

# JUSTIÇA & CIDADANIA

CONSTITUIÇÃO  
REPÚBLICA FEDERAL DO BRASIL

ISSN 1807-792X  
Edição 93 - Abril de 2008  
R\$ 16,90



**MINISTRO  
HUMBERTO GOMES DE BARROS:**

**“O STJ NECESSITA RETORNAR AO  
RUMO TRAÇADO PELA CONSTITUIÇÃO”**

**Nesta edição: TROFÉU DOM QUIXOTE EM SÃO PAULO**

# A LEI DOS CRIMES HEDIONDOS E AS ALTERAÇÕES DA LEI Nº 11.464/2007

Cláudio Soares Lopes

Subprocurador-Geral de Planejamento do Ministério  
Público do Estado do Rio de Janeiro

“... NÃO HÁ MAIS NA  
LEI UMA VEDAÇÃO  
GENÉRICA À OBTENÇÃO  
DE LIBERDADE  
PROVISÓRIA, NÃO  
SIGNIFICANDO,  
NECESSARIAMENTE,  
QUE AUTORES DE  
CRIMES GRAVÍSSIMOS,  
HEDIONDOS, POSSAM  
CONSEGUIR A  
LIBERDADE...”

Foto: Arquivo JC



No final do mês de março de 2008 estará completando um ano a Lei nº 11.464/2007, que alterou de forma substancial a discutida Lei dos Crimes Hediondos (Lei nº 8.072/90).

Com efeito, foi a Constituição Federal de 1988 que pela primeira vez, em seu artigo 5º, XLIII, fez referência a crimes desta natureza. Assim, no referido dispositivo constitucional constou que “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”.

Desta forma, em 26 de Julho de 1990 entrou em vigor a Lei dos Crimes Hediondos, já alterada posteriormente pelas Leis nº 8.930/94 e 9.695/98.

*Prima facie*, insta acentuar que, desde o início existiram controvérsias a respeito de quais delitos caracterizariam tortura, tráfico e terrorismo.

No que concerne ao crime de tortura, alguns identificaram, inicialmente, o antigo delito previsto no antigo artigo 233 da Lei nº 8.069/90 (Estatuto da Criança e do

Adolescente) como o possível crime de tortura aludido pela Lei Maior. Sem embargo, com o advento da Lei nº 9.455/97, que revogou expressamente a norma incriminadora em questão, não pairaram mais dúvidas de que os crimes previstos nesta são efetivamente os crimes assemelhados a hediondos como dispõe a Constituição Federal.

Quanto ao tráfico, há muito o colendo Supremo Tribunal Federal já vinha entendendo que os antigos artigos 12 e 13 da revogada Lei nº 6.368/76 seriam os crimes de tráfico mencionados por nossa Magna Carta. É importante salientar que os dispositivos citados correspondem, embora com algumas pequenas mudanças, atualmente aos tipos previstos nos artigos 33 e 34 da nova Lei de Drogas (11.343/06).

Averbe-se, por oportuno, que a posição dominante no excelso Pretório é no sentido que o delito de associação para o tráfico previsto no antigo artigo 14 da velha Lei de Entorpecente, correspondente ao atual injusto tipificado no artigo 35 da Lei nº 11.343/06, não deve ser considerado crime de tráfico, logo, não pode ser considerado equiparado a hediondo. Assim, não incidem em relação ao delito em questão as conseqüências penais e processuais da Lei dos Crimes Hediondos.

Finalmente, no que se refere ao terrorismo, há posicionamento no sentido de que o crime do artigo 20, da Lei nº 7.170/83 (Lei de Segurança Nacional) seria o crime de terrorismo aludido em nossa constituição, na medida em que a norma citada faz alusão a “atos de terrorismo”. De qualquer sorte, somos da opinião de que seria necessária uma lei específica, definindo os crimes de terrorismo, a fim de que possam incidir os efeitos da Lei dos Crimes Hediondos.

A Lei dos Crimes Hediondos, típica *novatio legis in pejus*, trouxe à colação regras mais duras para autores deste tipo de crimes e seus assemelhados, como por exemplo, a previsão de um regime de cumprimento de pena integralmente fechado, a proibição de se obter anistia, graça e indulto, a vedação de liberdade provisória, etc.

Não se pretende aqui, neste singelo trabalho, lembrar todas as discussões doutrinárias e jurisprudenciais que nasceram com a Lei dos Crimes Hediondos, pois, neste caso, seria indispensável discorrer longamente sobre diversas questões. Nessa ordem de idéias, vamos aqui apenas tentar abordar alguns aspectos novos trazidos pela Lei nº 11.464/2007.

A primeira alteração relevante criada pela nova lei

foi o fim da proibição de liberdade provisória aos autores de crimes hediondos e equiparados.

Releva notar que, tão logo entrou em vigor a Lei dos Crimes Hediondos, boa parte da doutrina, em especial, considerou inconstitucional a regra que vedava a liberdade provisória, pois se afirmava que somente dentro do devido processo legal é que seria possível ao magistrado decidir isso, sendo vedado à lei proibir genericamente a liberdade provisória.

Nunca nos pareceu, no entanto, que padecesse de vício de inconstitucionalidade a regra que proibia a liberdade provisória, pois sempre preferimos a opinião de que a própria Constituição Federal salienta que “ninguém será levado à prisão ou nela mantido quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança”. Ora, a Lei dos Crimes Hediondos, com certeza, ao menos antes da Lei nº 11.464/2007, era uma das leis que não admitia a liberdade provisória. A nosso sentir, é perfeitamente possível que o legislador ordinário, em alguns casos, vede a concessão de liberdade provisória.

Apenas, é bom que se frise, se em tese passa a ser admissível a liberdade provisória para autores de crimes



hediondos, fica difícil sustentar a impossibilidade de liberdade provisória para autores de ilícitos penais menos graves, daí porque sustentamos que normas semelhantes em nosso ordenamento atual que vedam a liberdade provisória para autores de outras infrações mais leves devem ser consideradas revogadas, como aliás, já tinha se pronunciado o próprio Supremo Tribunal Federal em relação ao artigo 21 do Estatuto do Desarmamento.

Infelizmente, parece claro que a vontade do legislador constituinte foi proibir qualquer forma de liberdade para autores de crimes graves quando presos em flagrante, que normalmente é a prova mais contundente da existência do crime. Entretanto, ao dizer que crimes hediondos são inafiançáveis, pouco fez o legislador.

Realmente, e isso o leigo não vai entender nunca, o agente preso em flagrante acusado da prática de um crime hediondo não poderá ser solto mediante o pagamento de fiança, mas, poderá ser solto independentemente de fiança com fulcro no artigo 310, parágrafo único, do Código de Processo Penal, ou seja, bastando o seu defensor demonstrar que não estão presentes os pressupostos que poderiam autorizar sua custódia cautelar preventiva.

Mister realçar que a Lei nº 11.464/2007, neste particular, atingiu a recente Lei de Drogas. É que, malgrado a Lei nº 11.343/06 vede a liberdade provisória para autores de tráfico, parece-nos, no entanto, que se o tráfico é um crime assemelhado a hediondo pelo princípio constitucional da isonomia, não tem sentido o autor de crimes como homicídio qualificado, estupro, extorsão mediante seqüestro e latrocínio, em tese, poder ter direito a liberdade provisória e o autor de um crime de tráfico não ter o mesmo tratamento.

Esse, de acordo com o nosso entendimento, é o correto fundamento para se entender revogada a Lei de Drogas quanto à vedação de liberdade provisória. Isso porque o simples fato de a Lei nº 11.464/07 ser posterior à Lei de Drogas não autoriza a conclusão de que teria derogado a anterior. Aliás, entendemos que a Lei nº 11.343/06 é específica para crimes de tráfico, enquanto a Lei nº 11.464/07 tem um caráter geral para crimes hediondos e assemelhados.

Lembre-se que a Lei nº 9.455/97, na época, passou a prever um regime apenas inicialmente fechado para autores de crimes de tortura, em oposição ao regime integralmente fechado previsto na Lei nº 8.072/90. Não obstante ser a Lei de Tortura uma lei posterior mais favorável, o Supremo Tribunal Federal editou a Súmula 698 no sentido de que “não se estende aos demais crimes hediondos a admissibilidade de progressão no regime de execução da pena aplicada ao crime de tortura”.

Saliente-se, ainda, que apenas não há mais na lei uma vedação genérica à obtenção de liberdade provisória, não significando, necessariamente, que autores de crimes gravíssimos, hediondos, possam conseguir a liberdade provisória. Em princípio, sem querer generalizar, a regra é a de que o sujeito preso em flagrante por esses crimes deva permanecer acautelado. Caso o juiz conceda a liberdade provisória

ao autor de crimes dessa natureza, o Ministério Público, discordando, deverá interpor o recurso cabível.

Por seu turno, e talvez sua grande inovação, a Lei nº 11.464/2007 tenha sido o sepultamento definitivo do controvertido regime integralmente fechado criado pela Lei dos Crimes Hediondos.

Com efeito, com o advento da Lei nº 8.072/90, muito se discutiu quanto à constitucionalidade do regime integralmente fechado.

Desde o início da vigência da Lei dos Crimes Hediondos, boa parte da doutrina já criticava a previsão do referido regime de cumprimento de pena, em especial, por ferir princípios como os da humanização e individualização da pena, além de ir de encontro ao sistema progressivo de cumprimento de pena adotado pelo Código Penal Brasileiro.

Alegava-se, também, que sequer a Lei Maior teria previsto o regime em questão, sendo vedado ao legislador infraconstitucional fazer uma restrição que não existia na Constituição Federal.

Apesar das críticas doutrinárias, a jurisprudência pátria, incluindo a de nossos tribunais superiores, sempre foi no sentido da constitucionalidade do regime integralmente fechado, sendo editada pelo Supremo Tribunal Federal a Súmula 698, citada anteriormente, a qual, por via oblíqua, confirmava a constitucionalidade do regime único de cumprimento de pena para autores de crimes hediondos.

Isto porque afirmava-se que o regime integralmente fechado não iria de encontro ao mandamento constitucional que determina a individualização da pena, considerando que a individualização poderia ser feita entre o mínimo e o máximo de resposta penal prevista para a infração, sendo prescindível que a individualização abrangesse a fase de execução.

Ocorre que a própria Suprema Corte, que como foi salientado – repita-se – chegou a editar a Súmula 698, com a aposentadoria de alguns ministros e com a chegada de outros, há cerca de dois anos e meio atrás mudou sua orientação anterior, passando a considerar o regime integralmente fechado inconstitucional.

É bem verdade que as decisões do STF no sentido da inconstitucionalidade do regime integralmente fechado foram tomadas em casos concretos e não em ação direta de inconstitucionalidade, de forma que, em princípio, não teriam eficácia para terceiros. Da mesma forma, não houve sequer a edição de nova súmula a esse respeito, muito menos vinculante.

Como corolário do entendimento de nossa Corte Máxima, preocupou-se o legislador em adequar a Lei dos Crimes Hediondos à nova jurisprudência, dando, assim, uma nova redação ao § 1º, do artigo 2º, da Lei dos Crimes Hediondos: “A pena por crime previsto neste artigo será cumprida inicialmente em regime fechado”.

Questão de relevo é saber se a Lei nº 11.464/2007 constitui uma *novatio legis in melius* ou *in pejus*.

Isto porque, se de um lado a Lei nº 11.464/2007 passou

a expressar a possibilidade de progressão de regime para crimes hediondos e assemelhados, o que era vedado pela legislação anterior, por outro lado, a lei em questão deu a seguinte redação ao § 2º, da Lei nº 8.072/90: “A progressão de regime, no caso dos condenados aos crimes previstos neste artigo, dar-se-á após o cumprimento de 2/5 (dois quintos) da pena, se o apenado for primário, e de 3/5 (três quintos), se reincidente.”

Ora, como é do conhecimento geral, o percentual de cumprimento de pena instituído na Lei de Execuções Penais, em seu artigo 112, para a progressão de regime é de mais de 1/6 da pena.

Nessas condições, partindo da premissa da constitucionalidade do regime integralmente fechado, a Lei nº 11.464/2007 é uma lei penal mais favorável, devendo ser aplicada retroativamente em sua integralidade, inclusive no que concerne aos novos percentuais de cumprimento de pena visando à progressão, considerando que a lei antiga não permitia tal possibilidade em qualquer hipótese.

De outra banda, na medida em que o Supremo Tribunal Federal passou a considerar inconstitucional o regime integralmente fechado, não podemos deixar de lembrar que a progressão de regime – sem considerar a Lei nº 11.464/2007 – passou a ser admitida após o cumprimento de mais de 1/6 da pena, como prevê a Lei de Execuções Penais.

Nessa ordem de idéias, a Lei nº 11.464/2007, ao permitir a progressão de regime com percentuais de cumprimento de penas mais gravosos que a LEP, nesse particular deve ser considerada uma lei mais severa, não podendo ter aplicação retroativa, sob pena de violação do preceito constitucional de que a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu, motivo pelo qual entendemos como consequência da posição firmada pelo Supremo Tribunal Federal no sentido da inconstitucionalidade do regime integralmente fechado, que condenados por crimes hediondos cometidos anteriormente à vigência da Lei nº 11.464/2007 poderão ter direito à progressão de regime, desde que preencham os requisitos subjetivos e que cumpram mais de 1/6 da pena.

Uma última observação que merece destaque, ainda em relação ao regime de cumprimento de pena, é no sentido de que, igualmente partindo mais uma vez da premissa da inconstitucionalidade do regime único, a nova lei, ao prever um regime inicial fechado, é mais uma vez uma lei que deve ser tratada como gravosa. Em decorrência, será admissível, dependendo do *quantum* de resposta penal, um regime aberto ou semi-aberto para condenados por crimes hediondos e equiparados, desde que os ilícitos tenham sido praticados antes do advento da lei que alterou a famosa Lei dos Crimes Hediondos.

Essas são as questões mais importantes que estão sendo discutidas em razão da Lei nº 11.464/2007 e que certamente ainda suscitarão acalorados debates entre os operadores do Direito.



Foto: www.sxc.hu