



## Toron defende mudanças urgentes na Lei de Crimes Hediondos

O Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil confirmou, nesta segunda-feira (13/9), por unanimidade, as alterações à Lei nº 8.702/90 (dos Crimes Hediondos) propostas no voto da comissão presidida pelo conselheiro federal por São Paulo, Alberto Zacharias Toron.

Com a decisão, a OAB se posiciona pela defesa da gradação das penalidades aplicadas no Brasil de acordo com a gravidade dos crimes cometidos.

“O regime criado pelo regime da lei de Crimes Hediondos é monstruoso, pois elevou de oito para oitenta a aplicação das penas”, disse Toron em seu voto.

“A comissão propõe que seja feito um estudo detalhado das penas aplicadas no País, no sentido de se criar um meio termo, uma recalibragem das penas”, afirmou.

A principal crítica de Toron ao texto atual da Lei 8.702/90 é o fato de não existir um sistema progressivo para a aplicação das penalidades. Como exemplo, ele citou a equiparação da falsificação de cosméticos à falsificação de medicamentos, ambos com pena de dez anos de reclusão. Citou também a equivalência das penalidades aplicadas ao usuário de pequenas quantidades de drogas e ao traficante de entorpecentes.

Ao aprovar a proposta, a OAB passa a enfatizar a necessidade de reintrodução do sistema progressivo no cumprimento das penas, mas de forma diferenciada para crimes como extorsão mediante seqüestro, extorsão mediante seqüestro seguida de morte, tráfico de entorpecentes e estupro.

Defende, ainda, que seja banida a proibição de concessão de liberdade provisória, restituindo-se ao juiz a plena capacidade quanto à verificação da necessidade de manutenção da prisão, e a aplicação das penas alternativas quando a pena a ser aplicada não for superior a quatro anos e não houver o emprego de grave ameaça ou violência contra a pessoa.

Para Toron, as modificações criam a possibilidade de se tratar os pobres que cometeram crimes com mais humanidade. Segundo o advogado, eles — que representam a maioria dos condenados — terão chances maiores de se ressocializar se aprovada a gradação ou progressividade no cumprimento das penas.

“O preso receberá a resposta devida pelo ato brutal que praticou, mas o trataremos com maior dignidade e jogaremos com a possibilidade de um embrutecimento menor do preso enquanto ele estiver na cadeia”, disse.

Além de Toron, integraram a comissão os conselheiros federais e advogados criminalistas Ademar Rigueira Neto (Pernambuco) e Cezar Roberto Bitencourt (Rio Grande do Sul).

### Leia a íntegra do parecer de Toron

“O presente estudo não pretende esgotar a matéria e, tampouco, faz uma apreciação exaustiva de todos



os aspectos a serem revistos. Ao reverso, concentra-se em questões gerais que reputamos as essenciais e preocupa-se desde logo em oferecer sugestões para um início de debate que não pode ser adiado. Aliás, em boa hora o Governo Federal acena com a necessidade de alteração da Lei 8.072/90, também conhecida como Lei dos Crimes Hediondos. Menos pelos aspectos ligados à sua apregoada ineficácia ou à alardeada necessidade de se esvaziar as cadeias, do que pelas iniquidades que gerou seja no campo penal, seja no processual. Afinal, no que concerne à eficácia, basta uma singela leitura dos periódicos para se perceber que os delitos qualificados como hediondos ou os a eles equiparados longe de terem diminuído, como conseqüência do recrudescimento das sanções abstratamente cominadas e de um tratamento processual e penitenciário mais duros, proliferaram como nunca. Por todos, como exemplo, vale citar a extorsão mediante seqüestro, comumente chamada de seqüestro, que, de 1990 para cá, só aumentou.

Sem embargo, não é no plano da eficácia que a questão da reformulação da lei em exame ganha relevo, embora disso não se possa descuidar. Essencial, no tema, é saber se a Lei dos Crimes Hediondos está conforme à Constituição, isto é, se respeita o valor dignidade humana em matéria de repressão penal, se respeita o princípio da proibição de excesso contemplando punições proporcionais e, na ponta do sistema, se atua de acordo com o princípio da individualização científica da pena, propiciando um tratamento diferenciado conforme a evolução comportamental do sentenciado durante a sua permanência no cárcere.

Para responder a tais indagações é preciso ter em mente um breve histórico do nosso sistema punitivo.

a. breve histórico. Sob o Código Penal de 1940 tínhamos um sistema rígido, que não contemplava alternativas punitivas. A imensa maioria dos delitos era respondida com a pena de prisão. A propósito, a epígrafe da tese de concurso para titularidade da cadeira de Direito Penal na Universidade do Paraná, apresentada pelo eminente Prof. RENÉ ARIEL DOTTI, retrata uma chacota com o sistema punitivo, comparado, por Foucault, a um médico que, “para todas as doenças, tem o mesmo remédio”. O quadro foi, igualmente, bem captado pelo não menos eminente Prof. NILO BATISTA o qual, comentando o ainda Anteprojeto de Reforma da Parte Geral, assim o exprimia: “Vivia-se uma fase em que a reação punitiva ou, como disse Foucault, o “style pénal” implicava atingir diretamente o corpo do condenado. Com o Código Penal de 1890 e o vigente Código Penal de 1940, conheceu-se a predominância da privação da liberdade, cujo reinado pode ser avaliado na medida em que essa espécie de pena se converteu, para a linguagem comum, em sinônimo de pena, apropriando-se da totalidade do significante. Quando se fala em pena, o homem comum evoca a reclusão; quando se fala, por exemplo, em multa, (que é uma espécie de pena tanto quanto a reclusão) o homem comum pensa em algo mais benigno do que a “pena”. Pois o domínio da pena privativa de liberdade chega ao fim, com as mudanças constantes do anteprojeto” (grifamos).

Com efeito, ofereceu-nos o mestre paranaense, com antecipação, o que seria a pedra angular do sistema de penas na nova legislação, isto é, a introdução de medidas alternativas à privação da liberdade, ao lado da fixação de um sistema progressivo no cumprimento das penas. Este sistema, também chamado de individualização científica, possibilita que o sentenciado, após o cumprimento de 1/6 da pena num regime carcerário mais duro, passe, sem saltos, para um mais brando. Assim, concretamente, o



assaltante, grande vilão dos centros urbanos, que fosse condenado a cinco anos e quatro meses de reclusão iniciaria o cumprimento da pena em regime fechado e, nem bem alcançado um ano, progrediria para o semi-aberto, onde, com mais 1/6 de residência neste, alcançaria o regime aberto.

Originariamente, o regime semi-aberto foi pensado para ser cumprido como um regime semi-fechado, isto é, o sentenciado desenvolveria suas atividades laborais no interior do estabelecimento em que se encontrasse: fazendas agrícolas ou presídios com parque industrial. Já o regime aberto significaria, como regra, trabalho diurno fora do sistema prisional e à noite o recolhimento à Casa do Albergado, excetuados os casos compreendidos pelo disposto no art. 117 da Lei de Execução Penal como, para exemplificar, o condenado maior de 70 anos ou o acometido de doença grave.

A realidade, marcada pelo descaso e também pela dificuldade na obtenção de recursos, impôs uma dura distorção ao novo sistema punitivo. O que era para ser semi-aberto virou aberto, ou seja, em não poucos lugares o preso do semi-aberto trabalha fora durante o dia e só se recolhe ao cárcere quando anoitece. Isso para não lembrar que, inexistindo vagas no regime em questão, tem se permitido, acertadamente, que o sentenciado aguarde a vaga no aberto, pois o Estado não pode impor ao preso um regime mais construtivo do que aquele a que tem direito, segundo jurisprudência amplamente consolidada nos Tribunais. Já no aberto, o que era para ser exceção, virou regra. Vale dizer, inexistindo as Casas de Albergue, a imensa maioria dos presos com direito a essa modalidade prisional recolhe-se aos seus próprios lares, sem efetiva fiscalização.

Independentemente dos problemas decorrentes da falta de investimento no sistema penitenciário, o fato é que, não sem razão, o excessivo liberalismo do sistema de penas instituído com a nova Parte Geral do Código Penal de 1985, que permitia, em todos os tipos de crimes, a progressão com apenas 1/6 do cumprimento da pena em regime fechado, despertou na opinião pública e em não poucos especialistas um descontentamento decorrente da ineficácia preventiva e escassa retributividade da sanção privativa de liberdade. De fato, um latrocida condenado à pena mínima então prevista no Código de 1940 poderia, com apenas quase três anos de cadeia em regime fechado, ganhar a liberdade.

Como a criminalidade vivia e ainda vive uma espiral ascendente e tivéssemos carência de uma resposta, o mais fácil foi estabelecer uma resposta simbólica, isto é, que aplacasse o clamor social gerado pela insegurança. Ao invés de uma polícia mais numerosa, bem preparada e remunerada que, no plano imediato, tem inegável capacidade dissuasória, tivemos a promulgação de uma lei que introduziu profundas modificações no nosso sistema punitivo, seja para aumentar as penas, seja para impor o regime integralmente fechado, seja ainda para impedir a concessão de liberdade provisória em determinados casos.

Esqueceu-se por inteiro que quem vai assaltar está mais preocupado em saber se vai ser pego, se essa é “a boa”, do que com a questão abstrata de saber qual o patamar da pena abstratamente cominada a ser eventualmente cumprida caso venha a ser autuado, processado e condenado. Olvidou-se, por outro lado, que a função motivadora da norma penal só pode ser eficaz se for precedida, ou acompanhada, de outras instâncias de controle social, isto é, quando dentro dos processos de socialização primária (casa, escola, clube, instituição religiosa etc.) e, depois, da vida associativa, enraízam-se regras morais e sociais que nos tornam cumpridores da lei não pela ameaça da pena, mas em razão dos valores internalizados.



É claro, nessa ordem de idéias, que o garoto da favela, que não teve “nada” em termos de socialização ou, ao reverso, vivenciou-a no contexto da marginalidade, onde o “herói” é o moço que anda com um revólver na cinta, ou que acabou de sair do “Lar da Detenção”, não vai ser minimamente motivado pelas regras penais. Inversamente, sem medo de errar, pode-se dizer que nós, os integrados aos valores sociais, não roubamos, ou deixamos de fazê-lo, não em função da ameaça penal, mas sim em razão de valores previamente assentados .

Ignorou-se, nesse contexto, a lição do saudoso Prof. MANOEL PEDRO PIMENTEL que, ao citar Durkheim, advertia: “quando a taxa da criminalidade é inusitadamente alta, como acontece agora no mundo capitalista, esse excesso é de natureza mórbida, revelando que a sociedade está doente” , é insistir numa política criminal errada, isto é, que olvida as conquistas científicas da criminologia e da própria dogmática, para construir “um modelo-álibi”, destinado a tranquilizar a opinião pública” .

b. A contra-reforma. Não obstante, alheio à realidade e aos avanços da ciência penal, o legislador de 1990 operou em três planos distintos: no processual impediu a concessão da liberdade provisória (art. 2º, inciso II). Com isso, aplacou-se aquela voz que é forte dentro dos meios policiais e numa imprensa de duvidosa qualidade, a qual expressa o seguinte: “a Polícia prende e o Juiz solta”. Como para a opinião pública, a prisão, não importa a natureza, é sinônimo de punição, de castigo, passa-se a impressão de rigor e eficiência.

O sistema coercitivo estatal, com a prisão antecipada, independentemente de pressupostos cautelares, subvertendo “os princípios fundamentais do Estado de Direito, consagrando algo próximo a idéia de justiça sumária” , se mostra presente e com rapidez. A confiança nas instituições, quer se fazer crer, cresce e reafirma o império da lei. O apelo à exemplaridade vira regra, ainda que constitua, “seguramente a mais patente violação do princípio da presunção de inocência, porquanto parte justamente da admissão inicial da culpabilidade, e termina por atribuir ao processo uma função meramente formal de legitimação de uma decisão tomada a priori” . Como “a violência atrai público, vendendo jornais e audiência” , tem-se, nesses casos, a consecução do gênero de um “processo-espetáculo”, fonte de negócio para os jornalistas e suas empresas .

No plano das penas, ampliaram-se as cominações abstratamente previstas (cf. art. 6º, §3º). Aqui se mostraram os dentes do direito penal. Apostou-se no desenvolvimento da prevenção geral pela intimidação. Todavia, o aumento da carga retributiva, representando uma maior reprovação do corpo social, ganhou maior expressão com a atuação no plano da execução penal. Para tanto, o sistema progressivo foi simplesmente abolido (art. 2º, §1º). O cumprimento da sanção, como já destacado, deve se dar integralmente em regime fechado. Com estes mecanismos pretendeu-se calar uma outra voz, a que dizia: “a polícia prende, o juiz condena, mas a lei é frouxa e o bandido “fica só um pouquinho” e logo sai de novo”.

Não é preciso muito esforço para se perceber que as principais medidas penais propriamente ditas (elevação das penas e supressão do regime progressivo), apontam para um reforço da retribuição fora dos marcos da proporcionalidade quando se comparam os novos patamares punitivos estabelecidos pela



lei em estudo, com as penas fixadas para outros delitos. Dessa maneira, impondo-se uma reprimenda em todos os sentidos mais severa, veicula-se no âmbito da sociedade uma visão de rigor que, ao mesmo tempo, deveria atuar como contra-estímulo a novas ações delitivas.

Sem embargo, no plano do agente criminoso e a despeito do Pacto de São José da Costa Rica, despreza-se por inteiro a prevenção positiva, pois ao se expungir o sistema progressivo, prestigiou-se a custódia com efeito neutralizador. Vale dizer, descrendo-se da ressocialização, joga-se na única coisa aparentemente certa: enquanto preso, o delinqüente não ameaça os bens juridicamente protegidos e, enfim, preserva-se a paz social.

Este endurecimento dos mecanismos repressivos veio, como já afirmado, para tranqüilizar a população, com o intuito de resgatar a esperança na Justiça e para preservar valores como a lei e a ordem. A sociedade, como destaca o Procurador de Justiça do Ministério Público de São Paulo, ANTONIO LOPES MONTEIRO, “exigia uma providência drástica para pôr fim ao ambiente de insegurança vivido no país”. Nessa linha, atua-se não apenas com uma vontade de se aumentar a eficiência punitiva e, com isto, fortalecer a segurança, como, também, na defesa da cidadania entendida aqui como aquele conjunto de direitos e garantias a que as pessoas têm, como por exemplo, direito à vida, propriedade etc., que o Estado tem a obrigação de assegurar. Aqui começam as dificuldades. Cria-se “un Derecho penal para enemigos”, cuja eficiência pode ser contestada tanto de um ponto de vista empírico (prático) quanto teórico.

Passados mais de catorze anos da vigência da Lei dos Crimes Hediondos, basta acompanhar os noticiários do dia-a-dia para se perceber que a realidade criminal não se alterou. Ao reverso, na escrita insuspeita do Procurador de Justiça de São Paulo, ANTONIO LOPES MONTEIRO, vê-se que “os casos de seqüestros não só não diminuíram, mas vêm aumentando” .

c. O que fazer? Para se colocar as coisas nos seus devidos lugares o legislador deverá, como já advertia Beccaria, atuar como um habilidoso arquiteto, “que saiba igualmente utilizar as forças que podem colaborar para firmar o edifício e debilitar todas as que possam arruiná-lo”. Concretamente, começando pelo plano processual, é preciso de uma vez por todas banir a proibição de se conceder a liberdade provisória nos casos reputados de especial gravidade, hoje genericamente chamados de hediondos. Como se sabe, a jurisprudência, de norte a sul do país, tem salientado que mesmo nos crimes hediondos há necessidade de se fazerem presentes os pressupostos cautelares para se manter um cidadão no cárcere ou nele colocá-lo antes da decisão condenatória transitada em julgado. Com isso devolve-se ao magistrado seu poder geral de cautela para, caso a caso, aferir a pertinência da prisão processual penal.

No plano penal muitas são as providências. No que concerne à execução da pena é manifesta a necessidade de se reintroduzir o sistema progressivo. Primeiro porque a Constituição assegura a individualização da pena o que, obviamente, alcança a execução penal. Depois, porque, além de se humanizar o seu cumprimento, criam-se melhores condições de disciplina carcerária diante da perspectiva do abrandamento do regime. Todavia, reintroduzida a progressão no regime de cumprimento de pena, é imperioso que mantenha a diferenciação quanto ao lapso temporal para certos crimes que se repute mais graves. Assim, se nos crimes que não envolvam violência ou grave ameaça à pessoa basta



para a progressão o cumprimento de 1/6 da pena em regime fechado, não é desarrazoado que nos hediondos e nos que lhe são equiparados possa-se exigir o cumprimento de no mínimo 1/3 em regime inicial fechado. Observando-se, ainda, que entre estes, quando houver o resultado lesão corporal grave ou morte pode-se exigir o cumprimento de, no mínimo, metade da pena em regime fechado.

Com tais medidas, de forma diferenciada, restaura-se a progressividade no cumprimento do regime de penas, sem, contudo, retornar-se ao sistema de 1985. Dito de outra maneira, se era defeituoso o regime instituído pela nova Parte Geral do Código Penal, porque excessivamente liberal, o criado pela Lei dos Crimes Hediondos foi assombroso. Saiu-se do oitenta para o oitenta num movimento pendular extravagante. Agora, com esta proposta, procura-se estabelecer um meio termo adequado às exigências constitucionais e da penologia além, de outro lado, de atentar-se às necessidades de segurança social.

No campo das penas, é imperioso alterar-se o patamar mínimo cominado ao atentado violento ao pudor, já que tal infração contempla uma infinidade de condutas e que nem sempre ostentam a mesma gravidade como o caso daquele que se limita, de forma libidinosa, a dar uma passadela de mão nas nádegas ou a beijar lascivamente a vítima etc. Aqui é preciso que se estabeleça um patamar punitivo entre o mínimo e o máximo bem elástico que permita ao juiz a aplicação de penas alternativas quando for o caso.

Também no que atina com as alterações introduzidas pela 9677/98, que veio para coibir mais fortemente a adulteração dos remédios, há graves reparos a se fazer na linha do que precedentemente ALBERTO SILVA FRANCO preconiza. Não que se negue a gravidade dos delitos em questão. Mas não é aceitável que falsificar remédios tenha penas que variem entre 10 a 15 anos enquanto o homicídio qualificado tenha pena mínima de 12 anos. O correto seria a previsão de formas qualificadas pelo resultado quando da falsificação resultar morte ou lesão grave, mas o crime em si de falsificar não pode ter patamares punitivos tão elevados. Inaceitável também a equiparação punitiva para quem falsifica simples cosméticos ou comercia produtos medicinais sem registro nas repartições competentes. Há, convenha-se, considerável diferença entre falsificar remédios ou vendê-los sem o registro no órgão da vigilância sanitária e falsificá-los. A propósito, num caso ou noutro, é inadmissível que cosméticos sejam tratados com o mesmo rigor punitivo que medicamentos.

Em linhas gerais, pretende-se estabelecer um sistema que: i) reintroduza a progressividade no regime prisional, porém de forma diferenciada para os crimes hediondos ou de especial gravidade; ii) seja banida a proibição de concessão de liberdade provisória, restituindo-se ao juiz a plena capacidade cognitiva quanto à verificação da necessidade de manutenção da prisão e iii) restaure a proporcionalidade na fixação das penas, permitindo-se expressamente a aplicação das penas alternativas nos termos da lei nº 9714/98 quando a pena a ser aplicada não for superior a quatro anos e não houver o emprego de grave ameaça ou violência contra a pessoa .

Por fim, não pode passar sem registro que o nome “crimes hediondos” mereceu justa repulsa da doutrina, pois, como lembrava JOSÉ CARLOS DIAS, não existem crimes adoráveis e a expressão, como alerta ALBERTO SILVA FRANCO, vem marcada por uma forte carga emocional. Conviria pensar-se também na alteração da nomenclatura dos delitos para quem sabe “delitos de especial gravidade”, como alvitrou o então Ministro da Justiça NELSON JOBIM. É o parecer, com proposta de seu encaminhamento para o Ministério da Justiça, ao qual se sugere que venha constituir uma comissão



de alto nível para se incumbir de um projeto, dando-se também às Casas Legislativas conhecimento deste Parecer para o início de um amplo debate sobre o tema.

Brasília, 16 de agosto de 2004.

Prof. Dr. ALBERTO ZACHARIAS TORON

Presidente e relator da Comissão

Prof. Dr. CEZAR ROBERTO BITENCOURT

Revisor

Dr. ADEMAR RIGUEIRA NETO

**Date Created**

13/09/2004