

PROGRESSÃO DE REGIME DE PENA NA LEI DOS CRIMES HEDIONDOS

Beatriz Landim Cavalcanti¹
Lincoln José Rufino²

RESUMO

O presente artigo apresenta como objetivo específico a análise da Lei n.º 8.072/90, a Lei dos Crimes Hediondos, mostrando as consequências jurídicas da inconstitucionalidade dos §§ 1º e 2º, do artigo 2º da referida lei, declarada esta inconstitucionalidade pelo STF por meio de *Habeas Corpus* julgado em fevereiro de 2006 por confrontar o princípio da individualização da pena, princípio da humanidade. Apresenta também as alterações impostas com a Lei n.º 11.464/07 no que se refere à progressão de regime de cumprimento de pena dos que cometem crimes de natureza hedionda, bem como a progressão de regime em face do Crime de Tortura – Lei nº 9.455/97 E, para melhor entendimento da progressão de regime, apresentamos breve relato histórico da origem das penas a partir do Período Colonial no Brasil, além de conceituar a pena e apresentando suas finalidades; as espécies de penas previstas no Código Penal Brasileiro e os regimes de cumprimentos de penas existentes.

Palavras-chave: Crimes hediondos. Progressão de regime. Princípio da individualização. Inconstitucionalidade. Pena.

ABSTRACT

This review article presents as specific objective the analysis of Law n. 8.072/90, the Law of heinous crimes, showing the legal consequences of unconstitutionality of §§ 1 and 2, of article 2 of that law, declared those ones unconstitutional by the Supreme Court through the Habeas Corpus judged in February 2006 by confronting the principle of individualization of punishment, principle of humanity. But also presents the changes imposed by Law n. 11.464/07 with regard to the progression of penalty compliance regime of those who committing heinous nature of crimes and progression of regime in the face of Torture Crime - Law No. 9455 / 97, to better understand the progression system, we present brief historical account of the origin of feathers from the Colonial Period in Brazil, in addition to conceptualize the pen and presenting their purposes; kinds of penalties provided for in the Brazilian Penal Code and existing feather greetings schemes.

Keywords: Heinous crimes. Progressive system. Principle of individualization.

Unconstitutionality. Feather.

¹ Discente do Curso de Direito do Centro Universitário do Rio grande do Norte – UNIRN. E-mail: beatriz_cavalcanti72@hotmail.com

² Professor de Direito Penal/Direito Processual Penal da UNI/RN. E-mail: linrufino@yahoo.com.br

INTRODUÇÃO

O presente trabalho pretende analisar a Lei n.º 8.072/90 - Lei dos Crimes Hediondos -, mostrando as consequências jurídicas da inconstitucionalidade dos §§ 1º e 2º, do artigo 2º, declarada pelo STF, por confrontar alguns princípios previstos na nossa Constituição Federal/88. Em princípio, demonstrar, sobretudo, a implementação de uma lei específica a qual tipifica e rotula alguns crimes com um caráter hediondo dando à estes, na época, tratamento diferenciado dos tipos penais elencados no Código Penal.

Nesse contexto, apontar as questões polêmicas, seja doutrinárias ou jurisprudenciais, trazidas pela açodada Lei dos Crimes Hediondos, quer seja através dos benefícios legais possíveis, principalmente na questão da tão controversa proibição de progressão de regime para tais crimes, o que, devido ao caráter dinâmico do direito e pela evolução da sociedade, fez surgir novo entendimento jurisprudencial mudando, conseqüentemente, todo o entendimento sobre o referido instituto.

Seguindo esse preceito, apresentamos as alterações impostas com a Lei n.º 11.464/07 no que se refere à progressão de regime de cumprimento de pena dos que cometem crimes de natureza hedionda, pois agora, é legalmente admitida a progressão de regime prisional quando se tratar de condenação por crime hediondo e seus equiparados (tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e terrorismo), conforme veremos mais adiante.

Tais alterações também abrangem os crimes hediondos e seus equiparados, que antes se tornavam insuscetíveis de fiança e de liberdade provisória e, agora, aqueles crimes continuam insuscetíveis de fiança, mas não de liberdade provisória.

Diante do exposto, constatamos que, com o passar dos anos, atualmente, não constitui qualquer ponto de conflito, seja em doutrina e/ou jurisprudência, visto que se tornou ponto pacífico, conforme verificamos no conteúdo da súmula 471 do STJ, que aduz: “Os condenados por crimes hediondos ou assemelhados cometidos antes da vigência da Lei n. 11.464/2007 sujeitam-se ao disposto no art. 112 da Lei n. 7.210/1984 (Lei de Execução Penal) para a progressão de regime prisional”.

Art. 112. A pena privativa de liberdade será executada em forma progressiva com a transferência para regime menos rigoroso, a ser determinada pelo juiz, quando o preso tiver cumprido ao menos um sexto da pena no regime anterior

e ostentar bom comportamento carcerário, comprovado pelo diretor do estabelecimento, respeitadas as normas que vedam a progressão.

Assim, diante do exposto, o presente trabalho, através da pesquisa bibliográfica, tem como objetivo analisar a Lei nº 8.072 de 1990, de Crimes Hediondos, suas alterações, complexidades, seus aspectos e a Progressão de Regime trazida pela Lei nº 11.464, de 2007, mais precisamente os novos requisitos temporais de cumprimento de pena que se aplicavam aos fatos cometidos antes da entrada em vigor dessa última Lei.

Ademais, no primeiro capítulo tratamos sobre a origem histórica da pena de prisão no Brasil, no capítulo segundo, o sistema das penas no Direito Penal Brasileiro, abordando, inicialmente, o conceito de pena, suas finalidades, bem como as espécies e penas previstas no Código Penal Brasileiro, quais sejam: as penas privativas de liberdade, penas restritivas de direito, multa; os regimes de cumprimento de pena e as regras no regime fechado, semi-aberto e aberto. No capítulo terceiro, abordamos a Lei dos Crimes Hediondos – Lei nº 8.072/90, elencando os crimes nela previstos; no quarto capítulo, a progressão de regime prevista nesses crimes e, por fim a progressão de regime em face da lei de tortura – Lei nº 9.455/97.

1. ORIGEM HISTÓRICA DA PENA DE PRISÃO NO BRASIL

Para uma maior compreensão do sistema progressivo no ordenamento jurídico brasileiro, faremos um breve relato histórico da evolução da pena de prisão no Brasil. É mister saber, que o instituto da pena é antigo, existindo desde as primeiras civilizações, sofrendo grandes evoluções em sua aplicação e modo de execução a cada época, a cada sociedade existente, cultura, costume. É algo que sempre existiu no meio da coletividade, mesmo que de forma diferente.

No Período Colonial a sociedade regia-se por normas consuetudinárias, ou seja, pelos costumes e cultura de sua população, transmitidas verbalmente, apresentando resquícios das penas utilizadas nas civilizações primitivas: como a vingança privada, vingança coletiva e a Lei de Talião.

Contudo, com a chegada dos portugueses no Brasil, passou a vigorar efetivamente a sua legislação. Nesse período, vigoravam em Portugal as Ordenações Afonsinas, as Ordenações Manuelinas e as Ordenações Filipinas.

A primeira delas foram as Ordenações Afonsinas que não vigoraram por muito tempo devido à descentralização total de poderes, uma vez que a colônia foi dividida em capitânias hereditárias com autonomia cada uma, tendo sua própria legislação.

Logo após, vieram as Ordenações Manuelinas, e, também, não obtiveram sucesso. E em seguida, surgiram as Ordenações Filipinas.

Segundo Shecaira (2002):

As ordenações Afonsinas, publicadas em nome de D. Afonso V por volta de 1446, trataram dos delitos e das penas no Livro V. As penas eram desproporcionais aos delitos e muito severas, punindo-se com a morte as feitiçarias, o trato ilícito de cristão com judia ou moura, além de furtos (furto de valor de um marco de prata).

As ordenações Manuelinas, publicadas em nome de D. Manuel, o Venturoso, em 1521, seguiram as normas das Ordenações Afonsinas, com pequenas alterações. A prisão como pena era rara, servindo na maioria das vezes como expediente necessário à execução da pena de morte.

Da revisão das Ordenações Manuelinas resultaram as Ordenações Filipinas que se destacaram em razão da ampla e generalizada criminalização com suas severas punições.

Suas penas envolviam pena de morte e outras penas severas e desproporcionais, tais como açoite, amputação de membros, as galés, pena de fogo em vida, ferro em brasa, com o objetivo de causarem um grande temor pelo castigo.

Com a independência do Brasil em 1822, deu-se início ao período imperial, e, assim, o Brasil tem a sua primeira Constituição em 1824 a qual previu a necessidade e urgência da elaboração de um Código Criminal, fundado nas sólidas bases da justiça e da equidade.

Este novo código reduziu os delitos que eram apenados com morte, bem como a extinção das penas infamantes. Surgiu a pena de privação de liberdade, na qual substituiria as penas corporais (DOTTI, 1998).

Ficaram abolidos os açoites, a tortura, a marca de ferro quente, e todas as mais penas cruéis. O Congresso aprovou a pena de morte apenas nos casos de insurreição de escravos, homicídios e latrocínio.

Neste período, também, as penas deixaram de passar da pessoa do delinquente, aparecendo a primeira manifestação do princípio da personalidade da pena no Brasil. Em 1890, foi elaborado às pressas um novo “Código Penal dos Estados Unidos do Brasil”, apresentando vários equívocos e deficiências, portanto, sendo alvo de duras críticas. Suas principais

características foram a abolição da pena de morte e a instalação de um regime penitenciário com caráter de correção.

Caracterizava-se também a pena pela privação de liberdade, distinguindo a prisão celular, a reclusão, a prisão com trabalho obrigatório e a prisão disciplinar para menores de 21 anos.

Em razão da enorme quantidade das leis extravagantes, foram concentradas na Consolidação das Leis Penais, pelo Decreto nº. 22.213 de 14 de Dezembro de 1932. Em 1940, foi sancionado um novo Código Penal Brasileiro, vigente desde 1942 até os dias atuais.

Este Código prevê que a sanção penal é dividida entre penas e medida de segurança. A medida de segurança pode ser detentiva ou, ainda, restritiva. Quanto à pena, o Código atual é dividido em penas privativas de liberdade, restritivas de direitos e multa.

2. O SISTEMA DAS PENAS NO DIREITO PENAL BRASILEIRO

2.1 Conceito de pena

Segundo Fernando Capez, pena tem o seguinte conceito:

Sanção penal de caráter aflagrante, imposta pelo Estado, em execução de uma sentença, ao culpado pela prática de uma infração penal, consistente na restrição ou privação de um bem jurídico, cuja finalidade é aplicar a retribuição punitiva ao delinquente, promover a sua readaptação social e prevenir novas transgressões pela intimidação dirigida à coletividade (CAPEZ, 2014).

Mirabete (2014), valendo-se da lição de Luiz Vicente Cernicchiaro defende que a pena pode ser encarada sob três aspectos, quais sejam:

[...] substancialmente consiste na perda ou privação de exercício do direito relativo a um objeto jurídico; formalmente está vinculada ao princípio da reserva legal, e somente é aplicada pelo Poder Judiciário, respeitando o princípio do contraditório; e teleologicamente mostra-se, concomitantemente, castigo e defesa social.

Mirabete (2014, p. 232) disserta, ainda, que a pena deve atender o princípio da legalidade, além de reunir as características da personalidade, proporcionalidade e inderrogabilidade:

[...] O princípio da legalidade consiste na existência prévia de lei para a imposição da pena (*nulla poena sine lege*), previsto no art. 1º do Código

Penal. A característica da personalidade refere-se a impossibilidade de estender-se a terceiros a imposição da pena.
 [...] Deve haver, ainda, proporcionalidade entre o crime e a pena; cada crime deve ser reprimido com uma sanção proporcional ao mal por ele causado. [...] Por fim, a pena deve ser inderrogável; praticado o delito, a imposição deve ser certa e a pena cumprida.

Portanto, sinteticamente, pode-se afirmar que a pena é uma sanção que o Estado impõe ao condenado para privar-lhe de bens jurídicos, como forma de retribuição pelo mal que causou à sociedade, além disso, a pena reveste-se, subsidiariamente, de caráter preventivo.

Há três espécies de pena no código penal: as penas privativas de liberdade são as mais utilizadas nas legislações modernas, apesar do sistema prisional falido; as restritivas de direito, limitam em parte o poder de locomoção do condenado, embora não sejam eles recolhidos à prisão; e, por fim, a multa, ou penas pecuniárias, acarretando diminuição do patrimônio do condenado.

2.2 Finalidades da pena

Não se deve confundir o conceito de pena com suas finalidades. São três as teorias que tratam da finalidade da pena: a teoria relativa, que diz respeito à prevenção geral e especial; a teoria absoluta, também chamada de retributiva, e a teoria mista.

O doutrinador Fernando Capez define o objetivo da primeira teoria supracitada e explica a diferença entre prevenção geral e especial, assim vejamos:

A pena tem um fim prático e imediato de prevenção geral ou especial do crime (*punitur ne peccetur*). A prevenção é especial porque a pena objetiva a readaptação e a segregação sociais do criminoso como meios de impedi-lo de voltar a delinquir. A prevenção geral é representada pela intimidação dirigida ao ambiente social (as pessoas não delinquem porque têm medo de receber a punição) (CAPEZ, 2014).

Portanto, a prevenção geral incide sobre a coletividade social, intimidando-a; já a prevenção especial, dirige-se exclusivamente ao delinquente em particular. Além do mais, a finalidade do Estado é a consecução de um bem coletivo cujo alcance dá-se com a preservação do direito dos elementos integrantes da sociedade, sendo assim, quando os direitos fundamentais e relevantes para o indivíduo e para o Estado estão ameaçados, o Estado intervém com o *ius puniendi* aplicando a pena, sendo esta mais firme, ao infrator.

Segundo a teoria absoluta, a pena tem uma finalidade de retribuição, visando à restauração da ordem atingida e, para esta teoria, todos os demais efeitos da pena (intimidação, correção, supressão do meio social) nada têm a ver com sua natureza e a sua consequência é que, somente dentro dos limites da justa retribuição é que se justifica a sanção penal.

De acordo com a teoria acima citada, sustenta Bitencourt (2014):

[...] consiste em conceber a pena com um mal, um castigo, como retribuição ao mal causado através do delito, de modo que sua imposição estaria justificada, não como meio para o alcance de fins futuros, mas pelo valor axiológico intrínseco de punir o fato passado [...].

Ademais, a teoria absoluta tem seu fundamento na ideia do Estado ser o guardião da justiça, devendo proteger a liberdade individual dos cidadãos e seus bens jurídicos, punindo o agente que cometeu o crime.

Estas duas primeiras finalidades da pena estão expressas no artigo 59, *caput*, do Código Penal, que dispõe:

Art. 59, *caput*: o juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime.

Sendo assim, pode-se dizer que a pena possui uma finalidade mista, pois além de prevenir, também reprova crime.

Como visto acima, a outra teoria acerca da finalidade da pena é a teoria mista ou unificadora que tenta agrupar num conceito único os fins da pena e recolher os aspectos mais destacados das teorias absolutas e relativas (BITENCOURT, 2014).

A pena tem dupla função de punir o criminoso e prevenir a prática do crime, pela reeducação e pela intimidação coletiva.

2.3 As espécies de penas previstas no Código Penal Brasileiro

O nosso ordenamento jurídico possui três classificações das penas, as quais estão dispostas no art. 32, Código Penal, quais sejam: privativas de liberdade, restritivas de direitos e de multa.

2.3.1 As penas privativas de liberdade

O sistema de penas privativas de liberdade se contradiz em relação a não correspondência às suas finalidades de recuperação do preso. No entanto, é pacífico no mundo da ciência penal a afirmação de que a pena justifica-se por sua necessidade, pois sem a pena não seria possível a convivência na sociedade de nossos dias.

As penas privativas de liberdade que estão previstas pelo código penal, no art. 33 e ss., para os crimes ou delitos são as de reclusão e detenção. A lei das contravenções penais também prevê pena privativa de liberdade que é a prisão simples. Dispõe o art. 33, *caput*, do Código que “a pena de reclusão deve ser cumprida em regime fechado, semiaberto ou aberto. A de detenção, em regime semi-aberto, ou aberto, salvo necessidade de transferência a regime fechado.

A determinação do regime inicial de execução da pena privativa de liberdade deve ser feita com observância no art. 33 deste Código. Caso condenado o agente, o juiz deverá atender a estes dispositivos deste artigo, que dizem respeito à natureza e à quantidade da pena como também reincidência.

A diferença entre a pena de reclusão e a pena de detenção não se mostra apenas quanto à espécie de regime, mas também com relação ao estabelecimento penal de execução, que será de segurança máxima, média e mínima, à sequência de execução no concurso material, à incapacidade para o exercício pátrio do poder, à medida de segurança, à fiança e à prisão preventiva.

2.3.2 Penas restritivas de direitos

Também denominada como “penas alternativas”, aplicadas com a finalidade de evitar a imposição da pena privativa de liberdade, a substituindo pelas penas restritivas de direitos, encontrando-se previstas no art. 44 do Código Penal Brasileiro seu conceito e requisitos. Ademais, as suas classificações estão expressas no art. 43, em seus incisos, do mesmo Código, quais sejam: prestação pecuniária; perda de bens e valores; prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas; interdição temporária de direitos; limitação de fim de semana.

As penas restritivas de direitos foram criadas em consequência da não eficiência da prisão quanto à recuperação do preso que cumpre a pena privativa de liberdade, voltada para crimes mais graves. Diante disso, houve uma necessidade de se elaborar penas alternativas ao encarceramento.

A sua execução será feita no momento da sentença pelo juiz, onde ocorre a determinação da pena e sua quantidade, já que, as penas restritivas de direitos exigem uma quantidade da pena a ser aplicada, a qual não pode ser superior a quatro anos, independentemente da natureza do crime, culposo ou doloso.

2.3.3 A multa

O art. 49 do Código Penal prevê que a pena de multa consiste, nos termos da lei nova, no pagamento ao fundo penitenciário da quantia fixada na sentença e calculada em dias-multa, sendo, no mínimo, de 10 e, no máximo, de 360 dias-multa.

Assim sendo, todo o valor arrecadado com o pagamento da multa é revertido em favor do Fundo Penitenciário para a construção, reforma, ampliação e aprimoramento de estabelecimentos carcerários.

Além disso, a pena de multa pode ser executada isolada, cumulada ou alternadamente, e como pena substitutiva da privativa de liberdade, quer sozinha, quer em conjunto com a pena restritiva de direitos.

2.4 Os regimes de cumprimento de penas

Consoante Bitencourt em sua obra (2014) “os regimes são determinados fundamentalmente pela espécie e quantidade da pena e pela reincidência, aliadas ao mérito do condenado, num autêntico sistema progressivo”.

No art. 33, *caput*, do Código Penal, estão previstas três espécies de regimes: o fechado, o semiaberto e o aberto. O primeiro deverá ser executado em estabelecimento de segurança máxima ou média; o regime semiaberto será executado em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar; e, por fim, o regime aberto será cumprido em casa de albergado ou em estabelecimento adequado.

O regime disciplinar diferenciado, instuído pela Lei n. 10.792/2003, não constitui um novo regime de cumprimento de pena, mas sim um regime de disciplina carcerária especial,

caracterizado por maior grau de isolamento do preso e de restrições ao contato com o mundo exterior, ao qual poderão ser submetidos pelo prazo máximo de 360 dias, podendo ocorrer sua repetição, desde que cumprida um sexto da pena.

2.4.1 Regras do regime fechado

Neste regime, baseado no art. 87 da LEP (Lei de Execução Penal), o apenado cumprirá a pena em penitenciária. Além disso, o condenado ficará sujeito a trabalho no período diurno e o isolamento durante o repouso noturno, com fulcro no art. 34, § 1º, do Código Penal, porém, na realidade em que vivemos hoje, é impossível o isolamento dos presos durante o repouso noturno devido a superlotação carcerária configurada nos sistemas prisionais. E em relação ao trabalho externo, só é possível em obras ou serviços públicos.

Ademais, a cela individual deve conter dormitório, aparelho sanitário e lavatório, sendo requisitos básicos da unidade celular: a) salubridade do ambiente pela concorrência dos fatores de aeração, insolação e condicionamento térmico adequado à existência humana; b) área mínima de 6 metros (art. 88 da LEP). E, claro, isso não passa do papel, pois sabemos que, em nossa realidade, nenhum desses requisitos subsiste nas unidades celulares.

Neste regime, o preso não tem direito a frequentar cursos, quer de instrução, quer profissionalizante.

Por fim, o artigo 34 do Código Penal Brasileiro aduz:

Art. 34. O condenado será submetido, no início do cumprimento da pena, a exame criminológico de classificação para individualização da execução. **§ 1º.** O condenado fica sujeito a trabalho no período diurno e isolamento durante o repouso noturno.

§ 2º. O trabalho será em comum dentro do estabelecimento, na conformidade das aptidões ou ocupações anteriores do condenado, desde que compatíveis com a execução da pena.

§ 3º. O trabalho externo é admissível, no regime fechado, em serviços ou obras públicas.

2.4.2 Regras do regime semiaberto

Ao contrário do regime fechado, aqui, o condenado ao regime semiaberto terá direito de frequentar cursos profissionalizantes, de instrução de 2º grau ou superior. Também ficará sujeito ao trabalho em comum durante o período diurno, em colônia agrícola, industrial ou

similar. Menciona Cezar Bitencourt (2014) que aqui o trabalho externo é admissível, inclusive na iniciativa privada.

Por conseguinte, pode ser o penúltimo estágio de preparação para o retorno do condenado à reintegração social. O próximo e último passo será o livramento condicional. Além disso, a lei não prevê o isolamento durante o repouso noturno, diferente do regime fechado.

2.4.3 Regras do regime aberto

O artigo 36 do nosso Código Penal dispõe sobre as regras do regime aberto, quais sejam:

Art. 36. O regime aberto baseia-se na autodisciplina e senso de responsabilidade do condenado.

§ 1º. O condenado deverá, fora do estabelecimento e sem vigilância, trabalhar, frequentar curso ou exercer outra atividade autorizada, permanecendo recolhido durante o período noturno e nos dias de folga.

§ 2º. O condenado será transferido do regime aberto, se praticar fato definido como crime doloso, se frustrar os fins da execução ou se, podendo, não pagar a multa cumulativamente aplicada.

Para Cezar Bitencourt (2014), “o maior mérito do regime aberto é manter o condenado em contato com a sua família e com a sociedade, permitindo que o mesmo leve uma vida útil e prestante”.

3. A LEI DOS CRIMES HEDIONDOS Nº. 8.072/90

Os anos 80 foram marcados pelo avanço da criminalidade no Brasil. A população convivia com altos índices de estupros, homicídios, latrocínio, uso indevido de substâncias entorpecentes, extorsão mediante sequestro, dentre outros. Em consequência disso, o Estado se viu obrigado a criar leis para punir com mais severidade os criminosos que praticassem crimes considerados perversos.

Destarte, criou-se o inciso XLIII, art. 5º no Título II dos “Dos Direitos e Garantias Fundamentais” e, Capítulo I “Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos” da Constituição Federal, fazendo-se necessário o legislador criar a Lei nº. 8.072/90, Lei dos Crimes Hediondos, com a finalidade de apresentar o rol taxativo destes crimes.

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

Não havendo, portanto, uma definição para esta espécie de crime, aquele crime que causa repugnância, aversão, repúdio pela sociedade em geral e, por consequência, presume-se que o indivíduo que o pratica possui um maior grau de periculosidade é considerado crime hediondo. Desse modo, os ditos crimes hediondos são aqueles previstos no art. 1º da Lei nº. 8.072/90.

Ao dispor sobre os crimes hediondos e equiparados na Constituição de 1988, o legislador originário determinou que tais práticas delituosas tivessem um tratamento mais rigoroso e, vale ressaltar, nesse contexto, que são crimes que não possuem a benesse da anistia, graça e indulto, e fiança.

Além disso, a Lei Fundamental também determinou que os crimes de tráfico de drogas, terrorismo e tortura recebessem o mesmo tratamento rigoroso dado aos crimes hediondos. Assim, tais delitos foram considerados como equiparados ou assemelhados aos hediondos.

Os crimes equiparados a crimes hediondos são: a tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, e o terrorismo. E, no art. 1º da Lei nº. 8.072/90 estão previstos os crimes hediondos, assim vejamos:

- I** – homicídio (art. 121), quando praticado em atividade típica de grupo de extermínio, ainda que cometido por um só agente, e homicídio qualificado (art. 121, § 2º, I, II, III, IV, V, VI e VII)
- I-A** – lesão corporal dolosa de natureza gravíssima (art. 129, § 2º) e lesão corporal seguida de morte (art. 129, § 3º), quando praticadas contra autoridade ou agente descrito nos arts. 142 e 144 da Constituição Federal, integrantes do sistema prisional e da Força Nacional de Segurança Pública, no exercício da função ou em decorrência dela, ou contra seu cônjuge, companheiro ou parente consanguíneo até terceiro grau, em razão dessa condição; (Incluído pela Lei nº 13.142, de 2015)
- II** – latrocínio (art. 157, § 3º, *in fine*);
- III** – extorsão qualificada pela morte (art. 158, § 2º);
- IV** – extorsão mediante sequestro e na forma qualificada (art. 159, *caput* e §§ 1º, 2º e 3º);
- V** – estupro (art. 213, *caput* e §§ 1º e 2º);
- VI** – estupro de vulnerável (art. 217-A, *caput* e §§ 1º, 2º, 3º e 4º);
- VII** – epidemia com resultado morte (art. 267, § 1º);
- VII-A** – (vetado);
- VII-B** – falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais (art. 273, *caput*, e § 1º, § 1º A, § 1º B).

VIII - favorecimento da prostituição ou de outra forma de exploração sexual de criança ou adolescente ou de vulnerável (art. 218-B, caput, e §§ 1º e 2º). (Incluído pela Lei nº 12.978, de 2014)

Parágrafo único. Considera-se também hediondo o crime de genocídio previsto nos arts. 1º, 2º e 3º da Lei nº 2.889, de 1º de outubro de 1956, tentado ou consumado

3.1 Homicídio

Em regra, o homicídio doloso simples não é considerado como crime hediondo. Sucede que, com vistas a atender os clamores sociais ocasionados por diversas chacinas do passado, o legislador entendeu por bem tratar o crime de homicídio simples como hediondo, quando praticado em atividade típica de grupo de extermínio.

Entretanto, a lei exige que o homicídio simples seja praticado em atividade típica de grupo de extermínio, O que não se confunde com associação criminosa, pois a lei não requer número mínimo de integrantes para considerar hediondo o homicídio simples, assim aduz Capez (2007).

Em relação ao homicídio qualificado, previsto no art. 121, § 2º, do Código Penal, tratase de homicídio com qualificadoras como motivo torpe, motivo fútil, meio cruel, acobertamento de outro crime, dificuldade de defesa, entre outros. Dentro desta espécie de crime encontra-se uma exceção, o homicídio qualificado-privilegiado, que não é considerado crime hediondo.

3.2 Lesão corporal dolosa de natureza gravíssima e lesão corporal seguida de morte

São considerados crimes preterdolosos, espécies de crimes qualificados pelo resultado, são aqueles em que a conduta produz uma lesão jurídica mais grave que a pretendida pelo sujeito. O agente quer um *minus* e causa um *majus*, de maneira que se conjugam *dolo* na conduta inicial e *culpa* no resultado final.

3.3 Latrocínio

Previsto no art. 157, § 3º, 2ª parte, do código penal, caracteriza-se pela violência física empregada contra a pessoa durante e em razão da prática do crime de roubo, ocorrendo o resultado morte da vítima. Trata-se de crime de roubo + homicídio, constituindo uma unidade distinta e autônoma dos crimes que o compõem.

3.4 Extorsão qualificada pela morte e sequestro

A extorsão é um crime contra o patrimônio, mas estão tuteladas por este dispositivo também a liberdade e a incolumidade da pessoa, e a qualificada, a vida.

Aplica-se a extorsão qualificada pela morte, prevista no art. 158, § 2ª, conforme o mesmo preceito sancionatório do latrocínio.

A extorsão e o roubo são crimes idênticos, devido ambos tutelarem o patrimônio, à luz dos ensinamentos do doutrinador Fernando Capez (2007) podemos observar a diferença entre os delitos:

Se a vítima pratica um ato que o agente poderia realizar em seu lugar, o crime é de roubo (entrega da carteira) se a vítima pratica um ato que o agente não poderia cometer em seu lugar, o crime é de extorsão (preenchimento de um cheque ou de um cambial).

Quanto à extorsão mediante sequestro, trata-se de mais um delito de extorsão, contudo se cuida aqui da privação da liberdade da vítima tendo por fim a obtenção de vantagem, como condição ou preço do resgate. Para configuração do delito basta o simples sequestro.

3.5 Estupro

O crime de estupro pode ser praticado por meio de constrangimento de alguém, mediante violência ou grave ameaça a ter conjunção carnal, independente de ser cometido com violência real ou presumida, deve ser considerado crime hediondo, conforme entendimento majoritário.

Com relação ao estupro de vulnerável, é a conjunção carnal ou a prática de outro ato libidinoso com menor de 14 anos ou, com alguém que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato, ou que, não pode oferecer resistência.

3.6 Epidemia com resultado morte

Dispõe o doutrinador Renato Brasileiro (2014):

“[...] o delito de epidemia qualificada pelo resultado morte é exemplo de crime preterdoloso, o que significa dizer que o resultado morte só pode ser

atribuído ao agente a título de culpa. Em outras palavras, o crime do art. 267, § 1º, do CP, demanda a presença de dolo de perigo na conduta antecedente – causar epidemia –, e culpa no resultado consequente (se do fato resulta morte)”.

3.7 Falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais.

Em meados do ano de 1998, foi descoberta falsificação de inúmeros medicamentos. Assim, com a finalidade de fazer com que os crimes de falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais viessem a diminuir, o legislador editou a Lei nº. 9.695/98 elencando esses crimes como crimes hediondos.

Houve uma polêmica quanto à desproporcionalidade aplicada a alguns casos referentes ao §1º- A, artigo 273 do Código Penal, diante disto, esta desproporcionalidade na lei, faz com que crimes graves que pode até mesmo levar à morte, ser enquadrado no mesmo rol de crimes não tão graves.

3.8 Favorecimento da prostituição ou de outra forma de exploração sexual de criança ou adolescente ou de vulnerável

De acordo com o art. 218-B, do Código Penal, favorecimento quer dizer:

“Submeter, induzir ou atrair à prostituição ou outra forma de exploração sexual alguém menor de 18 (dezoito) anos ou que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato, facilitá-la, impedir ou dificultar que a abandone”.

3.9 Genocídio

O crime de genocídio é definido no art. 1º da Lei n. 2.889/56, assim sendo:

Com intenção de destruir, no todo ou em parte, grupo nacional, étnico, racial ou religioso, (...): a) matar membros do grupo; b) causar lesão grave à integridade física ou mental de membros do grupo; c) submeter intencionalmente o grupo a condições de existência capazes de ocasionar-lhe a destruição física total ou parcial; d) adotar medidas destinadas a impedir os nascimentos no seio do grupo; e) efetuar a transferência forçada de crianças do grupo para outro grupo.

4. PROGRESSÃO DE REGIME NOS CRIMES HEDIONDOS

Após o condenado receber um regime de cumprimento de pena na sentença condenatória, o agente tem a possibilidade, baseado no sistema progressivo, da transferência para um regime menos rigoroso, não significando que tenha de permanecer todo o tempo nesse mesmo regime. Neste sentido, a decisão do juiz torna-se provisória e, a partir do regime fechado, pode-se transferir o sentenciado para o regime semiaberto e deste para o regime aberto. Porém, não é permitida a progressão *per saltum*, que é diretamente do regime fechado para o aberto.

Com o advento da Lei nº. 8.072/90 - Lei dos Crimes Hediondos, o art. 2º, § 1º dispunha que a pena por crimes hediondos e equiparados seria cumprida em regime *integralmente* fechado, proibindo, destarte, a progressão de regime.

Em consequência do § 1º do artigo supracitado, surgiram várias divergências em relação ao regime em que o condenado deveria cumprir a pena por crime hediondo. O que ficava claro era que com a vedação à progressão de regime nos crimes hediondos, a pena deixou de ter finalidade mista, ou seja, deixou de ter um caráter ressocializador e passou a ser uma mera punição ao condenado.

Ademais, como afirma Bitencourt (2014), a vedação violava o princípio da individualização da pena, prevista no art. 5º, XLVI, da Constituição Federal, e o sistema progressivo adotados por nosso ordenamento jurídico.

Art. 5º, XLVI, CF. a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outra, as seguintes:

- a) privação ou restrição da liberdade;
- b) perda de bens;
- c) multa;
- d) prestação social alternativa;
- e) suspensão ou interdição de direitos.

O princípio da individualização da pena garante que as penas dos infratores não sejam igualadas, mesmo que tenham praticado crimes idênticos. Isto porque, independente da prática de mesma conduta, cada indivíduo possui um histórico pessoal, devendo cada qual receber apenas a punição que lhe é devida.

Destarte, não se pode aplicar a pena ou sua forma de execução sem a devida intervenção judicial, analisando o juiz de forma individualizada o caso concreto. O juiz individualiza a pena ao aplicá-la de acordo com o artigo 59 do Código Penal.

Art. 59. O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime:

- I** – as penas aplicáveis dentre as cominadas;
- II** – a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos;
- III** – o regime inicial de cumprimento de pena privativa de liberdade;
- IV** – a substituição da pena privativa de liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível.

Também percebe-se uma violação ao princípio da humanidade da pena (art. 5º, III, XLVII e LXIX, da CF), que entende-se que o condenado deve ter direito à progressão de regime, uma vez que a pena cumprida em um único regime é considerada desumana, inviabilizando o tratamento penitenciário racional e progressivo, e o apenado fica sem esperança de obter a liberdade antes de encerrada a execução de sua pena.

Durante muito tempo o STF defendeu a constitucionalidade da Lei, pois defendia que a lei ordinária fixava parâmetros para o juiz aplicar no caso concreto a individualização da pena. Por outro lado, os doutrinadores que acreditavam que a lei n. 8.072/90 era inconstitucional, alegando que o legislador apenas deve fixar parâmetros ao juiz e não obstar a discricionariedade dele.

É mister mencionarmos que todo preso pode ser regenerado, haja vista o caráter da pena, que visa, sobretudo, a ressocialização do apenado.

Assim, em 23 de fevereiro de 2006, o STF julgou o HC 82.959-7/SP e decidiu, por maioria dos votos, pela inconstitucionalidade dos §§ 1º e 2º do artigo 2º da Lei n. 8.072/90, passando a permitir a progressão de regime para os crimes de natureza hedionda e equiparados.

Nesse contexto surgiu a Lei nº. 11.464/07 que foi editada em 29 de março de 2007 e alterou o artigo 2º da Lei n. 8.072/90 passando a prever expressamente a possibilidade de progressão de regime nos crimes hediondos e equiparados.

Agora, o cumprimento de pena se inicia, obrigatoriamente, no regime fechado, sendo admissível a transferência do condenado para um regime menos gravoso.

Além disso, na redação original da Lei nº. 8.072/90, no art. 2º, inciso II, a concessão da liberdade provisória era vedada, com ou sem fiança, e, após a edição da Lei 11.464/07, foi dada uma nova redação passando a conceder a liberdade provisória, sem fiança, aos crimes hediondos e seus equiparados.

O professor Renato Brasileiro, assim, sustenta:

[...] ao se permitir em tese a concessão de liberdade provisória sem fiança aos autores de crimes hediondos, de modo algum se está afirmando que todo e qualquer autor de crime hediondo e equiparado será colocado em liberdade. Na verdade, admite-se a análise da imprescindibilidade da manutenção da prisão cautelar do indivíduo, devendo o juiz apontar de maneira fundamentada a hipótese do art. 312 do CPP que justifica sua segregação, ou, caso contrário, que seja concedida ao preso a liberdade provisória sem fiança, cumulada, se for o caso, com as medidas cautelares diversas da prisão.

Esta nova Lei incluiu o § 4º em seu art. 2º da Lei 8.072/90, prevendo para os crimes hediondos e seus equiparados prisão temporária por até trinta dias, prorrogáveis por igual período.

Por serem mais graves os crimes hediondos, e para diferenciá-los dos crimes comuns com tratamento de maior rigor, foi estabelecido no § 2º, artigo 2º da Lei dos crimes hediondos, por meio da nova lei, um requisito temporal distinto.

Assim, em linhas gerais, por muitos anos o STF entendeu constitucional a vedação da liberdade provisória contida na Lei ora estudada e esse posicionamento foi mantido até o dia 23 de fevereiro de 2006 quando o STF declarou a inconstitucionalidade da lei e passou a permitir a progressão de regime, sendo, portanto, editada a Lei nº 11.464/07 que regulamentou de uma vez a progressão de regime nos crimes hediondos e assemelhados, determinando o regime de cumprimento de pena, inicialmente, fechado, mas, logo permitindo a progressão, em 2/5 ou 3/5 a depender da primariedade do agente; e até a entrada em vigor dessa lei, aplicava-se o disposto no art 112 da LEP, ou seja, cumprimento de 1/6 da pena para progredir de regime.

Neste sentido, encontra-se sustento na redação da Súmula Vinculante nº. 26 do STF que aduz que o magistrado deve observar a regra para efeito de progressão obedecendo ao tempo de cumprimento de pena de 2/5 e 3/5 para aqueles que cometeram crimes de natureza hedionda e seus equiparados após a vigência da Lei 11.464/07, e que antes era de 1/6 da pena. Ademais, caso o juiz exija o exame criminológico para progressão penal terá que fundamentar.

Súmula Vinculante nº. 26 STF. 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 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.

Nos termos do art. 112 da Lei de Execução Penal, observa-se alguns requisitos que, para obter a benesse da progressão nos crimes comuns, o condenado não só tem que cumprir um sexto da pena, mas também ter bom comportamento carcerário, sendo atestado pelo diretor do estabelecimento. Todavia, com a atual redação desse artigo, apenas indica que o condenado deve ostentar bom comportamento carcerário e a decisão deve ser precedida de manifestação do Ministério Público e do defensor.

Art. 112, § 1º, LEP. A pena privativa de liberdade será executada em forma progressiva com a transferência para regime menos rigoroso, a ser determinada pelo juiz, quando o preso tiver cumprido ao menos um sexto da pena no regime anterior e ostentar bom comportamento carcerário, comprovado pelo diretor do estabelecimento, respeitadas as normas que vedam a progressão.

§ 1.º A decisão será sempre motivada e precedida de manifestação do Ministério Público e do defensor.

Nada impede que os magistrados determinem a realização do exame criminológico, quando o entenderem necessário, consideradas as eventuais periculosidades do caso, desde que o façam, contudo, em decisão adequadamente motivada, assim menciona a Súmula 439 do STJ.

Observamos que a lei em comento (11.464/07) determinou que o regime de cumprimento de pena, ao menos inicialmente, fosse o fechado, mas logo permitiu a progressão, em 2/5 ou 3/5 a depender da primariedade do agente. Até a entrada em vigor dessa lei, aplica-se o art 112 da LEP com cumprimento de 1/6 da pena para progredir de regime, conforme dito em linhas anteriores.

O STF, novamente, aduz que tal dispositivo é inconstitucional, devendo o juiz decidir se é caso ou não de o apenado começar a cumprir a pena no regime fechado, necessariamente observando o que determina os arts 33 e 44 do CP.

Art. 33 - A pena de reclusão deve ser cumprida em regime fechado, semi-aberto ou aberto. A de detenção, em regime semi-aberto, ou aberto, salvo necessidade de transferência a regime fechado.

§ 1º - Considera-se:

- a)** regime fechado a execução da pena em estabelecimento de segurança máxima ou média;
- b)** regime semi-aberto a execução da pena em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar;
- c)** regime aberto a execução da pena em casa de albergado ou estabelecimento adequado.

§ 2º - As penas privativas de liberdade deverão ser executadas em forma progressiva, segundo o mérito do condenado, observados os seguintes critérios e ressalvadas as hipóteses de transferência a regime mais rigoroso:

a) o condenado a pena superior a 8 (oito) anos deverá começar a cumpri-la em regime fechado;

b) o condenado não reincidente, cuja pena seja superior a 4 (quatro) anos e não exceda a 8 (oito), poderá, desde o princípio, cumpri-la em regime semi-aberto;

c) o condenado não reincidente, cuja pena seja igual ou inferior a 4 (quatro) anos, poderá, desde o início, cumpri-la em regime aberto.

§ 3º - A determinação do regime inicial de cumprimento da pena far-se-á com observância dos critérios previstos no art. 59 deste Código.

§ 4º O condenado por crime contra a administração pública terá a progressão de regime do cumprimento da pena condicionada à reparação do dano que causou, ou à devolução do produto do ilícito praticado, com os acréscimos legais.

Regras do regime fechado

Art. 44. As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando:

I - aplicada pena privativa de liberdade não superior a quatro anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa ou, qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposo;

II - o réu não for reincidente em crime doloso;

III - a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente.

§ 1º (VETADO) (Incluído e vetado pela Lei nº 9.714, de 1998)

§ 2º Na condenação igual ou inferior a um ano, a substituição pode ser feita por multa ou por uma pena restritiva de direitos; se superior a um ano, a pena privativa de liberdade pode ser substituída por uma pena restritiva de direitos e multa ou por duas restritivas de direitos.

§ 3º Se o condenado for reincidente, o juiz poderá aplicar a substituição, desde que, em face de condenação anterior, a medida seja socialmente recomendável e a reincidência não se tenha operado em virtude da prática do mesmo crime.

§ 4º A pena restritiva de direitos converte-se em privativa de liberdade quando ocorrer o descumprimento injustificado da restrição imposta. No cálculo da pena privativa de liberdade a executar será deduzido o tempo cumprido da pena restritiva de direitos, respeitado o saldo mínimo de trinta dias de detenção ou reclusão.

§ 5º Sobrevindo condenação a pena privativa de liberdade, por outro crime, o juiz da execução penal decidirá sobre a conversão, podendo deixar de aplicá-la se for possível ao condenado cumprir a pena substitutiva anterior. Conversão das penas restritivas de direitos

Portanto, observamos que após a vigência da Lei 11.464/07, esta passou a exigir o cumprimento de 2/5 da pena para réu primário e, 3/5 para reincidente, configurando a norma mais grave em relação à anterior prevista no art. 112 da LEP.

Assim, fica evidente que os novos requisitos temporais restringem o direito fundamental de liberdade, embora parcial, e dificulta, também, o retorno do apenado ao convívio social. Trata-se de quantum mais severo à progressão de regime em face do art. 112 da Lei de Execução Penal.

Além do mais, há um julgamento do STJ pela Súmula nº. 471: “Os condenados por crimes hediondos ou assemelhados cometidos antes da vigência da Lei n. 11.464/07 sujeitam-se ao disposto no art. 112 da Lei de Execução Penal para a progressão de regime prisional”. Portanto, a presente Súmula veio firmar a orientação de que o requisito objetivo para progressão de regime para os condenados por crime hediondo e equiparado somente obedecerá o patamar de 2/5 para os primários e 3/5 para os reincidentes se o fato foi praticado depois da vigência da Lei 11.464/07, do contrário, a regra a ser aplicada continua sendo a genérica prevista na Lei de Execução Penal: que o réu tenha cumprido ao menos 1/6 da pena.

É oportuno pontuar que a progressão de regime dá a oportunidade do condenado de conquistar gradativamente a sua liberdade, sendo possível retornar o seu convívio social.

5. PROGRESSÃO DE REGIME EM FACE DA LEI DE TORTURA Nº. 9.455/97

Inicialmente temos que tortura, nada mais é, que a imposição de dor física ou psicológica apenas por prazer, crueldade, podendo ser entendida também como uma forma de intimidação, ou meio utilizado para obtenção de uma confissão ou alguma informação importante; é delito imprescritível, inafiançável, não sujeito a graça e anistia como dispõe o Artigo 5º inciso XLIII da Constituição Federal, contudo não é considerado crime hediondo pelo legislador constitucional, mas apenas ilícito se equiparado aos crimes hediondos.

A Lei 9.455/97, nesse sentido, também prevê no artigo 1º § 6º que o crime de tortura é inafiançável e insuscetível de graça ou anistia.

Ademais, o regime de cumprimento de pena pelo que reza o art. 1º em seu § 7º “o condenado por crime previsto nesta Lei, salvo a hipótese do art. 2º, iniciará o cumprimento da pena em regime fechado”.

Nada mal sob o ponto de vista de defesa da sociedade e do cidadão, contra esta modalidade criminoso e repugnante, considerandos-se que tendo os crimes de tortura pena mínima de dois anos de reclusão nas modalidades simples (art. 1º) e quatro e oito, nos tipos preterdelitosos (art. 1º, § 3º), caberá até cumprimento das penas em regime aberto e semi-aberto (Art. 33, § 2º, letra b e c, do Código Penal. (COIMBRA, 2002)

Há que se entender, nesse contexto, que a Lei de Tortura, da mesma forma, veda a concessão do indulto, permitindo, contudo, a progressão no cumprimento de pena, ao dispor o art. 1º § 7º que o condenado por crime previsto nesta Lei, salvo a hipótese do art. 2º, iniciará o cumprimento da pena em regime fechado. Repetindo o que já fizera a lei do crime organizado (Lei nº 9.034/95) previu o início do cumprimento da pena em regime fechado, restaurando a progressividade das penas, princípio de direito penal, violentado pelas duas leis que regulam os crimes hediondos, Lei nº 8.072/90 e Lei nº 8.930/94 que aletrou dispositivos de Lei dos Crimes Hediondos, porém manteve a visão da não progressividade de regime do cumprimento da pena.

Assim observamos que para o crime de tortura existe a possibilidade de progressão de regime, visto que o texto legal indica o início do cumprimento da pena em regime fechado, admitindo, portanto, a progressividade depois de cumpridos os requisitos legais para tal concessão.

O mesmo ocorre com outros crimes equiparados a hediondos. A exemplo, a lei de drogas – Lei nº 11.343/06, que vedava expressamente a substituição de pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, bem como a concessão de liberdade provisória para o traficante o foi abrandada pelo STF, deixando ao livre arbítrio do magistrado a concessão de possíveis benesses.

Diante do exposto, o Senado Federal editou a Resolução 5/2012, suprimindo do texto legal a parte que impunha a proibição. O efeito prático é que traficantes de pequeno porte, por exemplo, podem ter a pena privativa de liberdade substituída por prestação pecuniária, perda de bens e valores, prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas, interdição temporária de direitos e limitação de fim de semana.

Nesse prisma, convém destacar o HC 111840 STF que declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do parágrafo 1º do artigo 2º da Lei nº 8.072/90, tendo em vista a ofensa à garantia constitucional da individualização da pena (inc. XLVI do art. 5º da CF/88) com fundamentação teórica baseada no art. 33, § 3º do nosso Código Penal, cumulado com o art. 59, também do mesmo Código, in verbis:

Art. 33 - A pena de reclusão deve ser cumprida em regime fechado, semi-aberto ou aberto. A de detenção, em regime semi-aberto, ou aberto, salvo necessidade de transferência a regime fechado.

§ 3º - A determinação do regime inicial de cumprimento da pena far-se-á com observância dos critérios previstos no art. 59 deste Código.

Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime:

I - as penas aplicáveis dentre as cominadas;

II - a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos;

III - o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade;

IV - a substituição da pena privativa da liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível.

Critérios especiais da pena de multa

Assim concluímos que o mesmo legislador que criou, no passado, uma lei de extremo rigor, como forma de inibir a prática de crimes extremamente graves, é o que agora abrandava esse rigor e o STF também caminha neste sentido. Com isso, em breve, possivelmente tal lei perderá sentido e eficácia, tornando-se mais uma lei inócua, acabando com qualquer distinção entre um crime de média e um crime de extrema gravidade, tendo em vista a possibilidade de fixação, em alguns casos, de regime semi-aberto para início de cumprimento de pena privativa de liberdade.

Desta forma, como a tortura estava prevista no mesmo dispositivo, art.5 XLIII, da CF, significava dizer possuía a mesma gravidade dos outros delitos, e assim, feriria o princípio da proporcionalidade, pois conferia tratamento diferenciado e resposta penal de diversa severidade para delitos que produzem o mesmo dano e repulsa social. A partir daí a progressão de regime foi possível para os outros delitos.

Portanto, foi editada a Súmula 698 do STF que nos diz que “não se estende aos demais crimes hediondos a admissibilidade de progressão no regime de execução da pena aplicada ao crime de tortura” para evitar novos pedidos no mesmo sentido e orientar a jurisprudência no mesmo caminho de interpretação, visto que, na época, admitia a progressão de regime de cumprimento de pena, ficando todos os demais crimes hediondos e equiparados sem essa possibilidade.

Nada disso hoje faz sentido, pois não mais existem, no Brasil, infrações penais passíveis de cumprimento de pena sem o sistema de progressão de regime de cumprimento de pena privativa de liberdade, incluindo todos os hediondos e os equiparados, alterando apenas o patamar de tempo de pena cumprido para a progressão: 2/5 para réus primários e 3/5 da pena cumprida para réus reincidentes em crimes hediondos e equiparados, conforme dito em linhas anteriores.

CONCLUSÃO

Num primeiro momento fizemos breve relato de toda a evolução histórica das penas com a finalidade principal de tratar da progressão de regime de pena na Lei dos Crimes Hediondos – Lei nº. 8.072/90 -, em que buscamos, sobretudo, enfatizar os fatores que levaram a sua elaboração, o tratamento dispensado pela Constituição Federal de 1988 com relação aos crimes hediondos, a insuscetibilidade de anistia, graça, indulto e liberdade provisória a estes crimes rotulados de hediondos e a previsão expressa da vedação à progressão do regime das penas.

Por conseguinte, vimos que após a edição da Lei em comento surgiram dúvidas a respeito da sua constitucionalidade, pois com a proibição da progressão de regime para os crimes hediondos e outros a eles equiparados, estaria ferindo alguns Princípios da nossa Constituição Federal/88, tais como: Princípio da Individualização da Pena (artigo 5º, XLVI, CF), da Humanização (artigo 5º, III, CF) e da Dignidade da Pessoa Humana (artigo 1º, III, CF), os quais foram aqui estudados.

Observamos, portanto, no decorrer do presente estudo, que é presente a inconstitucionalidade, na medida em que veda inicialmente, à progressão de regime, violando, assim, os princípios anteriormente mencionados, mas, em decisão relativamente recente, o STF deu efeito *erga omnes*, embora em sede de HC e a lei 11.464/07 já decidiu o tema de maneira definitiva.

Assim, mediante julgado do STF, foi editada a referida Lei nº 11.464/07 que alterou a Lei de Crimes Hediondos, permitindo a progressão de regime nos crimes de natureza hedionda, ou seja, com a nova realidade trazida pela Lei em comento não se pode permitir uma interpretação distanciada da nossa base Constitucional.

Registre-se, portanto, que para os crimes hediondos verificados antes da vigência desta Lei, o regime deve ser o inicialmente fechado, possibilitando a progressão pelo advento de 1/6 e demais requisitos previstos na LEP, enquanto que a exigência do estágio peremptório metade da pena para os primários e dois terços para os reincidentes, só será tolerável se o fato criminoso tiver ocorrido a partir da entrada em vigor do novo texto legal; com isso, evita-se o desacerto das interpretações que conspiram contra as garantias individuais e/ou fundamentais presentes na nossa Carta Magna.

Nesse sentido, constatamos ter havido grande avanço e hoje a progressão de regime dá a oportunidade do condenado de conquistar gradativamente a sua liberdade, sendo possível

retornar o seu convívio social e, assim, ter esperança de algo melhor em seu futuro, o que nos leva a crer que com a Lei nº 11.464/07, o legislador finalmente acertou, em decidir pela inconstitucionalidade da vedação quanto à progressão ora estudada.

E, no que tange a progressão de regime na Lei de Crime de Tortura, ressaltamos que após o legislador prever tal progressão, sendo este um crime equiparado hediondo, a progressão passou a ser admissível a todos os outros delitos previstos no art. 1º da Lei de Crimes Hediondos, Lei nº. 8.072/90, conforme estudamos no decorrer do presente trabalho.

Em verdade, a Lei 9.455/97, Lei de Tortura, veio corrigir uma falha do legislador ao editar a Lei nº 8.072/90, Lei dos Crimes Hediondos, se ajustando ao texto constitucional que não incluiu entre as vedações a proibição do sistema progressivo para o cumprimento de pena privativa de liberdade, assim como a concessão do indulto; pois não seria lógico conceder tratamento mais benéfico aos condenados pela prática de tortura em face dos condenados por tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, por exemplo, uma vez que o crime de tortura é mais grave, tanto que a CF/88 pela ordem o descreve primeiro, e, no inciso III do mesmo art. 5º trata novamente desse delito quando diz que “ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante”.

Outrossim, no que tange ao sistema progressivo de regime de cumprimento de pena, este jamais poderia ter sido suprimido, pelo contrário, deveria ter sido observado, independente da natureza ou classificação do crime, desde que presentes os pressupostos subjetivos, pois além de atender as garantias constitucionais do preso, está de certa forma protegendo a sociedade que um dia o terá de volta.

Concluimos, portanto, que não se amenizará ou muito menos se resolverá o aumento da criminalidade mitigando direitos constitucionais por meio de leis severas, posto que a pena não deva ser adotada como um castigo, mas como prevenção especial para que o delinquente não volte a praticar novos delitos e, principalmente, para recuperar o infrator.

REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, Marcelo Mazella de. A progressão de Regime nos Crimes Hediondos. **Conteúdo Jurídico**, Brasília-DF, 2012. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.37348&seo=1>>. Acesso em: 13 set. 2015.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral**. 20. ed. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2014.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil, 05 de outubro de 1988. Senado, Brasília, DF, 1988.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal: parte geral**. 18. ed. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2014.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal: legislação penal especial**. 2. ed. v. 4. São Paulo: Saraiva, 2007.

COIMBRA, Mário. Tratamento do Injusto Penal da Tortura. São Paulo: RT, 2002

CÔRREA JUNIOR, Alceu; SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Teoria da pena: finalidades, direito positivo, jurisprudência e outros estudos de ciência criminal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GIACOMOLLI, Nereu. **A irretroatividade da Lei nº 11.464/07: requisitos temporais à progressão de regime nos “crimes hediondos”**. 2007. Disponível em:

<<http://www.giacomolli.com/artigoDetalhe.asp?AID=4>>. Acesso em nov de 2015

JUNIOR, Eurides dos Santos. A progressão de regime nos crimes hediondos. Disponível em:

<http://tcconline.utp.br/wp-content/uploads//2013/05/ A progressão de regime nos Crimes Hediondos.pdf>. Acesso em 10 de Janeiro de 2016

LIMA, Renato Brasileiro de. **Legislação criminal especial comentada**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2014.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de direito penal: parte geral**. 30. ed. v. 1. São Paulo: Atlas S.A., 2014.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis penais e processuais penais comentadas**. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

PACHECO, Eliana Descovi. **Evolução histórica do direito penal**. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, X, n.39, mar. 2007. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=artigos_leitura_pdf&artigo_id=3751>. Acesso em set de 2015.

Adelly Karla Góes Bezerra; Celia Cristina Muraro; **A aplicação das penas restritivas de direitos**. Rio Grande, 2013. Disponível em:

<http://ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=14607>. Acesso em: nov de 2015

KÄFER, Josi Käfer. **Teoria absoluta ou retributiva da pena**. 2010. Disponível em:

<<http://www.viajus.com.br/viajus.php?pagina=artigos&id=3402>>. Acesso em nov 201

