de casas de albergado. Assim, por tal expressão, deve-se entender todo estabelecimento que ofereça as mesmas possibilidades de fiscalização e orientação do condenado em ambiente sem as características repressivas da prisão. Portanto, como o regime caracteriza-se pela inexistência de obstáculos físicos contra a fuga, é possível que o condenado seja recolhido no próprio ambiente de trabalho, na repartição pública que lhe presta orientações, em colônias de condenados ou em abrigos que possibilitem a fiscalização e orientação próprias ao regime prisional.⁷²

⁷¹ PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 654.

⁷² NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 422.

Nesse sentido, Eugênio Pacelli e André Callegari asseveram que as casas de albergados e os estabelecimentos adequados são outra promessa não cumprida pela nossa legislação de execução penal. Assim, à falta de tais estabelecimentos, acaba-se por permitir que sejam acolhidos em estabelecimentos superlotados os condenados que se encontram formalmente em regime semiaberto ou aberto. Na prática, pois, todos são submetidos a condições que mais se aproximam do regime fechado, com as óbvias e gravíssimas consequências que dali resultam.⁷³

Indiscutivelmente, o recolhimento do condenado submetido ao regime aberto à cadeia pública constitui agravamento, não autorizado por lei, de sua situação jurídica. Desse modo, quando não houver, na região, casa de albergado ou outro estabelecimento adequado, deve-se admitir o recolhimento residencial, mesmo não atendidas as condições estabelecidas pela Lei de Execução Penal. Tal entendimento recebe fortes rejeições, mas as decisões dos tribunais superiores nesse sentido são cada vez mais comuns.⁷⁴

À vista do exposto, Rogério Grego sustenta que, se o Estado não cumpre a obrigação de dotar cada região de pelo menos uma casa de albergado, não resta à Justiça outra solução, senão autorizar, excepcionalmente, o recolhimento domiciliar, mesmo fora das hipóteses previstas em lei.⁷⁵ Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça, inclusive, já consolidou o entendimento segundo o qual configura constrangimento ilegal a submissão do apenado ao cumprimento de pena em regime mais gravoso, devendo ele cumprir reprimenda em regime aberto, ou em prisão domiciliar, na hipótese de inexistência de estabelecimento adequado.⁷⁶

⁷³ PACELI, Eugênio. CALLEGARI, André. **Manual de Direito Penal**. São Paulo: Atlas, 2016. p. 466.

⁷⁴ PACELI, Eugênio. CALLEGARI, André. **Manual de Direito Penal**. São Paulo: Atlas, 2016. p. 466.

⁷⁵ GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**. Rio de Janeiro: Impetus, 2011. p. 511.

⁷⁶ Nessa linha: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus* 198.994/RS, Relator: Min. Gilson Dipp. Brasília, 08 nov. 2011. Disponível em: <
<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21032661/habeas-corpus-hc-198994-rs-2011-0045207-0-stj/inteiro-teor-21032662?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 19 abr. 2018.

3 A LEI DE CRIMES HEDIONDOS

Antonio Lopes Monteiro assevera que, ao entrar em vigor em outubro de 1988, a Constituição Federal, em suas disposições, permitiu que a legislação infraconstitucional, por meio de leis complementares e ordinárias, dispusesse sobre temas considerados polêmicos e de difícil solução a nível constitucional. Como um exemplo decorrente desse fato, o autor aponta para o art. 5º, XLIII, da Carta Magna, que, ao determinar a criação da Lei de Crimes Hediondos, estabeleceu a supressão, mediante a prática de delitos considerados altamente repugnantes, de importantes direitos e garantias individuais.⁷⁷

Para além, sob o impacto dos meios de comunicação de massa, mobilizados em face de uma onda de extorsões mediante sequestro que eclodiu no final dos anos 1980, vitimando importantes figuras da elite econômica e social do país, o sentimento de insegurança e de desconfiança para com os órgãos de controle social tomou conta da população.⁷⁸ Nesse contexto, o legislador se viu obrigado a controlar a sensação de pavor que advinha da sociedade.

Em meio a esse cenário, surgiu a Lei 8.072/90, que, nas palavras de Alberto Silva Franco, é “um exemplo significativo de uma posição político-criminal que expressa, ao mesmo tempo, radicalismo e passionalidade”.⁷⁹ Assim, pela primeira vez, o sistema punitivo brasileiro passou a distinguir, dentre as suas diversas condutas já tipificadas, algumas delas com o *nomem juris* de crime hediondo, infrações que, pelo elevado grau de repugnância, merecem uma reação punitiva mais severa.⁸⁰

Nessa esteira, desde a sua promulgação, a Lei de Crimes Hediondos é objeto de inúmeras ressalvas, eis que enrijeceu demasiadamente o cumprimento de pena dos delitos por ela abarcados, além de ter elevado exageradamente os mínimos penais da maioria destes.⁸¹ Desse modo, para a realização deste estudo, faz-se necessário o exame das influências históricas e políticas que interferiram no processo de elaboração da referida lei, bem como das suas disposições que acabaram por

⁷⁷ MONTEIRO, Antonio Lopes. **Crimes Hediondos: texto, comentários e aspectos polêmicos**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 3.

⁷⁸ FRANCO, Alberto Silva. **Crimes Hediondos**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 96.

⁷⁹ FRANCO, Alberto Silva. **Crimes Hediondos**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 97.

⁸⁰ LEAL, João José. **Crimes Hediondos**. A Lei 8.072/90 como Expressão do Direito Penal da Severidade. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2003. p. 31.

⁸¹ FRANCO, Alberto Silva. **Crimes Hediondos**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 102.

endurecer o tratamento penal dispensado a essa espécie maior, imperativa e categórica de crime.

Ademais, em face das constantes críticas direcionadas ao diploma legal em comento e da agilidade com que ele foi discutido, a Lei 8.072/90 passou por diversas alterações legislativas, uma vez que manifestou afronta a importantes princípios constitucionais. Nesse prisma, o estudo global de todos os seus dispositivos é indispensável ao desenvolvimento deste trabalho, porquanto a interpretação apartada da Lei de Crimes Hediondos dificultaria o alcance de conclusões satisfatórias, tendo em vista que as suas disposições mais severas foram previstas com uma única finalidade: enrijecer o sistema penal brasileiro.

Sob essa perspectiva, a referida lei traz em seu bojo normas de processo e de execução penal, dispondo, inclusive, sobre a prisão temporária, os regimes de cumprimento da pena e a possibilidade de o condenado apelar em liberdade. À vista disso, Antonio Lopes Monteiro sustenta que, ao tentar inovar em matéria penal, a Lei 8.072/90 introduziu outras regras que, na pressa de sua edição, afetaram todo um sistema criminal existente, o qual, ainda que de modo precário, vinha respondendo às exigências da sociedade brasileira.⁸²

3.1 A previsão constitucional

Quando da feitura da Constituição da República de 1988, o Estado Democrático de Direito emergia gradativamente do desmonte do sistema político-militar de segurança nacional, fato que sustentou, portanto, a inserção de um dispositivo expresso que assegurasse a punição da prática de tortura e de ações armadas contra a ordem político-jurídica vigente.⁸³ Desse modo, considerava-se indispensável o emprego de normas jurídico-constitucionais capazes de assegurar a efetiva estabilidade política do processo de democratização do país, haja vista as marcas deixadas pelo período ditatorial.

Assim, ao passo que os parlamentares de formação política democrática defendiam a salvaguarda da democracia, os constituintes conservadores

⁸² MONTEIRO, Antônio Lopes. **Crimes hediondos: texto, comentários e aspectos polêmicos**. 9. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 217.

⁸³ LEAL, João José. **Crimes Hediondos: A Lei 8.072/90 como Expressão do Direito Penal da Severidade**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2003. p. 27.

preconizavam uma resposta punitiva mais rigorosa contra os que viessem a cometer atos de terrorismo. Para além, essa corrente buscava também o enrijecimento do sistema punitivo, como método político-jurídico de combate a crimes como tráfico de entorpecentes, roubo, extorsão mediante sequestro, homicídio e estupro.⁸⁴

Sob esse íterim, o legislador constituinte restringiu, no inciso XLIII do art. 5º da Constituição Federal, direitos e garantias fundamentais do cidadão, quais sejam, a previsão de inafiançabilidade e a insuscetibilidade de graça ou anistia, quando da prática de crime hediondo, tortura, tráfico de drogas ou terrorismo. Nesse sentido, sob a ótica do legislador, tais condutas representavam graves lesões a bens jurídicos de inquestionável dignidade penal e que necessitavam de maior repressão, eis que acarretavam relevantes danos à sociedade.⁸⁵

Por conseguinte, o legislador ordinário, mediante tal mandamento constitucional, foi praticamente instado a formular as hipóteses de terrorismo, de tortura e de crimes hediondos, que até então não haviam sido tipicamente estruturadas. De igual modo, demandou-se um tratamento adequado à hipótese de tráfico ilícito de entorpecentes e de drogas afins já composta, de forma indireta, na Lei 6.368/76, anterior à Constituição Federal.

3.2 O contexto histórico

A partir da análise dos fatores político-sociais vigentes ao período em que foi aprovada a Lei 8.072/1990, constata-se que o referido diploma legal foi analisado pelo Congresso Nacional em um contexto de grande pressão social, em razão de tragédias que causaram forte comoção coletiva. Assim, com a sucessão de extorsões mediante sequestro que eclodiu no final dos anos 1980 em São Paulo e, principalmente, no Rio de Janeiro, o sentimento de insegurança se intensificou, propiciando o cenário social perfeito para a aprovação da lei repressiva em exame.⁸⁶

Sob esse panorama, organizações criminosas passaram a operar nesse tipo de atividade, provocando o demasiado crescimento do número de sequestros. Com

⁸⁴ LEAL, João José. **Crimes Hediondos. A Lei 8.072/90 como Expressão do Direito Penal da Severidade**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2003. p. 28.

⁸⁵ FRANCO, Alberto Silva. **Crimes Hediondos**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 81.

⁸⁶ LEAL, João José. **Crimes Hediondos. A Lei 8.072/90 como Expressão do Direito Penal da Severidade**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2003. p. 34.

isso, disseminou-se a ideia de o Estado do Rio de Janeiro estar passando por uma crise de governabilidade, fato que suscitou, inclusive, uma possível intervenção federal. Para mais, o ápice do clamor popular em favor de medidas penais de maior severidade adveio dos sequestros do executivo Abílio Diniz e do empresário Roberto Medina, veiculados de modo extremamente sensacionalista pela mídia à época.⁸⁷

Nessa perspectiva, Alberto Silva Franco sustenta que a referida comoção, aliada à visão superdimensionada que os meios de comunicação trataram de propagar, funcionou "como um mecanismo de pressão ao qual o legislador não soube resistir".⁸⁸ Desse modo, o Congresso Nacional viu-se obrigado a acelerar o processo legislativo de votação da Lei 8.072/90, uma vez que a opinião pública clamava por uma resposta imediata aos criminosos que assolavam o país, reivindicando tratamento mais severo às suas condutas.⁸⁹

Ademais, importa mencionar que se passaram menos de dois anos entre a promulgação da Constituição e a da lei em comento, sendo que, de um momento para o outro, apesar de já tramitarem alguns projetos sobre o assunto, assistiu-se à edição precipitada deste diploma legal, sem a necessária análise e discussão aprofundada. Todavia, conforme Antonio Lopes Monteiro bem assevera, "não é o simples aumento de pena que vai resolver o problema da criminalidade, embora, talvez, momentaneamente, nos dê a sensação de amenizá-lo".⁹⁰

Para além, aduzem Alberto Silva Franco, Rafael Lira e Yuri Felix que:

*Os meios de comunicação de massa tinham conseguido a final atingir seu objetivo: a opinião pública estava totalmente aderente ao seu ponto de vista; reconhecida a existência de grave problemática social para a qual a única solução que se mostrava adequada e ingente era a formatação de propostas de caráter penal.*⁹¹

À vista do exposto, é indiscutível o fato de que a Carta Magna já previra a possibilidade de se considerarem legalmente hediondos certos tipos de crimes; contudo, se não fossem os fatores supracitados, os congressistas dificilmente teriam

⁸⁷ GRECO, Rogério. **Leis penais especiais comentadas: crimes hediondos e tortura: doutrina e jurisprudência**. Niterói, RJ: Impetus, 2016. p. 2.

⁸⁸ FRANCO, Alberto Silva. **Crimes Hediondos**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994. p. 44.

⁸⁹ BARBOSA, Licínio. "**Dos Crimes Hediondos**". In Estudos Jurídicos em Homenagem a Manoel Pedro Pimentel. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992. p, 212.

⁹⁰ MONTEIRO, Antonio Lopes. **Crimes Hediondos: texto, comentários e aspectos polêmicos**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 4-5.

⁹¹ FRANCO, Alberto Silva; LIRA, Rafael; FELIX, Yuri. **Crimes hediondos**. 7. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 159.

elaborado a Lei de Crimes Hediondos nos moldes que a aprovaram. Nesse sentido, João José Leal defende que a referida lei “é filha natural da intensa onda de sequestros ocorrida no Rio de Janeiro, São Paulo e em outros grandes centros urbanos brasileiros.”⁹²

3.3 O Movimento da Lei e da Ordem

Alguns fatos ocorridos nas décadas de setenta e de oitenta do século passado ensejaram o surgimento do Movimento da Lei e da Ordem, corrente político-criminal que compreende o crime como o lado patológico do convívio social. Nesse sentido, o segmento hígido da sociedade não poderia conviver com o segmento infrator, eis que este seria capaz de contagiar os demais com o cerne da criminalidade. Desse modo, cada infrator tem uma qualidade negativa que o leva a ser estigmatizado, sendo visto como aquele que, além de merecer uma punição, não pode permanecer entre as pessoas íntegras e probas.⁹³

Assim, mediante o incremento da criminalidade violenta e a criação pelos meios de comunicação de um sentimento coletivo e individual de insegurança, a referida corrente encontrou suporte e força expansiva, à medida que a sociedade passou a se ver como refém das ações criminosas, não vislumbrando possibilidade de dominá-las. Sob essa perspectiva, o sentimento de medo e desconfiança gerado na população desencadeia uma política criminal passional, baseada num rigor desmedido no apelo à pena, que põe em risco as conquistas racionais e humanitárias, até então, obtidas.⁹⁴

Sob esse prisma, na esteira do discurso passional do Movimento da Lei e da Ordem, há a estruturação de tipos penais novos, a exacerbação das cominações de tipos já existentes e a promulgação de leis especiais atinentes a determinadas tipologias. Em resumo, a corrente supracitada tem o escopo de reforçar os mecanismos de repressão empregados pelo Estado, não importando se tais medidas são, realmente, eficazes para a tutela dos bens jurídicos, uma vez que as suas

⁹² LEAL, João José. **Crimes Hediondos: A Lei 8.072/90 como Expressão do Direito Penal da Severidade**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2003. p. 35.

⁹³ TORON, Alberto Zacharias. **Crimes Hediondos: O Mito da Repressão Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996. p. 89.

⁹⁴ FRANCO, Alberto Silva. **Crimes Hediondos**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994. p. 44.

finalidades latentes são a tranquilidade, ainda que aparente, do cidadão e o apaziguamento da opinião pública exaltada.⁹⁵

Diante disso, depreende-se que o Movimento da Lei e da Ordem influenciou o texto constitucional, na medida em que este suprimiu direitos e garantias para os casos de tortura, terrorismo e tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, assim como previu a possibilidade de atribuição do rótulo de hediondez a outros crimes, que também passaram a receber tratamento repressivo. Desse modo, a instituição do crime hediondo – hipótese típica que ainda não havia sido detectada na história do direito penal brasileiro – revela-se, no ordenamento jurídico nacional, como um dos mais emblemáticos frutos da referida corrente político-criminal.⁹⁶

3.4 Os projetos de lei

A origem imediata da Lei 8.072/90 foi o Projeto 50/90 do Senado Federal, de autoria do Senador Odacir Soares, datado de 17 de maio de 1990. O referido projeto estabelecia apenas novas disposições penais para os crimes de sequestro e de extorsão mediante sequestro, além de dar outras providências de ordem processual penal. Nesse panorama, pretendia-se cominar penas mais severas às condutas típicas mencionadas, bem como torná-las imprescritíveis e insuscetíveis de fiança, graça ou anistia.⁹⁷

Para além, o art. 2º desse projeto alterava o art. 594 do Código de Processo Penal, acrescentando-lhe parágrafo único, segundo o qual o condenado, “em hipótese alguma”, poderia apelar em liberdade. De outro lado, o seu art. 3º previa a obrigatoriedade do cumprimento de pena em regime fechado, alterando, inclusive, a Lei de Execução Penal, não admitindo, pois, a remição pelo trabalho realizado. Ademais, também vedava a concessão da liberdade provisória com ou sem fiança, além de determinar que o sequestro praticado por motivos políticos seria punido nos termos da lei.⁹⁸

⁹⁵ TORON, Alberto Zacharias. **Crimes Hediondos: O Mito da Repressão Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996. p. 84.

⁹⁶ FRANCO, Alberto Silva. **Crimes Hediondos**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 92.

⁹⁷ MONTEIRO, Antonio Lopes. **Crimes Hediondos: texto, comentários e aspectos polêmicos**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 6.

⁹⁸ MONTEIRO, Antonio Lopes. **Crimes Hediondos: texto, comentários e aspectos polêmicos**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 6.

Sob esse prisma, na justificativa ao projeto, alegava-se que tais crimes seriam atividades das mais nefastas, que cresciam a cada dia, devendo ser, portanto, coibidos em “qualidade e quantidade”. Com base nisso, foi atribuída maior ênfase a todas as restrições relacionadas ao cumprimento de pena, uma vez que tais alterações objetivavam a intimidação dos criminosos. Nesses termos, o projeto em sua redação final foi aprovado no dia 20 de junho de 1990, cabendo a relatoria ao Senador Pompeu de Souza.⁹⁹

Nesse momento, entretanto, já tramitava, na Câmara de Deputados, uma série de projetos sobre o mesmo tema, como é o caso do PL 2.105/89, no qual se agravavam demasiadamente as penas dos crimes de roubo, de sequestro e de estupro, excluindo dos réus qualquer direito na fase de execução da pena. O PL 2154/89, por sua vez, estabelecia regras extremamente rigorosas no que tange ao tráfico ilícito de entorpecentes, prevendo, inclusive, o restabelecimento da prisão preventiva obrigatória. Para mais, o PL 2.529/89, ao aplicar em dobro as penas cominadas, rotulava como hediondos os crimes de estupro, sequestro e genocídio.¹⁰⁰

Por conseguinte, foi encaminhado pelo Presidente da República o PL 3.754/89, que, elaborado pelo Conselho Nacional de Política Criminal Penitenciária, considerava hediondos os crimes de latrocínio, extorsão qualificada pela morte, extorsão mediante sequestro e na forma qualificada, epidemia com resultado morte, envenenamento de água potável, de substância alimentícia ou medicinal qualificado pela morte e o genocídio. Além disso, também rotulava com a hediondez os crimes praticados com violência à pessoa, que provocassem intensa repulsa social, pela gravidade do fato ou pela maneira de execução; contudo, esta disposição não foi mantida, eis que se adotou o critério exclusivamente legal para o crime hediondo.¹⁰¹

Após a Mensagem da Presidência da República, outros Projetos de Lei foram propostos, como o PL 3.875/89, no qual, mediante pena fixada entre vinte e trinta anos de reclusão, etiquetavam-se como hediondos diversos crimes previstos na legislação penal, além de condutas que provocassem intensa repulsa. De outro lado, o PL 5.270/90 elevava as penas referentes ao delito de extorsão mediante sequestro, ao passo que o PL 5.281/90 determinava que o seu cumprimento de pena ocorreria

⁹⁹ MONTEIRO, Antonio Lopes. **Crimes Hediondos: texto, comentários e aspectos polêmicos**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 7.

¹⁰⁰ FRANCO, Alberto Silva. **Crimes Hediondos**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 94.

¹⁰¹ FRANCO, Alberto Silva. **Crimes Hediondos**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 94.

integralmente em regime fechado, não sendo admitindo qualquer tipo de progressão do regime penitenciário.¹⁰²

Desse modo, a Mensagem Presidencial e os diversos Projetos de Lei supracitados originaram o Projeto Substitutivo 5.405/90; neste, seguindo o critério exclusivamente legal para a atribuição de hediondez, foram mantidos os crimes elencados no art. 1º, inciso I, do projeto estruturado pelo Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, acrescidos dos crimes de estupro e de atentado violento ao pudor. Assim sendo, no dia 25 de julho de 1990, os diversos projetos englobados no substitutivo da Câmara transformaram-se na Lei 8.072/90, diploma legal que, até os dias de hoje, é objeto de ferrenhas críticas e questionamentos.¹⁰³

3.5 O conceito de crime hediondo

Conforme já mencionado, no Direito Penal brasileiro, o termo *hediondo* não havia sido empregado até a promulgação da Constituição de 1988, que incumbiu a legislação ordinária de definir quais os crimes seriam abarcados pelo rótulo de hediondez. Ocorre que o legislador infraconstitucional não conceituou, do ponto de vista material, o que é um crime hediondo; nessa perspectiva, apenas selecionou determinadas infrações para qualificá-las com a referida marca legal. Dessa forma, tipos penais que, conforme as circunstâncias, podem apresentar um elevado grau de repugnância foram igualados a outros de menor gravidade, sendo, portanto, todos nivelados pelo maior critério de reprovabilidade de uma conduta.¹⁰⁴

Sob esse prisma, a hediondez não deve ser aferida pela gravidade objetiva da conduta, pela sua finalidade, modo ou meio de execução, uma vez que a Lei de Crimes Hediondos se limitou a apenas etiquetar as ações que merecem tratamento mais severo.¹⁰⁵ Assim, o legislador partiu do pressuposto de que, seja quem for o autor, sejam quais forem os motivos, as circunstâncias e as consequências do crime, tais condutas serão sempre profundamente repugnantes e sórdidas. Com isso,

¹⁰² FRANCO, Alberto Silva. **Crimes Hediondos**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 95.

¹⁰³ MONTEIRO, Antonio Lopes. **Crimes Hediondos: texto, comentários e aspectos polêmicos**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 8.

¹⁰⁴ LEAL, João José. **Crimes Hediondos: A Lei 8.072/90 como Expressão do Direito Penal da Severidade**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2003. p. 39.

¹⁰⁵ NETO, Vicente Amêndola. **Crimes Hediondos**. São Paulo: Editora de Direito, 1997. p. 29.

deverão sempre suportar uma resposta punitiva acentuadamente mais grave e mais severa do que a prevista para as demais infrações penais.¹⁰⁶

Nessa esteira, Vicente Amêndola Neto sustenta que a insuficiência do critério adotado suscita distorções injustas, tanto a partir da seleção, feita pelo legislador, das figuras criminosas quanto da forma, extremamente abrangente, de sua aplicação pelo juiz.¹⁰⁷ Para além, João José Leal assevera que o critério meramente formal é inaceitável, pois presume que as condutas que foram legalmente rotuladas carregam necessariamente o caráter da hediondez indiscutível, expondo, portanto, os seus agentes a um tratamento indevido.¹⁰⁸

Destarte, conforme já assinalado, oito foram os delitos rotulados como crimes hediondos pela Lei 8.072/90: sete já estavam incluídos no Código Penal e um (o genocídio), em lei penal extravagante. Por conseguinte, a Lei 8.930/94 tratou de incluir no rol o homicídio qualificado e o homicídio simples praticado em atividade típica de grupo de extermínio, além de excluir o crime de envenenamento de água potável, de substância alimentícia ou medicinal, qualificado pela morte. Para mais, a Lei 9.677/98 atribuiu hediondez ao crime de falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais.

Nesse panorama, a Lei 12.015/09 inseriu no rol o estupro simples e o de vulnerável, embora a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal já caminhasse nesse mesmo sentido.¹⁰⁹ E, por fim, a Lei 12.978/14 tornou hedionda a conduta de favorecimento da prostituição ou de outra forma de exploração sexual de criança, de adolescente ou de vulnerável, enquanto a Lei 13.497/17, por sua vez, passou a considerar hediondo o crime de posse ou porte ilegal de arma de fogo de uso restrito, previsto no art. 16 da Lei 10.826/03.

Portanto, à luz do sistema legal adotado para a definição de hediondez, jamais se poderá considerar como hedionda uma outra infração penal, mesmo que similar àquela existente no Código Penal, se prevista em outro diploma repressivo, a exemplo

¹⁰⁶ LEAL, João José. **Crimes Hediondos: A Lei 8.072/90 como Expressão do Direito Penal da Severidade**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2003. p. 40.

¹⁰⁷ NETO, Vicente Amêndola. **Crimes Hediondos**. São Paulo: Editora de Direito, 1997. p. 29.

¹⁰⁸ LEAL, João José. **Crimes Hediondos: A Lei 8.072/90 como Expressão do Direito Penal da Severidade**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2003. p. 40.

¹⁰⁹ Com esse entendimento: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* 88.245/SC, Relatora: Min^a. Cármen Lúcia. Brasília, 16 nov. 2006. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14735650/habeas-corpus-hc-88245-sc/inteiro-teor-103121246>>. Acesso em: 22 mai. 2018.

do que ocorre com o Código Penal Militar. Tal fato se deve à estrita obediência ao princípio da legalidade, que obsta a analogia *in malam partem*. Ademais, cumpre frisar que, para o reconhecimento da natureza hedionda do crime, não importa tenha ele sido consumado, ou mesmo tentado, bastando que seja um daqueles previstos no rol supracitado, nos termos do art. 1º da Lei 8.072/90.¹¹⁰

3.6 Os crimes equiparados a hediondos

Conforme supramencionado, consta do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, que, além dos crimes definidos como hediondos, a lei considerará inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo. Desse modo, depreende-se que, tecnicamente, tais infrações penais não podem receber o rótulo de hediondez, embora lhes seja dispensado tratamento idêntico às que recebem; à vista disso, os referidos delitos são tidos como *crimes equiparados a hediondos*.¹¹¹

Sob esse prisma, a justificativa para o constituinte originário ter separado os crimes hediondos dos equiparados a hediondos está diretamente relacionada à necessidade de assegurar maior estabilidade na consideração destes últimos como delitos dignos de maior severidade punitiva. Assim, no que tange aos delitos equiparados a hediondos, não há a reserva de qualquer margem de discricionariedade para o legislador ordinário, uma vez que a própria Carta Magna já impõe tratamento mais rígido a estes crimes.¹¹²

3.7 Principais apontamentos acerca das suas disposições

Consoante a todo o exposto, embora possua apenas treze artigos, dos quais dois foram vetados, a Lei 8.072/90 está fadada a gerar muita polêmica em sua aplicação, tendo em vista que estabelece o demasiado endurecimento da resposta punitiva endereçada aos crimes hediondos. Sob essa perspectiva, praticamente todos

¹¹⁰ GRECO, Rogério. **Leis penais especiais comentadas: crimes hediondos e tortura: doutrina e jurisprudência**. Niterói, RJ: Impetus, 2016. p. 6-7.

¹¹¹ LIMA, Renato Brasileiro de. **Legislação criminal especial comentada**. 6. ed., rev. ampl. e atual. Salvador: JusPodium, 2018. p. 225.

¹¹² LIMA, Renato Brasileiro de. **Legislação criminal especial comentada**. 6. ed., rev. ampl. e atual. Salvador: JusPodium, 2018. p. 225

os seus artigos são passíveis de dúvida, razão pela qual intensas discussões são travadas pela doutrina e pela jurisprudência. Nesse panorama, demonstra-se necessário o exame, pelo menos em linhas gerais, das inovações que a lei introduziu no sistema penal brasileiro, eis que interferiram diretamente na esfera de direitos e garantias do agente.

3.7.1 Da proibição do indulto

O art. 2º da lei em comento dispõe que os crimes hediondos e assemelhados são insuscetíveis de anistia, graça e indulto; tal previsão reproduz o conteúdo do art. 5º, XLIII, da Constituição Federal, que, ao lado do imperativo constitucional da elaboração dessa lei repressiva, já de antemão, considerava os seus crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia. Todavia, no inciso proibitivo da Carta Magna, o constituinte não inseriu o *indulto*, ao passo que o legislador ordinário o fez na Lei dos Crimes Hediondos, impondo, assim, uma vedação além daquelas previstas no texto constitucional.

Desse modo, a constitucionalidade da referida proibição determinada pelo legislador infraconstitucional é objeto de questionamentos por parte da doutrina, que defende ter havido o sobrepujamento do comando advindo da Lei Maior. É nesse sentido que se posicionam Alberto Silva Franco, Rafael Lira e Yuri Felix, defendendo que:

A regra do inciso XLIII do art. 5º da Constituição Federal, que veda a incidência de causas extintivas de punibilidade em relação a determinados delitos, constitui uma restrição constitucional. O exercício do poder de restrição não comporta alargamentos em lei intermediadora. Além disso, se a Constituição Federal inclui a concessão de indulto e a comutação de penas, entre as atribuições privativas do Presidente da República, (art. 84, XII, da CF) e se ela própria não excepcionou, em situação alguma, o exercício dessa competência, não caberia, evidentemente ao legislador ordinário, limitá-lo. O dispositivo do inciso I do art. 2º da Lei 8.072/90 está, portanto, eivado de flagrante inconstitucionalidade no tópico em que estende aos delitos especificados na referida lei a proibição do indulto.¹¹³

Em contrapartida, com vistas a justificar a constitucionalidade da proibição em exame, coloca-se Renato Brasileiro de Lima, asseverando que:

¹¹³ FRANCO, Alberto Silva; LIRA, Rafael; FELIX, Yuri. **Crimes hediondos**. 7. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 291-292.

A expressão graça a que se refere o art. 5º, XLIII, da Constituição Federal, deve ser objeto de interpretação extensiva para também abranger a vedação da concessão do indulto, já que as duas causas extintivas da punibilidade são espécies de clemência soberana, com a única diferença de que aquela é concedida de maneira individualizada e esta para um grupo indeterminado de condenados. Destarte, a proibição de um instituto – graça (indulto individual) – permite ao legislador infraconstitucional a proibição do outro – indulto coletivo. Consequentemente, ao se referir à competência do Presidente da República para a concessão do indulto, o art. 84, XII, da Carta Magna, refere-se não apenas à concessão do indulto coletivo, como também à concessão do indulto individual.¹¹⁴

Sob essa mesma ótica, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é firme no sentido de que o instituto da graça, engloba o indulto e a comutação da pena, estando a competência privativa do Presidente da República para a concessão desses benefícios limitada pela vedação estabelecida no art. 5º, inciso XLIII, da Constituição.¹¹⁵ Para mais, o Decreto 7.046/09¹¹⁶ dispõe que a concessão dos benefícios de indulto e comutação de pena não alcança as pessoas condenadas por crime hediondo praticado após a edição da Lei 8.072/90, de modo que a insuscetibilidade de indulto é, portanto, tida como constitucional pelo Supremo.¹¹⁷

Seguindo a mesma linha, Antonio Lopes Monteiro observa que o texto constitucional, no preceito concessivo, art. 84, XII, utiliza o termo *indulto*, ao passo que, no proibitivo, art. 5º, XLIII, emprega o vocábulo *graça*, concluindo, então, que não seria lógico que a Carta Magna proibisse algo que não estivesse prevista no art. 84, XII. À vista disso, nem o dispositivo da Lei dos Crimes Hediondos é inconstitucional ao acrescentar o indulto, nem a norma constitucional, omitindo-o, teria sido omissa.¹¹⁸

¹¹⁴ LIMA, Renato Brasileiro de. **Legislação criminal especial comentada**. 3. ed., rev. ampl. e atual. Salvador: JusPodium, 2015. p. 61.

¹¹⁵ Nesse sentido: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* 115.099/SP, Relatora: Min^a. Cármen Lúcia. Brasília, 19 fev. 2013. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23076634/habeas-corpus-hc-115099-sp-stf/inteiro-teor-111560505>>. Acesso em: 22 mai. 2018.

¹¹⁶ BRASIL. Decreto 7.046/09, de 22 de dezembro de 2009. Planalto. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d7046.htm>. Acesso em: 11 mai. 2018.

¹¹⁷ GRECO, Rogério. **Leis penais especiais comentadas: crimes hediondos e tortura: doutrina e jurisprudência**. Niterói, RJ: Impetus, 2016. p. 109.

¹¹⁸ MONTEIRO, Antônio Lopes. **Crimes hediondos: texto, comentários e aspectos polêmicos**. 10. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 200.

3.7.2 Da possibilidade de concessão de liberdade provisória

Inicialmente, a redação original do art. 2º, II, da Lei 8.072/90 estabelecia que os crimes hediondos e assemelhados eram insuscetíveis de fiança e de liberdade provisória. Contudo, mediante a edição da Lei 11.464/07, foi concedida nova redação ao referido inciso, que afastou a proibição da concessão de liberdade provisória, permanecendo apenas a vedação da fiança, em obediência ao disposto no art. 5º, XLIII, da Carta Magna.

Para além, no que tange à possibilidade de concessão de liberdade provisória *sem fiança* em caso de crime hediondo, a doutrina e a jurisprudência tem se posicionado majoritariamente em sentido positivo.¹¹⁹ Sob esse prisma, Renato Brasileiro de Lima preleciona que a inafiançabilidade a que se refere a Constituição significa apenas que a lei infraconstitucional não pode prever como condição suficiente para a concessão supracitada o mero recolhimento da fiança.¹²⁰ Assim, não há de se falar, portanto, na vedação à liberdade provisória *sem fiança*, cumulada se for o caso, com as medidas cautelares diversas da prisão.

3.7.3 Da possibilidade de recorrer em liberdade

O §3º do art. 2º da Lei ora examinada é um dos que causam maior controvérsia, ocasionando dúvidas quanto à sua aplicabilidade e abrangência;¹²¹ de acordo com a referida disposição, “em caso de sentença condenatória, o juiz decidirá fundamentadamente se o réu poderá apelar em liberdade”. Desse modo, a própria Lei 8.072/90 não apresenta óbice quanto à possibilidade de o sentenciado interpor recurso de apelação em liberdade. Todavia, tal disposição gera a concepção equivocada de que a regra é a prisão do réu condenado em primeira instância, que apenas poderá recorrer em liberdade se o julgador assim o permitir.¹²²

¹¹⁹ Com esse entendimento: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* 109.236/SP, Relatora: Min^a. Cármen Lúcia. Brasília, 14 fev. 2012. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21268973/habeas-corpus-hc-109236-sp-stf/inteiro-teor-110300997?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 22 mai. 2018.

¹²⁰ LIMA, Renato Brasileiro de. **Legislação criminal especial comentada**. 3. ed., rev. ampl. e atual. Salvador: JusPodium, 2015. p. 75.

¹²¹ MONTEIRO, Antônio Lopes. **Crimes hediondos: texto, comentários e aspectos polêmicos**. 9. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 224.

¹²² GRECO, Rogério. **Leis penais especiais comentadas: crimes hediondos e tortura: doutrina e jurisprudência**. Niterói, RJ: Impetus, 2016. p. 123.

Sob essa perspectiva, importa, inicialmente, ressaltar que a fundamentação das decisões judiciais é uma exigência constitucional, conforme preconiza o art. 93, IX, da Carta Magna; nesse sentido, todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário devem ser públicos, e todas as suas decisões, fundamentadas. Desse modo, o dispositivo em comento deve ser interpretado à luz da Constituição, pois a regra é que todo acusado apele em liberdade, somente sendo admissível a prisão *ante tempus* se presentes os requisitos da preventiva.¹²³

À vista disso, a necessidade de fundamentação em caso de interposição de recurso advém, precipuamente, do princípio da motivação das decisões judiciais, consubstanciado pelo texto constitucional. Ademais, quando da fundamentação do motivo pelo qual não será permitida a apelação em liberdade, o juiz deverá também demonstrar a existência dos pressupostos e requisitos da prisão preventiva, sob pena de nulidade da decisão e caracterização de manifesto constrangimento ilegal.¹²⁴

3.7.4 Da elevação do prazo da prisão temporária

A Lei 11.464/07 alterou a Lei de Crimes Hediondos, estabelecendo que a prisão temporária, nas infrações penais abarcadas por esta lei, terá o prazo de trinta dias, prorrogável por igual período em caso de extrema e comprovada necessidade. Desse modo, a referida modalidade de prisão será cabível quando: imprescindível para as investigações do inquérito policial; o indiciado não tiver residência fixa ou não fornecer elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade; ou houver fundadas razões, de acordo com qualquer prova admitida na legislação penal, de autoria ou participação do indiciado em crime hediondo.

Nesse sentido, constata-se o maior rigor direcionado às infrações penais revestidas de hediondez, eis que, nos casos de crime comum, o prazo para prisão temporária é de cinco dias, prorrogáveis pelo mesmo período. Para mais, Renato Brasileiro de Lima assevera que, decorrido o prazo, o preso deverá ser colocado imediatamente em liberdade, sem necessidade de expedição do alvará de soltura,

¹²³ DELMANTO, Roberto; DELMANTO JÚNIOR, Roberto; DELMANTO, Fábio M. de Almeida. **Leis penais especiais comentadas**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 162.

¹²⁴ LIMA, Renato Brasileiro de. **Legislação criminal especial comentada**. 3. ed., rev. ampl. e atual. Salvador: JusPodium, 2015. p. 102.

salvo se houver prorrogação da temporária ou se tiver sido decretada sua prisão preventiva.¹²⁵

Cumpre salientar que a prisão temporária visa a servir de instrumento útil e célere de decretação de prisões cautelares para auxiliar o trabalho policial, propiciando também um controle jurisdicional sobre a segregação de suspeitos e indiciados, quando autores de crimes considerados graves. Sob esse viés, Nucci defende que a elevação do seu prazo para trinta dias é medida a ser tomada em caso de extrema necessidade, não devendo ser banalizada. Ademais, preleciona que o magistrado pode dosar a prisão temporária em casos de delitos hediondos e assemelhados, podendo decretar *até* trinta dias, prorrogáveis por igual período.¹²⁶

3.7.5 Dos presídios federais de segurança máxima

O art. 3º da Lei 8.072/90 dispõe que a União manterá estabelecimentos penais de segurança máxima, destinados a condenados de alta periculosidade, cuja permanência em presídios estaduais ponha em risco a ordem ou incolumidade pública. Nesse prisma, a referida norma é cogente, impondo à União o dever de construir e sustentar estabelecimentos para o abrigo de criminosos altamente perigosos, distantes de centros urbanos e da responsabilidade dos estados.

Ocorre que, embora o caráter cogente desse dispositivo legal, a União, durante anos, ficou inerte no que tange à criação de presídios federais; à vista disso, Nucci assevera que estes não existem em número suficiente, não ofertando, pois, a quantidade de vagas necessária à demanda.¹²⁷ Assim, apenas em 2006, a partir da reestruturação do Departamento Penitenciário Nacional, foi criado o Sistema Penitenciário Federal, com o fim de exercer a gestão e a fiscalização dos presídios federais.¹²⁸

Desse modo, surgiram, então, os primeiros estabelecimentos federais de segurança máxima, situados em Porto Velho/RO, Mossoró/RN, Campo Grande/MS,

¹²⁵ LIMA, Renato Brasileiro de. **Legislação criminal especial comentada**. 3. ed., rev. ampl. e atual. Salvador: JusPodium, 2015. p. 102.

¹²⁶ NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis penais e processuais penais comentadas**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 469.

¹²⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis penais e processuais penais comentadas**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 470.

¹²⁸ LIMA, Renato Brasileiro de. **Legislação criminal especial comentada**. 6. ed., rev. ampl. e atual. Salvador: JusPodium, 2018. p. 270.

Catanduvas/PR e Brasília/DF. À vista disso, Antonio Lopes Monteiro assevera que o comando para a criação dos referidos presídios representa a incontestável ineficiência do sistema prisional atual, tendo em vista que visa a segregar e a afastar dos principais centros urbanos os presos de alta periculosidade. Com isso, os estados, sobretudo Rio de Janeiro e São Paulo, passaram a requerer, em caso de crime organizado, a transferência de detentos dito perigosos, como chefes e mandantes do tráfico de drogas, para tais estabelecimentos.¹²⁹

Sob esse panorama, David Garland sustenta que há um reconhecimento geral de que as estratégias existentes de controle do crime foram testadas e fracassaram, desfecho que exprime, portanto, a falência do sistema. Para além, o autor acrescenta que o aumento do número de prisões e a extensão do controle não se traduzem no fortalecimento do Estado como provedor de segurança, haja vista a instauração de uma perpétua sensação de crise, que é, superficialmente, tratada com o aumento do encarceramento.¹³⁰

3.7.6 Do livramento condicional e da reincidência específica

Como medida de política criminal, o livramento condicional permite que o condenado abrevie sua reinserção no convívio social, cumprindo parte da pena em liberdade, desde que presentes os seus requisitos de ordem subjetiva e objetiva.¹³¹ Assim, o referido benefício legal consiste na fase final da execução da pena no sistema progressivo, por meio do qual há uma antecipação da liberdade do condenado, que é autorizado a sair do estabelecimento prisional antes do cumprimento integral da pena fixada na sentença condenatória.

Nessa perspectiva, em regra, o agente condenado a pena privativa de liberdade igual ou superior a dois anos, deve, nos termos do art. 83 do Código Penal, cumprir mais de um terço da pena se não for reincidente em crime doloso e tiver bons antecedentes, ou mais da metade se reincidente. Além disso, deve, ainda, apresentar comportamento satisfatório, bom desempenho no trabalho e aptidão para prover à

¹²⁹ MONTEIRO, Antônio Lopes. **Crimes hediondos: texto, comentários e aspectos polêmicos**. 10. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 259.

¹³⁰ GARLAND, Davi. **A cultura do controle: crime e ordem social na sociedade contemporânea**. Rio de Janeiro: Revan, 2008, p. 67-68.

¹³¹ GRECO, Rogério. **Leis penais especiais comentadas: crimes hediondos e tortura: doutrina e jurisprudência**. Niterói, RJ: Impetus, 2016. p. 129.

própria subsistência, além de ter reparado, salvo efetiva impossibilidade de fazê-lo, o dano causado pela infração. Ademais, em caso de crime doloso com violência ou grave ameaça à pessoa, a concessão também fica subordinada à constatação de condições pessoais que façam presumir que o liberado não voltará a delinquir.

Contudo, raciocínio diverso é aplicado ao autor de crimes hediondos, eis que, por força do art. 5º da Lei 8.072/90, o condenado deve cumprir mais de dois terços da pena, se não for reincidente específico em crimes de natureza hedionda ou equiparada; em caso contrário, não poderá sequer ser beneficiado com o livramento condicional. Sob esse prisma, a expressão em comento - *reincidente específico em crimes dessa natureza* - provoca controvérsia na doutrina, que apresenta dois entendimentos distintos acerca da sua interpretação.¹³²

Importa assinalar que se trata de expressão reintroduzida no sistema penal brasileiro, eis que a sua previsão já havia sido revogada da Parte Geral do Código Penal de 1940. Nesta, a reincidência específica era atribuída a *crimes da mesma natureza*, considerados como aqueles previstos no mesmo dispositivo legal, ou que, embora previstos em dispositivos diversos, apresentassem, pelos seus fatos constitutivos ou motivos determinantes, caracteres fundamentais comuns. Todavia, a Lei de Crimes Hediondos empregou o termo de modo diverso do utilizado pelo Código de 1940, fazendo uso da expressão *crimes dessa natureza*.¹³³

À vista disso, Alberto Silva Franco, Rafael Lira e Yuri Felix entendem que, com a redação conferida referida Lei, exige-se a condenação anterior pelo mesmo crime, dado o feitiço literal, de caráter puramente gramatical, do termo empregado.¹³⁴ Em contrapartida, Antonio Lopes Monteiro preleciona que a reincidência, na verdade, deve abarcar a condenação anterior por crime hediondo ou assemelhado, uma vez que é prevista logo após o art. 83, V, do Código Penal, fazer menção a essa categoria de delitos.¹³⁵ De todo modo, cumpre frisar que a jurisprudência apenas admite a

¹³² LIMA, Renato Brasileiro de. **Legislação criminal especial comentada**. 6. ed., rev. ampl. e atual. Salvador: JusPodium, 2018. p. 273.

¹³³ GRECO, Rogério. **Leis penais especiais comentadas: crimes hediondos e tortura: doutrina e jurisprudência**. Niterói, RJ: Impetus, 2016. p. 135.

¹³⁴ FRANCO, Alberto Silva; LIRA, Rafael; FELIX, Yuri. **Crimes hediondos**. 7. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 325.

¹³⁵ MONTEIRO, Antônio Lopes. **Crimes hediondos: texto, comentários e aspectos polêmicos**. 10. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 215-216.

caracterização da reincidência específica para os fins do artigo supracitado se os crimes tiverem sido praticados após a entrada em vigor da Lei 8.072/90.¹³⁶

Para além, Rogério Grego apresenta outro entendimento acerca do tema, defendendo que somente devem ser objeto da reincidência específica as infrações penais previstas pela Lei de Crimes Hediondos, fazendo-se necessário, ainda, a identidade entre os bens jurídicos protegidos. Desse modo, não há a obrigatoriedade de se tratar, exatamente, do mesmo tipo penal, seja na modalidade simples ou qualificada, bastando, pois, a unidade dos bens jurídicos, conforme referido.¹³⁷

3.7.7 Do aumento das penas

O art. 6º da Lei de Crimes Hediondos propiciou a mudança de diversos dispositivos da Parte Especial do Código Penal, estabelecendo novos limites de pena. Assim, foram aumentadas as penas dos crimes de roubo, quando resultar lesão corporal de natureza grave, de extorsão mediante sequestro, de estupro e de envenenamento de água potável ou de substância alimentícia ou medicinal. Ademais, havia também aumento de pena para o delito de atentado violento ao pudor e para as formas qualificadas previstas no art. 223 do Código Penal, tendo sido ambos os artigos revogados pela Lei 12.015/09.¹³⁸

Todavia, conforme sustenta Antonio Lopes Monteiro, os índices de criminalidade não serão reduzidos com o mero aumento da pena cominada ao fato delituoso, embora a referida medida possa ocasionar a aparente sensação de alívio.¹³⁹ Nesse panorama, a efetivação de políticas baseadas no planejamento, em detrimento de políticas assentadas na reação, demonstra-se um meio mais eficaz no combate à criminalidade, tendo em vista que a maior dureza da lei é manifestamente ineficiente.

¹³⁶ Nesse sentido: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 229.206/DF, Relator: Min. Vicente Leal. Brasília, 28 jun. 2001. Disponível em: < <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/443228215/recurso-especial-resp-1642314-se-2016-0251378-2/inteiro-teor-443228222> >. Acesso em: 28 abr. 2018.

¹³⁷ GRECO, Rogério. **Leis penais especiais comentadas: crimes hediondos e tortura: doutrina e jurisprudência**. Niterói, RJ: Impetus, 2016. p. 136.

¹³⁸ GRECO, Rogério. **Leis penais especiais comentadas: crimes hediondos e tortura: doutrina e jurisprudência**. Niterói, RJ: Impetus, 2016. p. 138.

¹³⁹ MONTEIRO, Antonio Lopes. **Crimes Hediondos: texto, comentários e aspectos polêmicos**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 4-5.

3.7.8 Das causas de diminuição de pena

Considerando as suas inovações mais severas, pode até parecer contraditório que, na Lei de Crimes Hediondos, existam dispositivos que venham a favorecer réus e condenados; contudo, o diploma legal supracitado também tratou de estabelecer benefícios aplicáveis a dois tipos de delito. Nesse sentido, importa mencionar que, a rigor, tais benefícios não configuram atenuantes, haja vista que, ao contrário daquelas previstas no art. 65 do Código Penal, determinam o *quantum* da diminuição e podem reduzir a pena final abaixo do mínimo cominado ao crime.¹⁴⁰

Sob essa perspectiva, o art. 7º da Lei 8.072/90 acrescentou ao art. 159 do Código Penal a figura da delação premiada, gratificando o quadrilheiro que denuncie os coautores à autoridade, facilitando a libertação da vítima. Ocorre que, ao limitar o benefício de redução de um a dois terços apenas a crimes cometidos por quadrilha ou bando, o legislador impossibilitou a concessão dessa vantagem ao delito de extorsão mediante sequestro praticado em concurso de agentes. Por essa razão, a Lei 9.269/96, corrigindo tal falha, modificou o § 4º do art. 159 do Código Penal, passando a exigir que o crime tenha sido cometido em concurso.¹⁴¹

Desse modo, são três os requisitos exigidos para que seja levada a efeito a redução de um a dois terços na pena aplicada ao agente. Assim, o crime precisa ser cometido em concurso (no mínimo, duas pessoas), devendo um dos agentes denunciar à autoridade a prática do crime; nesse sentido, a lei não exige que o outro coautor seja preso ou responsabilizado criminalmente para que a minorante possa ser aplicada. Além disso, conforme a redação legal, é necessário que a denúncia supracitada facilite a libertação da vítima; contudo, Rogério Greco entende que a comunicação deve conduzir, obrigatoriamente, à libertação do sequestrado.¹⁴²

De outro lado, o art. 8º da Lei 8.072/90 criou uma modalidade qualificada de associação criminosa, que, considerando a redação conferida pela Lei 12.850/13, demanda a associação de três ou mais pessoas para a prática de crimes hediondos ou equiparados. Sob esse prisma, o parágrafo único do referido dispositivo prevê uma

¹⁴⁰ MONTEIRO, Antônio Lopes. **Crimes hediondos: texto, comentários e aspectos polêmicos**. 9. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 248.

¹⁴¹ CUNHA, Rogério Sanches; e outros. **Legislação criminal especial**. 2. ed. rev., atual. e amp., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 516.

¹⁴² GRECO, Rogério. **Leis penais especiais comentadas: crimes hediondos e tortura: doutrina e jurisprudência**. Niterói, RJ: Impetus, 2016. p. 140.

modalidade de delação premiada específica para o delito de associação criminosa, reduzindo de um a dois terços a pena do agente que, mediante denúncia à autoridade, possibilite o desmantelamento da associação. Nessa senda, Alexandre de Moraes e Gianpaolo Poggio Smanio prelecionam que tal desmantelamento consiste na total interrupção das atividades da associação criminosa.¹⁴³

3.7.9 Das causas de aumento de pena

Conforme já explicitado, a cominação de penas mais severas e a aplicação de dispositivos processuais penais mais restritivos foram a tônica da Lei de Crimes Hediondos; nesse panorama, o referido diploma legal criou também uma nova causa de aumento de pena. Assim, mediante o estabelecimento do seu art. 9º, o art. 224 do Código Penal, que, até a edição da Lei 8.072/90, apenas criava a presunção da violência dos crimes contra os costumes, passou também a abarcar os crimes de latrocínio, de extorsão qualificada pela morte, de extorsão mediante sequestro e de estupro.¹⁴⁴

Desse modo, a pena deveria ser acrescida da metade, respeitado o limite superior de trinta anos de reclusão, caso a vítima se adequasse a qualquer das hipóteses do art. 224 do Código Penal (não ser maior de catorze anos; ser alienada ou débil mental, com o conhecimento dessa circunstância pelo agente; ou não poder, por qualquer causa, oferecer resistência). Todavia, o dispositivo supracitado foi expressamente revogado pela Lei 12.015/09, de modo que grande parte da doutrina entende que o referido aumento de pena também foi tacitamente revogado.¹⁴⁵

Sob essa ótica, Renato Brasileiro de Lima assevera que a revogação dessa causa de aumento de pena é exemplo de *novatio legis in melius*, devendo, pois, retroagir para beneficiar os fatos praticados antes da entrada em vigor da lei que operou a referida revogação. Todavia, no que tange aos crimes sexuais cometidos com violência ou grave ameaça contra menores de catorze anos, a Lei 12.015/09 não

¹⁴³ MORAES, Alexandre; SMANIO, Gianpaolo Poggio. **Legislação penal especial**. 5. ed., rev. e amp., São Paulo: Atlas, 2002.

¹⁴⁴ MONTEIRO, Antônio Lopes. **Crimes hediondos: texto, comentários e aspectos polêmicos**. 9. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 246.

¹⁴⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis penais e processuais penais comentadas**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 343.

acarretou *abolitio criminis* em relação à majorante, eis que tal conduta passou a ser elementar do crime previsto no art. 217-A do Código Penal.¹⁴⁶

3.8 Reflexões acerca da severidade promovida

Em um contexto de elevada pressão social, decorrente de tragédias que causaram forte comoção coletiva, foi elaborada a lei repressiva em exame, que tratou de enrijecer o sistema punitivo brasileiro, com vistas a diminuir os índices de criminalidade que tanto afligiam a população. De antemão, Renato Brasileiro de Lima assevera que o mandamento constitucional que determinou a edição do diploma legal em comento foi influenciado por uma postura político-criminal ingênua, baseada na concepção de que o Direito Penal é a fórmula mágica capaz de resolver todos os conflitos e males sociais existentes.¹⁴⁷

Sob esse prisma, David Garland assinala que, a partir dos anos 1970, houve uma virada criminológica, que suscitou “a reaparição de sentimentos punitivos e gestos expressivos, que parecem estranhamente arcaicos e absolutamente antimodernos”¹⁴⁸. Nesse sentido, o abandono do ideal de reabilitação como finalidade central das medidas penais representou um dos primeiros reflexos da alteração do modo como a criminalidade passou a ser compreendida. Com isso, as medidas reabilitadoras passaram a ser concebidas com o fim de manifestar autocontrole, de reduzir o perigo e de aumentar a segurança do público, restando, em segundo plano, a assistência e o amparo destinados ao criminoso.¹⁴⁹

Para além, junto à virada criminológica supracitada, ressurgiu a ideia de que a pena deve figurar como justa retribuição, sendo austera e extensa na mesma medida do ilícito praticado. À vista disso, David Garland acrescenta que as sanções passaram a seguir parâmetros fixos e generalizantes, que refletem o sentimento de vingança advindo da sociedade, bem como a descrença para com os propósitos reabilitatórios. Ainda, aduz que as características do indivíduo e as circunstâncias do caso concreto

¹⁴⁶ LIMA, Renato Brasileiro de. **Legislação criminal especial comentada**. 6. ed., rev. ampl. e atual. Salvador: JusPodium, 2018. p. 281-282.

¹⁴⁷ LIMA, Renato Brasileiro de. **Legislação criminal especial comentada**. 6. ed., rev. ampl. e atual. Salvador: JusPodium, 2018. p. 195.

¹⁴⁸ GARLAND, Davi. **A cultura do controle: crime e ordem social na sociedade contemporânea**. Rio de Janeiro: Revan, 2008, p. 44.

¹⁴⁹ GARLAND, Davi. **A cultura do controle: crime e ordem social na sociedade contemporânea**. Rio de Janeiro: Revan, 2008, p. 378.

deixaram de ser elementos aptos a determinar a sanção, eis que o legislador, quem realmente comina a pena, opera em um contexto político bem distante do destinatário da sanção, rompendo, assim, a lógica da individualização.¹⁵⁰

A partir dessa nova concepção, foi editada a Lei 8.072/90, que, dificultando a obtenção de benefícios pelo agente, endureceu o tratamento penal destinado aos crimes hediondos e equiparados, à medida que restringiu o alcance de determinados direitos e garantias. Nesse panorama, David Garland sustenta que o clamor popular passou a influenciar não apenas a uniformização de critérios para a individualização da pena, mas as medidas de controle como um todo. Ademais, o autor assevera que o sentimento de medo fez com que a imagem do delinquente como alguém desprovido de oportunidades passasse a ser projetada como a do predador potencialmente reincidente.¹⁵¹

À vista do exposto, depreende-se que a referida lei é fruto da equivocada concepção que vislumbra o combate da delinquência interligado a uma medida simplista e, até certo ponto, inócua: a maior severidade da repressão penal. Contudo, a efetiva redução dos elevados índices de criminalidade com os quais o país se depara atualmente depende, em verdade, de uma profunda transformação da estrutura socioeconômica e política da sociedade, que é fonte das mais diversas desigualdades e arbitrariedades.

¹⁵⁰ GARLAND, Davi. **A cultura do controle: crime e ordem social na sociedade contemporânea.** Rio de Janeiro: Revan, 2008, p. 382-383.

¹⁵¹ GARLAND, Davi. **A cultura do controle: crime e ordem social na sociedade contemporânea.** Rio de Janeiro: Revan, 2008, p. 383.

4 O REGIME DE CUMPRIMENTO DE PENA IMPOSTO AOS CRIMES HEDIONDOS E EQUIPARADOS

O cumprimento de pena, além de ser objeto da Lei de Execução Penal, também é disciplinado pela Parte Geral do Código Penal, do art. 33 ao 37. Nesse âmbito, com a nova redação conferida pela Lei 7.209/84, o legislador determinou que a forma de execução da pena tem, inicialmente, como parâmetro a quantidade da pena imposta e a reincidência do condenado; por conseguinte, no decorrer da execução, deve ser analisada sob o prisma do comportamento do condenado e do tempo de cumprimento. A esta sistemática, conforme já explicitado, dá-se o nome de execução progressiva das penas privativas de liberdade.¹⁵²

Sob essa perspectiva, o art. 2º, §1º, da Lei 8.072/90, em sua redação original, dispunha que o condenado pela prática de crimes hediondos e equiparados deveria cumprir sua pena em regime integralmente fechado, não sendo cabível, pois, a progressão de regime. À vista disso, grande parte da doutrina sempre sustentou que a vedação absoluta à progressão era incompatível com o princípio da individualização da pena.¹⁵³ Todavia, durante quase dezesseis anos, prevaleceu perante os Tribunais o entendimento de que o dispositivo supracitado era plenamente compatível com a Constituição Federal.¹⁵⁴

Assim, com o advento da Lei 9.455/97, estabelecendo que, em regra, o condenado por crime de tortura deve *iniciar* o cumprimento da pena em regime fechado (art. 1º, § 7º), a doutrina também passou a sustentar a tese de revogação tácita da redação original do art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/90. Nessa esteira, à vista do princípio da isonomia, argumentava-se que deveria ser conferido o mesmo tratamento aos delitos hediondos. Contudo, o referido entendimento não foi aceito pelos Tribunais, tendo o Supremo Tribunal Federal editado a Súmula 698,¹⁵⁵ com vistas a

¹⁵² MONTEIRO, Antônio Lopes. **Crimes hediondos: texto, comentários e aspectos polêmicos**. 9. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 218.

¹⁵³ LIMA, Renato Brasileiro de. **Legislação criminal especial comentada**. 6. ed., rev. ampl. e atual. Salvador: JusPodium, 2018. p. 247.

¹⁵⁴ Nesse sentido: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* 82.638/SP, Relator: Min. Gilmar Mendes. Brasília, 19 dez. 2002. Disponível em: < http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/195_HC%2082959.pdf >. Acesso em: 30 abr. 2018.

¹⁵⁵ “Não se estende aos demais crimes hediondos a admissibilidade de progressão no regime de execução da pena aplicado ao crime de tortura”.

não estender a admissibilidade de progressão aos demais crimes revestidos de hediondez.¹⁵⁶

Ocorre que o tema voltou a ser discutido pela Suprema Corte, que, em julgamento histórico realizado no dia 23 de junho de 2006, declarou a inconstitucionalidade da redação original do art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/90. Desse modo, entendeu-se que o juiz da execução também precisa dispor de instrumentos para buscar a individualização do cumprimento da reprimenda imposta, ficando a seu critério, portanto, a apreciação, no caso concreto, dos requisitos objetivos e subjetivos listados pelo art. 112 da Lei de Execução Penal.¹⁵⁷

Para além, apesar de se tratar de declaração de inconstitucionalidade em controle difuso, o Supremo conferiu eficácia *erga omnes* à decisão proferida no HC 82.959/SP, aplicando, por analogia, o disposto no art. 27 da Lei 9.868/99, que se refere a julgamento de hipóteses de controle concentrado. Por conseguinte, ante a referida decisão, o Congresso Nacional deliberou para modificar a redação objeto da declaração de inconstitucionalidade, estabelecendo, com a edição da Lei 11.464/07, a obrigatoriedade da fixação de regime inicialmente fechado para cumprimento de pena.

Todavia, no dia 27 de junho de 2012, em sede do HC 111.840/ES, o Plenário da Suprema Corte também declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/90, em sua atual redação, considerando que, mesmo após a alteração legislativa, o dispositivo ainda afrontava o princípio da individualização da pena.¹⁵⁸ Em contrapartida, no julgamento do HC 123.316/ES, a Primeira Turma do Supremo decidiu em sentido diverso, determinando que, considerada a gravidade do crime de tortura, a execução inicial da pena deve se dar obrigatoriamente em regime fechado.¹⁵⁹

¹⁵⁶ LIMA, Renato Brasileiro de. **Legislação criminal especial comentada**. 6. ed., rev. ampl. e atual. Salvador: JusPodium, 2018. p. 247.

¹⁵⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* 82.959/SP, Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, 23 jun. 2006. Disponível em: < http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/195_HC%2082959.pdf >. Acesso em: 11 abr. 2018.

¹⁵⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* 111.840/ES, Relator: Min. Dias Toffoli. Brasília, 27 jun. 2012. Disponível em: <

<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticianoticiastf/anexo/hc111840dt.pdf>>. Acesso em: 11 abr. 2018.

¹⁵⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* 123.316/ES, Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, 09 jun. 2015. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=9058283> >. Acesso em: 11 abr. 2018.

Assim, embora o delito de tortura seja equiparado aos crimes hediondos, a Primeira Turma divergiu da decisão proferida pelo Plenário da Suprema Corte em sede do HC 111.840/ES, reputando constitucional o art. 1º, § 7º, da Lei 9.455/97. Desse modo, o Supremo Tribunal Federal apresenta, atualmente, dois entendimentos contrapostos no que tange à fixação do regime de cumprimento de pena em caso de crime hediondo ou equiparado, fato que acarreta insegurança jurídica e afronta o princípio da isonomia, preconizado pela Constituição Federal.

À vista disso, resta evidente que, desde a promulgação da Lei 8.072/90, o regime de cumprimento da pena dos crimes por ela abarcados não é matéria pacífica na jurisprudência, tendo sido objeto de significativas alterações. Portanto, a análise dos fatores que ocasionaram as modificações supracitadas tem fundamental importância para o desenvolvimento deste trabalho, eis que guardam estreita ligação com o problema a ser resolvido: em que medida é constitucional a imposição do regime prisional inicial fechado a condenados por crimes hediondos e equiparados.

4.1 A proibição do regime progressivo

Conforme supramencionado, em sua redação original, o art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/90 dispunha que o condenado pela prática de crimes hediondos e equiparados deveria cumprir sua pena em regime integralmente fechado; conseqüentemente, não era cabível a progressão de regime. Nessa perspectiva, a referida disposição se revelou incompatível com o princípio da individualização da pena, o qual assegura a todo condenado uma pena particularizada, pessoal, distinta e, portanto, inextensível a outro cidadão, em situação fática igual ou assemelhada.¹⁶⁰

Sob esse prisma, Alberto Silva Franco assevera que a individualização da pena constitui verdadeiro direito fundamental do cidadão posicionado frente ao poder repressivo do Estado. Em razão disso, segundo o autor, não é permitida a cominação legal de pena exata na sua quantidade, nem a sua execução sem intervenção judicial, para efeito de adaptá-la ao fato concreto, ao delinquente ou às vicissitudes de seu cumprimento.¹⁶¹ Ademais, Maria Lúcia Karam preleciona que a individualização só

¹⁶⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. **Individualização da Pena**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 338.

¹⁶¹ FRANCO, Alberto Silva. **Crimes Hediondos**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 163.

opera no plano da pena concretizada, sendo irremediavelmente negada ao se trabalhar, unicamente, com o crime abstratamente considerado.¹⁶²

Para além, a exclusão do sistema progressivo conflita também com o princípio da humanidade da pena, haja vista que a sanção executada em um único e uniforme regime prisional não exerce nenhuma influência psicológica positiva sobre o recluso, que não tem, em hipótese alguma, perspectiva de reinserção na sociedade. Além disso, também desampara a própria sociedade na medida em que agrega o preso ao corpo social após submetê-lo a um processo de reinserção às avessas, ou seja, a uma dessocilização.¹⁶³

Nesse sentido, a execução integral da pena em regime fechado contraria, de imediato, o modelo ressocializador, emprestando à sanção um caráter, exclusivamente, expiatório ou retributivo, a que não se afeiçoam nem o princípio constitucional da humanidade da pena, nem as finalidades a ela atribuídas. Sob esse ponto de vista, o legislador infraconstitucional não está autorizado a atribuir caráter aflitivo à punição, uma vez que a reinserção social não é matéria a ser considerada apenas no âmbito penitenciário, tendo raiz constitucional, eis que estreitamente conectada com o referido princípio.¹⁶⁴

4.1.1 A arguição de inconstitucionalidade do cumprimento integral da pena em regime fechado

Em que pese a evidente ofensa aos princípios constitucionais já elencados, a Suprema Corte, durante quase dezesseis anos, entendeu que a intenção do legislador ordinário, quando da edição Lei 8.072/90, deveria prevalecer, obstando, portanto, qualquer meio de discricionariedade do juiz na fixação do regime prisional. Assim, pairava o entendimento de que não cabia ao julgador decidir o quão bem agira o legislador, tendo em vista que a este competia fixar os parâmetros dentro dos quais o magistrado poderia efetivar a concreção ou a individualização da pena.¹⁶⁵

¹⁶² KARAM, Maria Lúcia. **Estudos em Homenagem a Alberto Silva Franco**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 323.

¹⁶³ FRANCO, Alberto Silva; LIRA, Rafael; FELIX, Yuri. **Crimes hediondos**. 7. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 363.

¹⁶⁴ FRANCO, Alberto Silva; LIRA, Rafael; FELIX, Yuri. **Crimes hediondos**. 7. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 365.

¹⁶⁵ LIMA, Renato Brasileiro de. **Legislação criminal especial comentada**. 6. ed., rev. ampl. e atual. Salvador: JusPodium, 2018. p. 247.

Nesse prisma, é fato inequívoco que a Carta Magna conferiu ao legislador infraconstitucional a prerrogativa de formular critérios para o processo de individualização da pena; porém, isso não significa obstar a própria individualização. Desse modo, o legislador ordinário está vinculado aos direitos, liberdades e garantias estabelecidos na Constituição, dispondo do dever de realizar os princípios constitucionais, sem, contudo, eliminá-los ou esvaziá-los de conteúdo.¹⁶⁶

À vista disso, Alberto Silva Franco aduz que, no que tange à transição de regimes progressivos, o § 1º do art. 2º da Lei de Crimes Hediondos poderia estabelecer prazos diferentes dos já previstos pela legislação ordinária. Todavia, não poderia jamais, sem ofensa à Constituição Federal, suprimir a própria progressividade do sistema prisional, nem torná-la praticamente inócua, uma vez que estaria afrontando o núcleo dos princípios constitucionais da individualização e da humanidade da pena.¹⁶⁷

4.1.2 O julgamento do HC 82.959/SP e a declaração de inconstitucionalidade do §1º do art. 2º da Lei 8.072/90

Mediante uma sensível mudança na composição da Suprema Corte, alguns entendimentos, até então, sedimentados voltaram a ser discutidos. Assim, em março de 2003, foi impetrado o HC 82.959/SP, cujo paciente e impetrante era Oseas de Campos, acusado pelo crime de atentado violento ao pudor. Destarte, através de redistribuição, a relatoria do processo coube ao Ministro Marco Aurélio, que, tradicionalmente, defendia a inconstitucionalidade da imposição do regime fechado para o cumprimento integral da pena aplicada a crimes hediondos ou equiparados.¹⁶⁸

Desse modo, a vedação do regime prisional progressivo, em caso de crimes hediondos ou equiparados, tornou a ser pauta do Supremo, por meio do *habeas corpus* supracitado. Com isso, em que pese o parecer da Procuradoria-Geral da República pelo indeferimento da ordem, o Ministro Relator, em extenso voto, defendeu a concessão da ordem.

¹⁶⁶ FRANCO, Alberto Silva; LIRA, Rafael; FELIX, Yuri. **Crimes hediondos**. 7. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 366.

¹⁶⁷ FRANCO, Alberto Silva; LIRA, Rafael; FELIX, Yuri. **Crimes hediondos**. 7. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 367.

¹⁶⁸ MONTEIRO, Antônio Lopes. **Crimes hediondos: texto, comentários e aspectos polêmicos**. 10. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 233.

Sob esse prisma, acompanharam o voto do Ministro Marco Aurélio os Ministros César Peluso, Gilmar Mendes, Eros Grau, Carlos Ayres Britto e Sepúlveda Pertence. Assim, em sede do referido remédio constitucional, foi declarada a inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei de Crimes Hediondos, em julgamento histórico que abordou temas de fundamental importância no exercício da jurisdição constitucional; dois deles a seguir expostos.¹⁶⁹

4.1.2.1 Dos limites impostos ao legislador ordinário

O art. 5º da Constituição Federal enumera os direitos e garantias fundamentais, dentre os quais está incluída a individualização da pena. Nesse panorama, o núcleo essencial do referido princípio está centrado na perspectiva da pena particularizada em três momentos distintos: no momento legislativo, por meio da determinação dos marcos penais e dos parâmetros norteadores do processo individualizador; no momento judicial, em que o juiz explicita motivadamente a espécie, a quantidade da pena e o regime inicial; e no momento da execução penal, mediante o cumprimento, num sistema de progressividade, da pena concretizada na pessoa do condenado.¹⁷⁰

Assim, ao legislador ordinário, o texto constitucional permitiu regular, em cada etapa, a individualização da pena, sendo, contudo, vedada a exclusão de qualquer um dos momentos supracitados, eis que tornaria o preceito constitucional uma regra inócua. Porém, foi nessa direção que caminhou a Lei 8.072/90, ao proibir o regime progressivo de cumprimento de pena. Sob essa perspectiva, Alberto Silva Franco conclui que não há sentido lógico introduzir a individualização da pena no catálogo dos direitos e garantias fundamentais, permitindo, ao mesmo tempo, que o legislador comum esvazie o seu conteúdo.¹⁷¹

¹⁶⁹ FRANCO, Alberto Silva; LIRA, Rafael; FELIX, Yuri. **Crimes hediondos**. 7. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 368.

¹⁷⁰ LIMA, Renato Brasileiro de. **Legislação criminal especial comentada**. 6. ed., rev. ampl. e atual. Salvador: JusPodium, 2018. p. 246.

¹⁷¹ FRANCO, Alberto Silva; LIRA, Rafael; FELIX, Yuri. **Crimes hediondos**. 7. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 368.

4.1.2.2 Dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade

O Supremo Tribunal Federal, num verdadeiro *leading case*, fez aplicação do disposto no art. 27 da Lei 9.868/99, que se refere ao processo e julgamento dos casos de controle concentrado ou abstrato de constitucionalidade. Com isso, acolheu o entendimento de que, em se tratando de controle incidental ou difuso, é pertinente à Corte Suprema estender os efeitos da decisão a outras situações processuais suscetíveis de serem beneficiadas pela declaração *in concreto* da inconstitucionalidade da redação original do art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/90.¹⁷²

Assim, em nome da segurança jurídica e do excepcional interesse social em torno da matéria, foi conferida eficácia *erga omnes* à decisão proferida no HC 82.959/SP, em que pese se tratar de controle incidental de inconstitucionalidade. Nesse sentido, o Supremo editou, em 2009, a Súmula Vinculante 26, segundo a qual o juízo da execução observará a inconstitucionalidade em comento, respeitando os requisitos objetivos e subjetivos da progressão de regime, sem óbice à realização de exame criminológico, desde que devidamente fundamentado pelo magistrado.¹⁷³

Ademais, a Suprema Corte, por unanimidade, conferiu eficácia *ex nunc* à declaração de inconstitucionalidade, de modo que ela não acarretou consequências jurídicas em relação às penas já extintas. Além disso, no que tange ao efeito vinculante da decisão, foi estendida a admissibilidade da progressão a outros processos, beneficiando acusados cujas penas ainda não tivessem sido integralmente cumpridas; sob essa esteira, a aplicação do regime progressivo não é automática, dependendo da análise do caso concreto à luz do regramento legal estabelecido para o referido benefício.¹⁷⁴

4.1.3 A edição imediata da Lei 11.464/07

A partir da declaração de inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei 8.072/90, os meios de comunicação passaram a veicular a ideia de que não haveria

¹⁷² FRANCO, Alberto Silva; LIRA, Rafael; FELIX, Yuri. **Crimes hediondos**. 7. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 369.

¹⁷³ LIMA, Renato Brasileiro de. **Legislação criminal especial comentada**. 6. ed., rev. ampl. e atual. Salvador: JusPodium, 2018. p. 247.

¹⁷⁴ FRANCO, Alberto Silva; LIRA, Rafael; FELIX, Yuri. **Crimes hediondos**. 7. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 369.

nenhuma distinção, no que se refere à progressão da pena, entre autores de crimes comuns e autores de crimes hediondos. Assim, após o cumprimento de um sexto da pena (art. 112 da Lei de Execução Penal), qualquer condenado poderia passar do regime fechado para o semiaberto, e, na falta de vagas neste regime, poderia ser colocado em prisão domiciliar.¹⁷⁵

Nesse prisma, Alberto Silva Franco defende que a manifestação da Suprema Corte não comportava o automatismo alardeado pela imprensa, à medida que conferia ao juiz da execução penal a análise de cada caso, de modo que a progressão poderia se dar mediante o cumprimento de frações maiores que um sexto. Para além, alguns Tribunais inferiores e inúmeros juízes não atenderam ao comando provindo do Supremo, sob alegação de que a declaração somente teria validade entre as partes do processo.¹⁷⁶

Com isso, a fim de reparar a insatisfação ocasionada, o Governo Federal enviou ao Congresso Nacional um projeto de lei no qual se fazia uma exata distinção entre criminoso comum e criminoso hediondo. Segundo o referido projeto, a progressão do regime fechado para o regime semiaberto se daria, para o apenado primário, com o cumprimento de um terço da pena e, para o apenado reincidente, com o cumprimento de metade da reprimenda.¹⁷⁷

Sob esse íterim, em fevereiro de 2007, ocorreu, no Rio de Janeiro, a morte do menino João Hélio, que foi arrastado, atado ao cinto de segurança, por assaltantes do veículo em que estava com seus pais. A partir disso, os meios de comunicação intensificaram a propagação da ideia de que a solução para problemas da gravidade do referido fato criminoso apenas poderia ser alcançada mediante o estabelecimento de uma legislação penal mais repressiva.¹⁷⁸

Com isso, a força potencializadora da mídia transformou o bárbaro caso João Hélio em problema de dimensão nacional; em ambas as casas do Congresso Nacional, formaram-se pautas sobre a questão da segurança. Nesse panorama, em meio às mais diversas propostas, o projeto remetido pelo Poder Executivo foi posto

¹⁷⁵ FRANCO, Alberto Silva; LIRA, Rafael; FELIX, Yuri. **Crimes hediondos**. 7. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 371.

¹⁷⁶ FRANCO, Alberto Silva; LIRA, Rafael; FELIX, Yuri. **Crimes hediondos**. 7. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 372.

¹⁷⁷ FRANCO, Alberto Silva; LIRA, Rafael; FELIX, Yuri. **Crimes hediondos**. 7. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 372.

¹⁷⁸ FRANCO, Alberto Silva; LIRA, Rafael; FELIX, Yuri. **Crimes hediondos**. 7. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 372.

de lado, passando a ser formulada a Lei 11.464/07, que se apartou do projeto originário, no que tange ao tempo de partida do regime progressivo, alterando os §§ 1º e 2º do art. 2º da Lei 8.072/90.¹⁷⁹

Desse modo, no § 1º do art. 2º, substituiu-se a palavra *integralmente* pelo vocábulo *inicialmente*, viabilizando o emprego do sistema progressivo de cumprimento de pena no caso de crimes hediondos e equiparados. De outro lado, no § 2º do referido dispositivo, distanciando-se do projeto do Poder Executivo e repercutindo o clima de insegurança instalado no país, o legislador estatuiu que a progressão de regime deve se dar após o cumprimento de dois quintos da pena, se o apelante for primário, e de três quintos, se reincidente.¹⁸⁰

Destarte, a Lei 11.464/07 tratou de retardar a transferência do regime fechado para o semiaberto, alargando a faixa de tempo necessário à obtenção da progressividade. Acerca da referida alteração, Alberto Silva Franco, Rafael Lira e Yuri Felix asseveram que o legislador ordinário atingiu o limite máximo permitido, uma vez que aumentar ainda mais o percentual para a transição de regime tornaria praticamente infrutífera a progressividade do sistema, contrariando o disposto pela Carta Magna e a decisão exarada pela Suprema Corte no julgamento do HC 82.959/SP.

4.1.3.1 Da irretroatividade do novo dispositivo legal

O julgamento do Supremo, como já foi enfatizado, recebeu efeito irradiante, aplicando-se a todos os processos passíveis de progressão de regime, em qualquer estágio de desenvolvimento processual. Desde então, mesmo em caso de crime hediondo ou equiparado, uma vez cumprido um sexto da pena em regime fechado, conforme preconiza o art. 112 da Lei de Execução Penal, era permitida, em princípio, a passagem do regime fechado para o semiaberto.¹⁸¹

Assim, até a data da publicação da Lei 11.464/07, 28 de março de 2007, o tempo de cumprimento de pena exigível para a progressão era bem inferior ao que foi

¹⁷⁹ FRANCO, Alberto Silva; LIRA, Rafael; FELIX, Yuri. **Crimes hediondos**. 7. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 373.

¹⁸⁰ FRANCO, Alberto Silva; LIRA, Rafael; FELIX, Yuri. **Crimes hediondos**. 7. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 373.

¹⁸¹ FRANCO, Alberto Silva; LIRA, Rafael; FELIX, Yuri. **Crimes hediondos**. 7. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 374.

determinado pelo novo diploma legal. Dessa forma, por se tratar de dispositivo penal mais gravoso para o réu, não há de se cogitar a sua retroatividade, de modo que apenas pode alcançar fatos ocorridos após a sua publicação.¹⁸²

Sob esse ponto de vista, num primeiro momento, o referido diploma legal pode gerar a impressão de que constitui exemplo de *novatio legis in mellius*, pois a redação original da Lei de Crimes Hediondos dispunha que as penas pelos crimes por ela abarcados seriam cumpridas *integralmente* em regime fechado. Contudo, o regime inicial fechado e a sua conseqüente admissibilidade de progressão é resultado, em verdade, da declaração de inconstitucionalidade realizada em sede do HC 82.959/SP.¹⁸³

Portanto, considerando que a progressão passou a ser admitida em relação a crimes hediondos e equiparados a partir da decisão proferida pela Suprema Corte, conclui-se que, nesse ponto, a Lei 11.464/07 é exemplo de *novatio legis pejus*, uma vez que estabelece parâmetros mais gravosos para a transferência de regime. Com isso, o Superior Tribunal de Justiça editou a Súmula 471, segundo a qual: “Os condenados por crimes hediondos ou assemelhados cometidos antes da vigência da Lei 11.464/07 sujeitam-se ao disposto no art. 112 da Lei 7.210/84 para a progressão de regime prisional”.¹⁸⁴

4.1.3.2 Do conceito de reincidência

Com a redação conferida pela Lei 11.464/07, a fim de dificultar a obtenção da progressividade, passou a ser exigido do acusado reincidente o cumprimento de três quintos da pena para a alteração de regime. Sob essa ótica, João José Leal e Rodrigo José Leal, partindo da reincidência específica, prelecionam que a norma supracitada refere-se, especificamente, ao cometimento de outro crime catalogado como

¹⁸² LIMA, Renato Brasileiro de. **Legislação criminal especial comentada**. 6. ed., rev. ampl. e atual. Salvador: JusPodium, 2018. p. 248.

¹⁸³ LIMA, Renato Brasileiro de. **Legislação criminal especial comentada**. 6. ed., rev. ampl. e atual. Salvador: JusPodium, 2018. p. 249.

¹⁸⁴ LIMA, Renato Brasileiro de. **Legislação criminal especial comentada**. 6. ed., rev. ampl. e atual. Salvador: JusPodium, 2018. p. 250.

hediondo,¹⁸⁵ linha também adotada pelo Superior Tribunal de Justiça.¹⁸⁶ Em contrapartida, Guilherme de Souza Nucci defende que, na realidade, deve-se considerar reincidente o agente que tornar a praticar qualquer conduta tipificada pelo sistema penal, tendo em vista o conceito genérico de reincidência.¹⁸⁷

Para além, o Plenário do Supremo concluiu que não configura *bis in idem*, tampouco viola o princípio da individualização da pena, a aplicação da reincidência não só como agravante da pena (art. 61, I, do Código Penal), mas também como fator impeditivo para a concessão de determinados benefícios. Assim, o referido entendimento não gera duplicidade, à medida que não alcança crime pretérito, mas novo ilícito, ocorrido antes do término do lapso temporal previsto pelo art. 64 do Código Penal.¹⁸⁸

4.1.4 O Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e o Pacto de San José da Costa Rica

Embora a problemática do regime prisional integralmente fechado só tenha sido superada em face do julgamento do HC 82.959/SP, algumas decisões anteriores já entendiam que a redação original do § 1º do art. 2º da Lei 8.072/90 havia sido revogada pelo Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e pelo Pacto de San José da Costa Rica, ambos ratificados pelo Brasil em 1992.¹⁸⁹ Assim, antes mesmo

¹⁸⁵ LEAL, João José; LEAL, Rodrigo José. Progressão de regime prisional e crime hediondo: análise da Lei n. 11.464/07 à luz da política criminal. **Boletim Jurídico**. Disponível em <https://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/artigo/1798>, em 01/06/2018.

¹⁸⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1.491.421/RS, Rel. Min. Jorge Mussi. Brasília, 04 dez. 2014. Disponível em: <<https://www.jurisite.com.br/wordpress/wp-content/uploads/2017/07/REsp-1.491.421-RS.pdf>>. Acesso em: 15 mai. 2018; Na mesma linha: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus* 301.481/SP, Rel. Min. Ericson Maranhão. Brasília, 02 jun. 2015. Disponível em: <<https://www.jurisite.com.br/wordpress/wp-content/uploads/2017/08/HC-301.481-SP.pdf>>. Acesso em: 15 mai. 2018.

¹⁸⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis penais e processuais penais comentadas**. 5. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 683.

¹⁸⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 453.000/RS, Rel. Min. Marco Aurélio. Brasília, 04 abr. 2013. Disponível em: <

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=4614110>>. Acesso em: 18 abr. 2018. No mesmo sentido: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* 94.361/RS, Relator: Min. Min. Gilmar Mendes. Brasília, 04 abr. 2013. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23275717/habeas-corpus-hc-94361-rs-stf/inteiro-teor-111668075>>. Acesso em: 18 abr. 2018.

¹⁸⁹ FRANCO, Alberto Silva; LIRA, Rafael; FELIX, Yuri. **Crimes hediondos**. 7. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 386.

da decisão do Superior Tribunal Federal, a proibição do regime integralmente fechado já ventilava em alguns dos nossos julgados.¹⁹⁰

Nesse prisma, o art. 7º do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos explica que “ninguém poderá ser submetido à tortura, nem a penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes”. Igualmente, o § 2º do art. 5º do Pacto de San José da Costa Rica veda a prática das condutas supracitadas, estabelecendo, ainda, que a pessoa privada de liberdade deve ser tratada com o respeito devido à dignidade inerente ao ser humano. Ademais, o § 6º do referido dispositivo determina que “as penas privativas de liberdade devem ter por finalidade essencial a reforma e a readaptação social dos condenados”.¹⁹¹

4.2 A (in)constitucionalidade do regime inicial fechado

No que tange à constitucionalidade da nova redação conferida ao § 1º do art. 2º da Lei de Crimes Hediondos, Alberto Silva Franco defende a inapropriedade do advérbio *inicialmente*, quando interpretado fora do contexto geral em que foi inserido. Nessa esteira, o autor argumenta que, dependendo do caso concreto, a pena aplicada pode ser compatível com um regime mais brando que o fechado, assim como pode também admitir a sua conversão em restritiva de direitos; como exemplo, pode-se indicar o crime de lesão corporal gravíssima, em que a pena mínima cominada é de dois anos de reclusão (art. 129, § 2º, do Código Penal).¹⁹²

Sob essa perspectiva, no julgamento do HC 111.840/ES,¹⁹³ o Plenário do Supremo também declarou, incidentalmente, a inconstitucionalidade do dispositivo que fixou o cumprimento inicial da pena em regime fechado, com base na lesão ao princípio da individualização da pena. Com efeito, um dos enfoques centrais do referido princípio reside no momento judicial, etapa em que o juiz, dentro das balizas

¹⁹⁰ FRANCO, Alberto Silva; LIRA, Rafael; FELIX, Yuri. **Crimes hediondos**. 7. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 386.

¹⁹¹ FRANCO, Alberto Silva; LIRA, Rafael; FELIX, Yuri. **Crimes hediondos**. 7. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 386.

¹⁹² FRANCO, Alberto Silva; LIRA, Rafael; FELIX, Yuri. **Crimes hediondos**. 7. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 377.

¹⁹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* 111.840/ES, Relator: Min. Dias Toffoli. Brasília, 27 jun. 2012. Disponível em: <

<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiarnoticiastf/anexo/hc111840dt.pdf>>. Acesso em: 11 abr. 2018.

penais, determina a espécie, a quantidade de pena e o regime prisional inicial que devem ser aplicados ao condenado.¹⁹⁴

Para além, em sede do julgado supracitado, o Supremo entendeu que, se a Constituição visasse à fixação do regime inicial fechado com fundamento no crime em abstrato, teria incluído a restrição no tópico inscrito no art. 5º, XLIII, do texto constitucional, o que não ocorreu. Assim, a Suprema Corte decidiu que a definição de regime independe da natureza da infração, até porque, conforme a sua Súmula 718, “a opinião do julgador sobre a gravidade em abstrato do crime não constitui motivação idônea para a imposição de regime mais severo do que o permitido segundo a pena aplicada”.

Nesse panorama, Renato Brasileiro de Lima preleciona que se o Plenário da Suprema Corte afastou a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados, é evidente que a referida interpretação também deve abarcar o delito de tortura.¹⁹⁵ Contudo, em sentido diverso, a 1ª Turma do Supremo vem entendendo que o condenado por essa espécie de infração penal deve iniciar o cumprimento da pena em regime fechado, nos termos do disposto no § 7º do art. 1º da Lei 9.455/97.

Com isso, em sede do HC 123.316/SE, a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal julgou constitucional o dispositivo da Lei de Tortura que fixa a indispensabilidade do regime inicial fechado. Tal entendimento baseou-se na concepção de que, considerada a gravidade do crime de tortura, a execução da sua pena deve, ainda que fixada no mínimo legal, receber tratamento mais severo que o conferido aos delitos comuns.

Desse modo, a manifestação de dois entendimentos contrapostos pelo Supremo Tribunal Federal não se coaduna com o princípio da isonomia, que, previsto no *caput* do art. 5º da Carta Magna, assegura a igualdade de todos perante a lei, vedando distinções de qualquer natureza. Para além, faz-se necessário o exame das decisões proferidas no HC 111.840/ES e no HC 123.316/SE, tendo em vista que o alcance de premissas conclusivas depende imperiosamente do confronto dos fundamentos empregados em cada julgado.

¹⁹⁴ LIMA, Renato Brasileiro de. **Legislação criminal especial comentada**. 6. ed., rev. ampl. e atual. Salvador: JusPodium, 2018. p. 250.

¹⁹⁵ LIMA, Renato Brasileiro de. **Legislação criminal especial comentada**. 6. ed., rev. ampl. e atual. Salvador: JusPodium, 2018. p. 254.

4.2.1 O julgamento do HC 111.840/ES

No dia 14 de junho de 2012, teve início o julgamento do HC 111.840/ES, impetrado pela Defensoria Pública do Espírito Santo em favor de Edmar, condenado a pena de seis anos de reclusão, em razão do cometimento do crime de tráfico de drogas. Assim, a impetrante pugnou pelo cumprimento da reprimenda em regime semiaberto, alegando, para tanto, a inconstitucionalidade da norma que determina a obrigatoriedade do regime prisional inicial fechado.

O relatório do remédio constitucional supracitado coube ao Ministro Dias Toffoli, que, em seu voto, decidiu pela concessão da ordem pleiteada, declarando incidentalmente a inconstitucionalidade da nova redação conferida ao § 1º do art. 2º da Lei 8.072/90. Nesse sentido, à luz da individualização da pena, asseverou que os critérios para a fixação do regime inicial devem se coadunar com as garantias constitucionais, sendo, além disso, indispensável a fundamentação do regime imposto, ainda que se trate de crime hediondo ou equiparado.¹⁹⁶

Ademais, o Ministro consignou que, mediante eventual apreciação das condições subjetivas desfavoráveis, não há óbice ao estabelecimento de regime prisional mais severo, desde que empregados elementos concretos e individualizados que demonstrem a necessidade de maior rigor punitivo.¹⁹⁷ Para além, exarou que, dentre as restrições impostas pela Carta Magna aos crimes revestidos de hediondez, não há nenhuma que verse sobre a obrigatoriedade de imposição do regime prisional inicial extremo, de modo que o texto constitucional não excepcionou, portanto, a individualização da pena.¹⁹⁸

Por conseguinte, a Ministra Rosa Weber comungou da compreensão do Ministro Relator, assinalando que o art. 2º, § 1º da Lei 8.072/90 está eivado de inconstitucionalidade, ao passo que determina a fixação do regime fechado para

¹⁹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* 111.840/ES, Relator: Min. Dias Toffoli. Brasília, 27 jun. 2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticianoticiastf/anexo/hc111840dt.pdf>>. Acesso em: 11 abr. 2018. p. 6.

¹⁹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* 111.840/ES, Relator: Min. Dias Toffoli. Brasília, 27 jun. 2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticianoticiastf/anexo/hc111840dt.pdf>>. Acesso em: 11 abr. 2018. p. 7.

¹⁹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* 111.840/ES, Relator: Min. Dias Toffoli. Brasília, 27 jun. 2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticianoticiastf/anexo/hc111840dt.pdf>>. Acesso em: 11 abr. 2018. p. 11.

cumprimento da pena sem permitir que o magistrado, sopesando as circunstâncias do caso concreto, possa impor um regime diverso. Dessa forma, a Ministra acompanhou o voto modelo, entendendo haver flagrante desrespeito à garantia fundamental de individualização da pena pelo juiz.¹⁹⁹

Sob essa perspectiva, Alberto Silva Franco, Rafael Lira e Yuri Felix prelecionam que a Constituição Federal não confere qualquer nível de arbitrariedade ao legislador ordinário, embora conceda-lhe certo grau de discricionariedade. À vista disso, depreende-se que, no caso em tela, o legislador infraconstitucional extrapolou a atribuição a ele conferida pela Carta Magna, eis que, de modo oblíquo, suprimiu qualquer possibilidade de exercício do princípio da individualização da pena, em nível de Poder Judiciário.²⁰⁰

Em sentido contrário, posicionou-se o Ministro Luiz Fux, aduzindo que, à vista do rótulo atribuído ao crime de tráfico de drogas, é justificável a fixação de regime inicial mais severo em razão da presunção absoluta da periculosidade da infração e de seu agente, sob pena de haver estímulo à prática da referida conduta. Nesse diapasão, aludiu que, num Estado Democrático de Direito, a supremacia judicial apenas se instaura nos vácuos legislativos, devendo, pois, prevalecer a vontade do legislador ordinário.²⁰¹

Além disso, sustentou que, caso se partisse da concepção de que sempre cabe ao juiz a aplicação da reprimenda, sob risco de violação do princípio da individualização da pena, far-se-ia necessária e extinção de todas as penas mínimas cominadas. Outrossim, argumentou que a aplicação de uma sanção visa a inibir a prática do crime, de modo que a sua razão de ser deriva da preocupação que a conduta incute na sociedade, justificando, assim, o rigor adotado pelo legislador infraconstitucional na norma em comento.²⁰²

¹⁹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* 111.840/ES, Relator: Min. Dias Toffoli. Brasília, 27 jun. 2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticianoticiastf/anexo/hc111840dt.pdf>>. Acesso em: 11 abr. 2018. p. 21.

²⁰⁰ FRANCO, Alberto Silva; LIRA, Rafael; FELIX, Yuri. **Crimes hediondos**. 7. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 87-91.

²⁰¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* 111.840/ES, Relator: Min. Dias Toffoli. Brasília, 27 jun. 2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticianoticiastf/anexo/hc111840dt.pdf>>. Acesso em: 11 abr. 2018. p. 22-23.

²⁰² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* 111.840/ES, Relator: Min. Dias Toffoli. Brasília, 27 jun. 2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticianoticiastf/anexo/hc111840dt.pdf>>. Acesso em: 11 abr. 2018. p. 23-24.

Em contrapartida, a Ministra Cármen Lúcia seguiu o voto do Ministro Relator, alegando violação ao princípio da individualização da pena, porquanto estava sendo obstada do magistrado a possibilidade de decidir, segundo o caso concreto, em quais condições a reprimenda penal deveria ser cumprida. Para mais, consignou que partia dos mesmos fundamentos empregados em sede do HC 82.959/SP, tendo em vista que, embora a alteração promovida pela Lei 11.464/07, persistiu a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei de Crimes Hediondos.²⁰³

Nessa senda, José Antônio Paganella Boschi assevera que o princípio supracitado, ao passo que visa a resguardar o valor do indivíduo, demanda “o reposicionamento do intérprete e do aplicador da lei penal perante o caso concreto e seu autor, vedadas as abstrações e as generalizações que ignoram o que o homem tem de particular”.²⁰⁴ Desse modo, ao restringir a atuação do juiz, a norma atentou contra o princípio da individualização da pena, à medida que inviabilizou a particularização do caso concreto, desconsiderando, pois, a singularidade de cada fato.

Os Ministros Ricardo Lewandowisk e Cezar Peluso, seguindo a mesma linha, acompanharam integralmente o voto do Ministro Relator. Sob essa perspectiva, o Ministro Lewandowisk fez, ainda, alusão aos dispositivos da Lei de Tóxicos que infringiam o art. 5º, XLVI, da Constituição Federal, exatamente pelo fato de impedirem a individualização da pena pelo juiz, que não tinha margem para considerar as circunstâncias pessoais do réu, como ocorre na fixação do regime prisional inicial dos crimes hediondos e equiparados.²⁰⁵

Com base em entendimento diverso, votou o Ministro Marco Aurélio, que afirmou não identificar ofensa ao princípio da individualização da pena no que tange à obrigatoriedade do cumprimento inicial da pena em regime fechado. Nesse âmbito, comparou a referida controvérsia com o prazo de trinta dias para prisão temporária por crime hediondo ou equiparado, previsto pela Lei 8.072/90, aduzindo se tratarem

²⁰³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* 111.840/ES, Relator: Min. Dias Toffoli. Brasília, 27 jun. 2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticianoticiastf/anexo/hc111840dt.pdf>>. Acesso em: 11 abr. 2018. p. 25.

²⁰⁴ BOSCHI, José Antonio Paganella. **Das penas e seus critérios de aplicação**. 7. ed., rev. e ampl., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 53.

²⁰⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* 111.840/ES, Relator: Min. Dias Toffoli. Brasília, 27 jun. 2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticianoticiastf/anexo/hc111840dt.pdf>>. Acesso em: 11 abr. 2018. p. 26-27.

de disposições similares, que, do mesmo modo, não são passíveis de inconstitucionalidade.²⁰⁶

Ademais, o Ministro sustentou a visão de que a Lei de Tóxicos, aos poucos, estava sendo esvaziada, haja vista a decisão do Supremo Tribunal Federal que permitiu a substituição da pena restritiva de liberdade pela restritiva de direitos, até então, vedada pelo diploma legal supracitado. Com isso, alegou estar a Suprema Corte na contramão da busca pelo combate à criminalidade, uma vez que vem afastando o tratamento mais rigoroso direcionado aos condenados por tráfico de entorpecentes.²⁰⁷

Em seguida, o Ministro Joaquim Barbosa iniciou o seu voto defendendo que as questões de política criminal deveriam permanecer sob a esfera exclusiva de decisão dos poderes politicamente constituídos, não cabendo ao Poder Judiciário a análise da sua qualidade. Sob esse prisma, alegou que o art. 5º, XLVII, da Carta Magna, constitui norma constitucional de eficácia contida, conferindo, portanto, liberdade ao legislador para regular a individualização da pena, desde que não anule toda e qualquer possibilidade de individualização.²⁰⁸

Além disso, acrescentou que, em regra, os parâmetros estabelecidos pelo legislador devem ser, obrigatoriamente, observados pelo órgão jurisdicional, que tem a sua liberdade limitada, como imperativo de igualdade de tratamento, de segurança jurídica e de justiça. Para além, exarou que a própria Constituição atribuiu o rótulo de maior gravidade aos crimes hediondos, que devem ser, por essa razão, considerados incompatíveis com alguns benefícios.²⁰⁹

²⁰⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* 111.840/ES, Relator: Min. Dias Toffoli. Brasília, 27 jun. 2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticianoticiastf/anexo/hc111840dt.pdf>>. Acesso em: 11 abr. 2018. p. 28.

²⁰⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* 111.840/ES, Relator: Min. Dias Toffoli. Brasília, 27 jun. 2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticianoticiastf/anexo/hc111840dt.pdf>>. Acesso em: 11 abr. 2018. p. 29.

²⁰⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* 111.840/ES, Relator: Min. Dias Toffoli. Brasília, 27 jun. 2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticianoticiastf/anexo/hc111840dt.pdf>>. Acesso em: 11 abr. 2018. p. 32.

²⁰⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* 111.840/ES, Relator: Min. Dias Toffoli. Brasília, 27 jun. 2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticianoticiastf/anexo/hc111840dt.pdf>>. Acesso em: 11 abr. 2018. p. 33.

Por fim, argumentou que o legislador é o órgão constitucionalmente competente, e democraticamente eleito pelo povo, para estabelecer a política criminal de tratamento dos crimes hediondos, sendo vedadas somente as penas expressamente previstas pelo art. 5º, XLVII, da Carta Magna. Com isso, o Ministro Barbosa divergiu do voto modelo, denegando a ordem da impetrante, à medida que reputou plenamente válida a norma mais rigorosa.²¹⁰

Todavia, a partir das lições de Gilmar Ferreira Mendes, conclui-se que, preliminarmente, devem-se identificar precisamente os contornos e limites de cada direito, haja vista que aos direitos individuais foi atribuída eficácia superior à das normas meramente programáticas. Nesse sentido, a condição de direito fundamental estampada pela individualização da pena impõe limites à ação do legislador na espécie, uma vez que não se trata de mera orientação geral.²¹¹

Ademais, nas palavras de Guilherme de Souza Nucci, “a previsão de que a lei regulará a individualização da pena quer dizer que existirão critérios suficientes, fixados em lei ordinária – o que, aliás, seria inviável constar na Constituição – para que o comando seja cumprido”.²¹² Por conseguinte, o juiz da condenação deve ter ao seu dispor mecanismos suficientes para concretizar o quantum da pena, bem como o regime inicial, de acordo com o merecimento de cada condenado.

Isso posto, na sessão do dia 27 de junho de 2012, ocasião em que o julgamento foi concluído, os Ministros Gilmar Mendes, Celso de Mello e Ayres Britto acompanharam o voto do Relator, de modo que restaram vencidos os Ministros Fux, Marco Aurélio e Joaquim Barbosa. Assim, por maioria e nos termos do voto do Ministro Dias Toffoli, o Supremo deferiu a ordem e declarou *incidenter tantum*, com efeito *ex nunc*, a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei de Crimes Hediondos, com a redação conferida pela Lei 11.464/07.

²¹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* 111.840/ES, Relator: Min. Dias Toffoli. Brasília, 27 jun. 2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticianticiastf/anexo/hc111840dt.pdf>>. Acesso em: 11 abr. 2018. p. 33.

²¹¹ MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de Direito Constitucional**; 3. ed., rev. e ampl., São Paulo: Saraiva, 2004, p. 1.

²¹² NUCCI, Guilherme de Souza. **Individualização da Pena**. 4. ed., rev., atual. e ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 256.

4.2.1.1 A repercussão geral da matéria constitucional suscitada

Tendo em vista que não foi atribuído efeito *erga omnes* à declaração de inconstitucionalidade proferida em sede do HC 111.840/ES, constantemente, descumpriu-se a referida orientação pelas instâncias ordinárias, em que pese a consolidação da jurisprudência no Supremo Tribunal Federal.²¹³ Assim, partindo do entendimento de que a decisão apenas vinculou as partes envolvidas no julgamento supracitado, o disposto no § 1º do art. 2º da Lei de Crimes Hediondos ainda era, por vezes, aplicado a condutas revestidas de hediondez ou a elas equiparadas.

Sob essa perspectiva, em outubro de 2017, foi apreciado o Recurso Extraordinário 1.052.700/MG,²¹⁴ em que se alegou violação à Súmula Vinculante 26 da Suprema Corte,²¹⁵ visando, pois, à reforma do acórdão recorrido no que tange à fixação do regime com base em dispositivo legal já declarado inconstitucional pelo Supremo. Cumpre explicitar, nesse panorama, que o Tribunal de origem fixou o regime fechado por entender pela constitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/90, deixando, assim, de substituir a sanção carcerária por restritiva de direitos.

Assim, o relatório do recurso supracitado coube ao Ministro Edson Fachin, que, em seu voto, considerando a manifesta relevância da matéria suscitada, que ultrapassa os interesses subjetivos das partes, reputou necessária a submissão da questão à sistemática da repercussão geral. Com isso, à luz do princípio constitucional da individualização da pena, manifestou-se pela existência da repercussão, propondo a fixação da seguinte tese: “É inconstitucional a fixação ex lege, com base no art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/90, do regime inicial fechado, devendo o julgador, quando da condenação, ater-se aos parâmetros previstos no art. 33 do Código Penal.”²¹⁶

²¹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Repercussão Geral no Recurso Extraordinário 1.052.700/MG, Relator: Min. Edson Fachin. Brasília, 17 out. 2017. Disponível em: <file:///C:/Users/consulta2a.PORTOALEGRE/Downloads/texto_313601394.pdf>. Acesso em: 08 mai. 2018. p. 6-7.

²¹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Repercussão Geral no Recurso Extraordinário 1.052.700/MG, Relator: Min. Edson Fachin. Brasília, 17 out. 2017. Disponível em: <file:///C:/Users/consulta2a.PORTOALEGRE/Downloads/texto_313601394.pdf>. Acesso em: 08 mai. 2018.

²¹⁵ “Para efeito de progressão de regime no cumprimento de pena por crime hediondo, ou equiparado, o juízo da execução observará a inconstitucionalidade do art. 2º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, sem prejuízo de avaliar se o condenado preenche, ou não, os requisitos objetivos e subjetivos do benefício, podendo determinar, para tal fim, de modo fundamentado, a realização de exame criminológico.”

²¹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Repercussão Geral no Recurso Extraordinário 1.052.700/MG, Relator: Min. Edson Fachin, p. 7. Brasília, 17 out. 2017. Disponível em: <

Desse modo, a Suprema Corte, por unanimidade, reconheceu a existência de repercussão geral na questão constitucional suscitada. Para além, no que tange ao mérito, por maioria, reafirmou a jurisprudência dominante sobre a matéria, restando vencidos os Ministros Alexandre de Moraes e Marco Aurélio. Por conseguinte, foi, então, editado o Tema 972 do Supremo Tribunal Federal, que, com base na repercussão geral, contemplou a tese supracitada.

Sob esse prisma, demonstra-se acertada a decisão da Suprema Corte, haja vista que não é admissível, em prol dos princípios da segurança jurídica e da isonomia, a adoção de entendimentos contrapostos no que tange à imposição do regime prisional inicial fechado em caso de crime hediondo e equiparado. Com efeito, a uniformização das decisões emanadas do Poder Judiciário deve sempre ser tida como prioridade pelos Tribunais, de modo que reste obstada qualquer espécie de desigualdade judicial.

4.2.2 O julgamento do HC 123.316/SE

Passados quase três anos do julgamento do HC 111.840/ES, no dia 06/06/2015, foi apreciado, pela Primeira Turma do Supremo, o HC 123.316/SE, impetrado em favor de Isaac, condenado a pena de três anos de reclusão, e de Josimar, condenado a dois anos, quatro meses e vinte e quatro dias, também de reclusão, em razão da prática de tortura, visando à confissão de suposto crime de roubo, nos termos da Lei 9.455/97. Assim, em sede do referido remédio constitucional, alegou-se constrangimento ilegal consubstanciado na fixação do regime inicial fechado, tendo em vista a flagrante violação ao princípio da individualização da pena.

Para além, os impetrantes discorreram sobre a similaridade verificada entre o art. 1º, § 7º, da Lei de Tortura e o art. 2º, § 1º, da Lei de Crimes Hediondos, que foi objeto de declaração de inconstitucionalidade pela Suprema Corte no julgamento do *habeas corpus* acima examinado. Com isso, pugnaram pela anulação da sentença condenatória, com vistas a sua substituição, de modo que fossem considerados, na fundamentação da decisão, dados individuais dos pacientes para efeito de fixação do regime de cumprimento da pena.

O relatório da ação constitucional em análise coube ao Ministro Marco Aurélio, que, em seu voto, asseverou que a sentença condenatória não merece reparo, acrescentando, ainda, que a dosimetria e o regime inicial de cumprimento de pena fixado atendem aos ditames legais. Assim, defendeu a tese de que a Constituição Federal remete a regência da individualização da pena ao legislador comum, que, portanto, ao editar a Lei 9.455/97, agiu dentro dos limites a ele impostos. Ademais, exarou que, considerada a gravidade da tortura, deve ser tida como válida a imposição do regime prisional inicial no regime fechado, ainda que a pena tenha sido fixada no mínimo previsto para o tipo.²¹⁷

Em seguida, o Ministro Luís Roberto Barroso, ao iniciar a sua explanação, sustentou que, embora tenha sido tomado por certa hesitação à luz da jurisprudência do Supremo, o art. 1º, § 7º, da Lei de Tortura não foi objeto de declaração de inconstitucionalidade, de modo que a decisão do Ministro Relator havia aplicado a lei tal como ela estava posta, sem ter sido invalidada. À vista disso, acompanhou o voto do Ministro Marco Aurélio, apenas ressaltando que, com base no seu entendimento, a hipótese seria de não conhecimento da ação.²¹⁸

No mesmo sentido, votou o Ministro Luiz Fux, acrescentando que, por se tratar de decisão transitada em julgado, o *habeas corpus* em comento estava fazendo as vezes de uma revisão criminal. Por fim, a Ministra Rosa Weber também decidiu pela denegação da ordem, ressaltando que, a seu juízo, a solução tecnicamente mais adequada seria a extinção do feito sem resolução do mérito, ao passo que se tratava de *habeas corpus* contra decisão monocrática.²¹⁹

Assim, por unanimidade, a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal denegou a ordem pleiteada, nos termos do voto do Ministro Relator, com as ressalvas assinaladas pelos Ministros Luís Roberto Barroso e Rosa Weber. Desse modo, foi proferida decisão contrária ao entendimento adotado pelo Plenário da Suprema Corte

²¹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* 123.316/ES, Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, 09 jun. 2015. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=9058283> >. Acesso em: 11 abr. 2018. p. 7.

²¹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* 123.316/ES, Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, 09 jun. 2015. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=9058283> >. Acesso em: 11 abr. 2018. p. 8.

²¹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* 123.316/ES, Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, 09 jun. 2015. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=9058283> >. Acesso em: 11 abr. 2018. p. 9-10.

em sede do HC 111.840/ES, com base na elevada gravidade imputada ao crime de tortura.

Todavia, no que tange à presunção de periculosidade do crime, a própria Suprema Corte, quando do julgamento do HC 123.316/SE, já havia editado as Súmulas 718 e 719, nas quais determinou que a imposição de regime prisional mais severo que o adequado à pena atribuída ao fato exige motivação idônea, não devendo, ainda, basear-se apenas na gravidade em abstrato do crime. Portanto, o entendimento que fundamentou a decisão em análise não se coaduna com o disposto nas referidas Súmulas, demonstrando-se incongruente e inadequada, à medida que se apoia na gravidade presumida da tortura.

Ademais, Alberto Silva Franco, Rafael Lira e Yuri Felix defendem que, além de violar a individualização da pena, a imposição do regime inicial de cumprimento da reprimenda também fere o princípio da isonomia.²²⁰ Com isso, a referida proibição legal lesiona, pois, direitos fundamentais, os quais contêm disposições definidoras de uma competência negativa do Poder Público, que deve, obrigatoriamente, respeitar o núcleo de liberdade constitucionalmente assegurado.²²¹

4.2.3 O cotejo entre as decisões proferidas em sede do HC 111.840/ES e do HC 123.316/SE

Conforme explicitado no segundo capítulo deste trabalho, o art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, determina que, além dos crimes definidos como hediondos, a lei considerará inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo. Com efeito, a partir do referido mandamento constitucional, os delitos enumerados junto às infrações penais hediondas passaram a ser intitulados *crimes equiparados a hediondos*, tendo em vista que, assim como estas, devem ser alvo de maior rigor punitivo.²²²

Nesse prisma, o HC 111.840/ES e o HC 123.316/SE versam, justamente, sobre a constitucionalidade de dispositivos que conferiram o enrijecimento do cumprimento

²²⁰ FRANCO, Alberto Silva; LIRA, Rafael; FELIX, Yuri. **Crimes hediondos**. 7. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 88.

²²¹ MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de Direito Constitucional**. 3. ed., rev. e ampl., São Paulo: Saraiva, 2004, p. 2.

²²² LIMA, Renato Brasileiro de. **Legislação criminal especial comentada**. 6. ed., rev. ampl. e atual. Salvador: JusPodium, 2018. p. 225.

inicial da pena para os delitos de tráfico de drogas e de tortura, ambos equiparados a crimes hediondos pela Carta Magna. Ocorre que, embora tenham sido alçados ao mesmo nível de repugnância, tais crimes, atualmente, não vêm recebendo o mesmo tratamento penal pela jurisprudência, conforme vislumbrado a partir da análise dos *habeas corpus* supracitados.

Assim, ao condenado pelo crime de tortura, independente da pena atribuída no caso concreto pelo juiz, é fixado o regime prisional inicial fechado, ao contrário do que vem ocorrendo com aquele que pratica tráfico ilícito de drogas, haja vista a repercussão geral atribuída à declaração de inconstitucionalidade em sede do HC 111.840/ES. À vista disso, constata-se que a individualização da pena, preconizada pela Constituição Federal, não vem sendo, plenamente, assegurada a todos os delitos equiparados a hediondos.

Sob essa perspectiva, quando da apreciação do crime de tortura, o magistrado tem obstada a sua capacidade de individualização, haja vista que não lhe é permitida a fixação de um regime prisional diverso do fechado. No que tange à referida vedação, Renato Brasileiro de Lima preleciona que:

Se o Plenário do Supremo afastou a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os crimes hediondos e equiparados, devendo-se observar, para a fixação do regime inicial de cumprimento de pena, o disposto no art. 33 c/c art. 59, ambos do Código Penal, é evidente que essa interpretação também deve ser aplicada aos crimes equiparados a hediondo, a exemplo da tortura. Logo, a despeito do disposto no art. 1º, § 7º, da Lei 9.455/97, também não é obrigatório que o condenado por crime de tortura inicie o cumprimento da pena no regime inicial fechado.²²³

Ademais, Alberto Silva Franco, Rafael Lira e Yuri Felix asseveram que o legislador ordinário não está autorizado a suprimir qualquer uma das fases individualizadoras da reprimenda, embora a Carta Magna tenha lhe conferido a sua regulação. No mesmo viés, acrescentam que não haveria sentido introduzir a individualização da pena no catálogo dos direitos e garantias fundamentais, permitindo, ao mesmo tempo, que o legislador comum esvaziesse o seu conteúdo.²²⁴

²²³ LIMA, Renato Brasileiro de. **Legislação criminal especial comentada**. 6. ed., rev. ampl. e atual. Salvador: JusPodium, 2018. p. 225.

²²⁴ FRANCO, Alberto Silva; LIRA, Rafael; FELIX, Yuri. **Crimes hediondos**. 7. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 368.

Para além, haja vista a força normativa e a supremacia da Constituição Federal, embora os *habeas corpus* supracitados tratem de leis distintas, as regras apreciadas são as mesmas, de modo que o tratamento conferido a ambas deveria ser idêntico. Sob esse aspecto, O Ministro Joaquim Barbosa, no julgamento do Agravo Regimental no Agravo de Instrumento 607.616/RJ, asseverou que:

“[..], não é necessária identidade absoluta para aplicação dos precedentes dos quais resultem a declaração de inconstitucionalidade ou de constitucionalidade. Requer-se, sim, que as matérias examinadas sejam equivalentes. Assim, cabe à parte que se entende prejudicada discutir a simetria entre as questões fáticas e jurídicas que lhe são peculiares e a orientação firmada por esta corte.”²²⁵

Nesse viés, à luz da inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei 8.072/90, o Superior Tribunal de Justiça pacificou entendimento no sentido de que, no crime de tortura deve ser afastada, de igual modo, a obrigatoriedade do regime prisional inicial fechado, à medida que se trata de delito equiparado a hediondo. Para além, os julgados proferidos pelo referido Tribunal encontram guarida na sua Súmula 440,²²⁶ assim como nas Súmulas 718²²⁷ e 719²²⁸ do Supremo. Com isso, tais decisões têm o condão de assegurar a observância do regime legal dos §§ 2º e 3º do art. 33 do Código Penal, de modo que as circunstâncias judiciais prevaleçam sobre a natureza da infração penal.²²⁹

De outro lado, o fundamento empregado pela Primeira Turma para denegar a ordem pleiteada no HC 123.316/SE, de que a gravidade do crime de tortura, independente da pena atribuída ao fato, valida a imposição do regime inicial fechado, também foi invocado pelo Ministro Luiz Fux em sede do HC 111.840/ES. Todavia, no

²²⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento 607.616/RJ, Relator: Min. Joaquim Barbosa. Brasília, 31 ago. 2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=614958>>. Acesso em: 5 jun. 2018.

²²⁶ “Fixada a pena-base no mínimo legal, é vedado o estabelecimento de regime prisional mais gravoso do que o cabível em razão da sanção imposta, com base apenas na gravidade abstrata do delito.”

²²⁷ “A opinião do julgador sobre a gravidade em abstrato do crime não constitui motivação idônea para a imposição de regime mais severo do que o permitido segundo a pena aplicada.”

²²⁸ “A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea.”

²²⁹ Com esse entendimento: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus* 378.456/SP, Relator: Min. Ribeiro Dantas. Brasília, 03 out. 2017. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201602970990&dt_publicacao=11/10/2017>. Acesso em: 15 mai. 2018; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus* 383.090/SP, Relator: Min. Ilan Paciornik. Brasília, 21 mar. 2017. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201603313469&dt_publicacao=30/03/2017>. Acesso em: 15 mai. 2018.

juízo do *habeas corpus* supracitado, o referido argumento restou vencido, preponderando o entendimento de que a norma era inconstitucional por ferir o princípio da individualização da pena.

Dessa forma, na decisão emanada pelo Plenário da Suprema Corte, a maioria dos Ministros já havia decidido pela impossibilidade de fixação do regime inicial fechado, em que pese a repugnância atribuída aos crimes hediondos e equiparados pela Constituição Federal. Nesse panorama, o Ministro Relator Dias Toffoli observou que, dentre as restrições impostas pela Carta Magna aos referidos crimes, não há nenhuma que verse sobre a obrigatoriedade do regime prisional inicial extremo,²³⁰ de modo que qualquer disposição nesse sentido deve ser tida como inconstitucional por não permitir ao magistrado a correta individualização da pena.

Assim, com base na repercussão geral, recentemente, atribuída pelo Supremo à declaração de inconstitucionalidade proferida no julgamento do HC 111.840/ES, bem como no entendimento exarado pelo Superior Tribunal de Justiça reiteradamente, depreende-se que não é acertada a decisão proferida pela Primeira Turma da Suprema Corte em sede do HC 123.316/SE. Isso porque ambos os delitos de que tratam os referidos *habeas corpus* são equiparados a hediondos, razão pela qual devem receber o mesmo tratamento.²³¹

Ademais, o próprio Supremo, conforme supramencionado, editou a Súmula 718, segundo a qual, a imposição de regime prisional mais severo que o adequado à pena atribuída ao fato exige motivação idônea, não devendo, ainda, basear-se apenas na gravidade em abstrato do crime, conforme dispõe a sua Súmula 719. Nesse panorama, a validação do art. 1º, § 7º, da Lei 9.455/97, pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, não é compatível, pois, com o disposto pelas Súmulas supracitadas, tampouco com a referida repercussão geral.

Portanto, com vistas a garantir a correta individualização da pena, deveria a Suprema Corte ter declarado inconstitucional o dispositivo da Lei de Tortura em comento, assim como o fez com a norma equivalente prevista pela Lei 8.072/90. Para além, cumpre ressaltar que, em prol do princípio da isonomia, a decisão pela inconstitucionalidade promoveria a necessária uniformização do entendimento

²³⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* 111.840/ES, Relator: Min. Dias Toffoli. Brasília, 27 jun. 2012. Disponível em: <

<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiario/stf/anexo/hc111840dt.pdf>>. Acesso em: 11 abr. 2018.

²³¹ LIMA, Renato Brasileiro de. **Legislação criminal especial comentada**. 6. ed., rev. ampl. e atual. Salvador: JusPodium, 2018. p. 225

adotado pelo Supremo, haja vista que a distinção entre os regimes prisionais impostos à tortura e aos crimes hediondos e equiparados não se coaduna com os preceitos de um Estado Democrático de Direito.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Constituição Federal estabelece em seu artigo 5º, XLVI, que a lei regulará a individualização da pena, que também perpassa pela adaptação da sua execução às características pessoais do condenado, de modo a viabilizar a sua reintegração social. Portanto, demonstra-se inviável – e inconstitucional – que a lei ordinária, sob o pretexto de individualizar a pena, retire do magistrado qualquer margem razoável de ação. Sob essa perspectiva, o propósito legislativo é garantir instrumentos eficazes para a individualização da reprimenda, possibilitando que cada agente receba a justa punição pela infração penal cometida.²³²

Para além, o princípio da humanidade, expresso no art. 5º, III, da Carta Magna, importa, conforme as lições de Alberto Silva Franco, no acolhimento de um sistema progressivo de cumprimento de pena, através do qual se possibilite ao condenado, por meio de etapas e do seu mérito, a obtenção da liberdade.²³³ À vista disso, qualquer texto legal que obste a progressividade no cumprimento da pena privativa de liberdade estará ferindo a humanização preconizada pelo texto constitucional, à medida que consistirá na supressão do caráter ressocializador da pena, atribuindo-lhe, exclusivamente, a natureza aflitiva.

A partir do exposto, depreende-se que os princípios supracitados constituem importantes alicerces do sistema penitenciário progressivo, que foi valorizado mediante a reforma da Parte Geral do Código Penal e da edição da Lei 7.210/84, consistindo no ápice da progressividade do cumprimento da pena privativa de liberdade. Desse modo, a fim de preparar gradualmente o preso para a vida em liberdade, estabeleceu-se a estruturação escalonada dos diversos regimes prisionais, que são alcançados mediante o implemento de requisitos objetivos e subjetivos.

Ocorre que, como fruto do sentimento de insegurança e de desconfiança para com os órgãos de controle social que tomara conta da população, surgiu a Lei 8.072/90, que, conforme assevera Antonio Lopes Monteiro, é reflexo de uma posição político-criminal altamente radical e passional.²³⁴ Nesse sentido, pode-se assinalar que o referido diploma legal é produto da equivocada concepção que vislumbra o

²³² NUCCI, Guilherme de Souza. **Princípios Constitucionais Penais e Processuais Penais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 176.

²³³ FRANCO, Alberto Silva. **Crimes Hediondos**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 65.

²³⁴ FRANCO, Alberto Silva. **Crimes Hediondos**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 97.

combate da criminalidade relacionado à maior severidade da repressão penal, uma medida simplista e, até certo ponto, inócua.

Sob esse prisma, demonstra-se acertada a declaração de inconstitucionalidade, em sede do HC 82.959/SP, da redação original do art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/90, haja vista a sua incompatibilidade com o princípio da individualização da pena, que assegura a todo condenado uma reprimenda particularizada, pessoal, distinta e, portanto, inextensível a outro cidadão, em situação fática igual ou assemelhada.²³⁵ Nessa senda, Alberto Silva Franco acrescenta que a individualização da pena constitui verdadeiro direito fundamental do cidadão posicionado frente ao poder repressivo do Estado.²³⁶

Ademais, a exclusão do sistema progressivo conflitava também com o princípio da humanidade da pena, haja vista que a sanção executada em um único e uniforme regime prisional não exercia nenhuma influência psicológica positiva sobre o recluso, que não tinha, em hipótese alguma, perspectiva de reinserção na sociedade. Com isso, a referida norma contrariava, de imediato, o modelo ressocializador, emprestando à sanção um caráter, exclusivamente, expiatório ou retributivo, a que não se afeioavam nem o princípio constitucional supracitado, nem as finalidades atribuídas a pena.²³⁷

Nesse panorama, é fato inequívoco que a Constituição Federal conferiu ao legislador infraconstitucional a prerrogativa de formular critérios para o processo de individualização da pena; contudo, isso não significa obstar a própria individualização. À vista disso, Alberto Silva Franco aduz que o § 1º do art. 2º da Lei de Crimes Hediondos poderia estabelecer prazos diferentes dos já previstos pela legislação ordinária; entretanto, não poderia jamais, sem ofensa à Carta Magna, suprimir a própria progressividade do sistema prisional, nem torná-la praticamente inócua.²³⁸

Posteriormente, com a ocorrência da morte do menino João Hélio, que foi arrastado, atado ao cinto de segurança, por assaltantes do veículo em que estava com seus pais, a mídia intensificou a propagação de uma visão distorcida, segundo a

²³⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. **Individualização da Pena**. 2; ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 338.

²³⁶ FRANCO, Alberto Silva. **Crimes Hediondos**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 163.

²³⁷ FRANCO, Alberto Silva; LIRA, Rafael; FELIX, Yuri. **Crimes hediondos**. 7. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 363.

²³⁸ FRANCO, Alberto Silva; LIRA, Rafael; FELIX, Yuri. **Crimes hediondos**. 7. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 367.

qual a solução para problemas da gravidade do referido fato criminoso apenas seria alcançada mediante uma legislação penal mais repressiva.²³⁹ Isso posto, foi editada a Lei 11.464/07, que tratou de alterar o § 1º do art. 2º da Lei 8.072/90, substituindo a palavra *integralmente* pelo vocábulo *inicialmente*, tornando viável o emprego do sistema progressivo de cumprimento de pena.

Contudo, mesmo após a alteração legislativa supracitada, o dispositivo permaneceu revestido de inconstitucionalidade, à medida que, dependendo do caso concreto, a pena aplicada pode ser compatível com um regime mais brando que o fechado, assim como pode também admitir a sua conversão em restritiva de direitos. Desse modo, agiu bem o Plenário do Supremo ao declarar, no julgamento do HC 111.840/ES, a inconstitucionalidade do dispositivo que fixou o cumprimento inicial da pena em regime fechado, tendo em vista a explícita lesão ao princípio da individualização da pena, mais especificamente no que tange à sua fase judicial.

Nesse sentido, importa frisar que um dos enfoques centrais do referido princípio reside no momento judicial, etapa em que o juiz, dentro das balizas penais, determina a espécie, a quantidade de pena e o regime prisional inicial que devem ser aplicados ao condenado.²⁴⁰ Ademais, cumpre ressaltar que se a Constituição visasse à fixação do regime inicial fechado com fundamento no crime em abstrato, teria incluído a restrição no tópico inscrito no art. 5º, XLIII, o que, todavia, não ocorreu. Portanto, depreende-se ser inadmissível que a periculosidade presumida constitua motivação idônea para a imposição de regime mais severo que o permitido segundo a pena aplicada.

No entanto, em sede do HC 123.316/SE, a Primeira Turma da Suprema Corte julgou constitucional o dispositivo da Lei de Tortura que fixa a indispensabilidade do regime inicial fechado, baseando-se na concepção de que, considerada a gravidade do crime de tortura, a execução da sua pena deve receber tratamento mais rígido. Sob esse panorama, Renato Brasileiro de Lima bem assevera que, à luz da inconstitucionalidade declarada em sede do HC 111.840/ES, resta evidente que a mesma

²³⁹ FRANCO, Alberto Silva; LIRA, Rafael; FELIX, Yuri. **Crimes hediondos**. 7. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 372.

²⁴⁰ LIMA, Renato Brasileiro de. **Legislação criminal especial comentada**. 6. ed., rev. ampl. e atual. Salvador: JusPodium, 2018. p. 250.

interpretação também deveria abarcar a tortura, com vistas a uniformizar o entendimento adotado pelo Supremo Federal Tribunal.²⁴¹

Para além, é incontestável que, quando da edição da Lei 9.455/97, o legislador infraconstitucional extrapolou a atribuição a ele conferida pela Carta Magna, eis que, de modo oblíquo, suprimiu qualquer possibilidade de exercício do princípio da individualização da pena, em nível de Poder Judiciário.²⁴² Desse modo, ao restringir a atuação do juiz, a norma em comento atentou contra o referido princípio, tendo em vista que inviabilizou a particularização do caso concreto, desconsiderando, pois, a singularidade de cada fato.

Além disso, Guilherme de Souza Nucci preleciona que a previsão de que a lei regulará a individualização da pena implica, na prática, a existência de critérios suficientes, fixados em lei ordinária para que o comando seja cumprido.²⁴³ Em sentido contrário, o Ministro Joaquim Barbosa aduziu que a Carta Magna teria conferido liberdade ao legislador para regular a individualização da pena;²⁴⁴ contudo, o legislador infraconstitucional não está autorizado a suprimir qualquer uma das fases individualizadoras da reprimenda, embora a Constituição tenha lhe conferido a sua regulação.²⁴⁵ Portanto, infere-se que deve ser tida como inconstitucional a disposição que provoque a supressão de alguma das referidas fases.

Todavia, indo de encontro ao entendimento exarado pelo Plenário do Supremo no julgamento do HC 111.840/ES, a Primeira Turma reputou válido o § 7º do art. 1º da Lei 9.455/97, com base na presunção de periculosidade do crime de tortura. No entanto, esse argumento já havia sido derrubado no julgamento do HC 111.840/ES, ocasião em que prevaleceu a inconstitucionalidade da norma, dada a manifesta violação ao princípio da individualização da pena, em que pese a repugnância atribuída aos crimes hediondos e equiparados pela Carta Magna.

²⁴¹ LIMA, Renato Brasileiro de. **Legislação criminal especial comentada**. 6. ed., rev. ampl. e atual. Salvador: JusPodium, 2018. p. 254.

²⁴² FRANCO, Alberto Silva; LIRA, Rafael; FELIX, Yuri. **Crimes hediondos**. 7. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 87-91.

²⁴³ NUCCI, Guilherme de Souza. **Individualização da Pena**. 4. ed., rev., atual. e ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 256.

²⁴⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* 111.840/ES, Relator: Min. Dias Toffoli. Brasília, 27 jun. 2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticianoticiastf/anexo/hc111840dt.pdf>>. Acesso em: 11 abr. 2018. p. 32.

²⁴⁵ FRANCO, Alberto Silva; LIRA, Rafael; FELIX, Yuri. **Crimes hediondos**. 7. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 368.

Nessa esteira, Alberto Silva Franco, Rafael Lira e Yuri Felix sustentam que a Constituição Federal não confere qualquer nível de arbitrariedade ao legislador ordinário, embora conceda-lhe certo grau de discricionariedade.²⁴⁶ Além disso, os autores acrescentam que não haveria sentido introduzir a individualização da pena no catálogo dos direitos e garantias fundamentais, permitindo, ao mesmo tempo, que o legislador comum esvaziasse o seu conteúdo.²⁴⁷

Ademais, dentre as restrições impostas pela Carta Magna aos crimes hediondos e equiparados, não há nenhuma que verse sobre a obrigatoriedade do regime prisional inicial extremo,²⁴⁸ de modo que qualquer disposição nesse sentido não encontra guarida no texto constitucional. Ainda, importa assinalar que a imposição de regime mais severo que o adequado à pena atribuída ao fato exige motivação idônea, não devendo, portanto, basear-se apenas na gravidade em abstrato do delito, consoante o disposto pelas Súmulas 718 e 719 do Supremo.

À vista do exposto, em que pese constem de diplomas legais diversos, as regras em comento são idênticas, de modo que não há razão para comportarem interpretações distintas, até porque os crimes por elas abarcados foram alçados ao mesmo nível de repugnância pela Constituição. Para além, resta evidente que, de igual forma, atentam contra o princípio da individualização da pena, razão pela qual deve o § 7º do art. 1º da Lei 9.455/97 ser declarado inconstitucional, assim como ocorrido com o § 1º do art. 2º da Lei 8.072/90, em defesa do princípio da isonomia e dos direitos e garantias assegurados pela Carta Magna.

Isso posto, cumpre referir que disposições como essas, que visam ao endurecimento da lei, não irão suscitar a redução dos índices de criminalidade, embora possam incutir o aparente sentimento de tranquilidade na sociedade. De um modo manifestamente equivocado, as medidas reabilitadoras passaram a ser concebidas com o fim de manifestar autocontrole e de aumentar a segurança do público, restando, em segundo plano, o caráter ressocializador da sanção. Nesse viés, cabe ressaltar que o clamor social não deve, sob hipótese alguma, influenciar a

²⁴⁶ FRANCO, Alberto Silva; LIRA, Rafael; FELIX, Yuri. **Crimes hediondos**. 7. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 87-91.

²⁴⁷ FRANCO, Alberto Silva; LIRA, Rafael; FELIX, Yuri. **Crimes hediondos**. 7. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 368.

²⁴⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* 111.840/ES, Relator: Min. Dias Toffoli. Brasília, 27 jun. 2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiarnoticiastf/anexo/hc111840dt.pdf>>. Acesso em: 11 abr. 2018. p. 11.

legislação criminal, tendo em vista que disposições passionais não acarretam a efetividade almejada; pelo contrário, apenas reforçam a lógica do sistema atual, perpetuando a reprodução das desigualdades existentes.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARBOSA, Licínio. “**Dos Crimes Hediondos**”. In Estudos Jurídicos em Homenagem a Manoel Pedro Pimentel. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

BECCARIA, Marquês de (Cesare de Bonesana). **Dos delitos e das penas**. Trad. de J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: Parte Geral**. São Paulo: Saraiva, 2008.

BOSCHI, José Antonio Paganella. **Das penas e seus critérios de aplicação**. 7. ed., rev. e ampl., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

BRANDÃO, Cláudio. **Introdução ao Direito Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 229.206/DF, Relator: Min. Vicente Leal. Brasília, 28 jun. 2001. Disponível em: < <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/443228215/recurso-especial-resp-1642314-se-2016-0251378-2/inteiro-teor-443228222> >. Acesso em: 28 abr. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* 82.638/SP, Relator: Min. Gilmar Mendes. Brasília, 19 dez. 2002. Disponível em: < http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/195_HC%2082959.pdf >. Acesso em: 30 abr. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* 82.959/SP, Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, 23 jun. 2006. Disponível em: < http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/195_HC%2082959.pdf >. Acesso em: 11 abr. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* 88.245/SC, Relatora: Min^a. Cármen Lúcia. Brasília, 16 nov. 2006. Disponível em: <
<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14735650/habeas-corpus-hc-88245-sc/inteiro-teor-103121246>>. Acesso em: 22 mai. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento 607.616/RJ, Relator: Min. Joaquim Barbosa. Brasília, 31 ago. 2010. Disponível em: <
<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=614958>>.
Acesso em: 5 jun. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus* 198.994/RS, Relator: Min. Gilson Dipp. Brasília, 08 nov. 2011. Disponível em: <
<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21032661/habeas-corpus-hc-198994-rs-2011-0045207-0-stj/inteiro-teor-21032662?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 19 abr. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* 109.236/SP, Relatora: Min^a. Cármen Lúcia. Brasília, 14 fev. 2012. Disponível em: <
<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21268973/habeas-corpus-hc-109236-sp-stf/inteiro-teor-110300997?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 22 mai. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* 111.840/ES, Relator: Min. Dias Toffoli. Brasília, 27 jun. 2012. Disponível em: <
<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticianoticiastf/anexo/hc111840dt.pdf>>. Acesso em: 11 abr. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* 115.099/SP, Relatora: Min^a. Cármen Lúcia. Brasília, 19 fev. 2013. Disponível em: <
<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23076634/habeas-corpus-hc-115099-sp-stf/inteiro-teor-111560505>>. Acesso em: 22 mai. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 453.000/RS, Rel. Min. Marco Aurélio. Brasília, 04 abr. 2013. Disponível em: <
<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=46141110>>.
Acesso em: 18 abr. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* 94.361/RS, Relator: Min. Min. Gilmar Mendes. Brasília, 04 abr. 2013. Disponível em: <
<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23275717/habeas-corpus-hc-94361-rs-stf/inteiro-teor-111668075>>. Acesso em: 18 abr. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1.491.421/RS, Rel. Min. Jorge Mussi. Brasília, 04 dez. 2014. Disponível em: <
<https://www.jurisite.com.br/wordpress/wp-content/uploads/2017/07/REsp-1.491.421-RS.pdf>>. Acesso em: 15 mai. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* 123.316/ES, Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, 09 jun. 2015. Disponível em: <
<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=9058283>>.
Acesso em: 11 abr. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus* 383.090/SP, Relator: Min. Ilan Paciornik. Brasília, 21 mar. 2017. Disponível em: <
https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201603313469&dt_publicacao=30/03/2017>. Acesso em: 15 mai. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus* 378.456/SP, Relator: Min. Ribeiro Dantas. Brasília, 03 out. 2017. Disponível em: <
https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201602970990&dt_publicacao=11/10/2017>. Acesso em: 15 mai. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Repercussão Geral no Recurso Extraordinário 1.052.700/MG, Relator: Min. Edson Fachin. Brasília, 17 out. 2017. Disponível em: <file:///C:/Users/consulta2a.PORTOALEGRE/Downloads/texto_313601394.pdf>. Acesso em: 08 mai. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus* 301.481/SP, Rel. Min. Ericson Maranhão. Brasília, 02 jun. 2015. Disponível em: <<https://www.jurisite.com.br/wordpress/wp-content/uploads/2017/08/HC-301.481-SP.pdf>>. Acesso em: 15 mai. 2018.

BRUNO, Aníbal. **Direito Penal: Parte Geral**. Rio de Janeiro: Forense, 1962.

CUNHA, Rogério Sanches; e outros. **Legislação criminal especial**. 2. ed. rev., atual. e amp., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

DELMANTO, Roberto; DELMANTO JÚNIOR, Roberto; DELMANTO, Fábio M. de Almeida. **Leis penais especiais comentadas**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

ESTEFAN, André, **Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, 2013.

FRANCO, Alberto Silva. **Crimes Hediondos**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

FRANCO, Alberto Silva. **Crimes Hediondos**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

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

FRANCO, Alberto Silva; LIRA, Rafael; FELIX, Yuri. **Crimes hediondos**. 7. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

GALVÃO, Fernando. **Direito Penal: Parte Geral**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

GARLAND, Davi. **A cultura do controle: crime e ordem social na sociedade contemporânea**. Rio de Janeiro: Revan, 2008.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**. 13. ed., rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Impetus, 2010.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**. 14. ed., rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Impetus, 2011.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**. 20. ed., rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Impetus, 2017.

GRECO, Rogério. **Leis penais especiais comentadas: crimes hediondos e tortura: doutrina e jurisprudência**. Niterói, RJ: Impetus, 2016.

KARAM, Maria Lúcia. **Estudos em Homenagem a Alberto Silva Franco**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

LEAL, João José. **Crimes Hediondos**. A Lei 8.072/90 como Expressão do Direito Penal da Severidade. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2003.

LEAL, João José; LEAL, Rodrigo José. Progressão de regime prisional e crime hediondo: análise da Lei n. 11.464/07 à luz da política criminal. **Boletim Jurídico**. Disponível em <https://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/artigo/1798>, em 01/06/2018.

LIMA, Alberto Jorge Correia de Barros. **Direito Penal Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2012.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Legislação criminal especial comentada**. 3. ed., rev. ampl. e atual. Salvador: JusPodium, 2015.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Legislação criminal especial comentada**. 6. ed., rev. ampl. e atual. Salvador: JusPodium, 2018.

LYRA, Roberto. **Comentários ao Código Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1955.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de Direito Constitucional**; 3. ed., rev. e ampl., São Paulo: Saraiva, 2004.

MONTEIRO, Antonio Lopes. **Crimes Hediondos: texto, comentários e aspectos polêmicos**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

MONTEIRO, Antônio Lopes. **Crimes hediondos: texto, comentários e aspectos polêmicos**. 9. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

MORAES, Alexandre; SMANIO, Gianpaolo Poggio. **Legislação penal especial**. 5. ed., rev. e amp., São Paulo: Atlas, 2002.

NETO, Vicente Amêndola. **Crimes Hediondos**. São Paulo: Editora de Direito, 1997.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Individualização da Pena**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis penais e processuais penais comentadas**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Princípios Constitucionais Penais e Processuais Penais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

PACELI, Eugênio. CALLEGARI, André. **Manual de Direito Penal**. São Paulo: Atlas, 2016.

PIMENTEL, Manoel Pedro. **Sistemas Penitenciários**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

ROSSETTO, Enio Luiz. **Teoria e Aplicação da Pena**. São Paulo: Atlas, 2014.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal: Parte Geral**. Curitiba-Rio de Janeiro: ICPC-Lumem Juris, 2008.

TORON, Alberto Zacharias. **Crimes Hediondos: O Mito da Repressão Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.