ASPECTOS PENAIS E PROCESSUAIS PENAIS DA LEI DOS CRIMES HEDIONDOS

Hélio Mamede Frota, bacharel em Direito pela Universidade Federal de Sergipe. Auditor estadual. Engenheiro civil e bacharel em Administração pela mesma Instituição. Pós-graduado do Curso de Especialização Telepresencial e Virtual em Direito Público com ênfase em Direito Penal-Universidade Potiguar/Curso Damásio de Jesus. Pós-graduado do Curso de Especialização Telepresencial e Virtual em Ciências Penais e em Direito Processual - Grandes Transformações, ambos na UNISUL/REDE LFG. Pós-graduado do Curso de Especialização em Direito Penal e Direito Processual Penal pela Faculdade de Sergipe – FaSe em convênio com a Escola Superior da Magistratura de Sergipe.

RESUMO: A Lei 12.015/2009 prevê duas figuras hediondas, a saber: estupro em todas as suas formas e o crime de estupro de vulnerável. A conduta antes prevista como atentado violento ao pudor restou introduzida no tipo penal de estupro. A presunção de violência preceituada no art. 224 do CP fora expressamente revogada. A ação penal nos crimes contra a dignidade sexual, em regra, é pública condicionada à representação. Outrossim merecem destaque as correntes na doutrina e na jurisprudência sobre as vedações à fiança e ao indulto. Este trabalho discorre também sobre a concessão de liberdade provisória quando ausentes os requisitos da prisão preventiva. Além disso, trata sobre a progressão de regime com arrimo na individualização e humanização das penas. Por fim, o conhecimento da apelação independe do recolhimento do réu à prisão por força da presunção da inocência.

PALAVRAS-CHAVE: Hediondos; fiança; liberdade provisória; prisão preventiva.

ABSTRACT: Law 12,015/2009 created two hideous figures: rape in all

its forms and the type of rape of vulnerable. The behavior before foreseen as attempted against violent to the modesty remained introduced in the criminal type of rape. The violence swaggerer art. 224 of the CP is revoked. The criminal action in the crimes against the sexual dignity, in rule, is public conditional to the representation. It is excellent to detach chains in the doctrine and jurisprudence on the prohibitions to the bail and the pardon. This work also discourses on the when absent concession of free on parole the requirements of the preventive custody. It deals with on the progression to regimen with support in the individualization and humanization the penalties. Finally, the knowledge of the appeal independent of the collect of the male defendant to the arrest for force of the innocence swaggerer.

KEYWORDS: Hideous; bail; free on parole; preventive custody.

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Rol dos Crimes Hediondos; 3. Estupro de Vulnerável; 4. Causa de Aumento de Pena Prevista no Art. 9º da Lei 8.072/1990; 5. Ação Penal nos Crimes Contra a Dignidade Sexual; 6. Vedações à Graça e ao Indulto; 7. Fiança e Liberdade Provisória; 8. Progressão de Regime; 9. Apelação em Liberdade; 10. Conclusão; Referências Bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

No início da década de noventa, instalou-se no Brasil um ambiente de intranquilidade, emocionalismo, medo e descrédito no sistema punitivo em decorrência do surgimento de inúmeros crimes contra a vida e o patrimônio. Na lição de Alberto Silva Franco:

> Segundo a mais abalizada doutrina, esse diploma legislativo, que não prima pela técnica, foi editado "sob o impacto dos meios de comunicação de massa, mobilizados em face de extorsões mediante sequestro, que tinham vitimizado figuras importantes da elite econômica e social do País (caso Martinez, caso Salles, caso Diniz, caso Medina etc)".[1]

[1] SILVA FRANCO, Alberto. *Crimes hediondos*. 6ª ed. RT: São Paulo, 2007, p. 93.

Nesse contexto, a elaboração da Lei 8.072/1990 foi profundamente influenciada pelo Movimento da Lei e da Ordem (Law and Order), que colima pelo sensível recrudescimento das sanções penais ao negar o caráter subsidiário do Direito Penal.

A rigidez presente nesse sistema punitivo, por óbvio, gerou flexibilidades nos direitos e garantias fundamentais do cidadão. Assim, a edição da lei em comento foi impulsionada sobretudo pela influência da mídia e também porque surgiu a ideia segundo a qual o país necessitava de uma lei rigorosa que representasse uma reação imediata do Estado à criminalidade violenta. Nesse diapasão, veio a lume, sem maiores discussões no Congresso Nacional, a polêmica Lei 8.072/1990.

Este diploma, de qualquer forma, serviu para transmitir à sociedade uma ardorosa e imediata sensação de segurança que, no entanto, posteriormente, se revelou ilusória, uma vez que não promoveu a almejada redução do número de crimes hediondos no país. A desigualdade material que coloca um sem número de indivíduos à margem da sociedade capitalista seria a grande propulsora da criminalidade.

Segundo o dicionário de Aurélio, a palavra "hediondo" é originária do espanhol e significa repelente, repulsivo , horrendo.[2] Já para Caldas Aulete, o vocábulo hediondo significa aquilo "que manifesta extrema abjeção ou depravação nos seus atos; que inspira pelos seus vícios ou crimes, repulsa e horror".[3] Contudo, para o Direito Penal, hediondos são simplesmente aqueles crimes que a lei assim os definir em seu rol taxativo (sistema legal). Com efeito, segundo a doutrina, é de somenos relevância os qualificativos de repelente, repulsivo, medonho, abjeto, ou asqueroso para se definir um crime como hediondo. Consoante se depreende da leitura da Lei 8.072/90, não se definiu o sentido e o conteúdo do vocábulo hediondo.

A definição de hediondez, como sói acontecer, fica a cargo da doutrina, o que por vezes gera desuniformidade nas conceituações. Portanto, o próprio conceito de hediondez é vago e indeterminado, o que provoca subjetivismos no espírito do juiz. A redação original da Lei dos Crimes Hediondos sofreu quatro modificações através das Leis nº 8930/1994, 9.677/1998, 9.695/1998 e, por fim, a Lei nº 11.464/2007.

A rigorosa Lei 8.072/1990, na sua redação original, vedava a concessão

[2] FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo dicionário da língua portuguesa*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1998, p. 656.

[3] AULETE, Caldas. *Dicionário contemporâneo da língua portuguesa*. 8ª ed. Rio de Janeiro: Delta, 1987.

de liberdade provisória e a progressão de regime. Tais proibições restaram abolidas em razão da edição da Lei 11.464/2007, de sorte que o legislador optou por atender às ponderações da doutrina garantista e, sobretudo, positivou a vontade do constituinte. Por fim, o prazo da prisão temporária para crimes hediondos e assemelhados será de trinta dias, prorrogáveis por igual período. Por sua vez, o prazo será de 5 dias, prorrogáveis por mais 5, em se tratando dos crimes previstos na Lei 7.960/1989.

2. ROL DOS CRIMES HEDIONDOS

O art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal preceitua o seguinte:

> 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.

Note-se que o supracitado dispositivo é norma de eficácia limitada, pois demanda a atuação do legislador infraconstitucional.[4] Assim, o legislador ordinário atendeu ao constituinte e editou a Lei 8.072/1990. De acordo com o art. 1º da Lei 8.072/90, os crimes hediondos são os seguintes: homicídio (art. 121), quando praticado em atividade típica de grupo de extermínio, ainda que cometido por um só agente, e homicídio qualificado em todas as suas formas; latrocínio (art. 157, § 3º, in fine); extorsão qualificada pela morte (art. 158, § 2º); extorsão mediante sequestro e na forma qualificada (art. 159, caput e §§ 1º, 2º e 3º); estupro (art. 213 e sua combinação com o art. 223, caput e parágrafo único); atentado violento ao pudor (art. 214 e sua combinação com o art. 223, caput e parágrafo único); epidemia com resultado morte (art. 267, § 1º); falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais (art. 273, caput e § 1º, § 1º-A e § 1º-B, com a redação dada pela Lei 9.677, de 2 de julho de 1998), bem como o crime de genocídio definido nos arts. 1º, 2º e 3º da Lei 2.889, de 1º de outubro de 1956, tentado ou consumado. Observe-

[4] MORAES, Alexandre; SMANIO, Gianpaolo Poggio. *Legislação penal especial*. 10ª ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 28.

se que, para fins do presente estudo, no que pertine a crimes hediondos, serão abordados apenas o estupro (art. 213 do CP) e o delito de estupro de vulnerável (art. 217 do mesmo Diploma).

Antes da edição da Lei 12.015/2009, prevalecia o entendimento no STF e STJ que eram crimes hediondos o estupro e o atentado violento ao pudor, ainda que nas formas simples, nas qualificadas, bem como os praticados com violência ficta. No entanto, com o advento da supracitada lei, tal divergência restou superada.

Portanto, as figuras simples e qualificadas do estupro são hediondas, haja vista as referências ao "caput" e também aos parágrafos do art. 213 do Código Penal. Em síntese, após a edição da Lei 12.015/2009, o crime de estupro passou a ser considerado hediondo em todas as suas modalidades, a saber: estupro simples (art. 213, caput), qualificado pela lesão corporal de natureza grave ou se a vítima é menor de 18 (dezoito) anos ou maior de 14 (catorze) anos (§ 1º do art. 213) e qualificado pelo resultado morte (§ 2º do art. 213), todos do Código Penal.

Registre-se que o novel crime definido no art. 213 do Código Penal, por ser mais benéfico para o réu, deve retroagir para alcançar todos aqueles que foram condenados por estupro e atentado violento ao pudor em concurso material contra a mesma vítima no mesmo contexto fático. Por sua vez, o art. 214 do Código Penal que descrevia o crime de atentado violento ao pudor sofreu expressa revogação. No entanto, essa conduta passou a ser elementar do novel art. 213 do Código Penal, sob a rubrica do estupro. Assim, melhor seria dizer que não houve *abolitio criminis* e sim, apenas revogação formal do art. 214 do Código Penal e, consequente readequação típica do tipo que prevê o delito de estupro.

Nessa esteira de entendimento, Fernando Capez sustenta que não houve *abolitio criminis*, e assim discorre: "Houve uma atipicidade meramente relativa, com a passagem de um tipo para o outro (em vez de atentado violento ao pudor, passou a configurar também estupro, com a mesma pena)".[5]

Conforme a doutrina de André Estefam, a conduta atinente ao atentado violento ao pudor foi inserida no tipo penal de estupro com o fito de buscar harmonização com o Estatuto de Roma, o qual prevê violência sexual contra

[5] CAPEZ, op. cit., p. 208.

pessoas de ambos os sexos.[6]

Nesse contexto, após a reforma penal, tanto o homem quanto a mulher podem ser autores e também vítimas de crime de estupro (delito bi-comum), pois além da conjunção carnal, os atos libidinosos diversos desta são elementos do tipo. Em razão da lacuna na lei, a doutrina discute qual a tipificação da violência sexual praticada contra vítima de 14 anos de idade no dia do aniversário. É possível defender o entendimento segundo o qual o agente deve responder por estupro qualificado (art. 213, § 1º, do CP) e não por estupro simples ou de vulnerável. Em sentido contrário: o agente pratica estupro simples.[7]

3. ESTUPRO DE VULNERÁVEL

Trata-se de crime comum, hediondo, e exige dolo específico. Tutela a dignidade sexual da vítima do sexo masculino ou feminino. Observe-se que as formas qualificadas são preterdolosas. O tipo penal vem transcrito a seguir, o que permite vislumbrar seus elementos constitutivos.[8]

O inciso VI da Lei 8.072/1990, o que acabou consolidando reiterados entendimentos do STF e STJ, expressamente prevê que o estupro de vulnerável, definido no art. 217-A do Código Penal, em todas as suas formas, é crime hediondo. Note-se que deixou de subsistir a presunção de violência nos crimes contra a dignidade sexual, tendo em vista que o art. 224 do Código Penal foi expressamente revogado pela Lei 12.015/2009. Por conseguinte, aquelas hipóteses de violência presumida, antes previstas no supracitado artigo, doravante são elementos do crime de estupro de vulnerável capitulado no art. 217- A do Código Penal.

Sobre esse crime, a doutrina discute sobre a possível ocorrência de *bis in idem*, uma vez que as circunstâncias mencionadas no art. 224 do Código Penal, a um só tempo, são elementares do tipo e também aumentam em

---

[6] ESTEFAM, op. cit., p. 24

[7] CUNHA, Rogério Sanches. *Comentários à reforma criminal de 2009*. São Paulo: RT, 2009, p. 37

8 Art. 217 - A. Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (cartoze) anos: Pena - reclusão, de 8 (oito) a 15 (quinze) anos.

§ 1º Incorre na mesma pena quem pratica as ações descritas no caput com alguém que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato, ou que, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência. § 2º (vetado).

§ 3º Se da conduta resulta lesão corporal de natureza grave: Pena - reclusão, de 10 (dez) a 20 (vinte) anos.

§ 4º Se da conduta resulta morte: Pena - reclusão, de 12 (doze) a 30 (trinta) anos.

metade a pena, o que significaria dupla punição em razão da idade.

No crime de estupro de vulnerável, o sujeito ativo pode ser homem ou mulher. Outrossim é irrelevante a discussão sobre a presunção de violência ou existência de violência ou grave ameaça contra a vítima. O estupro contra pessoa sem capacidade de resistir ou praticado com violência ficta não mais é descrito no art. 213, de sorte que foi inserido no art. 217-A, do Código Penal. Atente-se que a conjunção carnal com vítima cuja idade seja igual a 14 anos não poderá configurar estupro de vulnerável. Note-se que a conduta é típica por ser a vítima vulnerável (menor de 14 anos, enferma mental ou não oferece resistência), e não porque se presume a violência. Sobre a vulnerabilidade, Guilherme Nucci entende que se a vítima do estupro for criança, a vulnerabilidade é sempre absoluta, o que não ocorre em se tratando de vítima adolescente.[9]

4. CAUSA DE AUMENTO DE PENA PREVISTA NO ART. 9º DA LEI 8.072/1990

A Lei dos Crimes Hediondos ainda estabelece em seu art. 9º que "as penas fixadas no art. 6º para os crimes capitulados nos arts. 157, § 3º, 158, § 2º, 159, caput seus §§ 1º, 2º e 3º, 213, caput, e sua combinação com o art. 223, caput e parágrafo único, todos do Código Penal são acrescidos de metade, respeitado o limite superior que é de trinta anos de reclusão, estando a vítima em qualquer das hipóteses referidas no art. 224 também do Código Penal". No entanto, a causa de aumento de pena prevista no art. 9º da Lei dos Crimes Hediondos pode ser considerada tacitamente revogada, uma vez que o art. 7º da Lei 12.015/2009 revogou expressamente os arts. 214, 223 e 224, todos do Código Penal. Por seu turno, como esta lei é considerada *novatio legis in mellius*, deverá retroagir a fatos ocorridos antes de sua entrada em vigor.

Frise-se que a referida causa de aumento de pena não mais se aplica ao crime de estupro definido no art. 213 do CP. Assim, se a vítima for menor de 14 anos (catorze) anos, o tipo penal será aquele previsto no art. 217-A, do Código Penal (estupro de vulnerável). A presunção de violência está prevista no crime de estupro de vulnerável, sendo que as qualificadoras do estupro, lesão grave ou morte (antes previstas no art. 223, caput, e parágrafo único)

[9] NUCCI Guilherme de Souza. *Manual de direito penal*: parte geral: parte especial. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 829.

após a inovação legal, estão descritas nos parágrafos 1º e 2º do art. 213, todos do Código Penal. A jurisprudência do STJ é no seguinte sentido: tratando-se de fato anterior, cometido contra menor de 14 anos e com emprego de violência ou grave ameaça, deve retroagir o novo comando normativo do art. 217-A do CP por se mostrar mais benéfico ao acusado, *ex vi* do art. 2º, parágrafo único, do Código Penal.[10]

5. AÇÃO PENAL NOS CRIMES CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL

Antes da edição da Lei 12.015/2009, em regra, a ação penal era de iniciativa privada (queixa-crime).

Quando a vítima ou seus pais não pudessem prover as despesas do processo sem privar-se de recursos indispensáveis à manutenção própria ou da família, a ação era pública condicionada à representação do ofendido.

Antes da vigência da lei retrocitada, a ação penal era pública incondicionada nas seguintes situações: a) crime praticado com abuso do poder familiar, ou da qualidade de padrasto, tutor ou curador; b) ocorrência de lesão corporal grave, gravíssima ou morte, nos termos da Súmula 608 do STF, uma vez que não previstos nos capítulos anteriores.

Todavia, após o advento da novel Lei 12.015/2009, a ação penal nos crimes contra a dignidade sexual terá a seguinte configuração:

1 - em regra, a ação penal será pública condicionada à representação da vítima (maior de 18 anos), de seu representante legal ou sucessores, pois a lei preserva a vontade e a intimidade da vítima protegendo-a em relação ao escândalo do processo;

2 - se a vítima for menor de 18 (dezoito) anos, a ação penal será pública incondicionada;

3 - se a vítima for pessoa vulnerável, ou seja, menor de 14 (cartoze) anos ou alguém que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato, ou que, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência, a ação também será pública incondicionada. Assim, se um menor de dezoito anos (incluindo-se o menor de catorze, por óbvio) for vítima de um crime contra a dignidade sexual, a ação será pública incondicionada, independentemente de o sujeito ativo ser pai, tutor

[10] STJ, Resp. 1.102.005-SC, Rel. Min Félix Fischer, julgado em 29/9/2009.

ou curador da vítima;

4 - se resultar morte, lesão corporal grave ou gravíssima, continua sendo aplicado o enunciado da Súmula 608 do STF, vale dizer, a ação penal continua sendo pública incondicionada, inclusive com supedâneo no art. 101 do Código Penal, independentemente da idade da vítima. Ressalte-se, no entanto, que a hipótese em epígrafe não é pacífica na doutrina.

O revogado art. 223 do Código Penal estabelecia que se o fato resultasse lesão grave ou morte, a ação era pública incondicionada. Contudo, a ação penal continua sendo pública incondicionada, pois se a vítima for maior e capaz e vier a falecer sem deixar sucessor, o agente do crime restaria impune ante a impossibilidade de oferecimento da representação[11].

Conforme visto, a doutrina ainda diverge sobre a eficácia do enunciado da Súmula 608 do STF, editada nos seguintes termos "No crime de estupro, praticado com violência real, a ação penal é pública incondicionada". Decerto que é possível sustentar que a referida súmula não perdeu sua eficácia, uma vez que sua aplicação seria cabível quando houver violência real da qual resulte lesão grave ou morte da vítima maior de 18 anos. Todavia, para Guilherme Nucci e Paulo Rangel, o enunciado da Súmula 608 do STF passou a ter sua aplicação prejudicada após a Lei 12.015/2009, de sorte que o crime de estupro será sempre de ação penal pública incondicionada ou condicionada.[12]

Consoante se depreende, foi abolida a ação penal privada nos crimes contra a dignidade sexual, salvo na seguinte hipótese: inércia do Ministério Público quando a ação penal será privada subsidiária da pública. Porém, mesmo nessa hipótese, é cediço que a ação penal mantém a natureza pública. No escólio de Guilherme Nucci e Rogério Cunha, os fatos praticados antes da vigência da Lei 12.015/2009 continuam sendo regidos por ação penal privada.[13]

Em suma, a novel lei preserva, sobretudo a vontade e a dignidade da vítima já brutalizada pelo crime, a qual poderá exercer o direito de representação contra o seu algoz, ou se manter inerte para escapar do inevitável escândalo gerado pelo processo. Ressalte-se que a Lei 12.015/2009 revogou os art. 225 § 1°, I e II, do Código Penal e, assim, torna-se irrelevante a discussão acerca da situação de pobreza da vítima.

---

[11] RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*. 17ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 301-303.
[12] Idem, op. cit., p. 62-63; RANGEL, 2009, p. 304-306.
[13] NUCCI, op. cit., p. 839, apud CUNHA, op. cit., p. 63.

Frise-se que nos termos do art. 225, caput, do Código Penal, nos crimes previstos nos arts. 213 a 218-B, do mesmo Estatuto, a ação é pública condicionada à representação da vítima.

6. VEDAÇÕES À GRAÇA E AO INDULTO

De acordo com o art. 5º, XLIII, da Constituição Federal, os crimes hediondos e equiparados são insuscetíveis de anistia e graça. Todavia, reina controvérsia em sede doutrinária e jurisprudencial se a Lei 8.072/1990 teria ampliado aquela vedação alvitrada pelo legislador constituinte. Assim, a referida lei dispôs em seu art. 2º, I, que "os crimes hediondos e seus equiparados são insuscetíveis de anistia, graça e indulto".

Portanto, diante desse conflito entre a disposição constitucional e a legal, surgiram duas correntes no âmbito da jurisprudência e doutrina sobre a vedação ao indulto, a saber: a primeira posição sustenta que o art. 2º, I, da Lei 8.072/90 é inconstitucional. Assim, segundo o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça, o art. 2º, I, da Lei 8.072/1990 é inconstitucional porque o indulto seria espécie do gênero graça, passível de concessão exclusiva pelo Presidente da República, nos exatos termos do art. 84, XII, da CF.[14] Isso porque o legislador ordinário não poderia limitar o poder discricionário do Presidente da República para decidir sobre o indulto. No mesmo sentido é o magistério de Franco et. al., os quais entendem que o art. 2º, I, da Lei 8.072/1990 é inconstitucional, pois a lei ordinária não pode ampliar restrições estabelecidas na Constituição Federal.[15]

No entanto, outra posição entende que a vedação prevista no art. 2º, I, da Lei 8.072/1990 não afronta a Constituição Federal. Ressalte-se que se trata de entendimento predominante no Pretório Excelso e no STJ. Além disso, farta doutrina se alinha a esta posição, a saber: Damásio de Jesus, Fernando Capez, Moraes e Smanio, et. al.[16] Na esteira desse entendimento, a Constituição Federal, ao vedar a graça, automaticamente o fez em sentido amplo, o que alcançaria a proibição de graça em sentido estrito, de natureza individual, bem como o indulto, de caráter coletivo. Nesse diapasão, a lei ordinária apenas consagrou a disposição constitucional. Portanto, o constituinte já havia previsto as vedações ao indulto individual (graça),

[14] HC 81.565, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 22/03/02.
[15] SILVA FRANCO, op. cit., p. 163, et. al.
[16] DE JESUS, 1999.

bem como ao indulto coletivo. Nesse sentido, discorre Monteiro: "não seria lógico que no art. 5º, XLIII, a Constituição proibisse alguma coisa que no art. 84, XI, não estivesse prevista. Nem o dispositivo da Lei dos Crimes Hediondos é inconstitucional ao acrescentar o indulto, nem o dispositivo constitucional, omitindo-o, teria sido omisso".[17]

Consoante a referida posição, a graça é gênero do qual o indulto é espécie. Frise-se que, muito embora a Constituição Federal não vedasse expressamente o indulto; ao proibir de modo explícito a graça, o fez em seu sentido genérico e, por via de consequência, proibiu a graça em sentido estrito e o indulto.[18] Tanto é verdade que a Lei de Execução Penal, em seu art. 188, denomina a graça de indulto individual. Com efeito, temos a graça, que se trata de indulto individual, bem como o indulto coletivo. Tais benefícios são de competência privativa do Presidente da República, conforme art. 84, XII, da CF.

Nesse contexto, o chefe do Poder Executivo Federal poderá perdoar individualmente (graça ou indulto individual) ou coletivamente (indulto coletivo).

7. FIANÇA E LIBERDADE PROVISÓRIA

A fiança é uma caução real prestada durante a persecução penal consistente em depósito em dinheiro, pedras preciosas, títulos da dívida pública ou hipoteca inscrita em primeiro lugar. Seu objetivo é assegurar a liberdade do agente e garantir o pagamento de custas, multa e indenização em prol da vítima. A fiança é cabível na prisão em flagrante, porém não subsiste nas hipóteses de prisão temporária ou preventiva. O art. 5º, XLIII, da CF/1988 e a Lei 8.072/1990, em seu art. 2º, II, estatuem que os crimes hediondos e seus equiparados são inafiançáveis. O legislador ordinário, ao vedar a concessão de fiança para os agentes de crimes hediondos e equiparados, apenas reproduziu a vontade do constituinte**.** Assim**,** o legislador ordinário não pode autorizar a concessão de fiança nas hipóteses vedadas pela Constituição Federal. A liberdade provisória com fiança não é compatível com a prisão temporária e preventiva. Uma vez presentes os requisitos da prisão preventiva, não cabe liberdade provisória com ou sem fiança.

[17] MONTEIRO, Antonio Lopes. *Crimes hediondos*. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 142.
[18] STF, HC 81.407, DJ 22/02/02 e HC 77.528, DJ 22/10/99.

A liberdade provisória é um sucedâneo, ou seja, cuida-se de contra cautela da prisão em flagrante (válida), vale dizer, nos estritos termos do art. 302 do Código de Processo Penal. Quando o flagrante for ilegal, o autor do fato simplesmente será colocado em plena liberdade (não há vinculação ao processo) em razão do relaxamento. Contudo, quando a prisão em flagrante for válida, converte-se em preventiva se presentes seus requisitos. Caso a preventiva seja decretada em razão da presença de seus requisitos, porém estes deixarem de subsistir, deverá ser revogada e, o autor do fato simplesmente será colocado em plena liberdade. Caso a preventiva seja decretada na ausência de seus requisitos deverá ser relaxada; ou se estes deixarem de subsistirem, mas o juiz não a revogar, torna-se ilegal, o que impõe o relaxamento. Note-se que a liberdade provisória sem fiança e com vinculação é cabível nas seguintes hipóteses, a saber: art. 310, caput e parágrafo único, e 350, todos do Código de Processo Penal e art. 69, parágrafo único da Lei 9.099/1995. Nas referidas situações, o juiz deve conceder liberdade provisória ao agente preso em flagrante, ainda que reincidente e de maus antecedentes, uma vez ausentes os requisitos da prisão preventiva. Com efeito, a liberdade provisória com ou sem fiança pode substituir a prisão em flagrante.

A disposição do art. 310 do Código de Processo Penal não se aplica para o agente preso em flagrante pela prática dos seguintes crimes: contra a economia popular, de sonegação fiscal, praticados por organizações criminosas e de lavagem de dinheiro.

Ressalte-se que a Lei 6.416/1977 deu nova redação ao art. 310, parágrafo único, o que possibilitou ao juiz conceder liberdade provisória sem fiança aos delitos para os quais não cabia a caução (arts. 323 e 324, do CPP) e também para os delitos inafiançáveis. A liberdade provisória sem fiança e sem vinculação ocorre na hipótese do art. 321 do Código de Processo Penal (réu se livra solto). A liberdade provisória com vinculação e sem fiança se verifica na hipótese do art. 350 do Código de Processo Penal. Por fim, a liberdade provisória com vinculação e com fiança se configura nas hipóteses previstas nos arts. 323 e 324, do mesmo Diploma adjetivo.

Consoante se deflui do exposto, é curiosa e contraditória, data vênia, a opção legislativa de conceder liberdade provisória sem o ônus da fiança nas infrações mais graves e, a um só tempo, exigir a caução para os delitos menos graves. Nesse sentido, como nos delitos mais graves o agente pode ser beneficiado com liberdade provisória sem fiança, como, por exemplo, nos crimes hediondos, *a fortiori*, deveria caber a mesma medida para as outras

infrações menos graves em decorrência do princípio da proporcionalidade. Assim, a liberdade com fiança é admitida para crimes menos graves, ao passo que a liberdade provisória sem fiança é possível para delitos de maior apenação. O agente que tem direito à liberdade provisória com fiança, em regra, também terá direito à liberdade provisória sem fiança. Note-se que a utilização da fiança foi reduzida porque vários delitos inafiançáveis admitem liberdade provisória sem fiança. Portanto, o art. 310 e seu parágrafo único do Código de Processo Penal comportam liberdade provisória sem prestação de fiança para qualquer crime, afiançável ou não, desde que o preso em flagrante tenha agido sob o manto de excludente de ilicitude ou quando ausentes os requisitos da segregação preventiva. Com efeito, se ausentes os requisitos da prisão preventiva em decorrência da prática de crime afiançável ou não, o juiz deve conceder liberdade provisória sem fiança, apenas vinculada ao comparecimento a todos os atos do processo, sob pena de revogação do benefício. A concessão de liberdade provisória sem fiança é menos onerosa do que permanecer em liberdade prestando fiança. Isso porque a prestação de fiança está sujeita às restrições previstas nos arts. 323 a 349 do Estatuto Adjetivo. Nesse contexto, para se obter a liberdade provisória com fiança o beneficiário deve satisfazer aos requisitos previstos nos arts. 327 e 328 do Código de Processo Penal. Contudo, para se obter a liberdade provisória sem fiança basta comparecer a todos os atos do processo, sob pena de revogação do benefício.

Discute-se se a infiançabilidade de um delito prevista no texto da Constituição Federal, por si só, gera a automática e implícita vedação à liberdade provisória. A respeito, duas posições podem ser expostas: o STF já reconheceu que a vedação à fiança gera automaticamente proibição à liberdade provisória. Em outras palavras, segundo o STF, é patente a impossibilidade de concessão de liberdade provisória sem fiança (art. 310 do CPP) aos delitos hediondos e equiparados em razão da inafiançabilidade constitucional prevista para os aludidos crimes. Assim, a concessão da liberdade provisória estaria condicionada à prestação de fiança.[19]

Adotando este entendimento, o enunciado da Súmula 697 do STF permaneceria vigente, com a seguinte redação: "A proibição da liberdade provisória nos processos por crimes hediondos não veda o relaxamento da prisão processual por excesso de prazo". Nesse mesmo sentido também

[19] STF, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, 1ª T., DJ 25/08/06 e STF, HC 89.068-RN, Rel. Min. Carlos Britto, DJ. 28/11/06.

decidiu o STJ, senão vejamos: a vedação de concessão de liberdade provisória, com ou sem fiança, na hipótese de crimes hediondos, encontra amparo no art. 5º, LXVI, da CF, que prevê a inafiançabilidade de tais infrações; assim, a mudança do art. 2º da Lei 8.072/1990, operada pela Lei 11.464/2007, não viabiliza tal benesse, conforme entendimento sufragado pelo Pretório Excelso e acompanhado por esta Corte".[20]

Todavia, a doutrina majoritária entende que a inafiançabilidade de uma infração, por si só, não veda a liberdade provisória. A inafiançabilidade, seja a prevista na Constituição (v.g., ação de grupos armados contra a ordem constitucional e o racismo), seja a expressa na lei (v.g., arts. 323 e 324 do CPP, crimes financeiros punidos com reclusão, crime organizado, hediondos e seus equiparados) não tem o condão de justificarem, por si sós, a manutenção da prisão em flagrante, uma vez ausentes os requisitos da prisão preventiva, sob pena de ferir o princípio constitucional da presunção de inocência. Assim, Eugênio Pacelli sustenta que nos termos do art. 310, parágrafo único do Código de Processo Penal, é possível a concessão de liberdade provisória para os crimes inafiançáveis de racismo, hediondos e tortura.[21]

O art. 2º, II, da Lei 8.072/1990, em sua redação original, alargou a restrição prevista pelo constituinte, uma vez que vedou até mesmo a liberdade provisória sem fiança, por exemplo, ao preso em flagrante; ao contrário da CF, que proibiu somente a fiança. Nesses termos, é possível a concessão da liberdade provisória sem fiança ao agente preso em flagrante pela suposta prática de crime hediondo, portanto, inafiançável, caso ausentes os requisitos para a decretação da prisão preventiva.

Nesse sentido, o enunciado da Súmula 697 do STF estaria superado porque é possível conceder liberdade provisória sem fiança ao réu, se ausentes os requisitos do art. 312 do Código de Processo Penal.

A doutrina favorável à vedação à liberdade provisória sem fiança argumentava sua posição na simples leitura do art. 5º, LXVI, da CF, o qual prevê que "ninguém será levado à prisão ou nela mantido quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança". Assim, a liberdade provisória não deve ser afastada em razão unicamente da hediondez. Portanto, ao contrário da posição do STF, o constituinte, conforme se infere, apenas vedou a concessão de fiança para os delitos hediondos e equiparados,

[20] HC 85.261/SP, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, 5ª T., DJ 07/04/08.

[21] STJ, RHC nº 5.691/RJ, Rel. Min. Fernando Gonçalves, DJU 23/06/1997) e OLIVEIRA (2009, p. 475, 485 e 490); GOMES, 2005, p. 254.

porém não proibiu a liberdade provisória para tais crimes inafiançáveis. Com efeito, a Constituição Federal afasta a concessão da liberdade provisória com fiança para os crimes hediondos ou assemelhados, mas não impõe restrição à liberdade provisória sem fiança.

Ressalte-se que a lei que trata do crime inafiançável de tortura, ao contrário da redação original da Lei 8.072/1990, proibiu somente a fiança, pois já admitia desde a sua edição a liberdade provisória sem fiança (art. 1º, § 6º da Lei 9.455/1997). Assim, a liberdade provisória sem fiança prevista no supracitado dispositivo legal se estende inclusive para quem praticou tortura antes de 29.03.2007.

Contudo, a discussão restou superada, porquanto a Lei 11.464/2007, muito embora silente acerca da liberdade provisória, deu nova redação ao supracitado dispositivo legal ao revogar a vedação a este benefício. Portanto, tornou-se possível a concessão de liberdade provisória sem fiança (art. 310, caput e parágrafo único, do CPP) quando ausentes os requisitos da prisão preventiva mesmo para os autores de crimes hediondos e assemelhados.

Nessa esteira de entendimento, a nova lei somente veda a liberdade provisória sem fiança, todavia a admite sem prestação de fiança. Com efeito, é cabível a incidência do art. 310, parágrafo único, do Código de Processo Penal, razão pela qual, a novel lei é mais benéfica (art. 5º, XL, da CF). No entanto, uma vez mantida a proibição à fiança, não seria possível o juiz conceder liberdade provisória com a exigência de fiança. Assim, nada obstaria a concessão da liberdade provisória sem prestação de fiança nos crimes hediondos e equiparados.

Frise-se que o constituinte não vedou a concessão da liberdade provisória para os autores de crimes hediondos e seus equiparados. A proibição legislativa automática e antecipada de liberdade provisória sem fiança para os agentes de crimes hediondos e seus equiparados ofendia os princípios da presunção da inocência e da individualização da pena.

Destarte, à vista do exposto, o Poder Legislativo viola o princípio da separação de poderes ao proibir de modo automático o Judiciário de avaliar (livre convencimento) a possibilidade de conceder liberdade provisória. O legislador estaria antecipando o juízo de culpabilidade do réu e afastando o juiz de sua competência para tutelar o direito de liberdade. Por essas razões, cabe somente ao juiz, e não ao legislador, decidir sobre a concessão da liberdade provisória ante as peculiaridades de cada caso.

Por sua vez, no que pertine ao cabimento da liberdade provisória na Lei

Antidrogas, duas posições podem ser sustentadas: a primeira entende que a Lei 11.464/2007 é um diploma geral e posterior, o que derroga o art. 44 da Lei 11.343/2006, o qual veda a concessão da liberdade provisória para os crimes nela previstos (art. 33, caput, e § 1º e arts. 34 a 37).

Portanto, em que pese a inafiançabilidade do tráfico de drogas, seria possível a concessão da liberdade provisória se ausentes os requisitos da prisão preventiva.[22] Assim, com o advento da Lei 11.464/2007, o art. 44, caput, da Lei Antidrogas, que em sua redação veda a liberdade provisória, sofreu revogação, conforme se lê a seguir.[23]

> A nosso juízo, outra não poderia ser a solução: tratando-se de lei posterior, a legislação anterior com ela incompatível restaria revogada, de tal modo que também para os crimes de tráfico de drogas deve ser cabível a concessão de liberdade provisória. No entanto, já há decisões não aceitando a tese. Argumentam que a relação entre as citadas leis seria de especialidade, sendo a legislação dos crimes de drogas (Lei 11.343/06) especial e a dos crimes hediondos (Lei 8.072/90, com a nova redação) norma geral (Ver STF - HC 83.291/SP, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, decisão monocrática, DJ 06. 06. 2007.

Por sua vez, a segunda corrente sustenta que, conquanto a Lei 11.343/2006 tenha revogado a parte final do inciso II, do art. 2º da Lei dos Crimes Hediondos, prevalece a vedação à liberdade provisória, uma vez que referida proibição decorre, por si só, da própria inafiançabilidade prevista no art. 5º, XLIII, da CF/88. Ademais, a proibição à liberdade provisória permanece em razão da especialidade da Lei Antidrogas.[24]

8. PROGRESSÃO DE REGIME

Em sua redação original, o art. 2°, § 1°, da Lei 8.072/1990 previu que as penas para os crimes hediondos e seus equiparados deveriam ser cumpridas, do início ao fim, em regime integralmente fechado. Assim, estava vedada

[22] Informativos 499, 508, 559 e 573, todos do STF.
[23] OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo* Penal. 6ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 492.
[24] STF, HC 100.742/SC.

a progressão do regime de cumprimento de pena privativa de liberdade, independentemente do quantum da pena aplicada (ainda que inferior a oito anos).

A discussão acerca da constitucionalidade do supracitado dispositivo legal era evidente. Os argumentos favoráveis à constitucionalidade da vedação à progressão de regime fechado para semiaberto e aberto eram os seguintes: o legislador ordinário apenas regulamentou o art. 5º, XLVI, da Constituição Federal, o qual dispõe que "a lei regulará a individualização da pena...." Nesse sentido, caberia ao juiz da condenação individualizar a pena na dosimetria (arts. 59, I e II e 68, todos do CP), embora lhe fosse subtraída a possibilidade da sua individualização na fase de execução. Ademais, o legislador ordinário apenas cumpriu a vontade do constituinte.

No entanto, há posição francamente oposta à anterior sustentando que a vedação à progressão de regime, sem dúvida, infringe os princípios da individualização da pena e da dignidade da pessoa humana. Ademais, o legislador ordinário, ao vedar de modo automático e abstrato a progressão de regime para todo condenado por crime hediondo e assemelhado, estaria também afastando a discricionariedade do juiz para avaliar sua concessão em cada caso. Desse modo, a pena era sempre cumprida integralmente em regime fechado, vale dizer, haveria sanção padronizada. A adoção desse entendimento, no entanto, viola os princípios da individualização da pena e da separação dos poderes. Conforme se nota, o constituinte não vedou a progressão de regime para os crimes hediondos e seus equiparados.

Como é cediço, a individualização da pena deve ocorrer em três fases, a saber: legislativa, judicial e durante a execução penal. Antes da edição da Lei 11.464/2007, a jurisprudência e a doutrina garantista entendiam que a progressão de regime deveria ser regulada pelo art. 112 da Lei de Execução Penal, a exemplo do que ocorre para os crimes não hediondos. Em suma, deveria haver isonomia no que pertine à progressão de regime para autores de crimes hediondos e assemelhados em relação aos demais delitos.

Por óbvio, a adoção do regime integralmente fechado despreza a função ressocializadora da pena porque inviabiliza a reintegração gradativa do condenado à sociedade. A progressão de regime é essencial para recuperar a autoestima do sentenciado colocado em local sabidamente impróprio e falido para propiciar sua reinserção à sociedade ao término da pena. Como é cediço, a pena não possui apenas a função expiatória ou retributiva.

Nesse contexto, o juiz da condenação não tinha discricionariedade

para fixar na dosimetria o regime inicial de cumprimento da pena. Em idêntico prisma, ao juiz da execução era vedada a possibilidade de conceder a progressão de regime, conquanto seja evidente que referido benefício, por excelência, manifesta seu momento culminante durante o cumprimento da pena.

Acrescente-se que o art. 83, V, do Código Penal, prevê o livramento condicional se o apenado não for reincidente específico em crimes hediondos e equiparados, o que mostra nítida incongruência com a vedação de progressão de regime prevista no art. 2º, § 1º, II, da Lei dos Crimes Hediondos.

Observe-se, ainda, que a Lei 9.455/1997 dispõe em seu art. 1º, § 7º que o condenado por crime de tortura, salvo na hipótese do § 2º (tipo omissivo), iniciará o cumprimento da pena em regime fechado. Nesse sentido, esta disposição legal mais benéfica derrogou a vedação à liberdade provisória atinente ao crime de tortura, que estava prevista na redação original do art. 2º, II, da Lei 8.072/1990.[25] Aqui possui inteira aplicação o art. 2º, § 1º, da Lei de Introdução ao Código Civil.

Com efeito, parte da doutrina defendia o entendimento segundo o qual a possibilidade de progressão de regime prevista na Lei de Tortura deveria ser também estendida para os crimes hediondos, bem como aos delitos de tráfico de entorpecentes e terrorismo. Dessa forma, o art. 2º, II, da Lei 8.072/1990 estaria derrogado tacitamente. Isso porque, como a lei permite a progressão de regime para o crime de tortura, o qual é equiparado a hediondo, inafiançável e insuscetível de graça e anistia, não haveria razão plausível para vedá-la para os delitos hediondos. No entanto, o enunciado da Súmula 698 do STF veio a estabelecer que "não se estende aos demais crimes hediondos a admissibilidade de progressão no regime de execução da pena aplicada ao crime de tortura". Todavia, somente em 23/02/2006, por apertada maioria de seis votos a cinco, no julgamento do HC nº 82.959/SP, o Plenário do STF, em controle incidental, declarou a inconstitucionalidade do regime integralmente fechado previsto no art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/1990.[26]

No julgamento daquele habeas corpus, o STF, em nome da segurança jurídica e do excepcional interesse social, aplicou por analogia, o art. 27 da Lei 9.868/1999 que, até então, era exclusivo do controle concentrado

[25] STJ, Recurso Especial nº 140.617-GO. Rel. Min. Vicente Cernicchiaro, 12/09/97, 6ª T.
[26] Informativo 418 do STF.

proposto por ADI ou ADC ao Pretório Excelso. Vale lembrar que, conforme a doutrina clássica, o controle difuso somente pode ter efeito inter partes.

Por outro lado, ao contrário do que é típico ocorrer no controle difuso, não houve suspensão da execução do art. 2º, II, da Lei 8.072/90 mediante resolução do Senado Federal, a teor do disposto no art. 52, X, da CF. Trata-se de mutação constitucional, leia-se, mudança apenas na interpretação sobre o aludido dispositivo, cuja redação não sofreu qualquer alteração, revelada pela dispensa de manifestação do Senado Federal no controle difuso em tela.

Nesse sentido, de acordo com a expressão de Fredie Didier Junior, trata-se do controle difuso abstrativizado em razão da eficácia *erga omnes* e efeitos vinculantes.[27] Dessa forma, após a declaração de inconstitucionalidade daquele dispositivo legal pelo STF, a qual possuiria efeitos *ex nunc* e eficácia *erga omnes*, o STF apenas comunicou ao Senado Federal referida suspensão para que fosse publicada no Diário do Congresso Nacional. É cediço que os efeitos não retroativos, na hipótese em comento, têm o condão de afastar a possibilidade de indenizações para condenados a regime integralmente fechado. Desta feita, diante da declaração de inconstitucionalidade pelo STF, não tardou para que o STJ e alguns Tribunais de Justiça também seguissem aquela mesma decisão passando a conceder a progressão de regime para condenados por crimes hediondos e equiparados, com fulcro no art. 112 da Lei de Execução Penal.[28] Por força das razões expostas, o enunciado da Súmula 698 do STF restou prejudicado.

Nesse contexto, após o julgamento daquele HC, podemos inferir que a progressão de regime para os supracitados condenados era regrada pelos arts. 66, III, b e 112 da Lei de Execução Penal. Em síntese, caberia ao juiz avaliar a possibilidade de progressão de regime em cada caso.

Observe-se que a progressão de regime já era admitida pela jurisprudência mesmo antes da edição da Lei 11.464/2007, desde que o condenado atendesse aos requisitos objetivos e subjetivos. Por outro lado, mesmo após as supracitadas decisões, muitos operadores do direito continuavam a abonar a tese segundo a qual a vedação legal automática à progressão de regime restou incólume. Portanto, entendia-se que aquela declaração de

[27] WAMBIER, Teresa; NERY JR., Nelson. *Transformações do recurso extraordinário*: aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e assuntos afins. São Paulo: RT, 2006, p. 104-121.

[28] Rcl. 4.335-AC, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 1º/2/2007, noticiado no Informativo STF, nº 454, 1º e 2º de fevereiro de 2007.

STJ, REsp 759808/RJ, 5ª T., Rel. Min. Laurita Vaz, DJU de 28/05/2007, p. 393, j. em 24/04/2007.

inconstitucionalidade *incidenter tantum* não era suficiente para vincular juízes e tribunais, uma vez que a vedação à progressão de regime, no caso concreto, ainda era fundamentada no art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/1990.

Nesse sentido, argumentava-se que aquela decisão do STF apenas teria efeitos *inter partes* e não *erga omnes*. Nesses termos, o juízo da execução estaria impedido de conceder a progressão de regime, o que afrontava o princípio da proporcionalidade, uma vez que não se pode tratar de modo idêntico os autores de crimes hediondos e equiparados em relação aos agentes que praticam os demais delitos.

Posteriormente, o STF decidiu que cabe ao Juízo da Execução Penal valorar o pedido de progressão de cada condenado, o que norteia a individualização da pena.[29] Assim, em face dessa colossal controvérsia, o legislador ordinário premido pela necessidade de espancar dúvidas e discussões, resolveu seguir o teor da decisão do STF exarada no julgamento daquele habeas corpus e, para tanto, editou a Lei 11.464/2007.

A referida lei modificou a redação do art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/1990 estatuindo que a pena por crime previsto neste artigo será cumprida inicialmente em regime fechado. Observe-se, ainda, que o art. 12 do Código Penal afasta a aplicação do art. 33, § 2º, do mesmo diploma. Por conseguinte, impõe-se regime inicial fechado ainda que a pena aplicada seja inferior a oito anos ou mesmo que o réu seja primário ou com bons antecedentes. Por outro lado, não caberá a progressão de regime se o sentenciado não preencher os requisitos legais objetivos e subjetivos (bom comportamento). Sem dúvida, o enunciado da Súmula 698 do STF teve sua aplicação prejudicada em razão dessa inovação legal. A referida Lei, embora silencie sobre requisito de ordem subjetiva, estabeleceu dois requisitos objetivos para a progressão de regime: cumprimento de 2/5 (dois quintos) da pena, se o apenado for primário; e de 3/5 (três quintos), se reincidente.

À vista do exposto, uma dúvida aqui se põe: qual seria o requisito objetivo a ser adotado para o agente que foi condenado por crime hediondo ou equiparado praticado antes da data da publicação da novel Lei, ou seja, antes de 28/03/2007?

Assim, a dúvida consiste em saber se a Lei 11.464/07, que possibilitou a progressão em crimes hediondos ou equiparados, conquanto fixasse prazo mais dilatado em relação aos demais delitos, poderia ser aplicada para aqueles

[29] STF, Pleno-HC nº 88.930-1/RS, Rel. Min. Celso de Melo, Diário da Justiça, Seção I, 26/06/06, p. 17.

que tivessem cumprido 1/6 de suas penas no momento de sua edição. Por isso, é relevante perscrutar se Lei 11.464/07 é considerada *novatio legis in pejus.* Assim, duas posições podem ser expostas, senão vejamos:

A primeira entende que a Lei 11.464/2007 é lei penal posterior mais grave do que a de Execução Penal (art. 112, LEP), uma vez que estabelece prazos mais dilatados, porquanto maiores que um sexto, no que concerne à progressão de regime para os condenados por crimes hediondos e assemelhados.

Como é cediço, a lei penal mais severa é irretroativa, conforme preceitua o art. 5º, XL, da CF/88, razão pela qual o agente que praticar crime hediondo ou assemelhado a partir de 28/03/2007, por óbvio, estará sujeito aos requisitos temporais da Lei 11.464/2007. Assim, segundo essa posição, caso o agente tenha cometido crime hediondo ou equiparado até a aludida data, incide a progressão de regime de cumprimento de pena, desde que obedeça ao art. 33 do Código Penal e tenha cumprido 1/6 da pena nos termos do art. 112 da Lei de Execução Penal. Nesse caso, como a Lei 11.464/2007 é mais grave, será irretroativa e; portanto, não poderá ser aplicada aos fatos ocorridos até 28 de março de 2007. [30]

Por óbvio, se o agente tiver cometido crime hediondo ou equiparado a partir do dia 29 de março de 2007, aplica-se o art. 2º, § 2º, da Lei 8.072/1990, com a redação dada pela Lei 11.464/2007, a saber: a) se o apenado for primário, fará jus à progressão de regime após cumprimento de 2/5 (dois quintos) da pena; b) se o apenado for reincidente, só fará jus à progressão de regime após cumprimento de 3/5 (três quintos) da pena. Em síntese, a nova lei somente se aplica para os casos futuros, vale dizer, crimes hediondos ou equiparados cometidos a partir de 29 de março de 2007, devendo os fatos anteriores a esta data ser regidos pelo art. 112 da Lei de Execução Penal. Trata-se da aplicação da Teoria da Atividade definida no art. 4º do Código Penal.

Essa primeira posição, inclusive, encontra fundamento na Súmula Vinculante nº 26, que assim dispõe: "Para efeito de progressão de regime no cumprimento de pena por crime hediondo, ou equiparado, o juízo da execução observará a inconstitucionalidade do art. 2º da Lei 8.072/1990, de 25 de julho de 1990, sem prejuízo de avaliar se o condenado preenche, ou não, os requisitos objetivos e subjetivos do benefício, podendo determinar,

[30] Informativo 537 do STF.

para tal fim, de modo fundamentado, a realização de exame criminológico". Ressalte-se, ainda, que o STF, mesmo antes da edição da Lei 11.464/2007, já permitia a progressão de regime, desde que observados os requisitos previstos nos artigos 33 do Código Penal, bem como o art. 112 da Lei de Execução Penal.[31] Saliente-se que em relação aos delitos diversos dos hediondos e equiparados, a progressão de regime permanece regulada pelo art. 112 da Lei de Execução Penal.

De outra banda, a segunda posição defende a benignidade da Lei 11.464/2007, uma vez que, ao contrário da Lei 8.072/1990, estabeleceu expressamente a possibilidade de progressão de regime. Ademais, a declaração de inconstitucionalidade proferida pelo STF no julgamento do HC nº 82.959/SP não possui eficácia *erga omnes*. Portanto, trata-se de *novatio legis in mellius*, a qual se aplica retroativamente para fatos praticados antes de sua vigência, nos termos do art. 5º, XL, da CF/88.

Nesse contexto, o enunciado da Súmula 698 do STF não restaria afastado, razão pela qual o art. 112 da Lei de Execução Penal teria ultratividade para resguardar os agentes que praticaram delitos, inclusive hediondos e equiparados antes da edição da Lei 11.464/2007. Todavia, note-se que a segunda posição não pode ser adotada em razão da Súmula Vinculante 26.

Acrescente-se que para o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, é possível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos em relação aos fatos ocorridos antes da vigência da Lei 11.343/2006. Do mesmo modo, é cabível a progressão de regime para os fatos ocorridos antes da edição da Lei 11.343/06, desde que cumprido 1/6 da pena (art. 112 da LEP).

9. APELAÇÃO EM LIBERDADE

A Constituição Federal em seu art. 5º, LVII, dispõe que "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória". Assim, para atender à imposição constitucional, o art. 594 do Código de Processo Penal, com a redação dada pela Lei 5.941/73, foi expressamente revogado pela Lei 11.719/2008. O aludido dispositivo de lei dispunha o seguinte: "o réu não poderá apelar sem recolher-se à prisão, ou prestar fiança, salvo se for primário e de bons antecedentes, assim

[31] STF, HC 94025, 1ª T., Rel. Min. Menezes Direito, DJ 01/08/08.

reconhecido na sentença condenatória, ou condenado por crime de que se livre solto".

Decerto que a referida disposição legal não foi recepcionada pela nova ordem constitucional, uma vez que concedia o direito de apelar em liberdade tão somente ao réu primário e com bons antecedentes, aquele que prestasse fiança, bem como ao condenado por infração de que se livrava solto.

Conforme se depreende, o recolhimento à prisão era um efeito automático, ou seja, obrigatório da condenação em 1ª instância para os seguintes réus: a) primário com maus antecedentes; b) reincidentes; c) que praticava infração inafiançável. Nesse contexto, ainda que não houvesse necessidade para a decretação da prisão cautelar, a apelação em liberdade estava vedada para os réus retrocitados.

Em outras palavras, o réu que respondia ao processo em liberdade, sendo decretada sua prisão na sentença, somente poderia apelar caso se recolhesse ao cárcere. Ademais, conforme preceituava o art. 595 do CPP, a fuga do réu, estando preso, após a interposição da apelação tornava deserto tal recurso. Segundo Fernando Capez, o referido dispositivo foi revogado tacitamente, pois o conhecimento da apelação não pode estar condicionado ao recolhimento do acusado à prisão.[32] Destarte, o mesmo preceptivo legal, por violar os princípios constitucionais da ampla defesa e do duplo grau de jurisdição, deve ser considerado não recepcionado.

Na lição abalizada de Scarance Fernandes, o art. 594 do Código de Processo Penal afrontava o princípio do duplo grau de jurisdição, e especialmente, a isonomia processual, posto que não colocava óbices ao recurso da acusação.[33] Nesse sentido, em razão do princípio da presunção de inocência, seria salutar adotar o seguinte entendimento doutrinário: se o acusado estiver solto durante a instrução criminal e, o juiz vier a prolatar sentença condenatória recorrível, a prisão preventiva não será automática, pois somente poderá ser decretada se presentes seus requisitos. Destarte, a apelação em liberdade somente é vedada se presentes os requisitos da prisão preventiva, independentemente de o acusado ser reincidente ou ostentar maus antecedentes. Ao revés, se o acusado permaneceu preso durante a instrução criminal por força de prisão preventiva, o juiz, se vier a proferir sentença condenatória, em regra, o réu recorre preso, salvo se não mais

[32] CAPEZ, 2009, p. 473.

[33] FERNANDES, 2007, p. 344.

subsistirem os requisitos da custódia preventiva. Nesse contexto, é possível que o acusado recorra em liberdade mesmo após ser condenado em primeira instância, desde que desapareçam os requisitos que ensejaram a decretação da segregação cautelar.

A toda evidência, o art. 594 do Código de Processo Penal instituía uma espécie de prisão provisória para réu apelante que não fosse primário e de bons antecedentes. Assim, o juiz impunha, como condição para a admissibilidade da apelação, o recolhimento do réu à prisão, o que afrontava a presunção de inocência reinante antes do trânsito em julgado da condenação. Por conseguinte, se ausentes os requisitos da segregação preventiva, não pode ser admitido o recolhimento do réu à prisão para apelar, ainda que seja reincidente e de maus antecedentes. Ademais, o recolhimento à prisão não pode ser um efeito automático da condenação, mormente porque a sentença ainda pode ser anulada ou reformada.

O art. 2º, § 3º, da Lei 8.072/1990 dispõe que "em caso de sentença condenatória o juiz decidirá fundamentadamente se o réu poderá apelar em liberdade". Destarte, de acordo com esta equivocada dicção legal, a regra geral é a proibição de o réu condenado por crime hediondo (ou equiparado) apelar solto, o que fere a ampla defesa. Assim, conforme o preceptivo legal, o réu somente, leia-se, excepcionalmente, poderá apelar em liberdade se o juiz assim o decidir de modo fundamentado. Portanto, a regra seria o recolhimento do réu ao cárcere como condição para o recebimento da apelação. Consoante se infere, a lei expressamente impõe ao juiz o dever de fundamentação somente quando sua decisão admitir o apelo em liberdade. Assim, de acordo com a literalidade do art. 2º, § 3º, da Lei dos Crimes Hediondos, o juiz deverá fundamentar a decisão quando conceder a liberdade, mas não aquela que determinar a prisão para recorrer. Ora, toda decisão judicial, mormente quando restringe o direito à liberdade, deve ser sempre fundamentada, sob pena de nulidade. Com a devida vênia, a exigência legal de fundamentação da decisão judicial seria mera redundância.

Note-se, ainda, que após a reforma processual introduzida pelas Leis nº 11.689/2008 e 11.719/2008, somente subsistem como modalidades de prisões provisórias, a segregação temporária, em flagrante delito e a preventiva.[34] Com efeito, a anacrônica prisão decorrente exclusivamente da pronúncia e aquela derivada unicamente da condenação recorrível não

[34] AVENA, op. cit.., p. 776; RANGEL, 2009, p. 727-731.

mais subsistem porque não apresentam a marca da cautelaridade. As duas prisões retrocitadas não resguardavam a higidez do processo e impunham uma espécie de execução provisória de pena ao acusado presumido inocente pela própria CF/88.[35]

Dessa forma, o vigente art. 2º, § 3º, da Lei 8.072/1990, data vênia, deveria ser expresso com a seguinte redação, senão vejamos: em caso de sentença condenatória, o réu apela em liberdade, salvo se presentes os requisitos da prisão preventiva. Nesse sentido, a regra geral é o réu apelar solto, salvo se o juiz fundamentadamente declinar a existência dos requisitos que autorizam a prisão preventiva, vale dizer, *fumus comissi delicti* e *periculum libertatis*. A propósito, no âmbito da legislação penal especial, percebe-se que o art. 31 da Lei 7.492/1986 é o mais consentâneo com o princípio da presunção de inocência.

Em síntese, o réu, ainda que seja reincidente e de maus antecedentes, terá o direito de apelar em liberdade da condenação se ausentes os requisitos da segregação cautelar. E uma vez preso em razão dos requisitos da prisão preventiva, sua fuga depois da apelação não pode impedir o recebimento de tal recurso.[36] Nesse sentido, em nome do direito constitucional à liberdade, o réu deverá apelar em liberdade, o que significa o oposto daquilo preconizado no supracitado dispositivo. A proibição de o réu apelar em liberdade não pode decorrer única e exclusivamente da condenação, posto que prepondera o princípio da presunção de inocência.[37] Ademais, o enunciado da Súmula 347 do STJ, editada em 23/04/2008, dispõe que o conhecimento de recurso de apelação do réu independe de sua prisão. Nesse diapasão, o art. 8, 2, h, da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) prevê que toda pessoa condenada tem o direito de recorrer da sentença para juiz ou tribunal superior. Como se vê, embora o duplo grau de jurisdição não seja princípio expresso na Constituição Federal, trata-se de garantia insculpida naquela Convenção. Com efeito, sua incorporação ao ordenamento jurídico brasileiro modifica a legislação ordinária que lhe for anterior.[38]

Seguindo a mesma trilha, a Lei 11.719/2008 acrescentou o seguinte

[35] JARDIM,Afrânio Silva.*Direito processual penal*. 8ª ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 276.

[36] HC 83.810, Rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 05/03/2009.

[37] Informativos 534 e 535 do STF.

[38] STF, HC 88420/PR, j. 17/04/2007, DJ 08/06/2007, p. 37.

parágrafo ao art. 387 do Código de Processo Penal: "O juiz decidirá, fundamentadamente, sobre a manutenção ou, se for o caso, imposição de prisão preventiva ou de outra medida cautelar, sem prejuízo do conhecimento da apelação que vier a ser interposta". Portanto, ainda que o juiz mantenha ou decrete a prisão preventiva na ocasião da sentença condenatória, o conhecimento da apelação, em razão daquela decisão, por si só, não será prejudicado.

Acrescente-se que, segundo a doutrina, o art. 2º, § 3º, da Lei 8.072/1990 foi tacitamente revogado pelo art. 387, parágrafo único do CPP. Note-se que o art. 2º, § 3º da Lei Antidrogas deveria seguir o mesmo entendimento.[39] Assim, a prisão aplicada na sentença penal condenatória recorrível não pode assumir a natureza de execução provisória de pena privativa de liberdade e somente pode ser decretada se presentes os requisitos da prisão preventiva.

Ante o exposto, pode-se concluir que a aplicação do enunciado da Súmula 9 do Superior Tribunal de Justiça, a qual reza que "a exigência de prisão provisória para apelar, não ofende a garantia constitucional da presunção de inocência", deve merecer nova leitura porque o recolhimento à prisão não pode ser uma condição de admissibilidade do recurso de apelação, razão pela qual a prisão para recorrer somente se admite se ostentar natureza cautelar.

A prisão preventiva somente poderá ser decretada ou mantida quando estiverem presentes ou subsistirem os seus pressupostos e fundamentos. O juiz deve revogar a custódia quando se tornarem insubsistentes seus requisitos. Com efeito, a decretação da prisão preventiva em razão da reincidência ou dos maus antecedentes quando ausentes seus requisitos, configura execução antecipada de pena a quem é presumido inocente por disposição da própria Constituição Federal.[40]

A garantia da ordem pública e econômica, em razão de serem expressões de conteúdo aberto e indeterminado, não são fundamentos tipicamente cautelares para a decretação da prisão preventiva. Estes requisitos não tutelam efetivamente a persecução penal, vale dizer, não são adequados para afastar situações da realidade (v.g. condutas praticadas pelo investigado ou acusado) que possam causar riscos ao regular andamento e efetividade da investigação ou processo. Assim, parte da doutrina entende que somente a conveniência

[39] GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. *Legislação penal especial*. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 21-22.

[40] STF, 2ª T., HC 89754/BA, Rel. Min. Celso de Mello, j. 13/02/2007, DJ 27/04/2007, p. 106.

da instrução criminal e a asseguração da aplicação da lei penal (para evitar a fuga) são os fundamentos essencialmente cautelares para a decretação da custódia cautelar.[41] Nesse sentido, a prisão preventiva somente poderia ser decretada quando houver necessidade fundada na preservação da instrução criminal ou para assegurar o cumprimento da lei penal.

10. CONCLUSÃO

Com o advento da Lei 12.015/2009, o crime de estupro passou a ser hediondo em todas as suas formas, o que afasta as antigas divergências na doutrina e jurisprudência sobre o seu caráter hediondo. Não obstante a isso, a Lei 12.015/2009 criou o crime de estupro de vulnerável que é hediondo em todas as suas formas, o que também encerra a controvérsia acerca da hediondez. Ademais, houve revogação da presunção de violência prevista no art. 224 do Código Penal. A ação penal nos crimes contra a dignidade sexual, em regra, passa a ser pública condicionada à representação.

Ante o exposto, observamos que a Lei dos Crimes Hediondos, em sua redação original, continha dispositivos de duvidosa constitucionalidade, tais como, as vedações à liberdade provisória e à progressão de regime. Tais proibições afrontavam os princípios da presunção de inocência, individualização e humanização da pena.

Todavia, a partir da edição da Lei 11.464/2007 foram estabelecidos prazos mais longos para a progressão de regime para os agentes condenados por crimes hediondos ou equiparados.

A liberdade provisória, não obstante a inafiançabilidade, deve ser concedida aos agentes de crimes hediondos ou equiparados quando ausentes os requisitos da prisão preventiva. A Lei 11.464/2007 aboliu a vedação à liberdade provisória da redação original da Lei dos Crimes Hediondos, o que provocou parcial esvaziamento do instituto da fiança.

O réu, ainda que seja reincidente e de maus antecedentes, terá o direito de apelar em liberdade se ausentes os requisitos daquela medida cautelar. Por fim, com o advento da minirreforma processual, os requisitos da prisão preventiva são parâmetros essenciais para se aferir a necessidade da privação cautelar da liberdade.

[41] DELMANTO (2008, p. 102-103); TOURINHO FILHO (2010, p. 863).

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AULETE, Caldas. *Dicionário contemporâneo da língua portuguesa*. 8ª ed. Rio de Janeiro: Delta, 1987.
AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. *Processo penal esquematizado*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2009.
CAPEZ, Fernando. Curso de Direito Penal*: Legislação penal especial.* 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
CUNHA, Rogério Sanches. *Comentários à reforma criminal de 2009*. São Paulo: RT, 2009, p. 37
DE JESUS, Damásio E. *Novíssimas questões criminais*. 3ª ed. São Paulo: RT, 1999.
DELMANTO, Fábio Machado de Almeida. *Medidas substitutivas e alternativas à prisão cautelar.* Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
ESTEFAM, André; [et. al.]. *Reforma penal*. São Paulo: Saraiva, 2010.
FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*. 5ª ed. São Paulo: RT, 2007.
FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo dicionário da língua portuguesa.* 2ª ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1998.
GOMES, Luiz Flávio. *Direito processual penal*. São Paulo: RT, 2005, v. 6ª
GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. *Legislação penal especial*. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
JARDIM, Afrânio da Silva. *Direito processual penal*. 8ª ed. rev.atual. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
MONTEIRO, Antonio Lopes. *Crimes hediondos*. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
MORAES, Alexandre de; SMANIO, Gianpaolo Poggio. *Legislação penal especial*. 10ª ed. São Paulo: Atlas, 2008.
NUCCI Guilherme de Souza. *Código penal comentado*. 3ª ed. São Paulo: RT, 2010.
_____. *Crimes contra a dignidade sexual: comentários à Lei 12.015, de 7 de agosto de 2009*. São Paulo: RT, 2009.
_____. *Manual de direito penal:* parte geral: parte especial. 6ª ed. São Paulo:RT, 2007.
OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 6ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.
RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*. 17ª ed. Rio de Janeiro: Lumen

Juris, 2009.
SILVA FRANCO, Alberto. *Crimes hediondos*. 6ª ed. RT: São Paulo, 2007.
TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Código de processo penal comentado*. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, V.1.
WAMBIER, Teresa; NERY JR., Nelson. *Transformações do recurso extraordinário*: aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e assuntos afins. São Paulo: RT, 2006.