

# O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE SOBRE O MANDADO DE CRIMINALIZAÇÃO DOS CRIMES HEDIONDOS: UMA ANÁLISE SOBRE A COMPATIBILIDADE MATERIAL ENTRE O ARTIGO 5º, INCISO XLIII, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA E A LEI Nº 8.072/90

Gustavo Henrique de Andrade Cordeiro<sup>1</sup>

## RESUMO

Este artigo pretende realizar o controle de constitucionalidade sobre o mandado de criminalização de tratamento penal mais recrudescido determinado pelo poder constituinte originário contra os crimes hediondos, aferindo, assim, a compatibilidade material entre o artigo 5º, inciso XLIII, da Constituição da República e a Lei nº 8.072/90, identificando-se lacuna legislativa na classificação do homicídio como crime hediondo, na redação original da Lei nº 8.072/90. A inclusão parcial do homicídio qualificado nesse rol, por meio da Lei nº 8.930/94, não resolveu totalmente a questão, remanescendo a necessidade de inclusão do homicídio simples também como hediondo. Além disso, o texto aponta outra situação de inconstitucionalidade relacionada à pena mínima de seis anos de reclusão para o homicídio simples, permitindo o regime semiaberto. O trabalho também aborda a insegurança jurídica quanto ao regime inicial fechado para condenações por crimes hediondos.

**Palavras-chave:** Crimes hediondos; mandado de criminalização; controle de constitucionalidade; proporcionalidade; proibição da proteção insuficiente.

## ABSTRACT

This article intends to carry out constitutionality control over the criminalization order of the most severe criminal treatment determined by the original constituent power against heinous crimes, thus assessing the material compatibility between article 5, item XLIII, of the Constitution of the Republic and the Law nº 8,072/90, identifying a legislative gap in the classification of homicide as a heinous crime, in the original wording of Law nº 8,072/90. The partial inclusion of qualified homicide in this list, through Law No. 8,930/94, did not fully resolve the issue, leaving the need to include simple homicide also as heinous. Furthermore, the text points out another situation of unconstitutionality related to the minimum sentence of six years in prison for simple homicide, allowing the semi-open regime. The work also addresses legal uncertainty regarding the initial closed regime for convictions for heinous crimes.

**Keywords:** Heinous crimes; criminalization warrant; constitutionality control; proportionality; prohibition of insufficient protection

## INTRODUÇÃO

---

<sup>1</sup> Doutor em Direito pela Instituição Toledo de Ensino (ITE). Mestre em Direito pelo Centro Universitário Eurípides de Marília (UNIVEM). Promotor de Justiça no Ministério Público do Estado de São Paulo. Professor titular do Centro Universitário Eurípides de Marília (UNIVEM). Vice-Líder do Grupo de Pesquisa DiFuSo - Direitos Fundamentais Sociais. Coordenador do Grupo de Estudos de Marília 'João Batista de Santana' da Associação Paulista do Ministério Público.

A década de 1990 testemunhou uma série de mudanças sociais e econômicas no Brasil, refletindo-se também no âmbito jurídico. A crescente preocupação com a criminalidade, especialmente crimes violentos e de grande repercussão, impulsionou a formulação de políticas mais severas. Nesse contexto, a Lei de Crimes Hediondos emergiu como uma resposta legislativa que visava a conter a escalada da criminalidade, em especial casos que chocavam a opinião pública.

Contudo, a origem da Lei de Crimes Hediondos é permeada por controvérsias. O sequestro do empresário Abílio Diniz, ocorrido em dezembro de 1989, desempenhou um papel significativo na pressão para a criação de uma legislação criminal mais rigorosa. Embora o caso tenha proporcionado intensa comoção social e sensação coletiva de insegurança, tornou-se também um catalisador para a implementação de medidas legais que, posteriormente, geraram debates sobre proporcionalidade, direitos fundamentais e eficácia no sistema penal.

Neste contexto, é fundamental questionar se a Lei de Crimes Hediondos, ao buscar conter a criminalidade, conseguiu, de fato, atingir seus objetivos sem comprometer princípios fundamentais do Estado Democrático de Direito. A análise crítica proposta neste artigo busca lançar luz sobre as implicações e desdobramentos dessa legislação, promovendo uma reflexão sobre o equilíbrio necessário entre a busca pela segurança pública e a preservação dos direitos individuais.

Diante desse contexto, é imperativo questionar a efetividade das medidas legislativas adotadas para erradicar os comportamentos considerados hediondos pelo legislador constituinte, prescrutando se a legislação criminal brasileira, em especial a Lei nº 8.072/90, atentou-se verdadeiramente ao mandamento de criminalização contido no artigo 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, em um exercício de controle de constitucionalidade sobre essa norma penal.

Para isso, será adotado um enfoque metodológico que se baseará principalmente em pesquisa bibliográfica, abrangendo autores que dissertaram sobre o tema principal e assuntos correlatos. O método dedutivo será empregado como estratégia para a análise crítica dos elementos apresentados, proporcionando uma compreensão mais aprofundada das implicações jurídicas e sociais desse importante precedente no cenário internacional.

## 1. OS MANDAMENTOS CONSTITUCIONAIS DE CRIMINALIZAÇÃO: UMA NECESSÁRIA INTRODUÇÃO CONCEITUAL

Os mandamentos de criminalização, também chamados de mandados de penalização, podem ser definidos como ordens, determinadas pelo legislador constituinte, dirigidas, verticalmente, ao legislador ordinário, determinando que este defina certos comportamentos humanos considerados significativamente reprováveis como crimes, com a respectiva cominação de penas mais rigorosas em seus preceitos secundários.

Longe de se tratar de uma recomendação ou de uma sugestão de penalização de determinados comportamentos, os mandados de penalização, na verdade, encerram a qualidade de *ordem* potestativa e vinculante, emitida pelo poder constituinte, com fundamento no princípio da supremacia da Constituição, endereçada ao legislador ordinário, para que aquela conduta censurável seja tipificada como infração penal, cujo atendimento é obrigatório e cuja inobservância caracterizaria uma situação de inconstitucionalidade, por omissão.

Em outras palavras,

[...] os mandados de criminalização indicam matérias sobre as quais o legislador ordinário não tem a faculdade de legislar, mas a obrigatoriedade de tratar, protegendo determinados bens ou interesses de forma adequada e, dentro do possível, integral. (Ponte, 2008, p. 152).

Ilustrativamente, ao prever que “a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei”, o artigo 5º, inciso XLII, da Constituição Federal, enuncia um mandamento expresso de criminalização que impõe ao legislador ordinário que tipifique comportamentos criminosos que configurem racismo, com o estabelecimento de um regime punitivo diferenciado aos atos racistas, que contemple penas de reclusão, a impossibilidade de liberdade provisória com fiança e jamais permita a extinção da punibilidade de seus agentes pela prescrição.

Portanto, os mandamentos de criminalização constituem “[...] uma das faces da proteção dos direitos fundamentais, criando um novo papel para as sanções penais e para a relação entre o Direito Penal e a Constituição.” (Moraes, 2014, p. 59).

Os mandamentos de criminalização, entretanto, embora sejam mais usualmente identificados a partir do texto constitucional, também podem ser prescritos por *tratados internacionais* que determinem aos países subscritores a tipificação de determinadas condutas atentatórias aos direitos humanos em suas legislações internas, assim como a cominação de penas suficientemente satisfatórias, a ponto de bem tutelar o objeto jurídico que se pretende proteger, com efeito dissuasório em relação àquele comportamento criminoso.

Se, por um lado, a supremacia da Constituição se reveste de eficácia normativa, dirige e limita a liberdade de conformação da legislação ordinária, as convenções internacionais de direitos humanos, como se verá mais adiante, também têm superioridade normativa em relação à legislação interna de cada país, o que faz com que os mandados de criminalização previstos em tais documentos internacionais, longe de meras recomendações, tenham inquestionável coercibilidade sobre sua ordem jurídica ordinária.

Reconhecendo o fenômeno dos mandamentos de criminalização em tratados internacionais de direitos humanos, André de Carvalho Ramos (2006, n/p) ensina que:

O direito internacional dos direitos humanos possui uma relação dual com o direito penal e processual penal. Ao mesmo tempo em que pugna pela proporcionalidade, legalidade estrita, anterioridade das penas, zelo às garantias dos acusados (devido processo legal, presunção de inocência etc.) e outros, é cada vez mais evidente a existência de uma faceta punitiva, que ordena aos Estados que tipifiquem e punam criminalmente os autores de violações de direitos humanos. (...). Assim, vários tratados internacionais de direitos humanos possuem dispositivos que exigem dos Estados a criminalização de determinadas condutas ofensivas aos direitos neles mencionados. Além disso, não é de hoje que as instâncias judiciais e quase-judiciais de defesa de direitos humanos extraem, pela via hermenêutica, dos textos internacionais um dever de investigar e punir criminalmente aqueles que violaram os direitos humanos. Obviamente, este dever exige também que o Estado tipifique penalmente a conduta impugnada para que possa investigar e punir (decorrência lógica).

Há, todavia, é bem verdade, autores que discordam da assimilação da existência de mandamentos de criminalização extraídos do texto constitucional e de tratados internacionais de direitos humanos, a exemplo de Dimitri Dimoulis (2005, p. 112), para quem parece inconcebível “castigar em nome dos direitos humanos”, revelando-se repreensível, sob sua óptica, responder à violência exercida contra os direitos humanos com outra violência, a saber, a

criminalização de condutas, uma forma inadvertida de se tutelar os bens jurídicos em jogo.

Em sentido oposto, afirma Luciano Feldens (2005, p. 31):

Ainda que por um lado se repila veementemente a ideia de um Direito Penal a funcionar como instrumento, mesmo que auxiliar, na realização (perspectiva positiva) de políticas públicas e sociais, ao veraz argumento de que outros instrumentos mais apropriados, e menos invasivos, se projetam a tal finalidade, por outro, deposita-se nessa disciplina jurídica, hialina e inegavelmente, a missão de coibir (perspectiva negativa) aquelas condutas que revelem hipótese de dano- ou mesmo ameaça de sua ocorrência – a bens ou interesses que se mostram vitais à sociedade como tal.

De qualquer forma, de todo oportuna a defesa dos mandamentos de criminalização em tratados internacionais de Jaceguara Dantas da Silva Passos (2011, p. 103) frente à objeção sustentada por autores refratários àquele instituto:

[...] assegurar a efetividade dos mandados de criminalização, com a conseqüente punição dos violadores dos Direitos Humanos mediante a tutela penal, não é forma de vingança, mas sim a utilização dos meios necessários para o respeito de relevantes bens jurídicos e diminuição dos abusos.

Assim, “[...] nasce um novo paradigma da relação entre o direito penal e a proteção dos direitos humanos, de ênfase na proteção da vítima e na punição dos algozes.” (Ramos, 2006, n/p).

A Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 5 de outubro de 1988, considerada analítica e prolixa, devido aos seus 250 artigos em vigor, foi generosa na definição de um extenso rol de direitos fundamentais, topograficamente alocados já no início de seu texto, o que evidencia a preocupação do legislador constituinte com a defesa da liberdade, da igualdade e da dignidade da pessoa humana, mercê da supressão de direitos vivenciada na experiência autocrática imediatamente anterior à sua publicação.

Seguindo, assim, a tradição dos textos constitucionais pátrios antecedentes e latino-americanos, o atual texto magno brasileiro também previu mandamentos expressos de criminalização em seu bojo, muitos deles situados em seu título II, denominado “Dos direitos e garantias fundamentais”, capítulo I (dos direitos e deveres individuais e coletivos), precisamente no artigo 5º, revestidos, portanto, da condição de cláusulas pétreas, à luz do que estabelece

o seu artigo 60, §4º, inciso IV, o que reforça a convicção de que tais comandos, longe de serem consideradas ordens *punitivistas* aleatórias, têm, a rigor, por propósito a proteção eficiente e suficiente de direitos fundamentais reputados de maior esplendor e, portanto, dignos de um regime protetivo diferenciado.

Nesse sentido, o magistério de Salo de Carvalho (2015, p. 466):

Delineou-se o conceito de Constituição Penal para demarcar as opções no âmbito do direito penal e processual penal realizadas pelos constituintes de 1987, as quais se diferenciam nitidamente da tradição histórica do constitucionalismo brasileiro. A constante dos textos constitucionais em matéria de direito penal e processual penal, até o advento da Constituição de 1988, era restringir a intervenção, ou seja, o escopo era demarcar rígidos limites de incidência do poder punitivo através de normas e princípios negativos, seguindo a tradição liberal de tutela dos direitos e garantias individuais. No entanto a presença de normas com projeção incriminadora na Carta Constitucional de 1988 (Constituição Penal dirigente) redimensiona a estrutura do direito penal, estabelecendo verdadeiros paradoxos, notadamente o da coexistência de normas garantidoras (limitativas) e de normas incriminadoras (projetivas) em único estatuto.

A propósito, ao se debruçar sobre os mandados de criminalização da Constituição da República Federativa do Brasil, Luiz Luisi (2003, p. 58) foi por demais farta na função de propulsão da interferência criminal, com numerosas cláusulas que ordenam apenações, afora outras que impõem tratamento severo e extraordinário a certas modalidades de delitos<sup>2</sup>.

---

<sup>2</sup> Com maiores minudências, "A Constituição brasileira de 1988 manteve incólume os princípios penais do Estado liberal, e introduziu uma série de normas visando ampliar a presença do direito penal. Convém acentuar que as Constituições contemporâneas têm sido moderadas ao impor ao legislador ordinário esse alargamento da tutela penal. A Lei Fundamental da República alemã se limita a impor no seu art. 26, I, a apenação do atentado à convivência pacífica dos povos, e a preparação de uma guerra de agressão. A Constituição italiana ordena que seja punida isto é, criminalizada "qualquer violência física ou moral a quem quer que esteja submetido a uma restrição da liberdade", em seu art. II, 4. A Constituição espanhola vigente contém três cláusulas de criminalização, a saber: uma relativa ao meio ambiente (art. 45/3), outra concernente à proteção do "patrimônio histórico, cultural e artístico dos povos da Espanha" (art. 46) e uma terceira relativa a abusos da prerrogativa atribuída a órgãos do Estado de suspensão de determinados direitos individuais (art. 55/2). A nossa vigente Lei Magna foi nesta função de "propulsão" por demais farta. Numerosas as cláusulas que ordenam apenações, afora outras que impõem tratamento severo e extraordinário a certas modalidades de delitos. Em seu art. 5.º, a nossa Constituição dispõe no inc. XLI que "a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais". No inc. XLII do mesmo artigo está prescrito que "a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível sujeito à pena de reclusão nos termos da lei". No inc. XLIV do mesmo artigo está previsto constituir crime inafiançável e imprescritível a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado democrático. E o inc. XLIII dispõe 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". Também relevante, como norma pleonasticamente criminalizadora, a contida no § 3.º do art. 192 da Carta Magna (LGL\1988\3). No referido art. está disposto que a cobrança de juros superiores a 12% ao ano "será conceituada como crime de

A propósito do tema, com grande poder de síntese, ensina René Ariel Dotti (2011, n/p):

A Carta Política de 1988 prevê o que a doutrina chama de "mandatos constitucionais de criminalização", valendo como exemplos os seguintes casos: (a) discriminação atentatória dos direitos e das liberdades fundamentais; (b) prática do racismo; (c) tortura; (d) tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins; (e) terrorismo; (f) os crimes definidos como hediondos; (g) a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático; (h) a retenção dolosa do salário do trabalhador; (i) o abuso do poder econômico; (j) o abuso, violência e exploração sexual da criança e do adolescente; (k) as condutas e atividades lesivas ao meio ambiente (art. 5.º, XLI, XLII, XLIII, XLIV; art. 7.º, X; art. 173, § 4.º; art. 227, § 4.º e art. 225, § 3.º, da CF.

Definido o conceito de *mandamentos de criminalização*, assim como identificados a Constituição da República e os tratados internacionais de direitos humanos como suas fontes primárias, impende, doravante, debruçar-se sobre os contornos do controle de constitucionalidade incidente sobre as leis penais pela Suprema Corte brasileira, com especial atenção ao princípio da *proporcionalidade*.

## **2. O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE SOBRE AS LEIS PENAIS**

Como o objeto deste artigo é a realização do controle de constitucionalidade do mandamento de criminalização insculpido no artigo 5º, inciso XLIII, da Constituição da República, é necessário direcionar o enfoque do trabalho aos critérios estabelecidos pela doutrina e, especialmente, pelo Supremo Tribunal Federal, para a aferição da *constitucionalidade* das leis penais e processuais penais brasileiras.

O Estado de Direito, como não se olvida, foi desenvolvido sob a premissa maior de limitar dos abusos do poder público e, ao mesmo tempo, potencializar o direito à liberdade de seus cidadãos, como contraponto às práticas do Estado

---

usura, punido, em todas as suas modalidades, nos termos que a lei determinar". Merece, ainda, especial referência, no concernente às indicações criminalizadoras contidas na nossa Constituição o previsto no § 3.º do art. 225 que determina fiquem sujeitos os que praticarem condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente, "pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados". Por fim, ainda, se deve ressaltar a norma contida no art. 228 da Carta Magna (LGL\1988\3) de 1988, que versa sobre a maioria penal." (Luisi, 1996, n/p).

Absolutista, razão pela qual o primado da *lei* se estabeleceu como a garantia de um critério objetivo que evitaria o desencadeamento de tratamentos privilegiados ou persecutórios em relação às pessoas da comunidade, consagrando o que se convencionou denominar de *Rule of law*.

De fato, a grande contribuição da instituição do Estado de Direito ao direito penal, sob os holofotes do iluminismo, foi o estabelecimento do princípio da *legalidade*, ao estabelecer que somente poderiam ser consideradas infrações penais aquelas previamente tipificadas em uma *lei*, em sentido estrito, aprovada pelo Poder Legislativo e sancionada pelo Poder Executivo, assim como somente essa espécie legislativa poderia definir suas respectivas penas:

Em termos bem esquemáticos, pode-se dizer que, pelo princípio da legalidade, a elaboração de normas incriminadoras é função exclusiva da lei, isto é, nenhum fato pode ser considerado crime e nenhuma pena criminal pode ser aplicada sem que antes da ocorrência desse fato exista uma lei definindo-o como crime e cominando-lhe a sanção correspondente. A lei deve definir com precisão e de forma cristalina a conduta proibida<sup>3</sup> (Bitencourt, 2022, p. 96).

Assim, estabelecido o princípio da legalidade como fundamento elementar do direito penal, “[...] cabe ao Estado – por intermédio de sua política criminal – programar politicamente as decisões sobre a forma que o controle penal será aplicado a fim de prevenir condutas socialmente nocivas.” (Gavião Filho; Lyra, 2021, n/p).

Ocorre que, com o fenômeno da *constitucionalização* do direito penal, fruto do *neoconstitucionalismo*, que consolidou as ideias de supremacia e de força normativa da Constituição, a política-criminal do Estado, notadamente no que concerne à conformação legislativa, passa a sofrer uma relevante limitação, deixando de ser absolutamente discricionária para ter seu exercício condicionado aos valores constitucionalmente consagrados, assim, o direito penal somente pode intervir para a proteção dos mais importantes valores

---

<sup>3</sup> A esse respeito, Bitencourt (2022, p. 96) aprofunda o seu pensamento: “A gravidade dos meios que o Estado emprega na repressão do delito, a drástica intervenção nos direitos mais elementares e, por isso mesmo, fundamentais da pessoa, o caráter de ultima ratio que esta intervenção deve ter, impõem necessariamente a busca de um princípio que controle o poder punitivo estatal e que confine sua aplicação em limites que excluam toda arbitrariedade e excesso do poder punitivo. O princípio da legalidade constitui uma efetiva limitação ao poder punitivo estatal. Embora seja hoje um princípio fundamental do Direito Penal, seu reconhecimento percorreu um longo processo, com avanços e recuos, não passando, muitas vezes, de simples “fachada formal” de determinados Estados. Feuerbach, no início do século XIX, consagrou o princípio da legalidade através da fórmula latina *nullum crimen, nulla poena sine lege*. O princípio da legalidade é um imperativo que não admite desvios nem exceções e representa uma conquista da consciência jurídica que obedece a exigências de justiça, que somente os regimes totalitários o têm negado”.

constitucionais e sempre da forma menos invasiva à liberdade de seus cidadãos. Vale dizer, “[...] a penalidade, por limitar drasticamente os direitos fundamentais (Oliveira, 2018, p. 205), necessita de uma legitimação constitucional.” (Oliveira, 2018, p. 213-224).

Em síntese,

[...] a política criminal se encontra vinculada à dogmática penal limitada pelo conteúdo material dos valores e princípios constitucionais que, além de gozarem de consenso e aceitação, configuram a convivência entre o político bem comum e a dignidade humana. (Gavião Filho; Lyra, 2021, n/p).

Esse fenômeno ressignificou o princípio da legalidade, a partir do Estado Democrático de Direito, subordinando a legitimidade das leis penais e processuais penais não apenas à existência de uma lei formalmente aprovada que tipifique comportamentos criminosos e estabeleça sanções penais, mas, especialmente, à sua conformidade com a Constituição e, igualmente, com os tratados internacionais de direitos humanos:

Isso significa dizer que o império da lei, a base filosófica do Estado de Direito, não se contenta com a simples edição de uma lei advinda do legislador, porque não se acredita na suficiência da entidade da lei, aspecto caro ao formalismo jurídico e a escola positivista do direito. Ao contrário, a lei e sua correta interpretação pedem obediência para além do enunciado normativo: a Constituição e declarações internacionais de direitos humanos (legalidade material) - (Gavião Filho; Lyra, 2021, n/p)<sup>4</sup>.

É precisamente nesse momento histórico que, segundo Anizio Pires Gavião Filho e José Francisco Dias da Costa Lyra (2021, n/p), emerge o princípio da *proporcionalidade* como princípio fundamental e regulador da política penal do Estado, atuando sob as instâncias de controle legislativo e jurisdicional das normas penais, harmonizando as exigências preventivas e punitivas da sociedade, com as liberdades individuais, na incessante busca pela segurança social.

---

<sup>4</sup> Anizio Pires Gavião Filho e José Francisco Dias da Costa Lyra (2021, n/p) aprofundam o pensamento exposto, da seguinte forma: “Por isso, medidas coercitivas e ameaças de sanção, intervenções necessárias na vida social, mas severas do ponto de vista das liberdades fundamentais, encontram limites no direito constitucional, o fundamento normativo e democrático do direito penal substantivo (Kudlich, 2018, p. 85). No limite, tendo-se a liberdade como valor primordial do Estado, a segurança necessária – outro valor fundamental – deve ser prestada com o mínimo de restrição possível, em respeito à dignidade da pessoa humana (Kudlich, 2018, p. 88), possibilitando-se a efetiva participação de todos os cidadãos na vida política, econômica e social, ou seja, o máximo possível de bem-estar”.

Sobre o princípio em questão, apregoa Pierpaolo Cruz Bottini (2010, n/p) que

[...] a proporcionalidade - para o injusto culpável - caracteriza-se como o princípio que qualifica a pena aplicada de acordo com a gravidade do comportamento ou de seu resultado”, esclarecendo, ainda, que “sua relação com a dignidade humana é patente porque a aplicação da pena de forma desproporcional determina a restrição exagerada do campo de liberdade, e desequilibra a dialética da política criminal em favor de seus aspectos repressivos.

A propósito, a estrutura normativa do princípio da *proporcionalidade*, segundo a doutrina clássica, é composta por três subprincípios: a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito (Ávila, 2009, p. 166). Em outras palavras,

Conjuga-se, pois, a união harmônica de três fatores essenciais: a) adequação teleológica: todo ato estatal passa a ter uma finalidade política ditada não por princípios do próprio administrador, legislador ou juiz, mas sim por valores éticos deduzidos da Constituição Federal — vedação do arbítrio (Übermassverbot); b) necessidade (Erforderlichkeit): o meio não pode exceder os limites indispensáveis e menos lesivos possíveis à conservação do fim legítimo que se pretende; c) proporcionalidade “stricto sensu”: todo representante do Estado está, ao mesmo tempo, obrigado a fazer uso de meios adequados e de abster-se de utilizar meios ou recursos desproporcionais. (Bitencourt, 2022, p.139).

Portanto, para que o direito penal interfira na esfera dos direitos fundamentais de seus cidadãos, deverá aferir a presença os seguintes vetores: i) *adequação*, analisando se o direito penal é um instrumento apto a alcançar a proteção do bem jurídico em exame, a retribuição do fato praticado e a prevenção geral e especial em relação ao crime; ii) *necessidade*, avaliando se realmente é necessária a intervenção do direito penal ao caso à baila, tendo em vista o seu caráter subsidiário e fragmentário; e iii) *proporcionalidade em sentido estrito*, isto é, aferindo se os benefícios a serem alcançados com a seleção do comportamento humano como criminoso (efetiva proteção do bem jurídico, prevenção e retribuição) devem ser maiores que os custos sociais dessa escolha – sacrifício aos direitos fundamentais dos potenciais infratores e aos interesses da própria sociedade.

Neste diapasão, nota-se que a transformação de um comportamento humano em infração penal, invariavelmente, impõe à coletividade uma indiscutível limitação, que somente será legítima se for compensada por uma efetiva vantagem: a eficaz proteção do direito fundamental tutelado pelo novel tipo penal; é dizer: a criação de tipos penais incriminadores deve ser

efetivamente *compensadora* para a sociedade, logo, não é dado ao direito penal lastreado em premissas verdadeiramente democráticas cogitar incriminar comportamentos que tragam mais temor, ônus e limitação social do que efetivos benefícios à sociedade. Vale dizer:

Para concluir, com base no princípio da proporcionalidade é que se pode afirmar que um sistema penal somente estará justificado quando a soma das violências — crimes, vinganças e punições arbitrárias — que ele pode prevenir for superior à das violências constituídas pelas penas que cominar. Enfim, é indispensável que os direitos fundamentais do cidadão sejam considerados indisponíveis (e intocáveis), afastados da livre disposição do Estado, que, além de respeitá-los, deve garanti-los. (Bitencourt, 2022, p. 144).

A aplicação do princípio da proporcionalidade sobre o direito penal, a propósito, apresenta-se por duas faces: a proibição da hipertrofia punitiva (*Übermassverbot*)<sup>5</sup> e a proibição da proteção insuficiente (*Untermassverbot*)<sup>6</sup>.

Se, por um lado, o Estado tem o dever de não se exceder em seus meios de punição, por outro, conforme Claus-Wilhelm Canaris (2003, n/p), também assume o intransigível compromisso constitucional de tutelar os direitos

---

<sup>5</sup> Nesse sentido, "Com efeito, as ideias do Iluminismo e do Direito Natural diminuíram o autoritarismo do Estado, assegurando ao indivíduo um novo espaço na ordem social. Essa orientação, que libertou o indivíduo das velhas e autoritárias relações medievais, implica necessariamente a recusa de qualquer forma de intervenção ou punição desnecessária ou exagerada. A mudança filosófica de concepção do indivíduo, do Estado e da sociedade impôs, desde então, maior respeito à dignidade humana e a consequente proibição de excesso. Nessa mesma orientação filosófica inserem-se os princípios garantistas, como o da proporcionalidade, o da razoabilidade e o da lesividade" (Bitencourt, 2022, p. 139).

<sup>6</sup> A propósito do tema, afirma Ingo Sarlet (2011, n/p): "Na seara do direito penal (e isto vale tanto para o direito penal material quanto para o processo penal), resulta – como já referido – inequívoca a vinculação entre os deveres de proteção (isto é, a função dos direitos fundamentais como imperativos de tutela) e a teoria da proteção dos bens jurídicos fundamentais, como elemento legitimador da intervenção do Estado nesta seara, assim como não mais se questiona seriamente, apenas para referir outro aspecto, a necessária e correlata aplicação do princípio da proporcionalidade e da interpretação conforme a Constituição. Com efeito, para a efetivação de seu dever de proteção, o Estado – por meio de um dos seus órgãos ou agentes – pode acabar por afetar de modo desproporcional um direito fundamental (inclusive o direito de quem esteja sendo acusado da violação de direitos fundamentais de terceiros). Esta hipótese corresponde às aplicações correntes do princípio da proporcionalidade como critério de controle de constitucionalidade das medidas restritivas de direitos fundamentais que, nesta perspectiva, atuam como direitos de defesa, no sentido de proibições de intervenção (portanto, de direitos subjetivos em sentido negativo, se assim preferirmos). O princípio da proporcionalidade atua, neste plano (o da proibição de excesso), como um dos principais limites às limitações dos direitos fundamentais, o que também já é de todos conhecido e dispensa, por ora, maior elucidação. Por outro lado, o Estado – também na esfera penal – poderá frustrar o seu dever de proteção atuando de modo insuficiente (isto é, ficando aquém dos níveis mínimos de proteção constitucionalmente exigidos) ou mesmo deixando de atuar, hipótese, por sua vez, vinculada (pelo menos em boa parte) à problemática das omissões inconstitucionais. É nesse sentido que – como contraponto à assim designada proibição de excesso – expressiva doutrina e inclusive jurisprudência têm admitido a existência daquilo que se convencionou batizar de proibição de insuficiência (no sentido de insuficiente implementação dos deveres de proteção do Estado e como tradução livre do alemão *Untermassverbot*)".

fundamentais de seus cidadãos de forma eficaz e suficiente, de sorte que sua omissão ou a adoção de medidas parciais e insuficientes para a adequada proteção de tais direitos se revela *inconstitucional*, por afronta ao princípio da proporcionalidade.

Nesse sentido, a proibição da proteção insuficiente pode ser considerada uma operação que permite ao intérprete da norma penal aferir se um ato ou uma omissão (total ou parcial) do Estado vulnera um direito fundamental a que ele deve proteger, a exemplo da descriminalização do homicídio, que se revelaria inconstitucional diante da necessidade de proteção suficiente ao direito fundamental à vida<sup>7</sup> (Feldens, 2005, p. 109).

A propósito,

[...] trata-se, com a divisão da proporcionalidade como critério limitador da intervenção estatal no âmbito dos Direitos Fundamentais em proibição do excesso e proibição de proteção insuficiente, de atribuir à jurisdição constitucional a difícil responsabilidade em tal equilíbrio: a intervenção penal não pode nem *sobrar*, e nem *faltar*. (Vieira, 2011, n/p).

Longe de se tratar de mera edificação teórica desprovida de aplicabilidade prática, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, há, ao menos, uma década, reconhece essa dupla face do princípio da proporcionalidade, a exemplo do trecho da decisão, de lavra do Ministro Gilmar Mendes, no Habeas Corpus nº 104.410:

Os direitos fundamentais não podem ser considerados apenas como proibições de intervenção (Eingriffsverbote), expressando também um postulado de proteção (Schutzgebote). Pode-se dizer que os direitos fundamentais expressam não apenas uma proibição do excesso (Übermassverbote), como também podem ser traduzidos como proibições de proteção insuficiente ou imperativos de tutela (Untermassverbote). Os mandatos constitucionais de criminalização,

---

<sup>7</sup> A respeito do referencial jurisprudencial para a consolidação da vedação da proteção insuficiente como corolário do princípio da proporcionalidade, anuncia Ingo Sarlet (2011, n/p): “O Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, por ocasião da sua segunda decisão sobre o aborto, em maio de 1993, considerou que o legislador, ao implementar um dever de prestação que lhe foi imposto pela Constituição (especialmente no âmbito dos deveres de proteção), encontra-se vinculado pela proibição de insuficiência, de tal sorte que os níveis de proteção (portanto, as medidas estabelecidas pelo legislador) deveriam ser suficientes para assegurar um padrão mínimo (adequado e eficaz) de proteção constitucionalmente exigido. A violação da proibição de insuficiência, portanto, encontra-se habitualmente representada por uma omissão (ainda que parcial) do Poder Público, no que diz com o cumprimento de um imperativo constitucional, no caso, um imperativo de tutela ou dever de proteção, mas não se esgota nesta dimensão (o que bem demonstra o exemplo da descriminalização de condutas já tipificadas pela legislação penal e onde não se trata, propriamente, duma omissão no sentido pelo menos habitual do termo), razão pela qual não nos parece adequada a utilização da terminologia proibição de omissão (como, entre nós, foi proposto por Gilmar Ferreira Mendes), ou mesmo da terminologia adotada por Joaquim José Gomes Canotilho, que – embora mais próxima do sentido aqui adotado – fala em “proibição por defeito”, referindo-se a um ‘defeito de proteção’”.

portanto, impõem ao legislador, para o seu devido cumprimento, o dever de observância do princípio da proporcionalidade como proibição de excesso e como proibição de proteção insuficiente. (Supremo Tribunal Federal, 2012, n/p).

Sistematicamente, portanto, pode-se afirmar que o sistema de proteção dos direitos fundamentais é composto de uma proteção negativa, consistente na proteção estatal do indivíduo frente ao poder de punir do próprio Estado, e de uma proteção positiva, a saber, a tutela do Estado a direitos fundamentais de ataques de terceiros particulares. Assim, se, por um lado, o Estado deve prever mecanismos de coibição dos seus próprios excessos no exercício do direito de punir, por outro, é credor de um dever prestacional de proteger suficientemente os direitos fundamentais de seu povo com a tutela intransigente de seus mais importantes bens jurídicos, quer individuais, quer coletivos, em plena consonância com as premissas de um Estado Democrático de Direito.

Não se pode perder de vista, ademais, a necessidade de o juízo de proporcionalidade ser sucedido por um juízo de *razoabilidade*, afinal, a mera retribuição proporcional à censurabilidade do fato praticado não atende aos seus fins, sem uma prévia avaliação ponderada sobre a existência de outros meios de menor ingerência na liberdade do cidadão. Em outras palavras,

É exatamente o princípio da razoabilidade que afasta a invocação do exemplo concreto mais antigo do princípio da proporcionalidade, qual seja, a “lei do talião”, que, inegavelmente, sem qualquer razoabilidade, também adotava o princípio da proporcionalidade. Assim, a razoabilidade exerce função controladora na aplicação do princípio da proporcionalidade. Com efeito, é preciso perquirir se, nas circunstâncias, é possível adotar outra medida ou outro meio menos desvantajoso e menos grave para o cidadão. (Bitencourt, 2022, p. 144).

Definida, assim, a estrutura normativa do princípio da proporcionalidade, com seus subprincípios da necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito, assim como exposta a sua dupla face (proibição da hipertrofia punitiva e proibição da proteção deficiente), faz-se necessário avaliar de que forma esse postulado poderá servir de parâmetro, por parte do Poder Judiciário, para a efetivação do controle de constitucionalidade das leis penais e processuais penais.

Em que pese a considerável carga de subjetividade em relação aos critérios de aferição do princípio da proporcionalidade de leis penais e processuais penais, Bottini (2010, n/p) sugere ser

[...] possível estabelecer critérios gerais relativos que ao menos tornem coerente o ordenamento do ponto de vista da proporcionalidade”, recomendando “a intensificação da pena quanto mais importante o bem jurídico tutelado, quanto mais próxima a lesão a este mesmo bem, e quanto mais reprovável o elemento subjetivo da conduta”.

Nessa perspectiva, Pierpaolo Cruz Bottini (2010, n/p) afirma que

[...] em sendo a proporcionalidade princípio norteador de todo o funcionamento do direito penal Democrático de Direito, o controle de sua observância caberá, em última instância, ao Poder Judiciário”, obtemperando à objeção de possível afronta à separação dos poderes que “o espaço de construção legislativa não é ilimitado e absolutamente discricionário, mas é pautado pelos princípios constitucionais derivados do modelo de Estado adotado”, de modo que “o papel do Judiciário como órgão de controle dos eventuais excessos do Poder Legislativo ganhou destaque”.

Assim, definida a possibilidade de o Poder Judiciário realizar o controle de constitucionalidade das leis penais e processuais penais, sob a perspectiva de sua *proporcionalidade*, passa a ser necessário avaliar em que termos o Supremo Tribunal Federal tem realizado esse confronto, com ilustrações desse exercício em sua jurisprudência.

Apesar de que “[...] no Brasil, o STF não desenvolveu, até agora, uma orientação jurisprudencial sólida para diferenciar a intensidade do controle de constitucionalidade incidente sobre as leis penais.” (Sousa Filho, 2020, n/p), faz-se mister avaliar, a partir da análise de sua jurisprudência, exemplos dessa atividade para, após, chegar a algumas conclusões articuladas.

Validamente, Ademar Borges de Sousa Filho (2020, n/p) aponta como diretriz para o controle de constitucionalidade das leis penais o voto do Ministro Gilmar Mendes, no Recurso Extraordinário nº 635.659/SP<sup>8</sup>, em que sustentou a declaração de inconstitucionalidade da criminalização da posse de drogas para uso pessoal, oportunidade em que

[...] sistematizou os três níveis de intensidade de controle de constitucionalidade das leis – controle de *evidência*, controle de

---

<sup>8</sup> Íntegra do voto disponível em: [www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE635659.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE635659.pdf). Acesso em: 17 abr. 2022.

*justificabilidade* e controle *material* de *intensidade* – de acordo com a jurisprudência do Tribunal constitucional alemão.<sup>9-10</sup>.

Entretanto, em que pese a legitimidade do Supremo Tribunal Federal para o exercício do controle de constitucionalidade das leis penais, denuncia Ademar Borges de Sousa Filho (2021, n/p) que “[...] a realidade, nesse campo, é contraintuitiva: a jurisdição constitucional brasileira controla pouco (quantitativamente) e com baixo rigor (excessiva deferência ao legislador) a constitucionalidade das normas penais.”, evidenciando, quantitativamente, a baixa atuação do Pretório Excelso no campo do direito penal:

A título ilustrativo, o STF reconheceu repercussão geral a um total de 65 temas relacionados ao direito penal e processual penal. Desses casos, como visto, 16 serviram apenas para reafirmação de jurisprudência. Apenas 8 discutem a constitucionalidade de tipos penais ou de determinadas formas de sua interpretação. Esse número de temas penais e processuais penais cuja repercussão geral foi reconhecida (65 casos) representa cerca de 8% do total de temas cuja repercussão geral foi reconhecida pelo STF (770 casos). Se se considerarem os casos que discutiam temas estritamente penais (constitucionalidade de tipos penais ou de certas interpretações judiciais desses temas), eles representam cerca de 1% do total de temas cuja repercussão geral foi reconhecida pelo STF (Sousa Filho, 2021, n/p).

Se, por um lado, o exercício do controle de constitucionalidade, em matéria criminal, pela Suprema Corte, em sede de controle *difuso*, já não é dos

---

<sup>9</sup> Sousa Filho (2020, n/p) assim pormenoriza a ideia exposta pelo Ministro Gilmar Mendes: “Esses três graus de intensidade no controle de constitucionalidade das leis foram assim resumidos pelo Ministro Gilmar Mendes: no primeiro nível, “o controle realizado pelo Tribunal deve reconhecer ao legislador uma ampla margem de avaliação, valoração e conformação quanto às medidas que reputar adequadas e necessárias”; no segundo nível, “o controle de justificabilidade está orientado a verificar se a decisão legislativa foi tomada após uma apreciação objetiva e justificável de todas as fontes de conhecimento então disponíveis”; e, no terceiro nível, “o Tribunal examina, portanto, se a medida legislativa interventiva em dado direito fundamental é necessariamente obrigatória, do ponto de vista da Constituição, para a proteção de outros bens jurídicos igualmente relevantes”.

<sup>10</sup> Em semelhante sentido, o Supremo Tribunal Federal, ao julgar o HC nº 104.410, relatado pelo Min. Gilmar Mendes, assim se manifestou: “Modelo exigente de controle de constitucionalidade das leis em matéria penal, baseado em níveis de intensidade: Podem ser distinguidos 3 (três) níveis ou graus de intensidade do controle de constitucionalidade de leis penais, consoante as diretrizes elaboradas pela doutrina e jurisprudência constitucional alemã: a) controle de evidência (Evidenzkontrolle); b) controle de sustentabilidade ou justificabilidade (Vertretbarkeitskontrolle); c) controle material de intensidade (intensivierten inhaltlichen Kontrolle). O Tribunal deve sempre levar em conta que a Constituição confere ao legislador amplas margens de ação para eleger os bens jurídicos penais e avaliar as medidas adequadas e necessárias para a efetiva proteção desses bens. Porém, uma vez que se ateste que as medidas legislativas adotadas transbordam os limites impostos pela Constituição – o que poderá ser verificado com base no princípio da proporcionalidade como proibição de excesso (Übermassverbot) e como proibição de proteção deficiente (Untermassverbot) –, deverá o Tribunal exercer um rígido controle sobre a atividade legislativa, declarando a inconstitucionalidade de leis penais transgressoras de princípios constitucionais” (Supremo Tribunal Federal, 2012, n/p).

mais significativos, no que concerne ao controle *concentrado*, os números são ainda piores, segundo Sousa Filho (2021, n/p):

No campo do controle concentrado, a ausência de temas penais e processuais penais é ainda mais acentuada: apenas pouco mais de 20 de um universo de mais de 3 mil ações de controle concentrado com decisão final desde o ano 2000 trataram de algum tema penal ou processual penal. Isso representa ínfimos 0,06% do total de ações de controle concentrado examinadas pelo Tribunal nos últimos vinte anos. Somente três decisões do Plenário do STF declararam inconstitucionais determinadas interpretações de leis penais incriminadoras: (i) a inconstitucionalidade da criminalização da **marcha da maconha**; e (ii) a inconstitucionalidade da criminalização do aborto de feto anencefálico; e (iii) a não recepção da contravenção penal de posse não justificada de instrumento de emprego usual na prática de furto (art. 25 do Decreto-Lei no 3.688/1941).

Diante desse diagnóstico, apresenta três propostas capazes de proporcionar o aperfeiçoamento da jurisdição constitucional no campo penal, sendo elas: i) renovação das funções do Tribunal Constitucional em relação à reformulação das leis penais; ii) diversificação das técnicas decisórias envolvendo matérias criminais; iii) intensificação do controle material e procedimental da constitucionalidade das leis penais (Souza Filho, 2021, n/p).

O Poder Judiciário brasileiro, conforme Souza Filho (2021, n/p), portanto, deve mudar a postura de atuação, passando de um controle de constitucionalidade *leve* para *intermediário*, mas adaptado à realidade brasileira, criando condições para que as instituições possam se adequar às determinações impostas pela Constituição da República, principalmente, no Direito Penal:

[...] defendo uma alteração profunda na intensidade com que o controle da constitucionalidade de leis penais é praticado. O STF, na esteira da jurisprudência comparada, tende a realizar um controle brando ou leve da constitucionalidade das leis penais quando a teoria da jurisdição constitucional recomendaria uma intensificação desse controle, em razão da alta relevância axiológica dos direitos restringidos pelas leis penais. Essa intensificação do controle de constitucionalidade das leis penais produz duas importantes consequências mais diretas: (i) ao abandonar um controle leve em favor de um controle intermediário ou intensivo, redistribui-se o ônus argumentativo, imputando ao legislador uma carga probatória de justificação das restrições aos direitos fundamentais resultantes das leis penais; (ii) a adoção de parâmetros mais rigorosos de controle da constitucionalidade das leis penais altera também o grau de deferência ao legislador, rejeitando uma postura de extrema autocontenção por uma maior proatividade na averiguação da legitimidade dessas leis.

Malgrado a escassez de exemplos de controle de constitucionalidade, exercido pelo Supremo Tribunal Federal, sobre as leis penais e processuais penais brasileiras, especialmente sob o prisma do princípio da

proporcionalidade, quer na modalidade “proibição da hipertrofia punitiva”, quer no viés “vedação da proteção deficiente”, há alguns exemplos de seu exercício em sua jurisprudência, revelando-se de todo conveniente pinçar alguns casos específicos, a título de ilustração.

Com efeito, ao julgar o Recurso Extraordinário nº 979.962 (Supremo Tribunal Federal, 2021), julgado em repercussão geral (Tema 1003), em março de 2021, o Supremo Tribunal Federal considerou inconstitucional, por afronta ao princípio da proporcionalidade, em seu viés “proibição da hipertrofia punitiva”, o preceito secundário do crime previsto no artigo 273, do Código Penal – o qual, em sua redação original, previa a pena de um a três anos de detenção para, a partir de 1998, por ocasião do “escândalo das pílulas de farinha”<sup>11</sup> (Microvlar), passar a impor pena de dez a quinze anos de reclusão, reputando, doravante, hediondo esse delito –, com a consequente reprimenda da pena originária.

Na oportunidade, contudo, a Suprema Corte deixou claro que, longe de ser a regra, a intervenção judicial sobre as penas abstratamente cominadas a tipos penais incriminadores é justificada, apenas excepcionalmente, quando, houver *gritante* desproporcionalidade, como se apresentava no caso sob julgamento:

[...] O estabelecimento dos marcos penais adequados a cada delito é tarefa que envolve complexas análises técnicas e político-criminais que, como regra, competem ao Poder Legislativo. Porém, em casos de gritante desproporcionalidade, e somente nestes casos, justifica-se a intervenção do Poder Judiciário, para garantir uma sistematicidade mínima do direito penal, de modo que não existam (i) penas exageradamente graves para infrações menos relevantes, quando comparadas com outras claramente mais reprováveis, ou (ii) a previsão da aplicação da mesma pena para infrações com graus de lesividade evidentemente diversos. 4. A desproporcionalidade da pena prevista para o delito do art. 273, § 1º-B, do CP, salta aos olhos. A norma pune o comércio de medicamentos sem registro administrativo do mesmo modo que a falsificação desses remédios (CP, art. 273, caput), e mais severamente do que o tráfico de drogas (Lei nº 11.343/2006, art. 33), o estupro de vulnerável (CP, art. 217-A), a extorsão mediante sequestro (CP, art. 159) e a tortura seguida de morte (Lei nº 9.455/1997, art. 1º, § 3º). (Supremo Tribunal Federal, 2021, n/p).

Lado outro, a Suprema Corte também já considerou *constitucional*, por atender à proibição da proteção insuficiente, corolário do princípio da

---

<sup>11</sup> Na oportunidade, com autoridade, Miguel Reale Junior (1999, n/p) criticou ferrenhamente essa postura legislativa: “Só se pode compreender tais exageros pelo clima emocional que caracterizou, especialmente por meio da mídia, a denúncia e o debate de casos de “falsificação de remédios”, questão politizada ao máximo em época eleitoral, com vistas a transformar o Direito Penal em espetáculo”.

proporcionalidade, a pena de suspensão de habilitação aos motoristas profissionais que praticarem o delito de homicídio culposo na direção de veículo automotor, o crime de perigo abstrato do porte de arma e o delito de fuga do local do acidente.

Uma vez evidenciada a legitimidade do Poder Judiciário em realizar o controle de constitucionalidade das leis penais e processuais penais, notadamente sob o parâmetro do princípio da proporcionalidade, abrangendo, tanto a proibição da hipertrofia punitiva, quanto a vedação da proteção insuficiente, pretende-se, agora, aferir, pragmaticamente, se o mandamento expresso de criminalização concernente aos crimes hediondos, previstos no artigo 5º, inciso XLIII, da Constituição da República, foi satisfatoriamente adimplido pela legislação criminal brasileira, por intermédio da Lei nº 8.072/90, ou se, ao revés, há situação de omissão inconstitucional a ser judicialmente reparada.

### **3. UMA ANÁLISE SOBRE A COMPATIBILIDADE MATERIAL ENTRE O ARTIGO 5º, INCISO XLIII, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA E A LEI Nº 8.072/90**

Ao estipular, no artigo 5º, inciso XLIII, da Lei Maior, a proibição da fiança, da anistia e do indulto em relação aos denominados *crimes hediondos*, o poder constituinte originário impôs ao legislador criminal ordinário o dever de etiquetar determinados crimes, revestidos de especial censurabilidade, com a consequente outorga de tratamento penal e processual mais rigoroso em relação às demais infrações penais, precisamente em razão da maior gravidade dos comportamentos em discussão.

Ao comentar o mandamento de criminalização outorgado no indigitado inciso, anunciou Guilherme Calmon Nogueira da Gama (2012, n/p) que:

[...] o texto constitucional, pela primeira vez, inseriu regras penais e processuais penais mais rigorosas para determinadas espécies de crimes, levando em conta a repulsa social devida à gravidade das infrações penais aí consideradas.

Em semelhante sentido, o ensino de Salo de Carvalho (2015, p. 470):

[...] o legislador ordinário, ao obedecer aos comandos constitucionais, definiu, na conceituação de Lenio Streck, *hard crimes* (crimes hediondos) e *soft crimes* (crimes de menor potencial ofensivo), elaborando dois estatutos autônomos: a Lei 8.072/90 e a Lei 9.099/95.

Embora possa parecer *paradoxal* que o legislador constituinte tenha previsto, no título dedicado aos *direitos e garantias fundamentais*, uma ordem para o tratamento mais rigoroso em relação a uma determinada gama de infrações penais mais repugnantes, com o conseqüente cerceamento da liberdade ambulatoria individual, admoesta, com propriedade, Antonio Scarance Fernandes (2011, n/p) que

[...] são dois os direitos fundamentais do indivíduo que interessam especialmente ao processo criminal: o direito à liberdade e o direito à segurança, ambos previstos no art. 5.º, caput, da CF/1988”, de sorte que “os indivíduos têm direito a que o Estado atue positivamente no sentido de estruturar órgãos e criar procedimentos que, ao mesmo tempo, lhes deem segurança e lhes garantam a liberdade.

Vale dizer, as pessoas

[...] têm direito a um sistema que faça atuar as normas do direito repressivo, necessárias para a concretização do direito fundamental à segurança, e atribua ao acusado todos os mecanismos essenciais para a defesa de sua liberdade”, isto é, “um sistema que assegure eficiência com garantismo”. (Fernandes, 2011, n/p).

Nesse diapasão, com autoridade, apregoa Rodrigo de Andrade Fíguro Caldeira (2020, p. 4):

[...] O processo penal moderno é desenvolvido através de um processo eficiente, que atenda à justa expectativa dos integrantes de uma sociedade, detentores do direito subjetivo à segurança pública (art. 5º, caput, da CF) e, de outro lado, garantista, que limite a atuação do estado em face de seus integrantes, para evitar qualquer tipo de arbítrio, preservando a liberdade do cidadão, que também tem assento constitucional (art. 5º, caput, da CF).

Aliás, assegurar o equilíbrio entre *eficiência penal* e *garantismo*, em uma perspectiva de tutela *integral* dos bens jurídicos protegidos pela norma penal, evitando a sua proteção insuficiente, sem o correspondente e intransigente zelo em relação aos direitos fundamentais da pessoa investigada e acusada de infração penal, com o repúdio aos excessos porventura praticados pelo poder público, é o grande desafio do direito penal contemporâneo, conforme defende Ingo Sarlet (2010, n/p):

Na seara do direito penal (e isto vale tanto para o direito penal material quanto para o processo penal), resulta – como já referido – inequívoca a vinculação entre os deveres de proteção (isto é, a função dos direitos fundamentais como imperativos de tutela) e a teoria da proteção dos bens jurídicos fundamentais, como elemento legitimador da

intervenção do Estado nesta seara, assim como não mais se questiona seriamente, apenas para referir outro aspecto, a necessária e correlata aplicação do princípio da proporcionalidade e da interpretação conforme a Constituição.

Consigne-se que o legislador constituinte apenas fez menção à necessidade de punição mais rígida em relação aos chamados *crimes hediondos*, oportunidade em que deixou de os definir, exaustivamente, em seu bojo, relegando o exercício desse *etiquetamento* ao legislador ordinário. Nesse diapasão, segundo Monteiro (2015, p. 42),

[...] no Direito Penal brasileiro o termo 'hediondo' não havia sido empregado até que a Constituição de 1988, como vimos, no seu art. 5º, XLIII, se utilizasse da expressão 'crimes hediondos', remetendo à legislação ordinária a tarefa de defini-los.

É bem verdade, a propósito, que o legislador constituinte poderia ter sido taxativo em identificar quais comportamentos humanos deveriam ser considerados *hediondos*, porém, deixou de fazê-lo para impedir a *fossilização* de um rol estabelecido em cláusula pétrea, que poderia se tornar obsoleto com o avançar das décadas, com o aprimoramento da criminalidade e com a alteração das necessidades de proteção social, outorgando-se, assim, um mandato ao legislador ordinário para que não apenas defina tais condutas como crimes e comine penas mais severas. Vale dizer “[...] a liberdade concedida ao legislador para definir os crimes hediondos envolve a possibilidade de atualização do rol, de acordo com a evolução social.” (Gonçalves, 2007, p. 228).

Longe, contudo, de se tratar de um *cheque em branco*, o texto constitucional trouxe uma importante diretriz para que a legislação criminal superveniente definisse os comportamentos humanos a serem considerados *hediondos*, ao equiparar as suas consequências jurídico-penais a três condutas especialmente repugnantes: a tortura, o terrorismo e o tráfico de drogas, o que, por intermédio do exercício da *interpretação analógica*, serve de diretriz hermenêutica para a tipificação dos crimes hediondos propriamente ditos. Ora, o legislador ordinário somente pode definir como hediondos comportamentos tão censuráveis e prejudiciais ao convívio social quanto a tortura, o terrorismo e o tráfico de drogas, sob pena de banalizar a legítima aplicação da lei, conforme o desígnio do poder constituinte originário.

A ordem constitucional em questão, como é cediço, não foi imediatamente implementada pelo legislador ordinário, até que, após uma onda

de extorsões mediante sequestro, ocorrida em 1.990, que impulsionou o Congresso Nacional a sinalizar uma resposta legislativa eloquente à sociedade, “[...] o mandado de criminalização relativo aos crimes hediondos foi adimplido pela Lei nº 8.072/90, uma das mais polêmicas de nosso ordenamento jurídico.<sup>12</sup> (Gonçalves, 2007, p. 227).

Uma primeira observação necessária a respeito da técnica legislativa da denominada Lei dos Crimes Hediondos diz respeito ao critério adotado para definir uma determinada infração penal como hedionda: essa definição competiria, abstratamente, à legislação, ou, concretamente, ao juiz?

Ao comentar o primeiro critério, Luiz Carlos dos Santos Gonçalves (2007, p. 227), afirma que

[...] o legislador poderá ter confiado às instâncias de controle penal, como a Polícia, o Ministério Público e, notadamente, ao Poder Judiciário, a tarefa de verificar, numa situação concreta, se a conduta de alguém foi ou não hedionda”, explicando que, caso tivesse sido essa a opção do legislador, “bastaria acrescentar um parágrafo ao artigo 59 do Código Penal, facultando ao juiz a adoção de algumas medidas punitivas mais severas – por exemplo, o regime inicial fechado e a impossibilidade de ‘sursis’ ou pena alternativa – se considerasse, pelas circunstâncias concretas do cometimento do delito, que ele foi capaz de causar repulsa e indignação no meio social.

Entretanto,

[...] o legislador preferiu valer-se de outro critério, que chamamos de etiquetamento ou rotulagem”, isto é “limitou-se a indicar, no rol de condutas já previstas como crime no Código Penal ou na legislação especial, aquelas que, abstratamente, considerou hediondas, retirando das instâncias de controle o seu exame do caso concreto. (Gonçalves, 2007, p. 227).

No mesmo diapasão, Salo de Carvalho (2015, p. 472):

---

<sup>12</sup> Ao enumerar as polêmicas da novel legislação, assim pronunciou René Ariel Dotti (2006, n/p): “Neste sentido, a doutrina enumerou algumas das falhas legais, tais como: a) a lei foi criada para de responder à pressão pública e da mídia em razão do crescente aumento da violência de maneira imediatista e sem o debate necessário; b) o legislador incorreu em equívoco de premissa ao combater a criminalidade com a brutalidade das leis penais e da execução das penas em detrimento de leis que busquem dificultar a prática das ações criminosas, resguardadas a dignidade e a liberdade humanas; c) o legislador ordinário não definiu a expressão “crimes hediondos”, prevista na Constituição de 1988, apenas selecionou alguns crimes sem método ou critério; d) houve flagrante violação aos princípios constitucionais da não-culpabilidade, da individualização da pena e da proporcionalidade; e) é fato notório que o ‘endurecimento’ da legislação penal não causa resultados positivos como a diminuição da violência; f) a proibição de indulto, prevista na lei, é manifestamente inconstitucional, já que prevista apenas na legislação ordinária (art. 2.º, I, Lei 8.072/1990) e não na Constituição Federal (LGL\1988\3) (art. 5.º, XLIII); e g) é manifestamente inconstitucional a vedação de progressão de regime prevista no art. 2.º, § 1.º da lei de crimes hediondos”.

[...] ao definir os delitos hediondos, o redator da Lei 8.072/90 optou por critério diferenciado, enumerando taxativamente, desde a gravidade da lesão ou da reprovabilidade do fato, as condutas que conformariam esta classe delitiva (art. 1º, Lei dos Crimes Hediondos).

Definida a opção legislativa pelo critério legal de definição dos crimes hediondos, o passo subsequente é o exercício de aferição sobre o acatamento, pelo legislador criminal, aos termos da ordem de penalização contida no artigo 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, cuja análise exige o seu fracionamento em dois momentos: primeiro, urge avaliar se os *comportamentos* legalmente descritos como hediondos foram suficientes para a proteção penal dos mais proeminentes bens jurídicos existentes em nossa ordem jurídico-constitucional, para, logo depois, analisar se as *consequências penais e processuais* nele estabelecidas estão proporcionalmente de acordo com a ordem constitucional em questão.

Com efeito, ao se perscrutar a suficiência dos comportamentos criminosos etiquetados como hediondos, identifica-se que o rol de crimes taxativamente previstos como *hediondos* está descrito no artigo 1º, da Lei 8.072/90, em cuja cabeça estão os delitos tipificados no Código Penal, ao passo em que, em seu parágrafo único, estão as infrações penais descritas na legislação penal extravagante.

A propósito do tema, Luiz Carlos dos Santos Gonçalves (2007, p. 228) aduz que

[...] a Lei nº 8072/90 é constitucional apenas na medida em que dá concretude a essa função protetivas dos direitos fundamentais”, razão pela qual “os crimes por ela indicados que implicam em graves violações de direitos fundamentais não podem ser retirados de seu rol, sob pena de inconstitucionalidade por omissão parcial.

Se, por um lado, delitos de inquestionável perniciosidade estão adequadamente nele descritos, a exemplo de homicídio, roubo, extorsão, extorsão mediante sequestro, estupro, estupro de vulnerável, favorecimento de prostituição ou exploração sexual de adolescente ou vulnerável, epidemia com resultado morte e furto qualificado pelo emprego de explosivos<sup>13</sup>, por outro, causam alguma estranheza a outorga de tratamento igualmente severo às infrações penais de falsificação de medicamentos, os quais carecem do alto grau de reprovabilidade socialmente exigido para merecer a etiqueta da *hediondez*.

---

<sup>13</sup> O que fez Luiz Carlos dos Santos Gonçalves (2007, p. 228) concluir que “o elenco de crimes nela previsto é razoável”.

Nesse diapasão, em tom bastante crítico, Miguel Reale Junior (1999, n/p), após constatar que

[...] os crimes descritos no art. 273 passaram, pela Lei 9.695, de 20.08.1998, a ser considerados 'hediondos', com graves restrições de ordem penal e processual", criticou ferrenhamente essa postura legislativa, argumentando que "só se pode compreender tais exageros pelo clima emocional que caracterizou, especialmente por meio da mídia, a denúncia e o debate de casos de 'falsificação de remédios', questão politizada ao máximo em época eleitoral, com vistas a transformar o Direito Penal em espetáculo.

Inferese, aqui, clara hipótese de excessiva *hipertrofia punitiva*, ao etiquetar o legislador ordinário como *hedionda* uma conduta despida de *ofensividade*<sup>14</sup> inerente, o que torna forçosa a conclusão de que

[...] a inconstitucionalidade é flagrante, dada a ausência de justa medida, atingindo-se os valores constitucionais da justiça, da liberdade e da dignidade da pessoa humana, informadores dos princípios da proporcionalidade e da ofensividade. (Reale Júnior, 1999, n/p).

Neste particular, exigível a propositura de ação direta de inconstitucionalidade para a Suprema Corte declarar a inconstitucionalidade do artigo 1º, inciso VII-B, da Lei 8.072/90, com efeitos "erga omnes" e eficácia vinculante, com o afastamento da previsão legal de que o delito de falsificação de medicamentos seja considerado hediondo e sujeito às consequências penais e processuais penais mais gravosas em relação aos demais delitos.

Entretanto, se, por um lado, o excesso sobredito é evidente, por outro, também se observa omissão do legislador ordinário a prever outros comportamentos dignos de semelhante reprovação como também *hediondos*, com a conseqüente outorga legal de tratamento jurídico-penal (e processual) mais severo, configurando omissão inconstitucional.

Nesse sentido, inicialmente, digno de menção que, a despeito da proteção do direito fundamental à vida, garantido pela cabeça do artigo 5º, da Constituição Federal, o maior e mais sacrossanto bem jurídico reconhecido pelos valores imanes nas sociedades ocidentais, o homicídio não foi contemplado

---

<sup>14</sup> Nesse sentido, Reale Júnior (1999, n/p): "O princípio da proporcionalidade, decorrente do mandado da proibição de excessos, e o princípio da ofensividade foram claramente afrontados na Lei 9.677, de 02.07.1998, bem como pela Lei 9.695, de 20.08.1998. Regras aí contidas concretizam grave distorção entre os fatos inócuos descritos e a sua criminalização. Isto porque não se exige, no modelo de conduta típica, a ocorrência de resultado consistente em perigo ou lesão ao bem jurídico que se pretende tutelar, vale dizer, à saúde pública".

na redação originária da Lei 8.072/90 como *crime hediondo*<sup>15</sup>, o que apenas foi levado a efeito com

[...] a Lei n. 8.930/94, que incluiu o homicídio *qualificado* e o *simples* praticado em atividade típica de *grupo de extermínio*", o que, longe de ter decorrido da prudente e parcimoniosa atividade reflexiva do legislador, "foi fruto de mais de um milhão de assinaturas sob o impacto do brutal assassinato da atriz Daniella Perez." (Monteiro, 2015, p. 267).

Essa incompreensível omissão legislativa causou inquestionável perplexidade à comunidade jurídica: como pôde o legislador criminal selecionar diversos comportamentos criminosos como *hediondos*, sem, contudo, contemplar aquele que, segundo a clássica e sempre oportuna lição de Nelson Hungria (1958, p. 25), "é o ponto culminante na orografia dos crimes", ou seja, "é o crime por excelência"?

Aliás, para Nelson Hungria (1958, p. 25), o homicídio

[...] é o padrão da delinquência violenta ou sanguinária, que representa como que uma reversão atávica às eras primevas, em que a luta pela vida, presumivelmente, se operava com o uso normal dos meios brutais e animalescos.

Deveras, se o homicídio "é a mais chocante violação do senso moral médio da humanidade civilizada" (Hungria, 1958, p. 25), nenhum outro comportamento criminoso mereceria mais a qualificação de *hediondo* que esse.

O equívoco aqui denunciado foi parcialmente corrigido pela superveniência da Lei nº 8.930/94, que apenas considerou *hediondo*, conforme se extrai da redação do inciso I, do artigo 1º, da Lei 8.072/90, o homicídio *qualificado*, previsto no artigo 121, §2º, do Código Penal, e o homicídio *simples*, quando praticado em atividade típica de *grupo de extermínio*, sem, por outro lado, estender idêntico rótulo aos demais assassinatos carentes de tais características, os chamados *homicídios simples*.

---

<sup>15</sup> Nesse sentido, a crítica de João José Leal (1995, n/p): "A omissão do legislador de 90, que deixou de incluir o homicídio doloso, principalmente o qualificado, no rol dos crimes hediondos, era uma enorme janela aberta por onde se vislumbrava, de forma inquestionável, o grande (talvez o pior!) equívoco da LCH: o mais grave dos crimes, "o ponto culminante na orografia dos crimes", não havia recebido o rótulo legal de hediondez. Este evidente paradoxo constituía-se num dos grandes argumentos do correto discurso crítico à nova lei repressiva. Se o crime maior não havia recebido a marca legal de tal estigma, como poder-se-ia defender a legitimidade ético-jurídica da LCH, que havia selecionado alguns tipos penais, de gravidade discutível, para dar-lhes o adjetivo jurídico-penal de hediondos? Para o ministro do STF e eminente penalista Francisco de Assis Toledo, não havia dúvida de que a ausência do homicídio no rol dos crimes hediondos representava um verdadeiro contrassenso que precisava ser evitado, pois afrontava à mais elementar da lógica jurídica".

Ora, à exceção do homicídio privilegiado, capitulado no §1º, do indigitado artigo, do Código Penal, praticado por valores morais e sociais relevantes ou sob o domínio de violenta emoção, os quais mereceram tratamento mais benevolente da legislação criminal, o *homicídio simples*, mesmo quando praticado fora da atividade de grupo de extermínio, é revestido de altíssima reprovabilidade social e jurídica, afinal, ainda que praticado por meios executórios distintos daqueles previstos nas qualificadoras objetivas, que não robusteçam o sofrimento da vítima ou por motivos não tão censuráveis quanto aqueles descritos nas qualificadoras subjetivas, significa aquilo que há de mais pernicioso na vida em sociedade: a supressão injustificada da vida humana, o que, como consequência, desencadeia a vulneração das famílias e, bem por isso, mereceria idêntico tratamento legal.

Assim, com fundamento na proeminência do direito fundamental à vida, definido pela cabeça do artigo 5º, da Constituição da República, constata-se a omissão inconstitucional na definição do *homicídio simples*, fora das hipóteses de execução em atividade típica de grupo de extermínio, capitulado no artigo 121, “caput”, do Código Penal, como crime *hediondo*.

Como se não bastasse, se o homicídio “[...] é o ponto culminante na orografia dos crimes”, isto é, “é o crime por excelência.” (Hungria, 1958, p. 25), conforme já se apregoou alhures, ao estabelecer, no preceito secundário da cabeça do artigo 121, do Código Penal, a pena mínima de seis anos de reclusão, autoriza o legislador ordinário, ao menos, em tese, a fixação do regime *semiaberto* para início de seu cumprimento de pena, o que, seguramente, afigura-se desproporcional frente à inquestionável abominação atribuído pela ordem jurídico-constitucional brasileira em relação à proteção suficiente e eficiente do direito fundamental à vida humana, que demandaria, pelo menos, a cominação abstrata da pena de nove anos de reclusão, a fim de que o início do cumprimento da reprimenda em questão fosse realizada em regime *fechado*, afinal, nada mais razoável que se imponha o regime de cumprimento de pena mais severo aos condenados pelo crime considerado o mais gravoso do arcabouço normativo pátrio.

Nesse particular, premente a propositura de ação direta de inconstitucionalidade (ADI) em relação ao preceito secundário do artigo 121, “caput”, do Código Penal, com o propósito de declarar a inconstitucionalidade, *sem a pronúncia de nulidade, com apelo ao legislador*, da pena mínima de seis

anos de reclusão, tendo em conta o princípio da vedação da proteção deficiente, consectário do princípio da proporcionalidade, ou, pelo menos, para que se pronuncie a sua *inconstitucionalidade parcial, sem redução de texto*, a fim de que, em que pese a manutenção do texto legal, declare-se a inconstitucionalidade da interpretação que possibilita a imposição de regime *semiaberto*, nitidamente dissonante em cotejo com a proeminência do direito fundamental à vida, assegurado no “caput”, do artigo 5º, da Constituição da República.

Superada a avaliação sobre a (in)suficiência dos comportamentos criminosos selecionados legalmente para integrar o rol de crimes hediondos, necessário avaliar, doravante, se as restrições penais e processuais estabelecidas na Lei 8.072/90 estão em consonância com o mandamento de criminalização à baila, o que se fará em duas etapas: na primeira, analisar-se-á se há constitucionalidade na ampliação legal das vedações constitucionais relativas à *graça* e a à *liberdade provisória*, e, na segunda, aferir-se-á a compatibilidade com a Constituição Federal das restrições legais impostas ao regime de cumprimento de pena e à progressão de regime.

Com efeito, ao vedar a fiança, a anistia e o indulto, longe de tão somente ordenar ao legislador ordinário a reprodução dessas três restrições constitucionais, na verdade,

[...] o texto constitucional, pela primeira vez, inseriu regras penais e processuais penais mais rigorosas para determinadas espécies de crimes, levando em conta a repulsa social devida à gravidade das infrações penais aí consideradas. (Gama, 2012, n/p).

Nesse espírito, a Lei 8.072/90, em seu artigo 1º, inciso I, proibiu a anistia, a graça e o indulto em relação aos crimes hediondos e equiparados, o que, grosso modo, repete a proibição constitucionalmente anunciada, porém, apresenta a vedação da *graça* como aparente inovação do legislador ordinário.

Em que pesem alguns autores, em razão dessa aparente novidade, defenderem a inconstitucionalidade da proibição legal da graça, prevaleceu, na

doutrina<sup>16-17</sup> e na jurisprudência dos Tribunais Superiores<sup>18</sup>, o entendimento segundo o qual a vedação desse instituto já estava constitucionalmente contida na proibição do indulto, afinal, a graça nada mais seria que um indulto *individual*, revelando-se, portanto, legítima a sua proscrição relativamente àquela categoria de delitos.

Por outro lado, o inciso II, do artigo 1º, da Lei de Crimes Hediondos é que, verdadeiramente, inovou o ordenamento jurídico pátrio, ao vedar, em sua redação originária, a liberdade provisória, *com ou sem fiança*<sup>19-20</sup>, ao passo em que a proibição constitucional se dirigiu única e exclusivamente em relação à fiança.

De fato, se o poder constituinte originário determinou a proibição da liberdade provisória, mediante a contraprestação da fiança, intuitivo que tinha por propósito, semelhantemente, vedar a liberdade provisória *sem fiança*, afinal,

---

<sup>16</sup> Nesse sentido, “A Lei n. 8.072/90, ao vedar a aplicação destes benefícios para os crimes hediondos, prática da tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e terrorismo, apenas repetiu o texto constitucional citado. Note-se que, numa interpretação legal, o dispositivo incluiu o termo “indulto” para não dar margem a dúvidas. Como acima expusemos, o texto constitucional no preceito concessivo utiliza o termo “indulto”; já no de proibição, o termo “graça”. Ora, se não fossem utilizados, com as devidas diferenças técnicas apontadas, como equivalentes, não seria lógico que no art. 5º, XLIII, a Constituição proibisse alguma coisa que no art. 84, XI, não estivesse prevista. Queremos com isso dizer que a concessão do indulto coletivo, assim como a do indulto individual (graça), já estava proibida no texto da Carta Magna. Nem o dispositivo da Lei dos Crimes Hediondos é inconstitucional ao acrescentar o indulto, nem o dispositivo constitucional, omitindo-o, teria sido omissivo” (Monteiro, 2015, p.381).

<sup>17</sup> “A própria Lei de Execução Penal, editada sob a égide da Constituição anterior, ao tratar do tema no Capítulo III do Título VII — Dos incidentes da execução — refere-se somente à anistia e ao indulto, chamando a “graça” de “indulto individual” (art. 188)” (Monteiro, 2015, p.377).

<sup>18</sup> O Supremo Tribunal Federal, de há muito, consolidou esse entendimento: “EMENTA: Crime hediondo: vedação de graça: inteligência. I. Não pode, em tese, a lei ordinária restringir o poder constitucional do Presidente da República de “conceder indulto e comutar penas, com audiência, se necessário, dos órgãos instituídos em lei” (CF, art. 84, XII), opondo-lhe vedações materiais não decorrentes da Constituição. II. Não obstante, é constitucional o art. 2º, I, da L. 8.072/90, porque, nele, a menção ao indulto é meramente expletiva da proibição de graça aos condenados por crimes hediondos ditada pelo art. 5º, XLIII, da Constituição. III. Na Constituição, a graça individual e o indulto coletivo - que ambos, tanto podem ser totais ou parciais, substantivando, nessa última hipótese, a comutação de pena - são modalidades do poder de graça do Presidente da República (art. 84, XII) - que, no entanto, sofre a restrição do art. 5º, XLIII, para excluir a possibilidade de sua concessão, quando se trata de condenação por crime hediondo. IV. Proibida a comutação de pena, na hipótese do crime hediondo, pela Constituição, é irrelevante que a vedação tenha sido omitida no D. 3.226/99.

(HC 81565, Relator(a): SEPÚLVEDA PERTENCE, Primeira Turma, julgado em 19/02/2002, DJ 22-03-2002 PP-00032 EMENT VOL-02062-03 PP-00436)” (Supremo Tribunal Federal, 2002, n/p).

<sup>19</sup> Art. 2º, inciso II, Lei 8.072/90: 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 (Brasil, 1990, n/p).

<sup>20</sup> Scarance (1990, n/p) critica a redação do dispositivo, nos seguintes termos: “a lei usou inadequadamente as expressões “liberdade provisória” e “fiança”, no art. 2º, II, dando a impressão errônea de que a fiança não é espécie de liberdade provisória. Melhor seria que a redação fosse: liberdade provisória com ou sem fiança”.

“elegeu quatro categorias de crimes e pretendeu ‘endurecer’ o tratamento quanto a eles”. Obviamente, quis estabelecer uma exceção ao tratamento dos crimes em geral, isto é, que todo acusado por crimes hediondos “respondesse preso ao processo, reconhecendo assim uma periculosidade inerente” (Batisti, 2002, n/p).

Por outro lado, ganhou força a tese de inconstitucionalidade da proibição legal da liberdade provisória<sup>21</sup>, primeiramente, porque não vedada expressamente pelo texto constitucional, mas, especialmente, porque afrontaria o princípio da presunção de inocência<sup>22</sup>. É dizer:

[...] a proibição de liberdade provisória de modo automático (*a priori*), culmina por assimilar as figuras do imputado ao *culpado*, em frontal contraste com o princípio da presunção de inocência, que proíbe dar execução provisória às sentenças de condenação (que aqui ainda não há) não definitivas. (Sanguiné, 2010, n/p).

Realmente, por muitos anos, o Supremo Tribunal Federal<sup>23</sup> entendeu pela *constitucionalidade* da proibição da liberdade provisória, afastando o argumento da afronta ao princípio da presunção de inocência, por entender que a ordem constitucional de vedação da fiança abrangeria a proibição da liberdade

---

<sup>21</sup> “Os que assim pensam fundamentam seu raciocínio, em síntese, em três pontos: a vedação à liberdade provisória não está prevista no inciso XLIII do art. 5º da Constituição; portanto, o inciso II do art. 2º da Lei n. 8.072/90 excedeu nos limites do preceito constitucional; o inciso LXVI do mesmo art. 5º consagra o direito-garantia individual da liberdade provisória; por fim o inciso LVII formula a garantia de que ‘ninguém será considerado culpado até ao trânsito em julgado da sentença condenatória’” (Monteiro, 2015, p.393).

<sup>22</sup> “Art. 5º, inciso LVII, Constituição Federal: ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória. (Brasil, 1988, n/p).

<sup>23</sup> Semelhantemente, “STF. EMENTA: HOMICÍDIO QUALIFICADO. CRIME HEDIONDO. PRISÃO EM FLAGRANTE. LIBERDADE PROVISÓRIA CONCEDIDA E, DEPOIS, CASSADA PELO TRIBUNAL COATOR. 1. Prisão em flagrante e posterior recebimento da denúncia que imputa ao paciente a prática de homicídio duplamente qualificado, considerado pela lei como crime hediondo. 2. Impossibilidade de concessão de liberdade provisória em face de expressa vedação contida no artigo 2º, II, da Lei nº 8.072/90, cuja constitucionalidade já foi reconhecida por esta Corte. Precedentes. 3. Habeas-corpus conhecido, mas indeferido. (HC 79386, Relator(a): MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: MAURÍCIO CORRÊA, Segunda Turma, julgado em 05/10/1999, DJ 04-08-2000 PP-00004 EMENT VOL-01998-03 PP-00490 RTJ VOL-00174-03 PP-00876)” (Supremo Tribunal Federal, 1999, n/p).

provisória<sup>24</sup>, até que, em 2.007<sup>25</sup>, a Corte mudou o seu entendimento para reputar inconstitucional a vedação da liberdade provisória, invocando, como fundamento decisório, a proeminência do princípio da presunção de inocência.

<sup>24</sup> A propósito do tema, assim era a jurisprudência do STF: “EMENTA: I. Habeas corpus: cabimento: decisão do STJ em recurso especial. Em tese, admite-se a impetração de habeas corpus ao Supremo Tribunal contra decisão do Superior Tribunal de Justiça, pelo menos para rever as questões jurídicas, mesmo infraconstitucionais, decididas contra o réu no julgamento de recurso especial: vertentes do entendimento da Primeira Turma no HC 71097 (RTJ 162/612). II. Crime hediondo: prisão em flagrante proibição da liberdade provisória: inteligência. Da proibição da liberdade provisória nos processos por crimes hediondos - contida no art. 2º, II, da L 8072 e decorrente, aliás, da inafiançabilidade imposta pela Constituição -, não se subtrai a hipótese de não ocorrência no caso dos motivos autorizadores da prisão preventiva. (HC 83468, Relator(a): SEPÚLVEDA PERTENCE, Primeira Turma, julgado em 11/11/2003, DJ 27-02-2004 PP-00032 EMENT VOL-02141-04 PP-00844)” (Supremo Tribunal Federal, 2003b, n/p).

<sup>25</sup> Eis o julgado paradigma do STF: “HABEAS CORPUS” - PRISÃO CAUTELAR DECRETADA COM APOIO NA REVELIA DO RÉU - INDISPENSABILIDADE DA VERIFICAÇÃO CONCRETA DE RAZÕES DE NECESSIDADE SUBJACENTES À UTILIZAÇÃO, PELO ESTADO, DESSA MEDIDA EXTRAORDINÁRIA - SITUAÇÃO EXCEPCIONAL NÃO VERIFICADA NA ESPÉCIE - IRRELEVÂNCIA, PARA EFEITO DE CONTROLE DE LEGALIDADE DA DECISÃO QUE DECRETA A PRISÃO CAUTELAR, DE EVENTUAL REFORÇO DE ARGUMENTAÇÃO ACRESCIDO PELAS INSTÂNCIAS SUPERIORES - INJUSTO CONSTRANGIMENTO CONFIGURADO - “HABEAS CORPUS” DEFERIDO. PRISÃO CAUTELAR - CARÁTER EXCEPCIONAL. - A privação cautelar da liberdade individual - cuja decretação resulta possível em virtude de expressa cláusula inscrita no próprio texto da Constituição da República (CF, art. 5º, LXI), não conflitando, por isso mesmo, com a presunção constitucional de inocência (CF, art. 5º, LVII) - reveste-se de caráter excepcional, somente devendo ser ordenada, por tal razão, em situações de absoluta e real necessidade. A prisão processual, para legitimar-se em face de nosso sistema jurídico, impõe - além da satisfação dos pressupostos a que se refere o art. 312 do CPP (prova da existência material do crime e indício suficiente de autoria) - que se evidenciem, com fundamento em base empírica idônea, razões justificadoras da imprescindibilidade dessa extraordinária medida cautelar de privação da liberdade do indiciado ou do réu. Doutrina. Precedentes. A PRISÃO PREVENTIVA - ENQUANTO MEDIDA DE NATUREZA CAUTELAR - NÃO PODE SER UTILIZADA COMO INSTRUMENTO DE PUNIÇÃO ANTECIPADA DO INDICIADO OU DO RÉU. - A prisão cautelar não pode - nem deve - ser utilizada, pelo Poder Público, como instrumento de punição antecipada daquele a quem se imputou a prática do delito, pois, no sistema jurídico brasileiro, fundado em bases democráticas, prevalece o princípio da liberdade, incompatível com punições sem processo e inconciliável com condenações sem defesa prévia. A prisão cautelar - que não deve ser confundida com a prisão penal - não objetiva infligir punição àquele que sofre a sua decretação, mas destina-se, considerada a função cautelar que lhe é inerente, a atuar em benefício da atividade estatal desenvolvida no processo penal. Precedentes. PRISÃO CAUTELAR E DECRETAÇÃO DE REVELIA DO ACUSADO. - A mera decretação de revelia do acusado não é fundamento suficiente para legitimar, só por si, a decretação ou a manutenção da prisão cautelar de qualquer pessoa. Precedentes. A GRAVIDADE EM ABSTRATO DO CRIME NÃO CONSTITUI FATOR DE LEGITIMAÇÃO DA PRIVAÇÃO CAUTELAR DA LIBERDADE. - A natureza da infração penal não constitui, só por si, fundamento justificador da decretação da prisão cautelar daquele que sofre a persecução criminal instaurada pelo Estado. Precedentes. INADMISSIBILIDADE DO REFORÇO DE FUNDAMENTAÇÃO, PELAS INSTÂNCIAS SUPERIORES, DO DECRETO DE PRISÃO CAUTELAR. A legalidade da decisão que decreta a prisão cautelar ou que denega liberdade provisória deverá ser aferida em função dos fundamentos que lhe dão suporte, e não em face de eventual reforço advindo dos julgamentos emanados das instâncias judiciais superiores. Precedentes. A motivação há de ser própria, inerente e contemporânea à decisão que decreta (ou que mantém) o ato excepcional de privação cautelar da liberdade, pois a ausência ou a deficiência de fundamentação não podem ser supridas “a posteriori”. A PRESUNÇÃO CONSTITUCIONAL DE INOCÊNCIA IMPEDE QUE O ESTADO TRATE COMO SE CULPADO FOSSE AQUELE QUE AINDA NÃO SOFREU CONDENAÇÃO PENAL IRRECORRÍVEL. - A prerrogativa jurídica da liberdade - que possui extração constitucional (CF, art. 5º, LXI e LXV) - não pode ser ofendida por interpretações doutrinárias ou jurisprudenciais

Sucedeu, então, que o legislador ordinário, atento à jurisprudência do Pretório Excelso, no dia seguinte àquela decisão, logrou aprovar a Lei nº 11.464/07, que, neste particular, suprimiu a expressão “e liberdade provisória”, do inciso II, do artigo 2º, da Lei nº 8.072/90, de sorte que, com a nova redação, apenas a fiança seria proscrita pelo texto legal, extirpando da ordem jurídica a vedação *ex lege* da liberdade provisória.

A despeito do respeitável entendimento da Corte Suprema, infere-se que o *princípio* da presunção de inocência, cuja natureza não é absoluta, afinal, a prisão cautelar é admitida pelo próprio texto constitucional<sup>26</sup>, não se tratando, ademais, de *regra*, sujeita à lógica do “tudo-ou-nada”, mas de *princípio* suscetível à ponderação de valores, no caso dos crimes hediondos e equiparados, foi alvo de uma restrição constitucional, em que o poder constituinte originário ordenou um tratamento processual mais rigoroso que o dispensado para os demais delitos, o que, à luz do princípio da *unidade da Constituição*, impõe a necessidade de coexistência e conciliação de ambos os dispositivos constitucionais, prestigiando a harmonia interna do texto constitucional.

Assim, não se pode dizer que a proibição legal da liberdade provisória aos crimes hediondos é inconstitucional, justamente porque a ordem constitucional de tratamento processual mais recrudescido à categoria delitiva em debate é *específica* e prepondera sobre o princípio da presunção de inocência, consoante o propalado postulado da *unidade da Constituição*, da mesma forma como este postulado, por não ser absoluto, não impede a prisão cautelar.

---

que, fundadas em preocupante discurso de conteúdo autoritário, culminam por consagrar, paradoxalmente, em detrimento de direitos e garantias fundamentais proclamados pela Constituição da República, a ideologia da lei e da ordem. Mesmo que se trate de pessoa acusada da suposta prática de crime hediondo, e até que sobrevenha sentença penal condenatória irrecorrível, não se revela possível - por efeito de insuperável vedação constitucional (CF, art. 5º, LVII) - presumir-lhe a culpabilidade. Ninguém, absolutamente ninguém, pode ser tratado como culpado, qualquer que seja o ilícito penal cuja prática lhe tenha sido atribuída, sem que exista, a esse respeito, decisão judicial condenatória transitada em julgado. O princípio constitucional do estado de inocência, tal como delineado em nosso sistema jurídico, consagra uma regra de tratamento que impede o Poder Público de agir e de se comportar, em relação ao suspeito, ao indiciado, ao denunciado ou ao réu, como se estes já houvessem sido condenados, definitivamente, por sentença do Poder Judiciário. Precedente. (HC 84619, Relator(a): CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 27/03/2007, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-249 DIVULG 16-12-2013 PUBLIC 17-12-2013)” (Supremo Tribunal Federal, 2007, n/p).

<sup>26</sup> Art. 5º, inciso LXI, da Constituição Federal: “ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei” (Brasil, 1988, n/p).

Dito de outra forma, à luz do mandamento de criminalização em discussão,

[...] seria inaceitável, do ponto de vista criminal, que, para crimes tão graves como os de que trata a Lei n. 8.072/90, fosse proibida a concessão da liberdade provisória com fiança (crimes inafiançáveis), e ao mesmo tempo permitida a liberdade provisória sem fiança. (Monteiro, 2015, p. 393).

De todo modo, não foi esse o entendimento exposto pelo Supremo Tribunal Federal, a partir de 2.007, o que, somado à exclusão legal da proibição da liberdade provisória aos crimes hediondos e equiparados, a partir da Lei nº 11.464/07, fez com que a discussão fosse definitivamente sepultada.

Encerrada a análise sobre a liberdade provisória e da graça, passa-se à próxima etapa: a avaliação da constitucionalidade da redação original do artigo 2º, §1º, da Lei 8.072/90, segundo o qual “a pena por crime previsto neste artigo será cumprida inicialmente em regime fechado”.

Deveras, “[...] o aspecto de maior polêmica advindo da Lei nº 8.072/90 não se referiu ao rol de crimes hediondos, mas ao acréscimo, às restrições já constantes da Constituição, da necessidade de cumprimento integral da pena em regime fechado<sup>27</sup>.” (Gonçalves, 2007, p. 231), na exata medida em que não apenas vedou a possibilidade de imposição de um regime menos rígido, como o semiaberto ou o aberto, sem prejuízo de ter, igualmente, proscrito a progressão de regime aos condenados por crime hediondo.

No entanto, é inegável que esse tratamento legal mais recrudescido trouxe deletérias consequências práticas, conforme esclarece René Ariel Dotti (2006, n/p), segundo quem: “[...] a perda da esperança na progressão do regime de cumprimento de pena foi, muitas vezes, a causa motivadora de rebeliões carcerárias e revoltas dos presos.”.

De imediato, diversas vozes passaram a suscitar a inconstitucionalidade do indigitado dispositivo, por violação ao princípio da *individualização da pena*, previsto no artigo 5º, inciso XLVI, da Lei Maior, o qual

[...] deve orientar o juiz da aplicação da pena, mas também, e principalmente, todo o processo de execução penal. Se uma lei proíbe expressamente e *ex ante*, como é o caso da LCH, a possibilidade de progressão de regime prisional, cremos que essa norma fere o princípio constitucional em tela. (Leal, 2010, n/p).

---

<sup>27</sup> Em semelhante sentido, René Ariel Dotti (2006, n/p): “Sem dúvida alguma, o dispositivo que mais discussão causou foi o previsto no § 1.º do art. 2.º, que veda a progressão de regime nos crimes hediondos”.

Nesse sentido, Salo de Carvalho (2015, p. 590):

A doutrina nacional, em sua grande maioria, apontou desde os primeiros momentos de vigência da lei que a impossibilidade de progressão de regime era ofensiva aos princípios da individualização e da humanidade das penas. A vedação acabava por negar os avanços do direito penal e penitenciário que projetaram mecanismos processuais na fase derradeira do processo sancionatório (incidentes de execução) que permitiriam ao condenado gradual retorno à sociedade. Não apenas a progressão de regime e o livramento condicional, mas as possibilidades de conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direito, o indulto e a comutação, a remição e a detração da pena aparecem como instrumentos do processo de execução voltados à minimização dos danos e do sofrimento produzidos pelo encarceramento, sobretudo aquele de longa duração.

No entanto, por, aproximadamente, dezesseis anos, o Supremo Tribunal Federal rechaçou a tese de inconstitucionalidade em questão,

[...] visto que o princípio da individualização da pena não se ofende na impossibilidade de ser progressivo o regime de cumprimento da pena”, até porque, retirada a perspectiva da progressão frente à caracterização legal da hediondez, de todo modo, tem o juiz como dar trato individual a fixação da pena, sobretudo no que se refere à sua intensidade”, conforme o argumento do então ministro Francisco Rezek, no bojo do HC nº 69.657. (Supremo Tribunal Federal, 1992, n/p).

Ocorre que, em 2.006, ao julgar o HC nº 82.959<sup>28</sup>, o Supremo Tribunal Federal mudou o seu entendimento para passar a considerar inconstitucional a

---

<sup>28</sup> As particularidades desse julgado paradigmático são bem explicadas por Dotti (2006, n/p): “A discussão sobre a impossibilidade de progressão de regime nos crimes hediondos ganhou especial destaque com o julgamento, pelo Supremo Tribunal Federal, do habeas corpus 82.959-7/SP, cujo paciente e impetrante foi Oseas de Campos, acusado de atentado violento ao pudor (art. 214, CP (LGL\1940\2)). Neste paradigmático julgado, por maioria de votos (6x5), entendeu a Magna Corte ser inconstitucional a vedação à progressão de regime nos crimes hediondos. (...) magistrado que primeiramente entendeu ser inconstitucional a norma do § 1.º do art. 2.º da Lei dos Crimes Hediondos foi o relator do feito, Min. Marco Aurélio. Em seu voto, admitiu que a Lei 8.072/90 contém preceitos “que fazem pressupor não a observância de uma coerente política criminal, mas que foi editada sob clima da emoção, como se no aumento da pena e no rigor do regime estivessem os únicos meios de afastar-se o elevado índice de criminalidade”. Entendeu, ainda, que houve derrogação (revogação parcial) da Lei 8.072/90 pela Lei 9.455/97 (define os crimes de tortura) que admite a progressão do regime (art. 7.º), sustentando assim que a regra em discussão ofende o princípio constitucional da execução da pena. Tal entendimento foi seguido pelo Min. Cezar Peluso. Ele afirmou que o constituinte reservou tratamento excepcional para os crimes hediondos mas não vetou aos seus responsáveis a progressão de regime. E concluiu que, tendo a Lei de Execução Penal admitido a possibilidade de harmônica integração social do condenado (art. 1.º, Lei 7.210/1984), esse objetivo deve ser observado inclusive quanto aos delitos de maior gravidade. De igual sorte, o Min. Gilmar Mendes acentuou que a ressalva constitucional de que a individualização será regulada na forma da lei certamente confere liberdade ao legislador infraconstitucional, mas jamais permitiu a extinção desse princípio que é de direito fundamental. Assim, entendeu que a norma proibitiva ofende o princípio da proporcionalidade e que existem meios humanos de ressocialização, considerando ainda a revisão da jurisprudência como um movimento natural, sendo que à corte de justiça cabe traduzir

previsão legal de regime integralmente fechado aos condenados por crimes hediondos, por violação ao princípio da individualização da pena, especialmente porque, na dicção do ministro Marco Aurélio (Supremo Tribunal Federal, 2006, n/p, “[...] a progressão no regime de cumprimento da pena, nas espécies fechado, semiaberto e aberto, tem como razão maior a ressocialização do preso que, mais dia ou menos dia, voltará ao convívio social.”

Na oportunidade, a propósito,

[...] não obstante a decisão de inconstitucionalidade ter sido através de controle constitucional difuso e concreto (através de habeas corpus, e não de ação direta de inconstitucionalidade), a Corte Maior aplicou o art. 27 da Lei 9.868/1999, o qual trata do controle concentrado ou abstrato de constitucionalidade (ADIn ou ADC) (Dotti, 2006, n/p), isto é, modulou os efeitos da sua declaração de inconstitucionalidade, dando eficácia “erga omnes” e efeitos vinculantes àquela decisão, em um exercício de controle concreto *abstrativizado* de constitucionalidade.

Com autoridade, Luiz Carlos dos Santos Gonçalves (2007, p. 233) criticou a decisão da Corte Suprema, nos seguintes termos:

Identificamos, neste caso, uma invasão pelo Poder Judiciário, das competências próprias do Poder Legislativo, não justificada pelo seu papel de controlador da constitucionalidade das leis, pois o resultado de seu labor resultou noutra inconstitucionalidade. Melhor solução teria

---

a mudança na valoração através da evolução na interpretação. Por fim, ponderou sobre a admissibilidade da declaração de inconstitucionalidade com efeitos limitados no âmbito do controle difuso, concluindo que este modelo não é incompatível com a técnica descrita no art. 27 da Lei 9.868/1999. Segundo seu voto, a ideia da limitação de efeitos se harmoniza com o controle incidental de constitucionalidade. Conclui propondo o efeito *ex nunc* de declaração de inconstitucionalidade, porque em ocasiões anteriores o STF havia reconhecido a constitucionalidade da norma. Merece destaque igualmente o voto do Min. Carlos Ayres Britto. Ele traz à colação um argumento lúcido e insuscetível de contestação. Trata-se da proibição das penas de morte (salvo exceção em tempo de guerra) e de prisão perpétua como orientação de política criminal baseada na possibilidade de ressocialização do condenado. Ou com suas próprias palavras: “[a Constituição] parece que somente o fez no pressuposto da regenerabilidade de toda pessoa que se encontre em regime de cumprimento de condenação penal, seja quando essa condenação diga respeito à privação total da liberdade de locomoção, seja quando referente à privação parcial dessa mesma liberdade”. E mais adiante, há outra conclusão adequada ao espírito da Carta Política: “(...) se o Magno Texto não partisse desse radical a priori lógico da possibilidade de regeneração da pessoa humana, nada impediria que ele inserisse nos seus mecanismos de inibição criminal o confinamento penitenciário perpétuo e até mesmo a pena capital”. A execução da pena privativa de liberdade deve “proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado”, como declara expressamente o art. 1.º da Lei de Execução Penal (Lei 7.210/84). Surge, então, como inafastável exigência do Estado Democrático de Direito, a concepção idealística de que a pena deve ser concebida como um processo de diálogo entre a sociedade e o condenado sob a moderação do Estado. Essa perspectiva humanística resulta da estrutura dialogal dos sistemas sociais nos regimes de liberdade em oposição aos regimes autoritários de governo. Em seu voto tal aspecto retoma essa temática quando alude ao “mister reeducativo” que “é de ser desempenhado pelo esforço conjunto da pessoa encarcerada e do Estado-carcereiro”. Outra vertente relevante de seu pronunciamento decorre da conexão entre o princípio constitucional da individualização da pena e um “regime jurídico de gradativo abrandamento dos rigores da execução penal em si”.

sido o “apelo ao legislador”. Esse apelo, como deixa claro seu próprio nome, não seria “vinculante”, mas abriria a senda para a única solução constitucional da controvérsia e, quando menos, tornaria mais legítima ulterior decisão do Supremo Tribunal Federal nos termos do julgado no Habeas Corpus 82.959. Ele se mostra um caminho de autocontenção do Poder Judiciário, bastante útil para assegurar a harmonia e independência entre os poderes da República, como quer o artigo 2º da Constituição.

As consequências práticas da inconstitucionalidade declarada do §2º, do artigo 1º, da Lei de Crimes Hediondos seriam, primeiramente, a possibilidade de imposição de regime diverso do fechado para início do cumprimento de pena, e, em segundo lugar, a viabilidade da progressão de regime, seguindo a fração única estabelecida à época para o aperfeiçoamento do requisito objetivo para a obtenção do benefício: o decurso de *um sexto* da pena<sup>29-30</sup>.

Atento à decisão do Supremo Tribunal Federal e com o propósito de robustecer a proteção penal em relação aos crimes hediondos, seguindo o espírito da ordem de criminalização contida no artigo 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, editou o legislador ordinário a Lei nº 11.464/07, com duas especiais modificações, neste particular: o primeiro, alterando a redação do §1º, do artigo 2º, da Lei de Crimes Hediondos, nos seguintes termos: “a pena por crime previsto neste artigo será cumprida *inicialmente* em regime fechado”; e, o segundo, ao estipular frações diferenciadas para a progressão de regime em sede de crimes hediondos e equiparados, a saber, dois quintos, se primário o agente, e três quintos, se reincidente<sup>31</sup>.

No que toca à primeira alteração legislativa, relativa ao regime *inicial* de cumprimento de pena, em que pese o Supremo Tribunal Federal, inicialmente, ter considerado *constitucional*<sup>32</sup> o regime inicial fechado quanto aos crimes

<sup>29</sup> Na época, a redação original do artigo 112, “caput”, da Lei de Execução Penal, assim rezava: “A pena privativa de liberdade será executada em forma progressiva, com a transferência para regime menos rigoroso, a ser determinada pelo Juiz, quando o preso tiver cumprido ao menos 1/6 (um sexto) da pena no regime anterior e seu mérito indicar a progressão”. (Brasil, 1984, n/p).

<sup>30</sup> Por ocasião da declaração de inconstitucionalidade em questão, o Supremo Tribunal Federal expediu a Súmula Vinculante nº 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 determinar, para tal fim, de modo fundamentado, a realização de exame criminológico”.

<sup>31</sup> Art. 2º, §2º, Lei 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 (Brasil, 1990, n/p).

<sup>32</sup> Nesse sentido, “HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. PENA DE UM ANO E OITO MESES DE RECLUSÃO. TRÂNSITO EM JULGADO PARA A ACUSAÇÃO. DIREITO DE APELAR EM LIBERDADE. RAZOABILIDADE. REGIME INICIAL FECHADO. LEI Nº 8.072/90. AUSENTE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA. 1. A pena

hediondos e equiparados, não tardou para a Corte rever o seu posicionamento<sup>33</sup>, passando a considerar, alguns anos depois, que essa previsão legal ofende o princípio da individualização da pena, recomendando aos magistrados que imponham, concretamente, o regime de cumprimento de pena em conformidade com os critérios do artigo 33, do Código Penal<sup>34</sup>.

Já, no que concerne à segunda modificação, relacionada às frações diferenciadas de dois quintos e três quintos para a progressão de regime em relação aos crimes hediondos, não houve maiores críticas ao modelo proposto, afinal, é razoável que tais crimes se sujeitem a percentuais mais rígidos que

---

imposta ao paciente é de 1 ano e 8 meses de reclusão, transitada em julgado para a acusação. É razoável conceder ao paciente o direito de aguardar em liberdade ao julgamento dos seus recursos pelo Tribunal local, sob pena de lhe ser imposto, indiretamente, o regime integralmente fechado de cumprimento da pena. 2. *O regime inicial fechado é imposto por lei nos casos de crimes hediondos, não dependendo da pena aplicada. Assim, não há qualquer ilegalidade na fixação de referido regime, já que o paciente foi condenado pela prática do crime de tráfico de drogas.* 3. Ordem parcialmente concedida. (HC 91360, Relator(a): JOAQUIM BARBOSA, Segunda Turma, julgado em 13/05/2008, DJe-112 DIVULG 19-06-2008 PUBLIC 20-06-2008 EMENT VOL-02324-03 PP-00572)".

<sup>33</sup> "Habeas corpus. Penal. Tráfico de entorpecentes. Crime praticado durante a vigência da Lei nº 11.464/07. Pena inferior a 8 anos de reclusão. Obrigatoriedade de imposição do regime inicial fechado. Declaração incidental de inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei nº 8.072/90. Ofensa à garantia constitucional da individualização da pena (inciso XLVI do art. 5º da CF/88). Fundamentação necessária (CP, art. 33, § 3º, c/c o art. 59). Possibilidade de fixação, no caso em exame, do regime semiaberto para o início de cumprimento da pena privativa de liberdade. Ordem concedida. 1. Verifica-se que o delito foi praticado em 10/10/09, já na vigência da Lei nº 11.464/07, a qual instituiu a obrigatoriedade da imposição do regime inicialmente fechado aos crimes hediondos e assemelhados. 2. Se a Constituição Federal menciona que a lei regulará a individualização da pena, é natural que ela exista. Do mesmo modo, os critérios para a fixação do regime prisional inicial devem-se harmonizar com as garantias constitucionais, sendo necessário exigir-se sempre a fundamentação do regime imposto, ainda que se trate de crime hediondo ou equiparado. 3. Na situação em análise, em que o paciente, condenado a cumprir pena de seis (6) anos de reclusão, ostenta circunstâncias subjetivas favoráveis, o regime prisional, à luz do art. 33, § 2º, alínea b, deve ser o semiaberto. 4. Tais circunstâncias não elidem a possibilidade de o magistrado, em eventual apreciação das condições subjetivas desfavoráveis, vir a estabelecer regime prisional mais severo, desde que o faça em razão de elementos concretos e individualizados, aptos a demonstrar a necessidade de maior rigor da medida privativa de liberdade do indivíduo, nos termos do § 3º do art. 33, c/c o art. 59, do Código Penal. 5. Ordem concedida tão somente para remover o óbice constante do § 1º do art. 2º da Lei nº 8.072/90, com a redação dada pela Lei nº 11.464/07, o qual determina que "[a] pena por crime previsto neste artigo será cumprida inicialmente em regime fechado". Declaração incidental de inconstitucionalidade, com efeito ex nunc, da obrigatoriedade de fixação do regime fechado para início do cumprimento de pena decorrente da condenação por crime hediondo ou equiparado. (HC 111840, Relator(a): DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 27/06/2012, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-249 DIVULG 16-12-2013 PUBLIC 17-12-2013)".

<sup>34</sup> Artigo 33, §2º, do Código Penal: "As penas privativas de liberdade deverão ser executadas em forma progressiva, segundo o mérito do condenado, observados os seguintes critérios e ressalvadas as hipóteses de transferência a regime mais rigoroso: a) o condenado a pena superior a 8 (oito) anos deverá começar a cumprir-la em regime fechado; b) o condenado não reincidente, cuja pena seja superior a 4 (quatro) anos e não exceda a 8 (oito), poderá, desde o princípio, cumprir-la em regime semiaberto; c) o condenado não reincidente, cuja pena seja igual ou inferior a 4 (quatro) anos, poderá, desde o início, cumprir-la em regime aberto" (Brasil, 1940, n/p).

aqueles previstos aos crimes comuns, o que prestigia o princípio da individualização da pena. Aliás,

[...] o tratamento idêntico, em tema de progressão, aos crimes hediondos e aos demais, feriria também a proporcionalidade, no sentido de proteção insuficiente e a própria individualização da pena, desrespeitando a clara indicação constitucional (...) de que esses crimes merecem tratamento diferenciado. (Gonçalves, 2007, p. 232).

Nesse diapasão, nesse espírito, a Lei 13.694/19, aumentou de três para oito os percentuais existentes para a progressão de regime, conforme sejam os crimes comuns ou hediondos, consoante a primariedade e a reincidência, em razão do emprego de violência ou grave ameaça como meios executórios e em virtude do resultado morte ou não do delito, o que, indiscutivelmente, consagrou, com ainda maior êxito, o princípio da individualização da pena, não se cogitando, neste particular, de nenhuma inconstitucionalidade.

Entretanto, no tocante à inconstitucionalidade da previsão original de regime integralmente fechado, por violação ao princípio da individualização da pena, pronunciada pela Suprema Corte, no HC nº 82.959, nada obstante a inquestionável legitimidade do guardião da Constituição, ousa-se dele, respeitosamente, discordar.

Em primeiro lugar, é necessário dizer que a adoção do *regime progressivo* não é matéria sujeita a disciplina constitucional<sup>35</sup>, senão regulamentada pelo Código Penal<sup>36</sup> e pela Lei de Execução Penal<sup>37</sup>, logo, não há que se cogitar de *inconstitucionalidade* da proibição do regime integralmente fechado, até porque, em momento nenhum, o texto constitucional se refere à necessidade de que as penas sejam cumpridas em *sistema progressivo*.

---

<sup>35</sup> “A progressão dos regimes é tratada na Parte Geral do Código Penal, a partir do art. 33; contudo é essa mesma Parte Geral do Código que prevê legislação especial para “... especificar os critérios para a revogação e transferência dos regimes...” (art. 40). Ora, esta exigência nos leva ao que de alguns anos para cá os autores chamam de “Direito de Execução”, cuja autonomia vem sendo alcançada paulatinamente em alguns países. No Brasil a edição da Lei n. 7.210/84 poderia marcar o início em nosso sistema jurídico dessa nova tendência”. (Monteiro, 2015, p. 418).

<sup>36</sup> Art. 33, §2º, primeira parte, Código Penal: “As penas privativas de liberdade deverão ser executadas em *forma progressiva*, segundo o mérito do condenado, observados os seguintes critérios e ressalvadas as hipóteses de transferência a regime mais rigoroso” (Brasil, 1940, n/p).

<sup>37</sup> Art. 112, “caput”, primeira parte, da Lei de Execução Penal: A pena privativa de liberdade será executada em *forma progressiva* com a transferência para regime menos rigoroso (...) (Brasil, 1984, n/p).

O que, validamente, a Constituição da República consagra como princípio é a *individualização da pena*<sup>38-39</sup>, utilizada, por muitos, inclusive a Suprema Corte brasileira, como fundamento constitucional para reputar incompatível com a Lei Maior a imposição de regime integralmente fechado em relação aos crimes hediondos.

Sucedo, todavia, que a individualização da pena

[...] ocorre em três momentos distintos: individualização *legislativa*<sup>40</sup> — processo através do qual são selecionados os fatos puníveis e cominadas as sanções respectivas, estabelecendo seus limites e critérios de fixação da pena; individualização judicial (...) e, finalmente, individualização executória — grifou-se. (Bitencourt, 2022, p. 2038).

De fato,

[...] o primeiro órgão estatal a individualizar a pena não é o Judiciário, mas o Legislativo. Quando um tipo penal incriminador é idealizado no âmbito do Congresso Nacional, cabe ao legislador estabelecer-lhe a faixa de sanção penal, estipulando o mínimo e o máximo cabíveis, em relação aos quais deverá o magistrado construir a pena justa e concreta. (Nucci, 2019, n/p).

Nesse sentido, diferentemente do que pode parecer, a individualização da pena não incumbe exclusivamente ao juiz, ao prolatar sua sentença, mas, antes, pode – e deve – ser levada a efeito pelo *legislador*, no exercício de sua liberdade de conformação, sempre à luz das disposições constitucionais, a ele incumbindo, primariamente, a definição relativa à quantidade de pena a ser abstratamente cominada ao preceito secundário delito e, igualmente, ao regime de cumprimento de pena.

Nada impede, portanto, que, tal como o Código Penal estabeleceu *regras gerais* para a definição do regime de cumprimento de pena, em seu artigo 33 – as quais, evidentemente, não se sobrepõem à legislação ordinária –,

<sup>38</sup> Art. 5º, inciso XLVI, Constituição Federal: a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes: a) privação ou restrição da liberdade; b) perda de bens; c) multa; d) prestação social alternativa; e) suspensão ou interdição de direitos (Brasil, 1988, n/p).

<sup>39</sup> “Essa orientação, conhecida como individualização da pena, ocorre em três momentos distintos: *individualização legislativa* — processo através do qual são selecionados os fatos puníveis e cominadas as sanções respectivas, estabelecendo seus limites e critérios de fixação da pena; *individualização judicial* — elaborada pelo juiz na sentença, é a atividade que concretiza a individualização legislativa que cominou abstratamente as sanções penais, e, finalmente, *individualização executória*, que ocorre no momento mais dramático da sanção criminal, que é o do seu cumprimento” – grifou-se (Bitencourt, 2022, p. 2038).

<sup>40</sup> Em semelhante sentido, Salo de Carvalho (2015, n/p): “A doutrina aponta três dimensões do princípio da individualização da pena. A primeira, denominada individualização legislativa, seria identificada no processo de criação dos tipos penais incriminadores (criminalização primária), com a delimitação da conduta ilícita, a definição da espécie de pena cabível e sua respectiva quantidade mínima e máxima. O princípio da individualização opera, nesta fase, como uma guia orientadora da atividade do legislador que determina a necessidade de previsão de sanções adequadas e proporcionais às condutas incriminadas” (Carvalho, 2020, p. 532).

sobrevenha legislação penal especial que estabeleça critérios distintos para a fixação do regime de cumprimento de pena, desde que consonantes com os preceitos constitucionais, de modo que, mercê dos critérios da *especialidade* e da *cronologia*, naturalmente, aplicar-se-iam àquelas infrações penais previstas naquele diploma, sem que isso caracteriza qualquer sorte de inconstitucionalidade.

Ora, a liberdade de conformação do legislador, como é evidente, não se sujeita à legislação ordinária (artigo 33, §2º, do Código Penal), senão está condicionada tão somente aos preceitos constitucionais, os quais, neste particular, determinam, conforme se extrai da ordem de criminalização estampada em seu artigo 5º, inciso XLIII, que o legislador ordinário confira tratamento penal mais recrudescido aos denominados *crimes hediondos*.

Nesse sentido, a exegese de Batisti (2002, n/p):

Certo é que inconstitucionalidade não há, já que a matéria é infraconstitucional. Visivelmente não há contradição na determinação de pena em regime totalmente fechado, porque a Constituição Federal somente proibiu a pena de caráter perpétuo (art. 5.º, XLII, b). Até mesmo a limitação do tempo de 30 anos de prisão é regra da legislação ordinária (art. 75 do CP). Da mesma forma que não é inconstitucional determinar que as penas superiores a oito anos tenham seu início de cumprimento em regime fechado, também não há inconstitucionalidade em determinar o cumprimento integral em regime fechado, em face da natureza das infrações.

Assim, não se pode dizer que a vedação da progressão de regime seja *inconstitucional*, mas, sim, a rigor, inconveniente e inoportuna, porquanto “[...] não estimula o bom comportamento carcerário, nem a reinserção social.” (Gonçalves, 2007, p. 231). É dizer: a discussão não se situa no terreno da *constitucionalidade*, mas, sim, da *liberdade de conformação* do legislador ordinário extravagante, que não está atrelado aos parâmetros estabelecidos pelo Código Penal, mas, ao revés, vincula-se à ordem constitucional de conferir tratamento penal mais rigoroso aos chamados crimes hediondos.

Portanto, malgrado o respeitável entendimento do Supremo Tribunal Federal, defende-se, aqui, que a previsão contida no artigo 2º, §1º, da Lei 8.072/90, de impor aos crimes hediondos e equiparados o regime *inicial fechado*, longe de afrontar o princípio da individualização da pena, ao contrário, consagra, plenamente, o seu sentido e alcance, acatando ao mandamento de criminalização do artigo 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, ao conferir, já no plano legislativo, um tratamento penal mais rigoroso àquela categoria de

crime considerada mais repugnante, sob pena de acinte ao princípio da proporcionalidade, notadamente por ser consectário da vedação da proteção deficiente.

Em nada destoava desse entendimento a posição de Batisti (2002, n/p):

É logicamente constitucional a Lei 8.072/90, que exasperou o mandamento constitucional, principalmente determinando o integral cumprimento da pena em regime fechado aos crimes hediondos, de tráfico de entorpecente, de tortura e terrorismo, porque a Constituição limita-se a fixar a inafiançabilidade e proibição de graça e anistia, e autoriza tratamento mais rigoroso quanto àquele conjunto de crimes. A questão de cumprimento de pena não é matéria regulada na Constituição.

Nesse cenário, ao menos, em tese, seria cabível a propositura de ação declaratória de constitucionalidade (ADC), com o propósito de que a Suprema Corte brasileira declarasse *constitucional* o artigo 2º, §1º, da Lei 8.072/90, porque em consonância com a ordem de penalização do artigo 5º, inciso XLIII, da Constituição de 1.988, e com o princípio da proporcionalidade, em seu viés “proibição da proteção insuficiente”, com efeitos “erga omnes” e eficácia vinculante, porém, ao menos por ora, com diminutas chances de procedência, considerando que, há, pelo menos uma década, a jurisprudência do Pretório Excelso está consolidada em sentido contrário.

No sentido da constitucionalidade da Lei 8.072/90, apregoa Leonir Batisti (2002, n/p):

Certo é que a Lei 8.072/90 e seus dispositivos foram considerados conformes com a Constituição Federal. E não poderia ser diferente: na realidade, a lei exasperou condições aos agentes dos crimes hediondos, dos crimes de tortura, do tráfico ilícito de entorpecente e do terrorismo. A exasperação não estava vedada. E, é possível afirmar, a intenção do constituinte era tratar tais espécies de crimes de modo especial e mais rigoroso que o normal. Caso contrário, não teria o constituinte destacado tratamento específico a essas quatro categorias de crimes.

Grosso modo, pode-se dizer, pois, parafraseando Luiz Carlos dos Santos Gonçalves (2007, p. 236), que “a Lei nº 8.072/90, com as exceções apontadas, é constitucional”.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Os mandamentos de criminalização, essas ordens potestativas e vinculantes, emanadas do poder constituinte, exercem um papel crucial na

formatação da legislação criminal brasileira, estabelecendo diretrizes claras ao legislador ordinário para tipificar comportamentos reprováveis como crimes, protegendo, assim, bens e interesses fundamentais de forma integral e adequada. Nesse novo paradigma da relação entre o direito penal e a proteção dos direitos humanos, como imperativos de tutela, destaca-se a ênfase na proteção da vítima e na punição de autores de graves atentados aos direitos fundamentais e humanos.

Ao se realizar o cotejo da compatibilidade material entre a Lei 8.072/90, e a ordem de criminalização do artigo 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, à luz do princípio da proibição da proteção deficiente, verifica-se, inicialmente, uma clara omissão legislativa em classificar o *homicídio simples* como crime hediondo na redação originária da Lei nº 8.072/90. A correção parcial por meio da Lei nº 8.930/94, que incluiu o homicídio qualificado e o homicídio simples praticado em atividade típica de grupo de extermínio, não elide a perplexidade diante da não classificação de todos os homicídios, ainda que carecedores da figura qualificada, como hediondos, dada a inquestionável gravidade desse delito, conforme destacado por Nelson Hungria.

Diante dessas considerações, sugere-se a propositura de ação direta de inconstitucionalidade (ADI) em relação ao preceito secundário do artigo 121, “caput”, do Código Penal, com o propósito de declarar a inconstitucionalidade, *sem a pronúncia de nulidade, com apelo ao legislador*, da pena mínima de seis anos de reclusão, tendo em conta o princípio da vedação da proteção deficiente, consectário do princípio da proporcionalidade, ou, pelo menos, para que se pronuncie a sua *inconstitucionalidade parcial, sem redução de texto*, a fim de que, em que pese a manutenção do texto legal, declare-se a inconstitucionalidade da interpretação que possibilita a imposição de regime *semiaberto*, nitidamente dissonante em cotejo com a proeminência do direito fundamental à vida, assegurado no “caput”, do artigo 5º, da Constituição da República.

Nada obstante, outra clara situação de inconstitucionalidade se revela pela inadequação da pena mínima de seis anos de reclusão para o homicídio simples, permitindo a imposição do regime semiaberto, configura mais um descompasso entre a legislação e a proteção adequada ao direito fundamental à vida, razão pela qual se sugere a propositura de ação direta de inconstitucionalidade (ADI) em relação ao preceito secundário do artigo 121,

“caput”, do Código Penal, com o propósito de declarar a inconstitucionalidade, *sem a pronúncia de nulidade, com apelo ao legislador*, da pena mínima de seis anos de reclusão, tendo em conta o princípio da vedação da proteção deficiente, consectário do princípio da proporcionalidade, ou, pelo menos, para que se pronuncie a sua *inconstitucionalidade parcial, sem redução de texto*, a fim de que, em que pese a manutenção do texto legal, declare-se a inconstitucionalidade da interpretação que possibilita a imposição de regime *semiaberto*, nitidamente dissonante em cotejo com a proeminência do direito fundamental à vida, assegurado no “caput”, do artigo 5º, da Constituição da República.

Lado outro, no tocante à insegurança jurídica quanto à imposição do regime inicial fechado nas condenações por crimes hediondos, seria cabível a propositura de ação declaratória de constitucionalidade (ADC), com o propósito de que a Suprema Corte brasileira declarasse *constitucional* o artigo 2º, §1º, da Lei 8.072/90, porque em consonância com a ordem de penalização do artigo 5º, inciso XLIII, da Constituição de 1.988, e com o princípio da proporcionalidade, em seu viés “proibição da proteção insuficiente”, porém, ao menos por ora, com diminutas chances de procedência, considerando que, há, pelo menos uma década, a jurisprudência do Pretório Excelso está consolidada em sentido contrário.

Assim, com a procedência duas ações de controle concentrado de constitucionalidade sugeridas, o Supremo Tribunal Federal, como o guardião da Constituição da República, atenderá, fidedignamente, ao espírito do poder constituinte originário de estabelecer um tratamento jurídico-penal mais rigoroso aos condenados pelos crimes considerados *hediondos*, mercê do efeito dissuasório da prevenção geral negativa da pena, em perfeita consonância com a ordem de penalização do artigo 5º, inciso XLIII, da Constituição da República, e com o princípio da proporcionalidade, em seu viés “proibição da proteção insuficiente”, com efeitos “erga omnes” e eficácia vinculante.

## REFERÊNCIAS

BATISTI, Leonir. Crimes hediondos e similares - constitucionalidade e compatibilidade de tratamento diverso. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 799, p. 448-460, maio 2002.

BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2022. E-book.

CALDEIRA, Rodrigo de Andrade Fígaro. Foro por prerrogativa de função: conexão e continência. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

CARVALHO, Salo de. A política criminal de drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático da lei nº 11.343/2006. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. Ebook.

CARVALHO, Salo de. Sobre a criminalização da homofobia: perspectivas desde a criminologia queer about the criminalization of homophobia: perspectives starting from the queer criminology. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. (Doutrinas Essenciais Direito Penal e Processo Penal, v. 5).

CARVALHO, Salo de. Penas e medidas de segurança no direito penal brasileiro. 3. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. Ebook.

DIMOULIS, Dimitri. O art. 5º, § 4º, da CF: dois retrocessos políticos e um fracasso normativo. In: TAVARES, André Ramos; LENZA, Pedro; ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora. Reforma do Judiciário: Emenda Constitucional 45/2004, analisada e comentada. São Paulo: Método, 2005. p. 107-119.

DOTTI, René Ariel. Crimes hediondos e a progressão do regime de execução da pena privativa de liberdade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. v. 851, p. 403 – 416.

DOTTI, René Ariel. Ausência do tipo penal de organização criminosa na legislação brasileira. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 1125 – 1140. (Doutrinas Essenciais de Direito Penal Econômico e da Empresa, v. 6).

FELDENS, Luciano. A constituição penal: a dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

FERNANDES, Antonio Scarance. Considerações sobre a Lei 8.072, de 25.07.1990 – Crimes hediondos Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 660, p. 261 – 266, out. 1990.

FERNANDES, Antonio Scarance. O equilíbrio entre a eficiência e o garantismo e o crime organizado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 741 – 774. (Doutrinas Essenciais de Direito Penal Econômico e da Empresa, v. 6).

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Constituição Federal e a Lei 8.072/90: repercussões quanto ao regime prisional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 531 – 546. (Doutrinas Essenciais Processo Penal, v. 6).

GONÇALVES, Luiz Carlos dos Santos. Mandados de Criminalização e proteção dos direitos fundamentais na Constituição Brasileira de 1988. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

HUNGRIA, Nelson. Comentários ao Código Penal. Forense, 1958. v. 31.

LEAL, João José. Homicídio como crime hediondo, um ano após! Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 719, p. 361 – 371, set. 1995.

LEAL, João José. Lei dos crimes hediondos ou direito penal da severidade: 12 anos de equívocos e casuísmos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 51 – 79. (Doutrinas Essenciais de Direito Penal, v. 7).

LUISI, Luiz. Direito penal e revisão constitucional. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 729, p. 369, jul. 1996.

LUISI, Luiz. Os princípios constitucionais penais. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2003.

MONTEIRO, Antonio Lopes. Crimes hediondos: texto, comentários e aspectos polêmicos. Antonio Lopes Monteiro. – 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015.

MORAES, Alexandre Rocha Almeida de. A teoria dos mandados de criminalização e o combate efetivo à corrupção. Revista Jurídica da Escola Superior do Ministério Público de São Paulo, São Paulo, v. 5, p. 43-68, 2014. Disponível em: [https://es.mpsp.mp.br/revista\\_esmp/index.php/RJESMPSP/article/view/170](https://es.mpsp.mp.br/revista_esmp/index.php/RJESMPSP/article/view/170). Acesso em: 27 ago. 2021.

NUCCI, Guilherme de Souza. O princípio constitucional da individualização da pena e sua aplicação concreta pelo STF no Caso Mensalão. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. (Doutrinas Essenciais Direito Penal e Processo Penal, v. 2).

PONTE, Antonio Carlos da. Crimes Eleitorais. São Paulo: Saraiva, 2008.

RAMOS, André de Carvalho. Mandados de criminalização no direito internacional dos direitos humanos: novos paradigmas da proteção das vítimas de violações de direitos humanos. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v. 62, p. 9-55, set./out. 2006.

REALE JÚNIOR, Miguel. A inconstitucionalidade da lei dos remédios. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 763, p. 415 – 431, maio, 1999.

SANGUINÉ, Odone. Inconstitucionalidade da proibição de liberdade provisória do inciso II do artigo 2.º da Lei 8.072, de 25 de julho de 1990. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 127 – 136. (Doutrinas Essenciais de Direito Penal, v. 7).

SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e insuficiência. In: FRANCO, Alberto Silva; NUCCI, Guilherme de Souza (org.). Doutrinas essenciais: direito penal. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2010. v.1, p. 99-151.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Habeas Corpus 79.386/AC. Relator: Min. Marco Aurélio. Julgamento em 05 de outubro de 1999. Brasília, DF. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur101196/false>. Acesso em: 14 nov. 2023.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Habeas Corpus nº 81.565/SC. Relator: Min. Sepúlveda Pertence. Julgamento em 19 de fevereiro de 2002. Brasília, DF. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur99716/false>. Acesso em: 14 nov. 2023.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Habeas Corpus 83.468/ES. Relator: Min. Sepúlveda Pertence. Julgamento em 11 de novembro de 2003. 2003b. Brasília, DF. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur96163/false>. Acesso em: 14 nov. 2023.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Habeas Corpus 84.619/SP. Relator: Min. Celso de Mello. Julgamento em 27 de março de 2007. Brasília, DF. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur251869/false>. Acesso em: 14 nov. 2023.