

**XXIV CONGRESSO NACIONAL DO
CONPEDI - UFMG/FUMEC/DOM
HELDER CÂMARA**

PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO

LUCIANO SANTOS LOPES

MATEUS EDUARDO SIQUEIRA NUNES BERTONCINI

NESTOR EDUARDO ARARUNA SANTIAGO

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – Conpedi

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes - IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Conselho Fiscal

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG /PUC PR

Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches - UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS (suplente)

Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

Representante Discente - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

Secretarias

Diretor de Informática - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC

Diretor de Relações com a Graduação - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU

Diretor de Relações Internacionais - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC

Diretora de Apoio Institucional - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC

Diretor de Educação Jurídica - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM

Diretoras de Eventos - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA

Diretor de Apoio Interinstitucional - Prof. Dr. Vladimir Oliveira da Silveira – UNINOVE

P963

Processo penal e constituição [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFMG/
FUMEC/Dom Helder Câmara;

coordenadores: Luciano Santos Lopes, Mateus Eduardo Siqueira Nunes Bertoncini, Nestor
Eduardo Araruna Santiago – Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-127-2

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: DIREITO E POLÍTICA: da vulnerabilidade à sustentabilidade

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Processo penal. 3.
Constituição. I. Congresso Nacional do CONPEDI - UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara (25.
: 2015 : Belo Horizonte, MG).

CDU: 34



XXIV CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI - UFMG/FUMEC /DOM HELDER CÂMARA

PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO

Apresentação

Neste CONPEDI de Belo Horizonte houve uma diferente estratégia de discussão, tomando-se como parâmetro os encontros passados. Houve uma cisão entre os Grupos de Trabalho (GTs) de Direito Penal e de Direito Processual Penal, em razão da grande quantidade de trabalhos apresentados.

Assim, o presente Grupo de Trabalho tratou de enfrentar apenas as questões atinentes ao Processo Penal, sempre à luz da referência constitucional.

Foram 25 artigos aprovados inicialmente. Contudo, apenas 21 deles foram efetivamente apresentados em 13 de novembro de 2015. São apenas estes que compõem, portanto, o presente livro.

Coordenaram os trabalhos o Prof. Dr. Nestor Eduardo Araruna Santiago (Universidade de Fortaleza - UNIFOR); o Prof. Dr. Mateus Eduardo Siqueira Nunes Bertoni (Centro Universitário Curitiba - UNICURITIBA); e o Prof. Dr. Luciano Santos Lopes (Faculdade de Direito Milton Campos - FDMC).

A dinâmica operacional consistiu em agrupar temas afins, em uma sequência de apresentações que permitisse uma mais operante interlocução de ideias. E o resultado foi muito interessante, frise-se.

A sustentação oral dos trabalhos apresentados, então, seguiu a seguinte ordem: teoria geral do processo; sistemas processuais; princípios e regras no processo penal; aplicação de princípios constitucionais ao processo penal; a questão da justiça militar; investigação criminal e produção de provas no processo penal; questões ligadas à aplicação de pena e à execução penal; questões ligadas à ritualística do processo e de seus vários modelos procedimentais especiais.

A tônica das apresentações, e das discussões que dali surgiram, foi a da necessária constitucionalização do processo penal. E isto ocorreu sob os mais variados aspectos teóricos. Certo é que, entre convergências e divergências, esta constante preocupação existiu à unanimidade, pode-se afirmar.

Percebeu-se uma preocupação ímpar com a localização do argumento constitucional na legitimação do processo penal, sempre tomando como referência o Estado Democrático de Direito. E, pensa-se, não poderia ser diferente.

Uma primeira preocupação que surgiu nos debates foi a da definição da finalidade do processo penal. Discutiu-se muito acerca da adoção, ou afastamento, da teoria instrumentalista. Foi colocada ao debate, em contraponto à tradicional teoria antes anunciada, a concepção do processo como garantia. Por evidente, tal discussão não tinha como finalidade a adoção definitiva, para o Grupo de Trabalho, de uma destas teorias. O espaço de debate serviu apenas para a reflexão de que modelos contrapostos podem (e devem) ser apresentados ao operador do Direito. Isto, porque as definições de estratégias argumentativas serão inócuas enquanto não se entender, primeiramente, qual a finalidade do processo.

Discutiu-se muito, também, o papel dos atores processuais (Magistrado, Ministério Público, Advogados, Acusados, Vítimas, etc.). Trata-se de outra premissa relevante ao extremo, necessária para situar cada um destes operadores jurídicos no espaço processual. Tal questão também faz parte, portanto, da construção do argumento legitimador da intervenção punitiva.

Uma interessante constatação: a temática da principiologia foi recorrente em cada uma das abordagens realizadas. Isto revela, pensa-se, a preocupação que o Grupo de Trabalho teve com a perfeita colocação da Teoria Geral do Direito no debate, com um certo papel de protagonismo (junto com a Hermenêutica Constitucional).

A partir destas definições gerais, e fundamentais, pôde-se ingressar nas discussões sobre provas e sistemas de investigação. São temas de alta importância na construção do modelo constitucional de processo penal. Outra curiosa constatação foi a de que a Justiça Militar, normalmente muito esquecida nos debates acadêmicos, veio para o centro das discussões em algumas oportunidades neste GT.

Certo é que a premissa constitucional deve ser capaz de fundamentar o exercício do papel punitivo estatal, sem deixar de considerar o igual protagonismo da tutela das liberdades individuais. Este equilíbrio se faz necessário (pode-se afirmar, mais: é fundamental) e é fruto de um compromisso axiológico decorrente exatamente dos valores impressos no texto constitucional.

Deve, pois, haver um afastamento do operador do Direito, em relação a uma cultura ideológica (e midiática) preconcebida, devendo (o processo penal) funcionar como autêntica

garantia do exercício de cidadania. O processo penal, neste sentido, deve ser inclusivo e solicitar a participação de todas as partes envolvidas, para construírem um provimento jurisdicional compartilhado e mais próximo da solução duradoura de conflitos.

Em resumo, estas foram as principais questões (e impressões) que do GT de Processo Penal e Constituição surgiram.

Belo Horizonte, novembro de 2015.

Prof. Dr. Nestor Eduardo Araruna Santiago (Universidade de Fortaleza - UNIFOR);

Prof. Dr. Mateus Eduardo Siqueira Nunes Bertocini (Centro Universitário Curitiba - UNICURITIBA);

Prof. Dr. Luciano Santos Lopes (Faculdade de Direito Milton Campos - FDMC).

**CRIMES HEDIONDOS: ASPECTOS MATERIAIS, PROCESSUAIS E
ATUALIDADES DA LEI Nº 8.072/90**

**HIDEOUS CRIME: CURRENT ISSUES, MATERIAL AND PROCEDURAL
ASPECTS OF LAW NO 8.072/90**

**Francisco Carlos Duarte
Alcides Goelzer de Araújo Vargas e Pinto**

Resumo

O artigo analisa a lei dos crimes hediondos e suas recentes alterações, verificando, então, seus aspectos materiais e processuais. Para tal fim, foi necessária a utilização da metodologia teórico-descritiva, buscando a compreensão, do ponto de vista jurídico, das normas que regulam os crimes considerados de maior repúdio pelo legislador, e ainda de pesquisa bibliográfica correspondente ao tema, bem como do método indutivo, pois há alterações legislativas que ocorreram em 2014 e 2015 e que, portanto, não possuem entendimento previamente fixado, de essencial importância para preencher as lacunas daquilo não debatido pela sociedade. Assim, será necessário examinar algumas noções históricas fundamentais sobre a inspiração ideológica que acarretou a promulgação da lei dos crimes hediondos. Em seguida, se discorrerá sobre as balizas constitucionais que devem ser obedecidos pelo legislador a respeito desta matéria, verificando, assim, que o rol dos crimes hediondos é mutável, pois depende de uma política criminal. Posteriormente será analisada todos os crimes considerados hediondos e, portanto, com previsão legal, para então se compreender as consequências legais e processuais de seu enquadramento. Finalmente compreender-se-á o instrumento da liberdade provisória nos casos de verificação de um crime hediondo, para então analisarmos o entendimento doutrinário e jurisprudencial a este respeito.

Palavras-chave: Crimes hediondos, Políticas públicas, Direitos fundamentais

Abstract/Resumen/Résumé

The article analyses the law of heinous crimes and there recent innovations, checking also the material and procedural aspects. It was used a theoretical and descriptive methodology, seeking understanding, from a legal perspective, the regulation of this crimes that are considered with strong rejection by the legislature, moreover was used relevant literature of the topic, and an inductive method, because it there are legislative innovations that occurred in 2014 and 2015 and there aren't previously established understanding, essential to fill in the gaps of what not debated by society. Under this perspective it is of extreme need that we examine some fundamental points on the history and the ideological inspiration that led to the enactment of the heinous crimes law. The paper also puts in discussion the constitutional analysis that must be verified by the legislature and understand that the list of heinous crimes can change because it depends on a criminal policies. Further on it will be analyzed all

heinous crimes and therefore understand the legal and procedural consequences. Last, but not least, will be explained that provisional release in heinous crimes is different than in other crimes and then we will analyze the doctrinal and jurisprudential about this kind of crime.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Heinous crimes, Public policies, Fundamental rights

INTRODUÇÃO

A Lei dos Crimes Hediondos (Lei nº 8.072/1990), editada em complemento ao preceito constitucional disposto no artigo 5º, inciso XLIII da Constituição Federal/1998, pretendeu adequar ao referido dispositivo e, ainda, atender aos imperativos da ordem jurídico-social.

São 2 (dois) os objetivos da lei dos crimes hediondos: (i) conter o aumento da prática de crimes violentos que assolam a sociedade, atendendo aos reclames da população que se encontra amedrontada; e (ii) combater o crime organizado. Destes dois parâmetros, derivam vertentes secundárias, como a aplicação de penas mais severas aos crimes hediondos e equiparados e o enquadramento, na maioria das hipóteses, de condutas praticadas mediante violência e grave ameaça à pessoa.

Esta Lei representa grande modificação no modo com que o Estado passou a observar e tratar de crimes considerados pela sociedade como de maior gravidade, de forma que se tem um crime hediondo toda vez que a conduta criminosa estiver forrada de excepcional gravidade, seja na execução, quando o agente revela total desprezo pela vítima, insensível ao sofrimento físico ou moral a que a submete, seja em relação à natureza do bem jurídico ofendido.

Os crimes hediondos compreendem um elenco de crimes comuns a que se acrescentam alguns especiais. São crimes comuns: o homicídio praticado em atividade típica de grupo de extermínio, ainda que cometido por um só agente, o homicídio qualificado e o feminicídio, que foi incluído em 2015; o latrocínio; a extorsão qualificada pela morte; a extorsão mediante sequestro e na forma qualificada; o estupro; estupro de vulnerável; a epidemia com resultado morte; a falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produtos destinados a fins terapêuticos ou medicinais e, incluído em 2014, o favorecimento da prostituição ou de outra forma de exploração sexual de criança ou adolescente ou de vulnerável. Vale mencionar, ainda, que como crime especial temos o genocídio (Lei nº 2.889/56).

Não são enquadrados como hediondos, mas são consideradas condutas equiparadas, os crimes de: tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo.

A referida lei dos delitos hediondos tem reflexos também na esfera processual e na execução das penas. Exemplo disso é a vedação de anistia, graça e indulto e a progressão diferenciada.

Vale mencionar que essa lei não está inerte, pois o rol dos crimes considerados como hediondos passa por constantes mudanças, reflexo das condutas que a sociedade julga de maior repúdio. Evidencia disso é a inclusão, em 2014 e em 2015, de dois novos crimes que são merecedores, segundo o legislador, de um procedimento prisional diferenciado, conforme se verificará.

Assim, a adoção de um direito penal máximo no tocante à Lei dos crimes hediondos, acaba se justificando pela gravidade em abstrato das condutas elencadas em seus artigos 1º e 2º. Tais delitos afligem a população, causando sensação de insegurança e medo, razão pela qual se entende adequada a adoção de medidas mais severas a tais condutas criminosas.

1 INSPIRAÇÃO IDEOLÓGICA

O duelo aos crimes hediondos teve início com a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, XLIII, que considera “inafiançável e insuscetível de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos”.

Diante do aumento da violência, a sociedade pressionava o Estado para que este tomasse medidas contra os contínuos casos de extorsão mediante sequestro que assolava o país naquele momento histórico. Em consideração ao clamor da sociedade, o legislador criou a Lei 8.072/90 (Lei de Crimes Hediondos).¹

Severas críticas envolvem tal diploma legal, a exemplo, o doutrinador Tourinho Filho sustenta que: “uma leitura de todo aquele diploma legal mostra, à evidência, que os responsáveis pela sua elaboração estavam despreparados”.²

Alguns anos após a promulgação da Lei dos Crimes Hediondos, um crime causou escândalo em todo território nacional, trata-se do assassinato brutal da atriz Daniela Perez, assim, outra vez, atendendo ao clamor público e atuando sob pressão da sociedade e dos acontecimentos, foi alterado o artigo 1º da Lei 8.072 (por meio da Lei 8.930/94), aumentado o rol de crimes hediondos o “homicídio, quando praticado em atividade típica de grupo de extermínio, ainda que cometido por um só agente, e homicídio qualificado”.

¹GONÇALVES, Kálita Rita. Falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produtos terapêuticos ou medicinais, crimes hediondos e princípios do direito penal. Disponível em: <<http://pontosjuridicos.blogspot.com.br/2011/08/falsificacao-corrupcao-adulteracao-ou.html>> acesso em 30 de mai. de 2015.

² TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Processo penal, vol. 3. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 456-457.

Em seguida, outro escândalo ocorria no cenário nacional, o da falsificação de medicamentos, “nesse ano o governo descobriu 138 medicamentos falsos nas prateleiras das farmácias”³, com ênfase no famoso caso da “pílula de farinha”, que novamente abalou a sociedade, assim, a nova Lei 9.695/98 alterou a Lei 8.072/90, inserindo na lista de crimes hediondos a “falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais”.⁴

O acréscimo no rol taxativo dos crimes hediondos não está inerte, pois o legislador analisa o anseio social e busca tipificar as condutas repudiadas. Prova disso é a inserção, em 2014 e 2015, nos incisos do art. 1º da referida lei, do feminicídio e do favorecimento da prostituição ou outra forma de exploração sexual de menores de idade, buscando atualizar a lei para os crimes ditos modernos.

Desta forma, a Lei nº 8.072/1990 surgiu com o intuito de diminuir a prática de crimes de maior gravidade, como forma de atender aos clamores sociais e a opinião pública, que, conforme assevera Antônio Lopes Monteiro, “continua ainda com a falsa impressão de que a quantidade da pena e a prisão funcionam como sinônimos de rigor, eficiência, segurança e tranquilidade”⁵, dando a impressão de satisfação da sociedade diante da resposta do Estado, muitas vezes imediatista e eficaz apenas no tocante ao combate da ansiedade da população.

Considerando o cenário que lhe deu origem, pode-se afirmar que a Lei dos Crimes Hediondos é exemplo de direito penal de emergência, pois limita direitos e garantias penais como forma de controlar a alta criminalidade.

2 BALIZAS CONSTITUCIONAIS

Os crimes hediondos e assemelhados têm fundamento constitucional no artigo 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal. Dispõe o referido dispositivo:

a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos

³GONÇALVES, Kálita Rita. Falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produtos terapêuticos ou medicinais, crimes hediondos e princípios do direito penal. Disponível em: <<http://pontosjuridicos.blogspot.com.br/2011/08/falsificacao-corrupcao-adulteracao-ou.html>> acesso em 30 de mai. de 2015.

⁴GONÇALVES, Kálita Rita. Falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produtos terapêuticos ou medicinais, crimes hediondos e princípios do direito penal. Disponível em: <<http://pontosjuridicos.blogspot.com.br/2011/08/falsificacao-corrupcao-adulteracao-ou.html>> acesso em 30 de mai. de 2015.

⁵MONTEIRO, Antônio Lopes. Crimes hediondos, 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p.71.

como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem;

Ao dispor sobre os crimes hediondos e equiparados na Constituição Federal de 1988, o legislador originário determinou que tais crimes tivessem um tratamento mais rigoroso que os demais. Vale mencionar que a Carta Magna ainda se refere aos delitos de tráfico de drogas, terrorismo e tortura como crimes equiparados aos hediondos, devendo receber o mesmo rigoroso tratamento.

A Constituição Federal de 1988 não cria crime nem comina pena e isso decorre do seu critério de alteração (critério hiper-rígido), incompatível com o Direito Penal. O artigo 5º, inciso XLIII, da Constituição, implica em mandado constitucional de criminalização. Assim, apesar de a Constituição não poder criar crime ou cominar pena, pode, no entanto, fixar alguns patamares, abaixo dos quais a intervenção penal não se pode reduzir. Portanto, dos mandados constitucionais de criminalização decorrem a diminuição da liberdade de conformação do legislador e de interpretação do julgador, evitando normas ou interpretações que ensejam insuficiente proteção estatal.⁶

Ensina Rogério Sanches Cunha:

Limitando benefícios aos seus agentes, o texto constitucional não trouxe quais as infrações penais consideradas hediondas, preferindo tão somente mencionar as figuras a elas equiparadas (...). Trata-se, pois, de norma de eficácia limitada, outorgando ao legislador infraconstitucional a tarefa de elencar os delitos a serem revestidos de maior repulsa.⁷

O texto constitucional tem seu eixo fundamental na explicitação de uma tipologia delitiva na qual se exclui a garantia processual da fiança e se proíbe determinadas causas extintivas da punibilidade (anistia e graça).⁸

A regra constitucional prevê ainda que pelos delitos enunciados deverão responder os mandantes, executores e os que, podendo evita-los, se omitirem. No que se refere aos mandantes e aos executores, a redação adotada se traduz num reforço da dogmática penal adotada. Qualquer que seja o comprometimento assumido por alguém em relação a

⁶ TASSE Adel El e outros. Legislação Criminal Especial. 2ª ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 495.

⁷ TASSE Adel El e outros. Legislação Criminal Especial. 2ª ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 495.

⁸ FRANCO, Alberto Silva. Crimes Hediondos. Notas sobre a Lei 8.072/90; 3ª ed., revista e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994. p. 30.

determinado fato criminoso, tenha esse alguém atuado como autor, coautor ou partícipe, responderá penalmente pela conduta colocada em prática.⁹

No tocante à omissão, preleciona Alberto Silva Franco que “o legislador constituinte definiu como omissão penalmente relevante aquela na qual o emitente podia evitar que o resultado típico adviesse”¹⁰, entretanto o mesmo autor expõe que a qualificação de omissões é problemática, pois não basta que o emitente possa evitar que advenha o resultado criminoso, pois desta forma qualquer rumo poderia ser acusado de não haver feito algo para evitar certo resultado. É o exemplo do pai que não educa de forma adequada o seu filho, entretanto um crime do filho não deve caracterizar o pai como sendo homicida.

Em todas as situações previstas, poderia o emitente ter feito algo para evitar o resultado delituoso, mas para sua omissão ser criminosa é imprescindível um “algo mais”. Trata-se do “poder fazer algo” que não foi feito e acarretou no crime.

A omissão penal tem relevância quando o emitente podia e devia agir para impedir o resultado ou de uma situação de ingerência, em obstar o advento do resultado típico. Portanto, apenas na hipóteses fáticas em que cabia, ao omitente, com base nas fontes geradoras de um especial dever de agir, o papel de garante do bem jurídico, é que se pode vislumbrar, no seu procedimento, uma omissão criminosa.¹¹

3 CRITÉRIOS PARA SELEÇÃO DE TIPOS

O rol dos hediondos é mutável, pois, como já exposto, depende de uma política criminal. Os assemelhados, por sua vez, encontram-se previstos na Constituição Federal, logo, não podem ser suprimidos.

Imprescindível, num primeiro momento, definir o que se entende por crime hediondo e quais os critérios utilizados para se etiquetar determinado comportamento a esta categoria de delitos. Assim, necessário mencionar que existem três formas de conceituação dos crimes hediondos: sistema legal, sistema judicial e sistema misto.

De acordo com o sistema legal, compete ao legislador em rol taxativo, enumerar quais os delitos considerados hediondos. Este é o sistema adotado pelo Brasil, haja vista que o artigo 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal diz que

⁹FRANCO, Alberto Silva. Crimes Hediondos. Notas sobre a Lei 8.072/90; 3ª ed., revista e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994. p. 30-31.

¹⁰FRANCO, Alberto Silva. Crimes Hediondos. Notas sobre a Lei 8.072/90; 3ª ed., revista e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994. p. 30.

¹¹FRANCO, Alberto Silva. Crimes Hediondos. Notas sobre a Lei 8.072/90; 3ª ed., revista e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994. p. 30.

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

Neste sentido e acerca do sistema legal leciona Fernando Capez que apenas a lei é que pode indicar, através de rol taxativo, os crimes que serão considerados hediondos, não permitindo que os julgadores deixem de considerar como hediondo um crime assim caracterizado pela lei específica, do mesmo modo que não pode enumerar novos delitos e considera-los como hediondo.¹²

O problema do sistema legal é que trabalha com a gravidade em abstrato do crime, não observando as peculiaridades do caso concreto, podendo ser, inclusive, injusto em determinados casos.

Outro sistema existente é o judicial, nele é o juiz, na apreciação do caso concreto, que decide se é infração é hedionda ou não, havendo, portanto, discricionariedade plena por parte dos juízes.¹³

Ocorre que esse sistema não gera segurança jurídica, ferindo a taxatividade ou mandado de certeza. Não é possível saber antecipadamente qual crime é hediondo, dando brecha a decisões abusivas.

O terceiro e último sistema é o chamado sistema misto, de acordo com o qual, num primeiro momento o legislador apresenta um rol exemplificativo de crimes hediondos, permitindo ao juiz, na análise do caso concreto, encontrar outros fatos assemelhados. Este sistema trabalha com a interpretação analógica. Nas palavras de Capez: “o sistema misto contém proposta intermediária. Na lei haveria um rol exemplificativo, podendo o juiz reconhecer em outras hipóteses a hediondez de crime não constante da relação.”¹⁴

Neste sistema, a exemplo do judicial, não garante a necessária segurança ao cidadão, partindo de exemplos dados pelo legislador, podendo o magistrado encontrar outros casos semelhantes, ignorando, portanto, a taxatividade.

Diante das críticas que recaem sobre cada um dos sistemas vistos, sugere-se um quarto sistema, mais justo e seguro, no qual o legislador, num primeiro momento, enuncia

¹² CAPEZ, Fernando. Curso de Direito Penal: legislação penal especial, volume 4. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 171-172.

¹³ CAPEZ, Fernando. Curso de Direito Penal: legislação penal especial, volume 4. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 171-172.

¹⁴ CAPEZ, Fernando. Curso de Direito Penal: legislação penal especial, volume 4. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 171-172.

num amplo rol taxativo os crimes hediondos, cabendo ao juiz apenas confirmar, na análise do caso concreto, a hediondez do fato praticado.¹⁵

4 ASPECTOS COMUNS

4.1 PREVISÃO LEGAL (LEI 8.072/1990)

A Lei 8.072/90, em seu artigo 1º, em rol taxativo, enumerou os fatos típicos considerados hediondos. A partir da vigência desta Lei, bem como daquelas que se destinaram a complementá-la, críticas foram dirigidas às falhas do legislador, principalmente pelo fato de realizar diversas modificações após a ocorrência de “crimes midiáticos”.¹⁶

Ocorre que a lei não está inerte as modificações da sociedade, e o legislador, reconhecendo o erro e a necessidade de complementação legislativa, modifica o rol dos crimes hediondos para “ajustas a verdadeira realidade nacional”.¹⁷

Desta forma, necessário a compreensão e estudo de cada crime elencado como sendo hediondo, nos termos do artigo 1º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990.

4.1.1 Homicídio praticado em atividade típica de grupo de extermínio

Dos crimes contra a pessoa, destacam-se os que eliminam a vida humana, considerada o bem jurídico mais importante do ordenamento jurídico.

O homicídio simples praticado em atividade típica de grupo de extermínio, ainda que por um único agente, é crime hediondo, denominado pela doutrina de homicídio condicionado, pois depende da verificação de uma condição para que seja assim considerado.¹⁸

Para Rogério Sanches Cunha:

O dispositivo é alvo de críticas, especialmente em razão de da carência de precisão de seu texto, que não define o número mínimo de agentes que devem integrar o

¹⁵ TASSE Adel El e outros. Legislação Criminal Especial. 2ª ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 495.

¹⁶ TASSE Adel El e outros. Legislação Criminal Especial. 2ª ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 495.

¹⁷ KUEHNE Maurício. Leis Penais Especiais (Crimes Hediondos) – Anotações Sumárias. JM Editora. Curitiba, 1997. p. 10.

¹⁸ TASSE Adel El e outros. Legislação Criminal Especial. 2ª ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 496.

grupo, bem como deixa de conceituar o que se deve entender por atividade típica de grupo de extermínio.¹⁹

Fernando Capez entender que o grupo pode ser composto por no mínimo duas pessoas como ocorre na associação criminosa para o tráfico de drogas.²⁰

A circunstância “praticado em atividade típica de grupo de extermínio” não será, no Tribunal do Júri, apreciada pelos jurados. O fato de o homicídio ter sido praticado em atividade típica de grupo de extermínio não constitui elementar, majorante ou qualificadora do crime. Essa circunstância pode interferir na fixação da pena base, e quem decide pena base é o juiz e não os jurados.

4.1.2 Homicídio qualificado

O artigo 121, §2º, do Código Penal, descreve certas qualificadoras, umas ligadas aos motivos determinantes do crime (incisos I, II e V – circunstâncias subjetivas), e outras com o modo maligno que acompanham o ato em sua execução (incisos III e IV – circunstâncias objetivas).

O homicídio qualificado foi incluído como crime hediondo com a Lei nº 8.930/1994.

É possível que um crime de homicídio seja, ao mesmo tempo, considerado privilegiado e qualificado. As privilegiadoras são de caráter subjetivo e estão previstas no §1º do artigo 121 do Código Penal (quando o agente pratica o crime impelido por motivo de grande valor social ou moral, ou sob domínio de violenta emoção, logo em seguida injusta provocação da vítima). Deste modo, é possível a conjugação de uma privilegiadora (sempre de caráter subjetivo), com uma qualificadora de caráter objetivo (§2º, III e IV).²¹

O problema consiste em definir se o homicídio privilegiado qualificado é ou não crime hediondo.

Uma primeira corrente afirma que o delito permanece hediondo, pois a Lei nº 8.072/1990 considera o homicídio qualificado sempre hediondo, não excepcionando quando também privilegiado.²²

¹⁹TASSE Adel El e outros. Legislação Criminal Especial. 2ª ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 496.

²⁰ CAPEZ, Fernando. Curso de Direito Penal – Parte Especial, volume 2. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 29.

²¹ Neste sentido: STF HC 89921-PR, Rel. Min. Carlos Britto, 1ª T., DJ 27.04.2007 e REsp 922932-SP, Rel. Min. Felix Fischer, 5ª T., j. 13.12.2007.

²² NUCCI, Guilherme de Souza. Código Penal Comentado. 4 ed. São Paulo: Ed. RT, 2003. p. 97.

Uma segunda corrente, que prevalece, numa analogia ao artigo 67 do Código Penal, defende que o privilégio subjetivo prepondera sobre a qualificadora, de natureza objetiva, excluindo o caráter hediondo do crime.²³

4.1.2.1 Femicídio

O feminicídio também é considerado um homicídio qualificado, pois está presente no art. 121, § 2º, VI e VII do Código Penal, e também é um crime hediondo, conforme inovação legislativa que o incluiu, em 2015, no rol taxativo destes crimes.

A inserção deste crime como hediondo é embasado por números, onde se verificou que entre 1966 e 2012 houve um crescimento de 20% de assassinatos violentos de mulheres em nosso país. A maioria deles estão diretamente relacionados a violência doméstica, familiar e a discriminação contra a condição de mulher, pois a Lei Maria da Penha não conseguiu produzir os efeitos esperados.²⁴

Aliado a esses números está o fato de que 68,8% dos homicídios contra mulheres ocorre dentro de casa e são praticados por cônjuges, namorados ou noivos. Assim, o legislador viu no feminicídio e sua inclusão nos crimes hediondos como uma possibilidade para acabar com a “guerra invisível” existente entre de homens contra mulheres.²⁵

Desta forma, o feminicídio traz perspectivas de duas importantes mudanças, sendo elas: (i) responder a necessidade de que sejam tomadas providências mais rigorosas em resposta aos altíssimos índices de violência contra a mulher no Brasil; e (ii) evidenciar que há homicídio de mulheres por questão de gênero e tornar publico que esse greve fenômeno é real, possibilitando, assim, a criação de políticas públicas para prevenir e combater a violência contra a mulher.²⁶

4.1.3 Latrocínio

²³ Neste sentido: TJSP, RC 27017933200, rel. Walter Guilherme, j. 15.08.2000.

²⁴ GOMES, Luis Flávio. Femicídios no Brasil (aumento de assassinato das mulheres). Disponível em: <http://institutoavantebrasil.com.br/femicidios-no-brasil-aumenta-assassinatos-das-mulheres/>. Acesso em 08 de julho de 2015.

²⁵ GOMES, Luis Flávio. Femicídios no Brasil (aumento de assassinato das mulheres). Disponível em: <http://institutoavantebrasil.com.br/femicidios-no-brasil-aumenta-assassinatos-das-mulheres/>. Acesso em 08 de julho de 2015.

²⁶ PAGAN, Manoela. Lei do feminicídio: entenda o que é e o que muda para a mulher. Disponível em: <http://www.bolsademulher.com/comportamento/lei-do-femicidio-entenda-o-que-e-e-o-que-muda-para-a-mulher>. Acesso em 01 de agosto de 2015.

O §3º do artigo 157 do Código Penal traz a qualificadora do crime de roubo, determinando que “se da violência resulta lesão corporal grave, a pena é de reclusão, de sete a quinze anos, além da multa; se resulta morte, a reclusão é de vinte a trinta anos, sem prejuízo da multa”.

O tipo prevê duas formas por meio das quais o crime é qualificado: lesão corporal grave e morte. Entretanto, apenas no caso da morte é que o crime é hediondo.

Também, se a morte no roubo resulta da grave ameaça, não há de se falar em crime de latrocínio, pois para configurá-lo, a morte deve resultar da violência (compreendida como violência física, não abrangendo a grave ameaça). Nesse caso o que se tem é crime e roubo em concurso com homicídio (doloso ou culposo a depender do caso concreto).²⁷

Para configuração do crime de latrocínio, concorrem os seguintes fatores: tempo (violência acontece durante o assalto) e nexa (violência em razão do assalto).²⁸

Ainda, importante ressaltar que é desnecessário que a vítima da violência seja a mesma da subtração da coisa alheia, desde que haja conexão entre os dois fatos; nesse caso, tratando-se de vítima da violência distinta daquela da subtração, haverá dois sujeitos passivos, sem desnaturar a unidade do crime complexo, que continua único.²⁹

4.1.4 Extorsão qualificada pela morte

O artigo 158, §2º, do Código Penal, estabelece a figura qualificada para o crime de extorsão, fazendo expressa remissão ao disposto no roubo qualificado (§3º do artigo 157), dividido em duas partes: a primeira se refere ao resultado lesão corporal de natureza grave (não rotulado como delito hediondo); a segunda, ao resultado morte, esta sujeita à Lei nº 8.072/1990.

Assim, conforme artigo 158, §2º, do Código Penal, “aplica-se à extorsão praticada mediante violência o disposto no § 3º do artigo anterior” (“§ 3º - Se da violência resulta lesão corporal grave, a pena é de reclusão, de 7 a 15 anos, além da multa; se resulta morte, a reclusão é de 20 a 30 anos, sem prejuízo da multa”).

Questiona-se: extorsão qualificada pela morte prevista no artigo 158, §3º, é crime hediondo? o § 3º diz que “se o crime é cometido mediante a restrição da liberdade da vítima, e

²⁷ TASSE Adel El e outros. Legislação Criminal Especial. 2ª ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p.499.

²⁸ TASSE Adel El e outros. Legislação Criminal Especial. 2ª ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p.499.

²⁹ FRANCO, Alberto Silva. Crimes Hediondos. Notas sobre a Lei 8.072/90; 3ª ed., revista e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994. p.500.

essa condição é necessária para a obtenção da vantagem econômica, a pena é de reclusão, de 6 a 12 anos, além da multa; se resulta lesão corporal grave ou morte, aplicam-se as penas previstas no art. 159, §§ 2º e 3º, respectivamente” (incluído pela lei 11.923/09).

Antes da Lei nº 11.923/09 só havia uma espécie de extorsão qualificada pela morte, que era o artigo 158, §2º, do Código Penal, que incidia havendo restrição da liberdade ou não (era mera circunstância judicial desfavorável considerada na fixação da pena base). Com a Lei nº 11.923/09, passou-se a ter duas espécies de extorsão qualificada pela morte: aquela do artigo 158, §2º, do CP (na qual não há restrição da liberdade) e a prevista no artigo 158, §3º, do CP (na qual há restrição da liberdade). Não há dúvida quanto ao caráter hediondo do crime previsto no artigo 158, §2º (previsto no art.1º, III, da Lei 8.072/90).³⁰

E quanto à extorsão do § 3º (que previu o sequestro relâmpago - em que há restrição da liberdade), é crime hediondo? Uma primeira corrente, que prevalece, defende que: adotando-se o sistema legal (critério enumerativo), o artigo 158, §3º, do CP, não referido no artigo 1º da lei 8.072/90, não pode ser considerado hediondo, pois o que não está no artigo 1º não é hediondo. A segunda corrente, minoritária, diz que a Lei 11.923/09 não criou crime novo, mas apenas explicitou uma das suas múltiplas possibilidades de execução. Essa forma de praticar o crime já era considerada crime hediondo (funcionava como circunstância judicial desfavorável do §2º). Logo, para a segunda corrente, o artigo 158, §3º, com resultado morte, permanece hediondo (interpretação extensiva).³¹

4.1.5 Extorsão mediante sequestro

A extorsão mediante sequestro, diferentemente dos tipos anteriores, é sempre rotulada como delito hediondo, seja na forma simples ou qualificada. Na sua execução não há, necessariamente, emprego de violência ou grave ameaça, mas a privação da liberdade da vítima como meio para obtenção da vantagem. Nas palavras de Rogério Sanches Cunha:³²

Justifica-se, desse modo, a sua etiqueta de hediondo, tendo em vista que as consequências de um delito dessa natureza são avassaladoras, não só para a vítima, que sofre momentos de intenso sofrimento físico e psicológico, como também para seus familiares e amigos, que, embora em menor intensidade, são igualmente submetidos a traumas dificilmente superáveis.

³⁰ FRANCO, Alberto Silva. Crimes Hediondos. Notas sobre a Lei 8.072/90; 3ª ed., revista e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994. p.500-501.

³¹FRANCO, Alberto Silva. Crimes Hediondos. Notas sobre a Lei 8.072/90; 3ª ed., revista e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994. p 500-501.

³²FRANCO, Alberto Silva. Crimes Hediondos. Notas sobre a Lei 8.072/90; 3ª ed., revista e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994. p 500-501.

4.1.6 Estupro e estupro de vulnerável

Antes de entrar em vigor a Lei nº 12.015/2009, que alterou a sistemática dos crimes sexuais, discutia-se se a forma simples do crime de estupro era também hediondo, ou se apenas sua forma qualificada se encaixava no rol.³³

Entretanto, com a nova redação ao artigo 1º, inciso V, da Lei nº 8.072/1990, abrangendo *caput* e parágrafos, encerrou-se a discussão antes existente. Hoje não há mais campo para divergência: o estupro, seja ele qualificado ou não, será sempre crime hediondo.³⁴

O artigo 217-A do Código Penal tutela a dignidade sexual do vulnerável. Sempre se discutiu se o estupro contra o vulnerável, sem violência ou grave ameaça era crime hediondo ou não (antigo artigo 224 do Código Penal). A Lei nº 12.015/2009 acabou com o empasse, incluindo expressamente o delito no rol dos hediondos, sendo que se trata de mudança irretroativa.³⁵

4.1.7 Epidemia com resultado morte

O artigo 273 do Código Penal foi alterado pela Lei nº 9.677/98 que aumentou de maneira abrupta a pena cominada para o crime de falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produtos terapêuticos ou medicinais. Além do aumento de pena a lei também incluiu os parágrafos §1º-A e §1º-B, promovendo dessa forma um grande abismo entre a conduta do agente e a penalidade imposta, pois por meio desses acréscimos acaba-se por tornar sinônimos medicamentos com cosméticos e saneantes, ou seja, produtos essenciais a manutenção da saúde foram comparados a meros embelezadores e produtos destinados a limpeza (§1º-A), assim como se sujeita a mesma pena quem importa produto sem registro (§1º-B).

Verifica-se grande contenda quanto à inserção do artigo 273 do Código Penal, no rol de crimes hediondos (inserido pela Lei nº 9.695/98), ou seja, o sujeito que "falsificar, corromper, adulterar ou alterar produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais" passou a ter o mesmo modo de tratamento oferecido aos traficantes, estupradores e assassinos, por exemplo. E o problema não é apenas este, haja vista que a referida Lei, além de aumentar

³³ Neste sentido: STJ, HC 14.287, 5ª T. j 17.10.2000.

³⁴ FRANCO, Alberto Silva. Crimes Hediondos. Notas sobre a Lei 8.072/90; 3ª ed., revista e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994. p.506-507.

³⁵ Neste sentido: STJ, HC 128.648, 6ª T., Rel. Min. Og Fernandes, DJ 03.11.2009.

desigualmente a pena, inseriu o § 1º-A e o §1º-B ao artigo 273. Tais parágrafos dispõem que o agente que “a importar, vender, expor a venda, ter em depósito para vender ou, de qualquer forma distribuí ou entregar a consumo, produtos incluídos nos incisos do citado artigo” será submetido às mesmas penas do caput (reclusão de 10 a 15 anos e multa).³⁶

Desta forma, infere-se o estabelecido pela Lei nº 9.695/98 entra em conflito com os princípios do direito penal. A inserção do artigo 273 do rol de crimes hediondos, com pena elevada, fere o princípio da proporcionalidade (implícito no artigo 5º, inciso LIV, da Constituição Federal), essencial ao ordenamento jurídico pátrio, visto ser suporte para o Controle de Constitucionalidade.³⁷

O artigo 273 do Código Penal, sob pena de inconstitucionalidade por falta de ofensividade ao bem jurídico tutelado, “só se configurará quando houver efetiva comprovação de nocividade à saúde de indeterminado número de pessoas ou da real redução do valor terapêutico ou medicinal de produtos”.³⁸

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

Essa modalidade de crime trata-se, também, de inovação legislativa criada em 2014 e tem como fundamento o repúdio social na exploração sexual de crianças e adolescentes, sendo esse um dos crimes mais graves da atualidade.

O debate para inserção desse crime no rol dos hediondos teve como base um estudo da Polícia Federal que realizou um verdadeiro mapeamento de pontos vulneráveis à exploração sexual de crianças e adolescentes nas rodovias federais entre 2009/2010 e chegou a conclusão de que, apenas nestes trechos federais, há 1.820 pontos de risco de exploração sexual de menores.³⁹

³⁶ GONÇALVES, Kálita Rita. Falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produtos terapêuticos ou medicinais, crimes hediondos e princípios do direito penal. Disponível em: <<http://pontosjuridicos.blogspot.com.br/2011/08/falsificacao-corrupcao-adulteracao-ou.html>> acesso em 30 de mai. de 2015.

³⁷ GONÇALVES, Kálita Rita. Falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produtos terapêuticos ou medicinais, crimes hediondos e princípios do direito penal. Disponível em: <<http://pontosjuridicos.blogspot.com.br/2011/08/falsificacao-corrupcao-adulteracao-ou.html>> acesso em 30 de mai. de 2015.

³⁸ DELMANTO, Celso et al. Código penal comentado. 6 ed. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2002, p. 552.

³⁹ POLÍCIA FEDERAL. Mapeamento dos Pontos Vulneráveis à Exploração Sexual de Crianças e Adolescentes nas Rodovias Federais Brasileiras. Disponível em http://www.namaocerta.org.br/pdf/mapeamento2009_2010.pdf. Acesso em 10 de julho de 2015.

Assim, o que se busca é um tratamento punitivo mais austero, resultando no aumento do prazo mínimo para a concessão de diversos benefícios legais, como verificaremos posteriormente.

Para a caracterização deste crime se faz necessário a existência de exploração, onde o explorador possui a intenção de obter lucro financeiro ou de qualquer outra espécie com a atividade sexual de crianças e adolescentes, mas não se restringindo a ocorrência do ato sexual, pois inclui qualquer outra forma de relação sexual ou atividade erótica que acabe implicando na proximidade física entre a vítima e o explorador.⁴⁰

4.1.9 Genocídio

Em dezembro de 1948 a ONU (Organizações das Nações Unidas) aprovou a Convenção para a Prevenção e Castigo do Crime de Genocídio. O Brasil aderiu essa Convenção em 1952, sendo que, em 1956, promulgou-se a Lei nº 2.889, que trata da punição para o delito de genocídio, arrolado pela Lei dos Crimes Hediondos.

Assim, a configuração do crime de genocídio está ligado ao artigo 1º da Lei nº 2.889, bastando que o agente dirija sua conduta à finalidade de destruir, no todo ou em parte, grupo nacional, étnico, racial ou religioso, sem que haja necessidade de que seja atingido número elevado de pessoas.⁴¹

Necessário mencionar, ainda, que a Lei nº 8.072/1990 também considera hedionda a prática prevista no artigo 3º da Lei nº 2.889/1990, que trata de uma modalidade especial de incitação ao crime.⁴²

4.2 CRIMES EQUIPARADOS A HEDIONDOS

A Lei 8.072/1990, no *caput* do artigo 2º, seguindo o mandamento constitucional, previu três figuras equiparadas aos delitos hediondos. Trata-se da tortura do tráfico ilícito de

⁴⁰ SILVA, Benedita. Projeto de lei n. 7.220/2014. Disponível em <http://www.camara.gov.br/sileg/integras/1251487.pdf>. Acesso em 15 de julho de 2015.

⁴¹ FRANCO, Alberto Silva. Crimes Hediondos. Notas sobre a Lei 8.072/90; 3ª ed., revista e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994. p. 509.

⁴² Art. 3º Incitar, direta e publicamente alguém a cometer qualquer dos crimes de que trata o art. 1º: Pena: Metade das penas ali cominadas.

§ 1º A pena pelo crime de incitação será a mesma de crime incitado, se este se consumir.

§ 2º A pena será aumentada de 1/3 (um terço), quando a incitação for cometida pela imprensa.

entorpecentes e drogas afins e do terrorismo, que a Carta Magna mencionou expressamente como inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia.

Quanto ao delito de terrorismo, discussão séria envolve sua tipificação, pois para alguns doutrinadores o fato é atípico. O terrorismo como crime está previsto no artigo 20 da Lei de Segurança Nacional – Lei nº 7170/1983. Tratam-se de ações típicas que visam objetivos específicos: inconformismo político ou obtenção de fundos para a manutenção de organizações políticas, clandestinas ou subversivas (exemplo: devastar, roubar, extorquir, sequestrar, incendiar, praticar atentado pessoal).⁴³

Alberto Silva Franco diz que o artigo 20 da Lei nº 7170/1983 não descreve o que é terrorismo, fazendo simples menção do vocábulo, razão pela qual diz ser o terrorismo fato atípico.⁴⁴

O delito de tráfico de drogas, por sua vez, compreende os seguintes artigos da Lei nº 11.343/1006: 33, *caput* e I, II e III; 34 (proibição de laboratórios clandestinos); 36 e 37 (figura do colaborador).

Não há uma definição legal sobre o que seja o tráfico de drogas. Estabeleceu-se um conceito a partir das convenções internacionais, podendo-se dizer que são quaisquer ações que visam a produção e o comércio de drogas.

A tortura está prevista na Lei nº 9.455/1997 que, em seu artigo 1º prevê as formas específicas de tortura.

4.3 CONSEQUÊNCIAS LEGAIS E PROCESSUAIS

Conforme prevê o artigo 2º da Lei nº 8.072/1990:

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

I - anistia, graça e indulto;

II - fiança.

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

§ 2º A progressão de regime, no caso dos condenados aos crimes previstos neste artigo, dar-se-á após o cumprimento de 2/5 da pena, se o apenado for primário, e de 3/5, se reincidente.

§ 3º Em caso de sentença condenatória, o juiz decidirá fundamentadamente se o réu poderá apelar em liberdade.

⁴³ TASSE Adel El e outros. Legislação Criminal Especial. 2ª ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 510-511.

⁴⁴ FRANCO, Alberto Silva. Código Penal e sua interpretação jurisprudencial. Parte Especial. 6. ed. v.1. São Paulo: Ed. RT, 1997, p. 1.178.

§ 4º A prisão temporária, sobre a qual dispõe a Lei no 7.960/89, nos crimes previstos neste artigo, terá o prazo de 30 dias, prorrogável por igual período em caso de extrema e comprovada necessidade.

Anistia, graça e indulto são formas de renúncia estatal ao direito de punir. No caso de crime hediondo ou equiparado, o Estado não pode conceder anistia, graça e indulto. A Constituição Federal não proibiu expressamente o indulto (diz que são crimes insuscetíveis de anistia e de graça).⁴⁵

A vedação de indulto prevista na Lei 8.072/90 (e não prevista na Constituição Federal), conforme entendimento do Supremo Tribunal Federal, é constitucional, pois a Carta Magna traz vedações mínimas (e não máximas), sendo que o próprio texto constitucional diz “a lei considerará”. Ainda, há de ressaltar que a vedação da graça abrange indulto (graça coletiva).⁴⁶

Vindo o agente a cometer um crime não hediondo, que se torna hediondo no curso da execução penal, conforme entendimento da Suprema Corte, o agente não poderá ser beneficiado pelos institutos da anistia, graça ou indulto. Nessa hipótese, traduz exercício do poder do Presidente da República de negar tais benefícios aos condenados pelos delitos que o Decreto especifique.⁴⁷

De acordo com o artigo 2º, inciso II, do dispositivo supra transcrito, hediondos e equiparados são insuscetíveis de fiança. Antes da Lei nº 11.464/07, era vedada fiança e liberdade provisória. Com a Lei nº 11.464/07, passou-se a admitir a liberdade provisória, continuando vedada apenas a fiança.⁴⁸

No tocante à progressão de regime, antes da Lei nº 11.464/07, o §1º dizia que a pena seria cumprida integralmente em regime fechado.

No julgamento do habeas corpus nº 82959, o plenário do Supremo Tribunal Federal decidiu pela inconstitucionalidade do artigo 2º, § 1º da Lei 8.072/90, que dispunha: “§ 1º A pena por crime previsto neste artigo será cumprida integralmente em regime fechado”. Após declaração desta inconstitucionalidade, foi editada a súmula vinculante 26:

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 n. 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

⁴⁵ FRANCO, Alberto Silva. Crimes Hediondos. Notas sobre a Lei 8.072/90; 3ª ed., revista e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994. p.75.

⁴⁶ Neste sentido: STF, HC 86.615/RJ, 2ª T., Rel. Min. Joaquim Barbosa, DJ 24.11.2006.

⁴⁷ Neste sentido: RHC 84572/RJ.

⁴⁸ Sobre o assunto: ver tópico 5 deste artigo.

determinar, para tal fim, de modo fundamentado, a realização de exame criminológico.

Hoje, o §1º do artigo 2º diz que a pena será cumprida em regime inicialmente fechado e o §2º diz que a progressão de regime se dará da seguinte forma: 2/5 para primários e 3/5 para reincidentes (independente de ser reincidente específico ou não).⁴⁹

De acordo com a súmula 471 do STJ, a progressão para os condenados por crimes hediondos ou assemelhados cometidos antes da vigência da Lei nº 11.464/2007, sujeitam-se ao disposto no artigo 112 da Lei nº 7.210/1984 (Lei de Execução Penal) para a progressão de regime prisional, ou seja, 1/6.

O §3º do artigo 2º prevê a possibilidade de o acusado apelar em liberdade, prevendo que “em caso de sentença condenatória, o juiz decidirá fundamentadamente se o réu poderá apelar em liberdade”. Apesar de o §3º tratar a privação da liberdade como a regra e a liberdade exceção, contrariando a sistemática jurídica, deve ser feita a seguinte leitura: o acusado preso, em regra, recorre preso, salvo se ausentes os fundamentos da preventiva; o acusado solto, em regra, recorre solto, salvo se presentes os fundamentos da preventiva.⁵⁰ Neste sentido:⁵¹

Em se tratando de crime hediondo (ou equiparado), extrai-se do parágrafo que, em regra, o condenado deverá apelar preso, salvo se o juiz, aquilatando o caso concreto, entender que o réu poderá recorrer em liberdade. A conclusão acima, fruto de mera interpretação literal do texto legal, hoje vem sendo corrigida pela jurisprudência, para quem a prisão processual, medida de exceção (sempre), deve ser decretada somente quando presentes – e motivadamente reconhecidos – os fundamentos da prisão preventiva.

A prisão temporária tem previsão legal na Lei nº 7.960/1989, que estabelece prazo de cinco dias, prorrogáveis por mais cinco dias, para a segregação cautelar temporária dos indiciados que estiverem sendo investigados pela prática dos delitos enunciados no artigo 1º, inciso III, da referida Lei.

A Lei 8.072/90 admitiu prisão temporária aos crimes hediondos e equiparados, mas com prazo diferente: trinta dias, prorrogáveis por igual período, prazo maior que se aplica somente aos hediondos e equiparados.

⁴⁹ FRANCO, Alberto Silva. Crimes Hediondos. Notas sobre a Lei 8.072/90; 3ª ed., revista e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994. p.140.

⁵⁰ TASSE Adel El e outros. Legislação Criminal Especial. 2ª ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 513-514.

⁵¹ TASSE Adel El e outros. Legislação Criminal Especial. 2ª ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 513-514.

O problema surge diante dos crimes hediondos/equiparados que estão previstos na Lei dos Crimes Hediondos, mas que não constam no artigo 1º, inciso III, da Lei da prisão temporária, como é o caso dos delitos de estupro de vulnerável, falsificação de remédios, tortura e terrorismo.

Neste caso, o entendimento mais correto é o de que o §4º do artigo 2º da Lei 8.072/90, ampliou não apenas o prazo, mas também o rol dos delitos passíveis de prisão temporária.⁵²

De acordo com a redação do artigo 3º da Lei nº 8.072/1990: “a União manterá estabelecimentos penais, de segurança máxima, destinados ao cumprimento de penas impostas a condenados de alta periculosidade, cuja permanência em presídios estaduais ponha em risco a ordem ou incolumidade pública”. Sobre o assunto, leciona Rogério Sanches Cunha:⁵³

A falta desses presídios, além de acarretar o risco à ordem e à incolumidade pública, ocasiona a transferência diuturna de presos, não somente entre estabelecimentos do próprio Estado, como também envolvendo diversas Unidades da Federação, como já pudemos testemunhar, o que traz, sem nenhuma dúvida, despesas e riscos muito elevados, que poderiam ser evitados se a lei fosse devidamente cumprida.

É de competência do juiz estadual acompanhar a execução penal do condenado pela Justiça Federal que está cumprindo pena em estabelecimento estadual. É este o entendimento que se infere a partir da análise, a contrário senso, da súmula 192 STJ: “compete ao Juízo das Execuções Penais do Estado a execução das penas impostas a sentenciados pela Justiça Federal, Militar ou Eleitoral, quando recolhidos a estabelecimentos sujeitos à administração estadual.”

O artigo 5º da Lei em estudo trata do instituto do livramento condicional, que acrescentou ao artigo 83 do Código Penal o inciso V, prevendo, para o caso de crime hediondo (ou equiparado), requisito temporal diferenciado para a sua concessão.⁵⁴

Além do cumprimento de 2/3 da pena a lei exige, ainda, que o apenado não seja reincidente específico em crimes dessa natureza.

⁵²TASSE Adel El e outros. Legislação Criminal Especial. 2ª ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 514.

⁵³TASSE Adel El e outros. Legislação Criminal Especial. 2ª ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 515.

⁵⁴ Art. 5º Ao art. 83 do Código Penal é acrescido o seguinte inciso:

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

Diante do silêncio legal, surgem três correntes para explicar o que seria reincidente específico:

A primeira corrente diz que reincidente específico é aquele que, depois de condenado por crime hediondo ou equiparado, pratica o mesmo crime (exemplo: agente que, condenado por estupro, pratica novo estupro, é reincidente específico. Porém, se foi condenado por estupro e pratica um latrocínio, não é reincidente específico, logo, terá direito ao livramento condicional).⁵⁵

A segunda corrente diz que reincidente específico é aquele que, depois de condenado por crime hediondo ou equiparado, pratica novo crime hediondo ou equiparado, ofendendo o mesmo bem jurídico (exemplo: agente foi condenado por ter praticado o delito previsto no artigo 158, §2º, do CP, e, após trânsito em julgado, comete o delito previsto no artigo 157, §3º, do CP. Será reincidente específico porque agrediu o mesmo bem jurídico).⁵⁶

A terceira corrente é a que prevalece, alegando que reincidente específico é aquele que, depois de condenado por crime hediondo ou equiparado, pratica novo crime hediondo ou equiparado, não necessariamente do mesmo tipo ou que proteja o mesmo bem jurídico.⁵⁷

O artigo 8º da Lei nº 8.072/1990, diz que “será de três a seis anos de reclusão a pena prevista no art. 288 do Código Penal, quando se tratar de crimes hediondos, prática da tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins ou terrorismo”, e, em seu parágrafo determina que “o participante e o associado que denunciar à autoridade o bando ou quadrilha, possibilitando seu desmantelamento, terá a pena reduzida de um a dois terços.”

O crime previsto no artigo 288 do Código Penal (quadrilha ou bando) trata da reunião estável e permanente de várias pessoas, para a prática de crimes. Quadrilha ou bando que não visa à prática de hediondo nem equiparado, com pena de um a três anos.

Todavia, o delito de quadrilha ou bando para a prática de crimes hediondos ou equiparados (artigo 8º da Lei dos hediondos) tem pena de três a seis anos, não admitindo suspensão condicional do processo, como permite o artigo 288 do Código Penal, e permitindo a prisão preventiva ainda que o quadrilheiro seja primário, o que não se admite diante da pena máxima prevista ao crime de quadrilha ou bando previsto no Código Penal.

⁵⁵ FRANCO, Alberto Silva. Crimes Hediondos. Notas sobre a Lei 8.072/90; 3ª ed., revista e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994. p. 187.

⁵⁶FRANCO, Alberto Silva. Crimes Hediondos. Notas sobre a Lei 8.072/90; 3ª ed., revista e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994. p. 187.

⁵⁷MIRABETE, Julio Fabbrini. Manual de Direito Penal – Parte Geral. Vol. 1, 2006. p. 309.

4.3.1 Possibilidade de substituição de pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos nos crimes hediondos e assemelhados

Discute-se a respeito da possibilidade substituição de pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos nos crimes hediondos e assemelhados.

Um primeiro entendimento diz que os crimes hediondos e equiparados são incompatíveis, diante da sua gravidade, com o benefício da substituição. Já um segundo entendimento (que prevalece, inclusive no STF), entende que, em não havendo vedação expressa, admite-se a substituição para crime hediondo ou equiparado, desde que observados os requisitos legais. Neste sentido:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. APLICAÇÃO DA MINORANTE DO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06. PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE. SUBSTITUIÇÃO POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. VEDAÇÃO LEGAL. ART. 44 DA NOVA LEI DE DROGAS. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE INCIDENTAL PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. SUSPENSÃO PELO SENADO FEDERAL DA EXECUÇÃO DE PARTE DO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06. POSSIBILIDADE DA PERMUTA. NEGATIVA FUNDADA NA GRAVIDADE EM ABSTRATO DO DELITO. MOTIVAÇÃO INIDÔNEA. COAÇÃO EM PARTE EVIDENCIADA. 1. Considerando-se a declaração de inconstitucionalidade incidental, pelo Supremo Tribunal Federal, da expressão "vedada a conversão em penas restritivas de direitos", constante do § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/2006, bem como da expressão "vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos", contida no art. 44 do mesmo diploma legal, e a suspensão da execução, pelo Senado Federal, de parte do art. 33, § 4º, da citada Lei, não mais subsiste o fundamento para impedir a substituição da reprimenda corporal por restritivas de direitos aos condenados por tráfico ilícito de entorpecentes, quando atendidos os requisitos do art. 44 do Código Penal. 2. A gravidade abstrata do delito não constitui, por si só, motivação idônea para justificar o indeferimento da substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos. TRÁFICO DE DROGAS COM O REDUTOR DO ART. 33, § 4º, DA Lei nº 11.343/2006. CRIME HEDIONDO. REGIME PRISIONAL. COMETIMENTO NA VIGÊNCIA DA Lei nº 11.464/07. VIABILIDADE DE SUBSTITUIÇÃO DA REPRIMENDA RECLUSIVA. FIXAÇÃO DE REGIME DIVERSO DO INICIAL FECHADO. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES DO STF E DESTA STJ. CONSTRANGIMENTO EM PARTE DEMONSTRADO. 1. A Lei nº 11.464/2007, introduzindo nova redação ao art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90, estabeleceu o regime inicial fechado para o resgate da reprimenda firmada em relação aos delitos hediondos, cometidos após a sua entrada em vigor. 2. Segundo precedentes do Supremo Tribunal Federal e deste Superior Tribunal, constatada a possibilidade de substituição da reprimenda reclusiva por medidas alternativas, deve ser afastado o óbice à fixação de regime diverso do fechado para o cumprimento da pena, em homenagem ao princípio da proporcionalidade. 3. Habeas corpus parcialmente concedido, apenas para afastar a vedação legal à substituição da sanção reclusiva por restritivas de direito, bem como a vedação à imposição de regime inicial diverso do fechado, determinando-se que o Juízo das Execuções analise o eventual preenchimento, pelo sentenciado, dos requisitos exigidos pelo art. 44 do

Código Penal para a concessão da pretendida permuta, e a possibilidade de imposição de regime inicial mais benéfico.⁵⁸

Desta feita, é possível afirmar que o STF vem se posicionando no sentido de que toda vedação de benefício estabelecida somente de acordo com a gravidade em abstrato do crime, deve ser declarada inconstitucional. Dai em se falar da possibilidade de liberdade provisória, “sursis” e substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direito em se tratando de crimes hediondos ou equiparados.

5 LIBERDADE PROVISÓRIA NOS CRIMES HEDIONDOS E ASSEMELHADOS

Trata-se a liberdade provisória de instrumento hábil a evitar que uma prisão processual se perpetue de forma indevida, sem fundamento legal. Também, serve para impedir que uma pessoa seja privada de sua liberdade sem fundamento concreto (conforme o caso concreto), o que lhe causaria sofrimento desarrazoado. Do mesmo modo, a liberdade provisória firma princípios constitucionais a exemplo do princípio da legalidade, do devido processo legal e da presunção de inocência (este visa impedir a adoção de medidas restritivas da liberdade pessoal antes do reconhecimento da culpabilidade, salvo nos casos de absoluta necessidade⁵⁹).

Julio Fabrinni Mirabete conceitua liberdade provisória da seguinte maneira:⁶⁰

[...] Por esse instituto, o acusado não é recolhido à prisão ou é posto em liberdade quando preso, vinculado ou não a certas obrigações que o prendem ao processo e ao juízo, com o fim de assegurar a sua presença ao processo sem o sacrifício da prisão provisória. É, pois, um estado de liberdade que pode estar gravado nas condições e reservas que tornam precário e limitado o seu gozo.

Destarte, trata-se a liberdade provisória de um direito do acusado em não ser preso cautelarmente quando as circunstâncias do caso concreto não justificam sua segregação.

A Lei dos Crimes Hediondos (Lei nº 8.072/1990), na sua redação original, previa em seu artigo 2º, inciso II, que “os crimes hediondos, a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo são insuscetíveis de: fiança e liberdade provisória”.

⁵⁸ STJ; HC 224.937; Proc. 2011/0271688-2; SP; Quinta Turma; Rel. Min. Jorge Mussi; Julg. 17/04/2012; DJE 30/04/2012

⁵⁹ FRANCO, Alberto Silva. Crimes hediondos : notas sobre a lei 8072/90 . 3.ed. rev. e ampl. São Paulo: RT, 1994. p. 88.

⁶⁰ MIRABETE, Julio Fabrinni. Processo penal. 14. ed. rev. e atual São Paulo, Atlas, 2003. p. 405.

A antiga redação do referido artigo era inconstitucional, pois impedia a discricionariedade judiciária frente ao caso concreto. De igual modo verificava-se a transgressão aos princípios da liberdade, presunção de inocência, obrigatoriedade de fundamentação das decisões judiciais e devido processo legal. Ainda, a vedação à liberdade provisória ocasionava a supressão da análise da cautelaridade, tornando a medida de exceção (prisão cautelar) uma regra automática.

Diante da redação original da Lei nº 8.072/1990, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça era no seguinte sentido:

CRIMINAL. HC. HOMICÍDIO. PRISÃO EM FLAGRANTE. Liberdade provisória. Indeferimento. Hediondez do delito. Motivação inidônea a respaldar a custódia. Ausência de concreta fundamentação. Ordem concedida. II. III. IV. V. VI. VII. VIII. IX. X. I. A prisão preventiva é medida excepcional e deve ser decretada apenas quando devidamente amparada pelos requisitos legais, em observância ao princípio constitucional da presunção de inocência ou da não culpabilidade, sob pena de antecipar a reprimenda a ser cumprida quando da condenação. O fato de se tratar de crime hediondo não basta, por si só, para justificar a custódia cautelar, sendo necessária a devida fundamentação. Precedente. Precedente desta corte. Deve ser cassado o acórdão recorrido, bem como a decisão monocrática por ele confirmada, para conceder aos pacientes o benefício da liberdade provisória, mediante as condições estabelecidas pelo juiz de 1º grau, se por outro motivo não estiverem presos, sem prejuízo de que venha a ser decretada novamente a custódia cautelar, com base em fundamentação concreta. Ordem concedida, nos termos do voto do relator. (STJ; HC 68.196; Proc. 2006/0224443-9; PA; Quinta Turma; Rel. Min. Gilson LangaroDipp; Julg. 05/12/2006; DJU 05/02/2007; Pág. 317) (Publicado no DVD Magister nº 18 - Repositório Autorizado do TST nº 31/2007).

Posteriormente, a Lei nº 11.464/2007 alterou o inciso II do artigo 2º da Lei dos Crimes Hediondos, que passou a vigor com a seguinte redação: “os crimes hediondos, a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo são insuscetíveis de: fiança”.

Deste modo, com a redação dada pela Lei nº 11.464/2007, a fiança continuou a ser vedada nos crimes hediondos, mas a liberdade provisória deixou de integrar a redação do referido inciso. A uma, porque os dois institutos não se confundem. A duas, porque não existem vedações implícitas. A três, porque é o juiz quem julga (e não o legislador). Vedar liberdade provisória com base na gravidade em abstrato no crime não pode ser aceitável, o juiz quem deve analisar o caso concreto e a possibilidade de concessão da liberdade provisória.

Entretanto, para que seja admitida a liberdade provisória nos crimes hediondos e assemelhados, a contrário senso, os requisitos e fundamentos previstos no artigo 312 do Código de Processo Penal devem estar ausentes. Vale dizer, que diante de um caso concreto

que se amolde aos requisitos previstos pelo artigo 312 do referido Diploma Legal, a prisão preventiva poderá ser decretada.

Conforme redação do artigo 312 do Código de Processo Penal, “a prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria”. Ainda, prevê o parágrafo único do mesmo dispositivo, que “a prisão preventiva também poderá ser decretada em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares (art. 282, § 4º)”.

Assim, infere-se que a Lei nº 8.072/1990 não veda a concessão da liberdade provisória nos crimes ali previstos. A regra do sistema penal brasileiro é que o acusado responda o processo em liberdade, de modo que sua segregação cautelar é a exceção, que exige a configuração dos requisitos legais e fundamentação idônea.

Diante da ausência da necessidade de prisão processual, deve o acusado ser mantido em liberdade. A liberdade provisória, por sua vez, pressupõe a desnecessidade de uma prisão cautelar anteriormente decretada. Conforme preleciona Vicente Greco Filho:⁶¹

Os casos de liberdade provisória, portanto, têm, sempre, como antecedente, uma hipótese de prisão provisória, que é substituída por ela, por que a lei considera a prisão processual desnecessária. Da mesma forma que os casos de prisão provisória trazem a presunção de necessidade, os de liberdade provisória trazem a de desnecessidade. Em princípio, como se disse para a prisão, essas presunções não são absolutas.

A fundamentação idônea é requisito necessário à decretação da preventiva, haja vista que a gravidade em abstrato do crime não seria, por si só, justificativa hábil para a declaração da custódia preventiva com fundamento genérico na ordem pública, ordem econômica, conveniência da instrução criminal ou assegurar a aplicação da lei penal, sem justificar a necessidade da segregação diante das peculiaridades do caso concreto.

Além disso, conforme jurisprudência do STF, o perigo de reiteração criminosa e a periculosidade do agente devem ser considerados no caso concreto e não de forma abstrata. A conduta praticada pelo agente deve se caracterizar como uma conduta legítima a autorizar a prisão cautelar. Sendo o acusado primário, de bons antecedentes, com ocupação lícita e que tenha praticado conduta que, concretamente, não coloque em risco a ordem pública,

⁶¹ GRECO FILHO, Vicente. Manual de processo penal. 6. ed São Paulo: Saraiva, 1999. p. 261.

econômica, instrução criminal ou aplicação da lei penal, fica demonstrada a desnecessidade da prisão provisória.⁶²

5.1 Liberdade Provisória no Crime de Tráfico de Drogas

A despeito da mudança trazida pela Lei nº 11.464/2007, que deu nova redação ao artigo 2º, da Lei dos Crimes Hediondos, alterando o inciso II com a exclusão do termo “liberdade provisória” do mesmo, alguns Tribunais ainda têm indeferido pedidos de concessão de liberdade provisória em crimes e tráfico e os demais previstos nos artigos 34 a 37 da Lei de Drogas (Lei nº 11.343/2006).

Fundamentam o indeferimento diante da previsão contida no artigo 44 da Lei nº 11.343/1006⁶³, que veda expressamente a concessão da liberdade provisória nos crimes de tráfico, independentemente do preenchimento dos requisitos previstos no artigo 312 do Código de Processo Penal.

Não admitir a liberdade provisória no tráfico de drogas é um contrassenso, que contraria todo o ordenamento jurídico a partir do momento que trata a prisão cautelar como a regra e a liberdade como a exceção.

Condicionar a prisão cautelar com base na gravidade em abstrata do crime de tráfico é obstar que o juiz considera as peculiaridades de cada crime e de cada acusado. Embora a tipificação legal possa ser a mesma, não se deve tratar do mesmo modo acusados diferentes, sem levar em consideração as circunstâncias do caso, a motivação e consequência dos crimes, além de outros aspectos importantes para a individualização do caso.

Este obste afronta a Constituição Federal em seu artigo 5º, incisos LXI e LXVI, usurpando a competência do Poder Judiciário para resolver sobre a real necessidade da prisão cautelar.

Apesar da divergência sobre o tema, recentemente o STF decidiu pela inconstitucionalidade do artigo 44 da Lei de Drogas ao vedar a liberdade provisória nos crimes de tráfico. O Supremo vislumbrou um abuso do poder de legislar por parte do

⁶² Neste sentido: HC 83865/SP (DJU de 7.12.2007); HC 89183/MS (DJU de 25.8.2006); HC 85268/SP (DJU de 15.4.2005); HC 85868/RJ (DJU de 15.12.2006). HC 92824/SC, rel. Min. Joaquim Barbosa, 18.12.2007. (HC-92824).

⁶³ Art.44. Os crimes previstos nos arts. 33, caput e § 1º, e 34 a 37 desta Lei são inafiançáveis e insuscetíveis de sursis, graça, indulto, anistia e liberdade provisória, vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos. Parágrafo único. Nos crimes previstos no caput deste artigo, dar-se-á o livramento condicional após o cumprimento de dois terços da pena, vedada sua concessão ao reincidente específico.

Congresso que, na verdade, culmina por substituir-se ao próprio magistrado no desempenho da atividade jurisdicional, conflitando materialmente o texto da Constituição.

Por maioria de votos, o Plenário do Supremo concedeu parcialmente *habeas corpus* para que um homem preso em flagrante por tráfico de drogas possa ter o seu processo analisado novamente pelo juiz responsável pelo caso e, nessa nova análise, tenha a possibilidade de responder ao processo em liberdade. Nesse sentido, a maioria dos ministros da Corte declarou, incidentalmente, a inconstitucionalidade de parte do artigo 44 da Lei 11.343/2006, que proibia a concessão de liberdade provisória nos casos de tráfico de entorpecentes. A decisão foi tomada no Habeas Corpus (HC 104339) apresentado pela defesa do acusado, que está preso desde agosto de 2009. Ele foi abordado com cerca de cinco quilos de cocaína, além de outros entorpecentes em menor quantidade.⁶⁴

Conforme entendimento do ministro Gilmar Mendes, a lei estabelece um regime de prisão preventiva obrigatório, na medida em que torna a prisão uma regra e a liberdade uma exceção. Indicou, ainda, que o *caput* do artigo 44 da Lei de Drogas deveria ser considerado inconstitucional, por ter sido editado em sentido contrário à Constituição.⁶⁵

Pelo entendimento da Corte Suprema, a necessidade de prisão cautelar do acusado deve ser analisada diante do preenchimento dos requisitos trazidos pela Lei 12.403/2011. Ainda, não se pode desconsiderar a possibilidade de concessão de liberdade provisória com estabelecimento de medidas cautelares diversas da prisão⁶⁶.

Do mesmo entendimento perfilha a 6ª Turma do Superior Tribunal do Justiça:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO. TRÁFICO DE DROGAS. LIBERDADE PROVISÓRIA. VEDAÇÃO LEGAL. AUSÊNCIA DE

⁶⁴ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Notícias STF. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=207130>> acesso em 26 de mai. de 2015.

⁶⁵ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Notícias STF. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=207130>> acesso em 26 de mai. de 2015.

⁶⁶ Art. 319, CPP. São medidas cautelares diversas da prisão: I - comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades; II - proibição de acesso ou frequência a determinados lugares quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado permanecer distante desses locais para evitar o risco de novas infrações; III - proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante; IV - proibição de ausentar-se da Comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução; V - recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixos; VI - suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira quando houver justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais; VII - internação provisória do acusado nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser inimputável ou semi-imputável (art. 26 do Código Penal) e houver risco de reiteração; VIII - fiança, nas infrações que a admitem, para assegurar o comparecimento a atos do processo, evitar a obstrução do seu andamento ou em caso de resistência injustificada à ordem judicial; IX - monitoração eletrônica. § 4º A fiança será aplicada de acordo com as disposições do Capítulo VI deste Título, podendo ser cumulada com outras medidas cautelares.

FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. ACÓRDÃO MANTIDO COM BASE NA JURISPRUDÊNCIA DA SEXTA TURMA DESTA CORTE. 1. Inexistindo divergência na Sexta Turma deste Tribunal quanto à possibilidade de concessão de liberdade provisória a acusado de crime hediondo ou equiparado, nas hipóteses em que não estejam presentes os requisitos do art. 312 do Código de Processo Penal, não há razão para modificar a decisão agravada, que deve ser mantida por seus próprios e jurídicos fundamentos. 2. Agravo regimental a que se nega provimento. (STJ; AgRg-Ag-REsp 81.943; Proc. 2011/0275308-0; GO; Sexta Turma; Rel. Min. Og Fernandes; Julg. 13/03/2012; DJE 02/04/2012).

No mesmo sentido da 6ª Turma, é o entendimento da 2ª Turma do Superior Tribunal de Justiça.⁶⁷

Portanto, embora haja entendimento contrário quanto à possibilidade de concessão de liberdade provisória nos crimes de tráfico de drogas⁶⁸, o mais acertado é o entendimento atual do STF e da 6ª Turma do STJ, que admite o benefício quando os requisitos autorizadores da segregação provisória não se verificarem diante das peculiaridades do caso concreto.

CONCLUSÃO

Considerando o cenário em que foi editada a Lei nº 8.072/1990, infere-se ter sido ela feita diante da necessidade de uma resposta imediata ao clamor público, faltando-lhe uma análise extensiva por parte do legislador.

Vale mencionar, ainda, que a referida Lei não se encontra inerte, pois mudanças em seu rol taxativo que elenca os crimes hediondos são modificados conforme necessidades sociais, incluindo, recentemente, o feminicídio e o favorecimento da prostituição e/ou exploração sexual de criança ou adolescentes.

Ocorre que a consagração de penas mais rígidas para condenados por certos crimes pela Lei rotulados como hediondos resultou na adoção de um direito penal de emergência, pois limitou direitos e garantias penais como forma de se controlar a alta criminalidade sem que houvesse, no entendo, um profundo estudo do tema para verificar se tal lei realmente diminuiria os crimes repugnantes em território nacional.

Assim, ao prever penas severas e suprimir direitos, a Lei dos Crimes Hediondos contraria, em certos pontos, princípios constitucionais como a individualização da pena, a proporcionalidade e a humanidade das penas.

⁶⁷STF; HC 111.166; MT; Segunda Turma; Rel. Min. Ayres Britto; Julg. 13/12/2011; DJE 16/04/2012; Pág. 47.

⁶⁸ Neste sentido: STJ; RHC 31.654; Proc. 2011/0284048-8; MS; Quinta Turma; Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze; Julg. 20/03/2012; DJE 27/04/2012. STJ; RHC 30.408; Proc. 2011/0121523-2; PA; Quinta Turma; Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze; Julg. 20/03/2012; DJE 27/04/2012.

Imprescindível, portanto, que os Tribunais Superiores, diante dessas incongruências, através de suas jurisprudências, modifiquem este panorama. É, de fato, o que vem se percebendo com os atuais entendimentos do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, ao admitir a concessão de liberdade provisória, “*sursis*” e substituição de pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos aos crimes hediondos e equiparados.

Desta forma, é notório que a lei dos crimes hediondos, promulgada em 1990, ainda gera dúvidas e debates, fazendo com que seja necessário seu profundo estudo, pois tem o condão de modificar toda sociedade nacional, principalmente por restringir, de forma mais intensa, um importantíssimo direito, o de ir e vir, para resguardar um direito humano basilar, a vida.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVES, Ivanildo Ferreira. **Crimes Contra a Vida**. Belém: UNAMA, 1999.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988: atualização até a Emenda Constitucional nº 62, de 09-12-2009**. 8ª ed. São Paulo, Rideel, 2010.

BRASIL. **Código Penal**. São Paulo: RT, 2010.

BRASIL. **Código de Processo Penal**. São Paulo: RT, 2010.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em 06 de março de 2015.

BRASIL. **Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990. Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências**. Vade Mecum Rideel. São Paulo: Rideel, 2010.

BRASIL. **Lei nº 2.889, de 1 de outubro de 1956. Define e pune o crime de genocídio**. Vade Mecum Rideel. São Paulo: Rideel, 2010.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal: legislação penal especial**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

DELMANTO, Celso et al. **Código penal comentado**. 6 ed. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2002.

FRANCO, Alberto Silva. **Crimes Hediondos: Notas sobre a Lei 8.072/90**. 3ª ed., revista e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994.

GOMES, Luis Flávio. **Femicídios no Brasil (aumento de assassinato das mulheres)**. Disponível em: <http://institutoavantebrasil.com.br/femicidios-no-brasil-aumenta-assassinatos-das-mulheres/>. Acesso em 08 de julho de 2015.

GONÇALVES, Kálita Rita. **Falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produtos terapêuticos ou medicinais, crimes hediondos e princípios do direito penal**. Disponível em: <http://pontosjuridicos.blogspot.com.br/2011/08/falsificacao-corrupcao-adulteracao-ou.html>, acesso em 30 de mai. de 2015.

GRECO FILHO, Vicente. **Manual de processo penal**. 6. ed São Paulo: Saraiva, 1999.

KUEHNE Maurício. **Leis Penais Especiais (Crimes Hediondos) – Anotações Sumárias**. JM Editora. Curitiba, 1997.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de Direito Penal – Parte Geral**. Vol. 1, 2006.

MONTEIRO, Antônio Lopes. **Crimes hediondos**. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. 4 ed. São Paulo: Ed. RT, 2003.

PAGAN, Manoela. **Lei do feminicídio: entenda o que é e o que muda para a mulher**. Disponível em: <http://www.bolsademulher.com/comportamento/lei-do-feminicidio-entenda-o-que-e-e-o-que-muda-para-a-mulher>. Acesso em 01 de agosto de 2015.

POLÍCIA FEDERAL. **Mapeamento dos Pontos Vulneráveis à Exploração Sexual de Crianças e adolescentes nas Rodovias Federais Brasileiras**. Disponível em http://www.namaocerta.org.br/pdf/mapeamento2009_2010.pdf. Acesso em 10 de julho de 2015.

SILVA, Benedita. **Projeto de lei n. 7.220/2014**. Disponível em <http://www.camara.gov.br/sileg/integras/1251487.pdf>. Acesso em 15 de julho de 2015.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Notícias STF**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=207130> acesso em 26 de mai. de 2015.

SZNICK, Valdir. **Comentários à Lei dos Crimes Hediondos**. São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito Ltda., 1993.

TASSE Adel El e outros. **Legislação Criminal Especial**. 2ª ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. vol. 3. São Paulo: Saraiva, 2003.