



Isabella Castro Machado

**O REGIME INICIAL FECHADO OBRIGATÓRIO NA
SUPREMA CORTE: UMA ANÁLISE PRÉVIA DA
CONSTITUCIONALIDADE DO PACOTE ANTICRIME**

**Monografia apresentada à
Escola de Formação da
Sociedade Brasileira de Direito
Público – SBDP, sob a
orientação do Professor
Theófilo Aquino.**

**SÃO PAULO
2019**

Resumo: A monografia tem como objeto de análise o regime inicial fechado obrigatório, disposto na Lei de Crimes Hediondos (Lei 8.072/90) e julgado inconstitucional pela Suprema Corte no julgamento do Habeas Corpus 111.840/ES. Com a proposição do "Pacote Anticrime", que tramita atualmente pela Câmara e Senado, uma questão já consolidada pela jurisprudência torna-se novamente parte do debate entre juristas e parlamentares. No caso, o principal objetivo consiste em entender quais os argumentos usados pelos ministros para que se declarasse a inconstitucionalidade do dispositivo mencionado, determinando enfim sua correlação com a proposição do projeto de lei citado. Para isso, será feita uma análise argumentativa dos votos proferidos pelos ministros e, como conclusão da pesquisa, uma análise de constitucionalidade prévia da nova redação proposta para o artigo 33 do Código Penal, na qual incluem-se novas possibilidades de fixação automática do regime inicial fechado.

Palavras-chave: regime inicial fechado obrigatório; "Pacote Anticrime; princípio da individualização da pena; HC 111.840/ES; Supremo Tribunal Federal (STF); inconstitucionalidade.

Agradecimentos

Foram tantas as pessoas envolvidas para a realização desse projeto que é difícil agradecer à todas adequadamente. Me refiro não somente a uma participação direta e acadêmica, mas a todos que também estiveram disponíveis constantemente para acolher minhas dúvidas e receios durante a minha primeira experiência como pesquisadora do Direito.

Acredito que a Escola de Formação representou uma vivência inesquecível em minha vida como estudante e como cidadã. Isso porque as aulas que tivemos ao decorrer desse período quase nunca se limitaram ao conteúdo jurídico de debates certamente significativos para a sociedade brasileira, mas expandiram-se para questionamentos muito mais profundos.

Sinto-me segura em dizer que a partir dessa experiência, o Direito passou a me encantar muito mais, uma vez que entendi que é preciso procurar pelas minúcias, enxergar as inúmeras falhas que integram nosso sistema Judiciário, e, principalmente, avaliar sempre os acontecimentos de forma crítica e questionadora. Como afirmou nossa coordenadora, professora e amiga, Mariana Vilela, “nada é evidente se está sendo discutido”.

Ainda, encaro esse ano como a porta de entrada para uma atuação ativa como crítica e transformadora de pontos pequenos, mas talvez essenciais à realidade do Brasil e do Direito como um todo. Fico surpresa e muito contente ao revisar os variados temas que pensamos sobre durante o ano, e é essa oportunidade primordial que a SBPD me deu: tempo e um lugar acolhedor para pensar sobre variados assuntos e poder enxergá-los das mais diferentes maneiras.

Ademais, agradeço ao meu orientador, Theófilo Aquino, pela gentileza e atenção a todas as minhas questões e ansiedades ao longo desse processo. Às minhas tutoras, Jaqueline e Giovanna, sempre interessadas e companheiras. A todos os colegas da 22ª Turma da Escola de Formação, pelos debates e pela riqueza de conhecimento que compartilharam nos encontros semanais.

De forma especial, agradeço aos meus pais, Adriana e Wellington, que são minha força e incentivo constantes. Aos meus irmãos amados, mas especificamente, a minha irmã e companheira de todos os dias, Amanda. Ao meu namorado, Moisés, e aos meus amigos da faculdade, que são também meu suporte e minha segurança. E por fim, às minhas novas amizades que pude desenvolver nesse último ano, e que também compartilharam da experiência que é a pesquisa acadêmica: Amanda, Victória e Júlia.

Lista de Abreviaturas

ARE – Agravo em Recurso Extraordinário

Art. – Artigo

CF – Constituição Federal

CP – Código Penal

HC – Habeas Corpus

IBCCRIM – Instituto Brasileiro de Ciências Criminais

Min – Ministro

Nº- Número

OAB – Ordem dos Advogados do Brasil

PGR – Procuradoria Geral da República

PL – Projeto de Lei

RHC – Recurso em Habeas Corpus

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

Sumário

1. INTRODUÇÃO	08
1.1 Escolha de Tema	08
1.2 O Regime Inicial Fechado Obrigatório	12
2. METODOLOGIA	17
2.1 A escolha do método de pesquisa	18
2.2 Escolha do acórdão principal para estudo de caso.....	21
2.3 Apresentação do Trabalho.....	21
2.3.1 O Regime Inicial Fechado Obrigatório no Supremo Tribunal Federal	22
2.3.2 Análise de Constitucionalidade do Pacote Anticrime à luz dos julgados da Suprema Corte	22
2.3.3 Conclusão	22
3. O REGIME INICIAL FECHADO OBRIGATÓRIO NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL	24
3.1 O Agravo Em Recurso Extraordinário 1.052.700	24
3.2 O HC 111.840/ES.....	27
3.2.1 O Caso do Habeas Corpus 111.840/ES.....	28
3.2.2 Votos dos Ministros.....	32
3.2.3 Sistematização dos argumentos.....	43
3.2.3.1 Critérios.....	43
3.2.3.2 Classificação dos votos.....	50
4. ANÁLISE DO PACOTE ANTICRIME À LUZ DOS JULGADOS DA SUPREMA CORTE	51
4.1 O Pacote Anticrime e o Regime Inicial Fechado	

Obrigatório.....	51
4.2 As limitações da análise de constitucionalidade do PL 882/2019	52
4.3 Os argumentos do STF e sua aplicação no “Pacote Anticrime”.....	53
5. CONCLUSÃO	68
6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	73

1. Introdução

1.1 Escolha do Tema

A fim de desenvolver um estudo relevante ao contexto social brasileiro busquei, ao longo do processo de escolha temática, ler e pesquisar preliminarmente sobre assuntos que se relacionassem a importantes discussões que estão hoje presentes entre juristas, doutrinadores e sociedade em geral.

O processo de decisão consistiu em uma breve pesquisa em torno de temas que envolvessem o direito penal, abarcando, preferencialmente, debates recentes que pudessem conferir à monografia atualidade e relevância concreta.

Entre outros assuntos, resultou das leituras um debate acerca de um projeto de lei, conhecido popularmente como “Pacote Anticrime”. Como discorrerei em seguida, é possível dizer que tal projeto motivou o desenvolvimento do presente estudo e a escolha do objeto de análise da pesquisa, conferindo-lhe relevância prática e incentivo para que me debruçasse sobre o tema.

O “Pacote Anticrime” consiste em um anteprojeto de lei, apresentado aos parlamentares em Fevereiro de 2019. A proposição do projeto foi feita pelo então ministro de justiça Sérgio Moro, o qual reitera: “são medidas contra a corrupção, o crime violento e o crime organizado. Na nossa concepção esses três problemas caminham juntos”. Diante dessa finalidade, a redação propõe a alteração de mais de quatorze legislações penais, dentre elas o próprio Código Penal e o Código Processual Penal.

Como motivo adicional, foi interessante notar que a proposição feita pelo “Pacote Anticrime” gerou uma variedade de opiniões em relação a ideia do projeto de lei. As novas redações sofreram diversas críticas referentes a fatos como o início do cumprimento da pena em regime fechado para alguns tipos de crimes com penas menores que oito anos, como dispõe o

artigo 33 do Código Penal, parágrafo 2º: “o condenado a pena superior a 8 (oito) anos deverá começar a cumpri-la em regime fechado”.

Entre as declarações, ressalta-se os dizeres do advogado e professor da Pontifícia Universidade Católica, Fernando Castelo Branco:

Nós temos o terceiro maior índice de população carcerária do mundo, o que não é um mérito. Nós estamos com aproximadamente 800 mil detentos, o que há 30 anos beirava 90 mil pessoas, então é um aumento muito significativo (...). Vejo com um pouco de tristeza a falta de visão que esse ministro teve com a situação carcerária. Não se combate o crime, e não se cria um projeto anticrime sem pensar num processo de adequação desse sistema falido.¹

Cumpre-se destacar, paralelamente, o questionamento de que o “Pacote Anticrime” trouxe à tona questões que, em tese, já haveriam sido debatidas e consolidadas pela jurisprudência do país. Tal observação é trazida pelo Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM), em sua edição especial de Boletim:

O pacote repristina temas com inconstitucionalidade já reconhecida pelo STF, (...) Na mesma linha de inconstitucionalidade está a proposta de novamente estabelecer o regime inicial fechado obrigatório, considerado inconstitucional no Agravo em Recurso Extraordinário (ARE) 1.052.700 e na Repercussão Geral 972.²

Todavia, as propostas também foram recebidas com suporte de grande parte da população. O apoio embasou-se na crença de que as medidas serão essenciais ao combate à impunidade, à violência do cotidiano brasileiro e ao cenário de corrupção generalizada na política do País. O posicionamento pode ser explicitado a partir de uma pesquisa realizada pelo

¹ SHALDERS, André. “Pacote Anticrime” de Sérgio Moro: porque alguns advogados e juristas questionam a proposta, BBC News Brasil, 4 fev. 2019. Disponível em: <<https://www.bbc.com/portuguese/brasil-47125522>>. Acesso em: 19 out. 2019.

² IBCCRIM: Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. Pacote Anticrime: remédio ou veneno?, Boletim IBCCRIM, São Paulo, ano 27, n. 317, p. 01-02, abr. 2019. Disponível em: <https://www.ibccrim.org.br/boletim_editorial/359-317-Abril2019> Acesso em: 05 nov. 2019

DataSenado, que avaliou a percepção da sociedade em relação ao pacote anticrime :

Os três projetos (PL 882/2019, PL 881/2019 e PLP 38/2019), encaminhados pelo governo ao Congresso, tiveram o apoio de 66% dos entrevistados, segundo o parlamentar. Apenas 16% disseram que os projetos terão poucos efeitos positivos e 15% afirmaram que nada mudará caso sejam aprovados.³

Após a apresentação do Anteprojeto aos senadores e deputados, o “Pacote” foi dividido em três projetos de leis (PL), levando em consideração suas principais finalidades. Assim, a tramitação foi iniciada repartida em três frentes, sendo estas: **i)** a criminalização do uso de caixa dois em eleições (PLS 1865 no Senado e PL 881/2019 na Câmara); **ii)** o estabelecimento de medidas contra a corrupção, o crime organizado e os crimes praticados com grave violência a pessoa (PLS 1864 no Senado e PL 882/2019 na Câmara); e por fim **iii)** estabelecimento de regras de competência da Justiça Comum e da Justiça Eleitoral (PLC 89 no Senado e PLP 38/2019 na Câmara).

Realizei então a leitura do inteiro teor de todos os PLs à procura de um ponto que considerasse mais relevante ou interessante de ser aprofundado na monografia. E, posteriormente, decidi que o estudo se debruçaria sobre a segunda frente do “Pacote Anticrime”, o PL 882/2019 (PLS 1864 no Senado), envolvendo medidas contra corrupção, o crime organizado e os crimes praticados com grave violência a pessoa.

Nessa frente, são propostas diversas mudanças, como a possibilidade de se propor a prisão de condenados em segunda instância e o endurecimento do cumprimento da pena para crimes considerados mais graves, como roubo, corrupção e peculato que, pela proposta, passam a ser

³ Agência Senado, Pesquisa mostra apoio da maioria da população ao pacote anticrime, aponta Styvenson, 27 fev. 2019 Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2019/03/27/pesquisa-mostra-apoio-da-maioria-da-populacao-ao-pacote-anticrime-aponta-styvenson>> Acesso em: 8 de Outubro de 2019

cumpridos em regime inicial fechado. Escolhi então esta última alteração para ser o enfoque da pesquisa e, conseqüentemente, seu principal objeto de análise. A alteração é proposta no que concerne ao artigo 33 do Código Penal, adicionando ao texto três novos parágrafos:

§ 5º No caso de condenado reincidente ou havendo elementos probatórios que indiquem conduta criminal habitual, reiterada ou profissional, o regime inicial da pena será o fechado, salvo se insignificantes as infrações penais pretéritas ou de reduzido potencial ofensivo.

§ 6º No caso de condenados pelos crimes previstos nos arts. 312, caput e § 1º, art. 317, caput e § 1º, e art. 333, caput e parágrafo único, o regime inicial da pena será o fechado, salvo se de pequeno valor a coisa apropriada ou a vantagem indevida ou se as circunstâncias previstas no art. 59 lhe forem todas favoráveis.

§ 7º No caso de condenados pelo crime previsto no art. 157, na forma do § 2º-A e do § 3º, inciso I, o regime inicial da pena será o fechado, salvo se as circunstâncias previstas no art. 59 lhe forem todas favoráveis.⁴

Essa escolha foi feita por duas principais razões: a existência de debate no STF acerca da questão e a existência de jurisdição constitucional no cerne da discussão relativa ao tema, requisito da própria Escola de Formação para a delimitação do objeto de pesquisa.

Para o melhor entendimento do leitor acerca do objeto de análise, interessante discorrer brevemente sobre a evolução do tema na Suprema Corte e quais os principais debates constitucionais que existem acerca do regime inicial fechado obrigatório.

⁴ BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei 882/2019. Altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, a Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984 - Lei de Execução Penal, a Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, a Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, a Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996, a Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998, a Lei nº 10.826, de 22 de dezembro de 2003, a Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006, a Lei nº 11.671, de 8 de maio de 2008, a Lei nº 12.037, de 1º de outubro de 2009, a Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013, e a Lei nº 13.608, de 10 de janeiro de 2018, para estabelecer medidas contra a corrupção, o crime organizado e os crimes praticados com grave violência a pessoa. Disponível em: <
https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1712088&filenome=PL+882/2019> Acesso em: 18 Nov. 2019

1.2 O Regime Inicial Fechado Obrigatório

Pode-se entender o regime inicial fechado obrigatório como imposição legal relativa a como se deve executar a pena de um condenado cuja conduta esteja taxada no rol dos crimes hediondos, dispostos na Lei 8.072/90 (Lei dos Crimes Hediondos). Ressalto que esse “requisito” é apenas uma das medidas previstas pelo texto legal que visa o tratamento mais rigoroso aos crimes que foram considerados mais reprováveis pela sociedade e, concomitantemente, pelo Estado-Poder.

Essa maior rigurosidade pode ser identificada de diversas maneiras, uma vez que a Lei dos Crimes Hediondos estabelece uma execução penal dificultada e mais penosa ao condenado. Entre outras disposições, além da imposição do regime inicial fechado obrigatório, a lei prevê a progressão do regime de cumprimento somente após o cumprimento de 2/5 da pena fixada ao réu, que já seria possível após 1/6 de cumprimento da pena nos crimes comuns. Ainda, a prisão temporária que perduraria somente por cinco dias em crimes comuns, poderá se estender até trinta dias em crimes hediondos.

Partindo disso, escolhi analisar o regime inicial fechado obrigatório, previsto na Lei 8.072/90, já mencionada, a qual prevê em seu artigo 2º, parágrafo 1º:

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

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

Como já mencionado, a discussão já existente na Suprema Corte sobre a questão foi um dos incentivos para que o regime inicial fechado obrigatório fosse selecionado como foco do estudo, uma vez que o debate no STF significaria também seu aspecto constitucional e, portanto, devido à pesquisa desenvolvida no momento.

Após a leitura preliminar sobre o tema em específico, pude perceber que figurava como ponto central da discussão à ofensa ou não do princípio da individualização da pena, disposta no artigo 5º, inciso XLVI, da Constituição Federal:

XLVI - 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;

O conceito do princípio será abordado mais à frente, a partir do entendimento de cada um dos ministros, já que este figura como ponto central dos entendimentos e das discordâncias na Suprema Corte. Entretanto, por ora, entendo como individualização da pena a fixação de uma pena em que o magistrado considera, ao longo da dosimetria, as circunstâncias pessoais e judiciais de cada réu em particular.

Contudo, é importante frisar que tal princípio já foi discutido ao longo dos anos pelo Supremo Tribunal Federal, principalmente no âmbito dos casos que envolvem a Lei dos Crimes Hediondos. Isso porque, ao cominar penas mais graves e condições mais rigorosas, a lei parece desafiar alguns dos direitos já consolidados pelo próprio texto constitucional. Entre as disposições estão a imprescritibilidade, a não possibilidade de fiança, graça ou anistia, a dificuldade de progressão de regime e, por fim, o cumprimento do regime integralmente fechado.

Inicialmente, a lei foi questionada por fixar aos crimes hediondos e equiparados o regime integralmente fechado, nos termos do seu artigo 2º, inciso I, parágrafo 2º, em sua redação original de 25 de Julho 1990, a qual prevê: "A pena por crime previsto neste artigo será cumprida integralmente em regime fechado". Contudo, por entender que tal imposição ofendia a

individualização da pena, o Supremo Tribunal Federal declarou o artigo inconstitucional no julgamento do Habeas Corpus HC 82.959⁵.

Posteriormente o entendimento foi confirmado e concretizado pelo próprio legislador que instituiu nova redação à lei dos crimes hediondos através da Lei 11.464. Mediante essa nova legislação ficou estabelecido que, em hipótese de crime hediondo, seria fixado obrigatoriamente o regime inicial fechado, passível de progressão.

Não obstante, ressurgiu o mesmo incômodo em relação a nova lei, uma vez que esta, no entendimento de Gilmar Mendes⁶ continuaria a ofender o princípio constitucional de individualização da pena, ao fixar a todos os condenados o mesmo regime de cumprimento, sem que fossem levadas em consideração suas circunstâncias pessoais.

Enfim, em 2012, a Lei dos Crimes Hediondos volta a ser questionada e levada ao Supremo Tribunal Federal que acaba por consolidar sua jurisprudência no sentido da inconstitucionalidade do regime fechado inicial obrigatório. Esse momento de debate é justamente o que será abordado como objeto de análise da monografia.

Diante de tais constatações pude enfim determinar qual era o incômodo que o tema me provocava e, por consequência, em que consistia meu problema de pesquisa. Em minha visão, a nova proposição de um tema já decidido e consolidado pela Corte seria um fator relevante ao avaliar a constitucionalidade de um projeto de lei, sendo esse controle exercido pelos próprios parlamentares ou então, posteriormente, mediante a provocação do Poder Judiciário.

Para efetivamente conseguir uma resposta à minha hipótese, procurei estabelecer uma pergunta de pesquisa bem delimitada. Entretanto, ressalto que os resultados obtidos têm sua amplitude e profundidade restritas aos dados que os acórdãos considerados relevantes à pesquisa foram capazes de trazer.

⁵ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Tribunal Pleno. HC n 82.959/SP, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 23/02/2006

⁶ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Segunda Turma. RHC 103.547, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 23/11/2010, p. 02

Assim, estabeleci que a pergunta principal quer saber o porquê de ter sido o entendimento da Corte firmado no sentido da inconstitucionalidade da obrigatoriedade de cumprimento da pena em regime inicial fechado. Dessa forma, busquei mais especificamente determinar os argumentos que foram utilizados para a defesa ou não da constitucionalidade do objeto questionado.

Considerarei também interessante trazer como parte conclusiva da monografia uma segunda pergunta a partir de uma análise prévia de constitucionalidade do "Pacote Anticrime", no que tange a proposta de regime inicial fechado obrigatório para alguns crimes dispostos nos novos parágrafos, buscando compreender como a jurisprudência da Corte se relacionaria com as alterações propostas pelo projeto de lei. Isso devido ao momento de grande repercussão do projeto de lei e a minha hipótese de que o entendimento do STF seria de alguma forma um fator relevante, ou até determinante, à constitucionalidade das novas propostas.

Em resumo, a pesquisa visa expor uma correlação entre a jurisprudência consolidada e sua possível influência diante do controle de constitucionalidade exercido pelo Legislativo, responsável pela aprovação da nova redação, ou ainda, pelo próprio Judiciário, caso o dispositivo seja efetivamente incluído no ordenamento jurídico e judicializado por grupos de interesses contrários.

Ressalto que, embora a discussão no STF seja feita no âmbito dos crimes hediondos (maior grau de reprovabilidade social), a pesquisa propõe a reflexão acerca da fixação de regime mais gravoso para crimes em geral. Parte-se do pensamento lógico de que, ao analisar a (in) constitucionalidade do regime inicial fechado relativo aos crimes mais gravemente punidos, estariam abarcados automaticamente os crimes mais "brandos", já que nesses a resistência para estabelecer o cumprimento mais rigoroso seria ainda mais presente.

Assim exposto, acredito que essas sejam as questões preliminares que justificam e contextualizam a pesquisa e o tema escolhido. Partindo das

perguntas estabelecidas pude enfim selecionar o método mais adequado para realizar o estudo.

2. Metodologia

Segundo o autor Robert Yin (2005, p. 24), a escolha da melhor estratégia de pesquisa está ligada diretamente a questão que o pesquisador se propõe a responder. O mesmo escritor afirma que questões que envolvem perguntas tais quais “porque” e “como” seriam melhor respondidas a partir de um estudo de casos, uma pesquisa histórica ou um experimento. Completa ainda dizendo que “a essência de um estudo de caso (..) é que ela tenta esclarecer uma decisão ou um conjunto de decisões: o motivo pelo qual foram tomadas, como foram implementadas e com quais resultados”. (YIN, 2005, p. 31)

Após tal definição considerei razoável que minha pesquisa fosse executada a partir de um estudo de casos, uma vez que a questão que me propus a responder abarca, de maneira primordial, os motivos que levaram a Suprema Corte a estabelecer uma jurisprudência consolidada no sentido da inconstitucionalidade do regime inicial fechado obrigatório. Além disso, partindo da definição selecionada, o método mencionado pareceu-me devido, inclusive, para responder a segunda pergunta feita.

Diante dessa conclusão, estabeleci que a monografia seria desenvolvida com base em duas principais análises específicas: a análise argumentativa e a análise prévia de constitucionalidade.

A análise argumentativa será feita mediante a leitura dos materiais que se relacionam diretamente com a jurisprudência do próprio STF, a fim de determinar os argumentos usados pelos ministros nos votos e, por consequência, entender os motivos que os levaram a se posicionar perante a constitucionalidade do regime inicial fechado obrigatório. Essa análise será feita mediante a exposição de um breve resumo dos votos, com foco nos argumentos trazidos por cada ministro, acompanhando sua posição acerca do tema.

A análise de prévia de constitucionalidade será elaborada em um segundo momento, como parte integrante da conclusão da pesquisa. Através dela buscarei responder a segunda pergunta feita, correlacionando

o entendimento da Suprema Corte com o projeto de lei que propõe a obrigatoriedade do regime inicial fechado para alguns crimes, como a corrupção passiva e o peculato. Nela também será possível entender porque a jurisprudência se configuraria como fator relevante ao controle exercido sobre o projeto de lei e suas modificações.

2.1 Escolha do acórdão principal para a elaboração do estudo de caso

Ao definir o principal objeto de análise da pesquisa e o método mais adequado para sua execução, iniciei o processo de seleção dos materiais que seriam utilizados ao longo da pesquisa, determinando o “universo de pesquisa” que seria relevante ao estudo proposto.

Para estabelecer uma seleção preliminar dos materiais de pesquisa, utilizei duas principais plataformas: o site do STF, para encontrar os acórdãos relacionados ao tema, e o Google, a fim de visualizar o debate do tema em amplitude.

Ao pesquisar “regime inicial fechado obrigatório” no Google, o primeiro link que apareceu me direcionou a uma notícia do site do STF. O texto informava que a Suprema Corte tinha reafirmado sua jurisprudência no sentido da vedação do regime prisional baseado apenas na hediondez do crime. A decisão ocorreu em 2017, no julgamento do Agravo em Recurso Extraordinário (ARE) 1.052.700, que teve uma tese de repercussão geral reconhecida e fixada.

Dois pontos me pareceram relevantes: a existência de uma jurisprudência consolidada sobre o tema no Supremo e a fixação de uma tese de repercussão geral abordando a inconstitucionalidade do regime inicial obrigatório nos crimes hediondos.

O fato de existir uma jurisprudência consolidada na Corte em relação ao tema me adiantou que em algum momento houve a definição de um entendimento, e a partir daí houve a reafirmação da decisão no mesmo sentido. Dessa forma, seria relevante encontrar esse momento que determinou a consolidação do posicionamento do STF.

A fixação de uma tese de repercussão geral me pareceu extremamente significativa uma vez que ao ser reconhecida como matéria de manifesta relevância a decisão passa a ter efeito “erga omnes”. Ou seja, o sentido determinado pela Suprema Corte neste acórdão passaria a ser seguido por todas as instâncias ordinárias do Poder Judiciário em relação a quaisquer casos que tragam a mesma questão, não se restringindo somente às partes do processo que o ARE mencionado integra.

É inconstitucional a fixação ex lege⁷, com base no artigo 2º, parágrafo 1º, da Lei 8.072/90, do regime inicial fechado, devendo o julgador, quando da condenação, ater-se aos parâmetros previstos no artigo 33 do Código Penal. (ARE 1.052.700 p. 05)

Diante disso, considerei que, perante seu recente julgamento e seus efeitos estendidos, o ARE seria o caso adequado sobre o qual me debruçaria a fim de realizar uma análise argumentativa dos votos e assim, finalmente, relacionar o entendimento da Corte com o projeto de lei.

Entretanto, após realizar a leitura do documento pude perceber que esse em si não trazia argumentos suficientes para a elaboração de uma análise argumentativa. Isso porque o ARE foi decidido pautado em precedentes e não em argumentos propriamente ditos. Dessa forma, concluí que o conteúdo em si poderia ser extraído a partir dos casos que o acórdão questionado trouxe como motivação.

Ressalto também que o acórdão do citado ARE encontrava-se incompleto, visto que não constavam o teor dos votos vencidos no julgamento. Assim, liguei para os gabinetes dos respectivos ministros que não seguiram o voto do relator Edson Fachin: Alexandre de Moraes e Marco Aurélio. Por telefone, fui informada pelos servidores que os votos sequer constavam no sistema interno do STF, tendo acesso somente àquilo que já era disponibilizado pelo próprio site.

⁷ A expressão “ex lege” trata-se de algo que está sendo realizado dentro da lei, usando as normas da legislação atual como base, tem sua origem no latim.

Os precedentes trazidos no teor do Agravo em Recurso Extraordinário 1.052.700 foram: o HC 111.840/ES; ARE 935.967; ARE 750.151; HC 140.423; HC 133.028; ARE 844.780; ARE 778.332. Assim, pesquisei no site do Supremo Tribunal federal cada um dos precedentes, a fim de realizar uma análise de casos em que fossem abordados todos eles.

Todavia, tive alguns empecilhos em relação a alguns dos precedentes durante a pesquisa, uma vez que o ARE 935.967 e o ARE 750.151 constavam em segredo de justiça. Contatei, via e-mail, a Coordenadoria de Análise de Jurisprudência (COAJ) do próprio STF, o qual me informou que realmente não seria possível acessar tais documentos.

Fiquei então restrita à análise dos cinco outros acórdãos, que estavam disponíveis efetivamente no site. Todavia, a partir da leitura realizada, constatei que os precedentes representavam, em grande parte, a repetição dos argumentos explorados no julgamento do HC 111.840, inclusive mencionando-o diretamente nos textos. Assim, não seria de grande relevância analisá-los particularmente, já que o estudo desses casos não representaria acréscimo de conteúdo a pesquisa.

Feita essa constatação, por questão lógica, o HC 111.840/ES se tornou o objeto de análise sobre o qual a pesquisa se desenvolveria. Destaco que tal HC foi responsável por definir a inconstitucionalidade do regime inicial fechado obrigatório em sede de controle difuso⁸, em 2012. Identifiquei que, após seu julgamento, a jurisprudência da Corte se consolidou no mesmo sentido, sendo o caso reconhecido pelo próprio site como notório.

Interessante notar que, no próprio texto da repercussão geral 972, o Tribunal de origem do caso concreto reconhece a existência da jurisprudência consolidada pelo STF, diante do julgamento do HC 111.840/ES, mas a refuta, por não possuir efeitos "ergas omnes" enquanto

⁸ O sistema do controle difuso de constitucionalidade, também denominado controle concreto ou incidental de constitucionalidade, permite ao magistrado ou órgão colegiado analisar, no caso concreto, a compatibilidade de uma lei ou ato normativo perante a Constituição. Trata-se de modalidade de controle repressivo de constitucionalidade, sendo a outra modalidade pela via concentrada.

habeas corpus. Entendo que até por esse motivo, o relator do ARE julga relevante fixar a tese que torna a inconstitucionalidade do regime inicial obrigatório vinculante aos tribunais inferiores.

Conquanto não desconheça a fundamentação contida no HC n. 111/840, de lavra do STF, fixo o regime inicial fechado, por entender pela constitucionalidade do art. 2o, § 1o, da Lei 8.072/90 e deixo de substituir a sanção carcerária por restritivas de direitos, em razão da pena arbitrada, nos termos do art. 44, I, do CP, restando prejudicada a análise do mérito do recurso defensivo. (ARE 1.052.700 p. 02)

Diante do exposto, conclui-se que a metodologia se dará, portanto, a partir de um estudo de caso do Habeas Corpus 111.840/ES no âmbito da repercussão geral 972 (ARE 1.052.700).

2.2 Delimitação do conteúdo analisado nos acórdãos

Importante ressaltar que, como o principal escopo da pesquisa é o estudo do regime inicial fechado obrigatório, a análise conferida aos casos selecionados se limitam a tratar do que especificamente se refere ao regime de cumprimento.

Isso não exclui o fato de que, posteriormente, sejam analisadas por outras monografias diversas outras questões mencionadas no teor dos acórdãos, tais como a progressão do regime, a substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos, as causas de aumento de pena e as qualificadoras previstas na Lei de Drogas. Somente não se debruçará sobre tais assuntos, por possuírem suas respectivas complexidades e peculiaridades.

2.3. Apresentação do trabalho

A partir da seleção dos julgados estabeleci uma estrutura para a monografia, dividindo o texto em três tópicos principais sendo eles: **(i)**

Análise do regime inicial fechado obrigatório no STF; **(ii)** Análise de constitucionalidade prévia do “Pacote Anticrime” à luz dos julgados da Suprema Corte. Na **(iii)** conclusão apresentei os resultados obtidos a partir do estudo de caso realizado.

2.3.1. Análise do Regime Inicial Fechado obrigatório no STF

Neste capítulo foi feita a análise do material selecionado. Respeitando a metodologia de pesquisa ora apresentada fiz uma atenta análise dos casos delimitados, percebendo, principalmente, a linha argumentativa utilizada pelos ministros em seus votos, sendo assim, possível responder a primeira pergunta proposta no presente trabalho.

2.3.2 Análise de constitucionalidade prévia do “Pacote Anticrime” à luz dos julgados da Suprema Corte

O capítulo foi voltado a estabelecer uma correlação entre a jurisprudência analisada no presente trabalho e o “Pacote Anticrime”.

Isso porque o projeto de lei é, justamente, onde a discussão relativa ao regime inicial fechado obrigatório se insere no contexto atual do Brasil. Dessa forma, esse capítulo buscou de maneira complementar, demonstrar como os julgados do STF poderiam figurar como fator relevante ao “futuro” do “Pacote” e das alterações propostas por ele.

2.3.3 Conclusão

Na conclusão construí uma argumentação comparativa para confirmar minha hipótese inicial sobre a correlação entre a jurisprudência da Corte e a constitucionalidade prévia do regime inicial obrigatório no projeto de lei discutido. Acredito que ao final da leitura e avaliação do

material disponível foi possível identificar a relevância do posicionamento da Corte sobre o assunto.

Pude então julgar que a probabilidade de mudança no entendimento do STF acerca do objeto de análise seria mínima, considerando decisões recentes que reiteraram a inconstitucionalidade do regime inicial fechado obrigatório. Dessa forma, uma transformação na posição da Suprema Corte seria provável apenas se influenciada por fatores externos, tais como a política conservadora⁹ do governo atual, administrado pelo Chefe do Executivo, Jair Bolsonaro.

Apesar de ter ocorrido após o término da pesquisa, o texto do “Pacote Anticrime” foi aprovado pela Câmara e, posteriormente, pelo Senado em dezembro de 2019. Ressalto que alteração analisada na presente monografia não permaneceu no texto da lei, sendo rejeitada pelo Plenário da Comissão de Cidadania e Justiça (CCJ), em harmonia com o posicionamento da Suprema Corte¹⁰.

⁹ Como conservadora, entendo a política criminal embasada na retribuição sobre o agente, que se reflete na crença da efetividade do encarceramento em massa.

¹⁰ KADANUS, Kelli. Novas regras para prisões e endurecimento de penas: pacote anticrime já está valendo. *Gazeta do Povo*. 22 de jan. de 2020. Disponível em: <<https://www.gazetadopovo.com.br/republica/pacote-anticrime-entrada-vigor/>> Acesso em: 28 de jan. de 2020

3. O Regime Inicial Fechado Obrigatório no Supremo Tribunal Federal

A fim de melhor determinar o âmbito em que o HC 111.840/ES será analisado, considere necessário discorrer brevemente sobre o caso que conferiu efeito “erga omnes” ao entendimento do STF. Dessa forma, o desenvolvimento do trabalho será iniciado a partir do caso em que foi reconhecida a repercussão geral do tema, para que depois eu possa analisar mais profundamente os argumentos que o embasaram, presentes principalmente no Habeas Corpus mencionado, como pude observar.

3.1 O Agravo em Recurso Extraordinário 1.052.700

Em 2017, o Supremo Tribunal Federal reafirmou sua própria jurisprudência no sentido de que seria inconstitucional a fixação do regime inicial fechado obrigatório com base exclusivamente na Lei dos Crimes Hediondos, artigo 2º, parágrafo 1º. Como já descrito no capítulo da metodologia, o caso destacou-se por ter sido reconhecida repercussão geral em sede do seu julgamento. Isso significa dizer que, a partir do entendimento dado ao caso concreto do ARE, todos os tribunais estariam vinculados a decidir no mesmo sentido da Suprema Corte, harmonizando os posicionamentos adotados pelas demais instâncias.

O caso se iniciou no Juízo da Terceira Vara de Tóxicos da Comarca de Belo Horizonte/MG, em que o réu foi condenado a pena de 1 ano e 8 meses de reclusão, em regime inicial aberto. Após interposição de recurso pelo Ministério Público, a decisão foi reformada, estabelecendo a pena de 5 anos de reclusão ao réu, em regime inicial fechado. Importante destacar que esse regime de cumprimento foi fixado pelo Tribunal com base estritamente na Lei dos Crimes Hediondos, artigo 2º, § 1o, da Lei 8.072/90, embora o órgão conhecesse a fundamentação contida no HC 111.840/ES, julgado pelo STF, no sentido da inconstitucionalidade.

Após a reforma da sentença, a defesa do condenado propôs recurso extraordinário ao Supremo Tribunal Federal, requerendo a fixação do

regime inicial semiaberto considerando o entendimento consolidado da Suprema Corte no HC 111.840/ES, o princípio da individualização da pena e a súmula vinculante 26/STF, a qual prevê:

Para efeito de progressão de regime no cumprimento de pena por crime hediondo, ou equiparado, o juízo da execução observará a inconstitucionalidade do art. 2º da Lei 8.072, 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.¹¹

Entretanto, o recurso extraordinário não foi admitido pelo Tribunal de origem, sendo então interposto agravo, no qual se busca a sequência ao recurso. E é neste documento em si que se reconheceu a repercussão geral da questão discutida, o que culminou, posteriormente, na fixação de uma tese.

Com a interposição do agravo em recurso extraordinário, o relator designado ao caso, Ministro Edson Fachin, submeteu o julgamento ao Plenário Virtual. De acordo com a Resolução 587¹² do Supremo Tribunal Federal, de 2016:

Art. 6º Os Ministros poderão votar nas listas como um todo ou em cada processo separadamente.

¹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula Vinculante n. 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 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. Publicada em: 23 de dez. de 2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1271>> Acesso em: 6 nov. 2019

¹² SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Dispõe sobre o julgamento em ambiente eletrônico de agravos internos e embargos de declaração no Supremo Tribunal Federal. Resolução 587, de 29 julho de 2016. Publicada no DJE/STF, n. 161, p. 1 em 3/8/2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/ARQUIVO/NORMA/RESOLUCAO587-2016.PDF>> Acesso em: 27 out. 2019.

§ 1º As opções de voto serão as seguintes:

a - acompanhamento o Relator;

b - acompanhamento o Relator com ressalva de entendimento;

c - diverjo do Relator; ou

d - acompanhamento a divergência.

§ 2º Eleitas as opções b ou c, o Ministro declarará o seu voto no próprio sistema.

Dessa forma, a publicação do acórdão em julgamentos que ocorrem pelo Plenário Virtual se dá de forma reduzida, uma vez que são publicados somente os votos do relator, sendo acompanhado por aqueles que seguem o mesmo entendimento, e os votos vencidos, com ressalvas ou posicionamento contrário. Como relatado no capítulo da metodologia, o documento encontra-se incompleto no site, estando disponível somente o voto da relatoria do caso.

O voto do relator ressaltou a jurisprudência consolidada da Corte no sentido da inconstitucionalidade da obrigatoriedade do regime inicial fechado, previsto pelo artigo 2º, na Lei dos Crimes Hediondos. Sua construção argumentativa foi feita através da menção a julgados que confirmaram o entendimento adotado pelo STF, citando diretamente o HC 111.840/ES e outros.¹³

Ainda, o ministro reconheceu a relevância da matéria suscitada, reconhecendo seu aspecto constitucional e a importância de atribuir ao caso eficácia "erga omnes", garantindo a padronização dos tribunais acerca do tema. Para ele, a inconstitucionalidade declarada no julgamento do HC mencionado foi relativizada ao passo que a decisão foi feita em controle difuso.

Diante disso, Fachin se manifesta pela existência de repercussão geral da questão à luz do princípio da individualização da pena, e ainda

¹³ Menciona também: HC 140.423, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Rel. p/ Acórdão Min. DIAS TOFFOLI, Segunda Turma, DJe 10.08.2017; HC 133.028, Rel. Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, DJe 05.08.2016; ARE 844.780, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, Segunda Turma, DJe 10.03.2015; ARE 778.332 AgR-ED, Rel. Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, DJe 20.11.2014.

propõe a fixação da seguinte tese:

É inconstitucional a fixação *ex lege*, com base no art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/1990, do regime inicial fechado, devendo o julgador, quando da condenação, ater-se aos parâmetros previstos no artigo 33 do Código Penal. (ARE 1.052.700 p. 05)

No caso concreto, os ministros reconheceram a existência de repercussão geral unanimemente. Por maioria, reafirmaram a tese estabelecida pelo relator no sentido da inconstitucionalidade do regime inicial fechado obrigatório, excetuando-se os ministros Alexandre de Moraes e Marco Aurélio. Foi então determinado que houvesse um novo exame para a fixação do regime de cumprimento de pena pelo réu mediante motivação legítima do juiz, considerando o artigo 33 do Código Penal e as súmulas 718¹⁴ e 719¹⁵ do STF.

3.2 O Habeas Corpus 111.840/ES

Após realizar a leitura prévia dos materiais selecionados pude perceber que o HC 111.840/ES seria o mais adequado para a presente pesquisa e para responder as perguntas propostas no início da monografia. Isso devido à profundidade e ao detalhamento com que os argumentos foram construídos e expostos no acórdão pelos ministros, principalmente no voto do relator Dias Toffoli.

¹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula n.º 718.. A opinião do julgador sobre a gravidade em abstrato do crime não constitui motivação idônea para a imposição de regime mais severo do que o permitido segundo a pena aplicada. Publicada em: 13 de out. de 2003 Disponível em: <

<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2545>>
Acesso em: 22 nov. 2019

¹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula n.º 719. A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea. Publicada em: 13 de out. de 2019. Disponível em: <
<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2556>>
Acesso em 23 nov. 2019

Considerarei também interessante a não unanimidade da decisão, uma vez que a discordância entre os votos dos ministros traria à análise realizada uma pluralidade maior de argumentos utilizados e, conseqüentemente, um material mais denso e amplo sobre o qual a pesquisa se debruçará. Soma-se a isso o fato de o julgamento ter sido realizado pelo Plenário, disponibilizando uma quantidade maior de votos e pontos a serem considerados.

Além disso, a declaração de inconstitucionalidade feita na decisão deste HC confere especial relevância ao caso, que a partir de então foi citado inúmeras vezes como precedente da Corte e considerado, pelo próprio STF, como caso notório.¹⁶

3.2.1 O Caso do HC 111.840/ES

O caso teve início na 1ª Vara Criminal da Comarca de Cachoeiro de Itapemirim/ES, quando o réu foi condenado por tráfico de drogas a pena de 6 anos de reclusão em regime inicial fechado. Nesse caso, o regime de cumprimento foi estabelecido unicamente com base na previsão legal da Lei dos Crimes Hediondos.

Insatisfeita com a sentença, a defesa do condenado entrou com recurso para que fosse fixado regime menos gravoso. Entretanto, o recurso foi inadmitido pelo Tribunal de Justiça do Espírito Santo, que reafirmou o regime inicial fechado obrigatório:

No concernente ao regime prisional, também não merece reparos a sentença. Isso porque, para os crimes hediondos e equiparados cometidos após a vigência da Lei n. 11.464/2007, o regime inicial fechado de cumprimento de pena é obrigatório. Inteligência do § 1o, do artigo 2o, da Lei n. 8.072/1990. (HC 111.840 p. 03)

¹⁶ A partir de uma definição dada pelo próprio site do STF, os casos notórios podem ser definidos como: sínteses de julgamentos considerados de especial relevância proferidos pelo Plenário do Tribunal.

Posteriormente, a Defensoria Pública impetrou habeas corpus perante o Superior Tribunal de Justiça, que foi negado pela Corte. Isso porque o STJ entendeu que, apesar de reconhecer a jurisprudência do STF no sentido da possibilidade de fixação do regime menos gravoso, o regime semiaberto não seria suficiente para a "resposta penal" adequada ao crime cometido, considerando a natureza e quantidade das drogas apreendidas.

Por fim, o paciente e seus representantes impetraram Habeas Corpus perante o Supremo Tribunal Federal, que julgou o caso no dia 26 de Julho de 2012. No habeas corpus, alegou a defesa que o regime fechado teria sido fixado erroneamente, haja vista que as circunstâncias pessoais do réu seriam favoráveis, considerando sua primariedade e seus bons antecedentes. Ainda, preencheria os requisitos para cumprir a pena imposta em regime semiaberto, como dita o artigo 33, parágrafo 2º, "b", do Código Penal:

§ 2º - 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 cumpri-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, cumpri-la em regime semiaberto;

A defesa também argumentou que a motivação para o afastamento do regime semiaberto no Supremo Tribunal de Justiça (STJ) se deu por conta da quantidade apreendida de entorpecentes, argumento que já teria sido considerado na aplicação mínima da diminuição de pena, prevista no artigo 42 da Lei 11.343, de 23 de Agosto de 2006 ¹⁷. Esse uso duplicado do

¹⁷ Art. 42. O juiz, na fixação das penas, considerará, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente.

mesmo argumento recairia, paralelamente, como um prejuízo duplicado ao réu, caracterizando o instituto do "bis in idem"¹⁸.

Considerando o alegado, a Defensoria Pública do Espírito Santo requereu, liminarmente, o cumprimento da pena imposta ao paciente em regime semiaberto até a sentença definitiva e, ao final, que fosse fixado o regime prisional semiaberto para cumprimento do restante da pena. Contudo, em 2011, a liminar foi indeferida pelo Ministro Ayres Britto que não julgou falha a fundamentação da Corte na fixação do regime inicial fechado.

Se manifestou também a Procuradoria Geral da República (PGR), pelo então subprocurador-geral da República Mario José Gisi, o qual se posicionou pela denegação do HC impetrado. A justificativa se deu novamente pela previsão legal do artigo 2º da Lei dos Crimes Hediondos, em que se impõe o regime inicial fechado obrigatório para os tipos penais elencados na legislação mencionada. Afirmou que:

O crime de tráfico, em quaisquer de suas formas, é equiparado aos crimes hediondos e, como tal, deve observar as disposições da Lei nº 8.072/90, cujo art. 2º, com a redação conferida pela Lei nº 11.464/07, determinou o regime inicial fechado para os crimes de tal espécie, pouco importando o quantitativo da reprimenda indicar a adoção de regime menos severo.¹⁹

Após uma breve exposição do caso concreto, analisarei adiante os argumentos utilizados pelos ministros em seus votos frente as alegações da Defensoria Pública, às motivações das jurisdições inferiores e ao parecer do Ministério Público Federal (Procuradoria Geral da República).

¹⁸ Em relação ao Direito Penal, tem o significado de que um indivíduo, que foi processado e julgado por um determinado fato, não pode ser condenado duas vezes pela mesma conduta, ou seja, é a proibição de uma dupla condenação pela mesma situação.

¹⁹ BRASIL. Procuradoria-Geral da República. Parecer n. 9332/12 - MJG, de 19 de Março de 2012. HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. FIXAÇÃO DE REGIME INICIAL SEMIABERTO. IMPOSSIBILIDADE. CRIME EQUIPARADO A HEDIONDO. REGIME PRISIONAL DECORRENTE DE EXPRESSA PREVISÃO LEGAL. -Pela denegação da ordem. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=1153839&ext=.pdf>>
> Acesso em: 18 Nov. 2019

Interessante contextualizar o julgamento no ano de 2012, mais precisamente no dia 26 de Julho, em meio ao governo de Dilma Rousseff. Na época, apesar de não figurar como a pauta principal do Partido dos Trabalhadores (PT), a política criminal desenvolveu-se rumo a um direito penal mínimo e menos punitivista, onde foram aprovadas importantes reformas, tais como o Estatuto do Desarmamento, em 2003, no Governo Lula, ou então a ampliação de alternativas cautelares no processo penal em 2011, a fim de atenuar o uso da prisão preventiva.

Apesar disso, Rodrigo Azevedo e Ana Cláudia Cifali alertam para as dificuldades existentes na transformação do sistema penal brasileiro:

Para além de questões relacionadas com a estrutura desigual da sociedade brasileira, e o tratamento diferenciado que se constitui no padrão de atuação das agências de controle punitivo, é preciso reconhecer que o aperfeiçoamento gerencial e institucional, embora necessário, não é tão simples, porque há diferenças de concepção que atravessam o campo do controle do crime no Brasil. De um lado está o discurso republicano da garantia dos direitos humanos com segurança pública, mas de outro há uma concepção que se conecta com parcelas importantes da opinião pública, no sentido do endurecimento penal, de mais prisões, de presos em condições precárias, sem garantias individuais básicas, como forma de dissuasão e contenção da criminalidade. Discurso que se manifesta muitas vezes pela defesa da pena de morte, da redução da maioria penal, dos direitos humanos só para "humanos direitos", do livre acesso às armas para estes últimos etc.²⁰

Dessa forma é possível observar que, a despeito dos esforços que caracterizaram a linha progressista assumida ao longo dos anos pelo Governo, a opinião pública se manteve polarizada e majoritariamente punitivista. Tal movimento agravou-se com a eleição do atual Chefe do

²⁰ AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de; CIFALI, Ana Cláudia. Política criminal e encarceramento no Brasil nos governos Lula e Dilma: Elementos para um balanço de uma experiência de governo pós-neoliberal. *Civitas, Rev. Ciênc. Soc.*, Porto Alegre, v. 15, n. 1, p. 105-127, Mar. 2015. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1519-60892015000100105>. Acesso em: 31 Jan. 2020.

Executivo, Jair Bolsonaro, que se mostrou adepto do discurso no sentido do endurecimento penal e dos fins “vingativos” da pena.

3.2.2 Votos dos Ministros

(I) Voto Ministro Dias Toffoli

Já no início de seu voto o ministro cita seu entendimento sobre o tema, elencando três dos principais argumentos utilizados para decidir sobre o caso concreto analisado, sendo estes: **(i)** o princípio da individualização da pena; **(ii)** a observância das garantias constitucionais de forma a adequar a aplicação da lei penal e processual penal aos ditames da Lei Maior e **(iii)** a exigência de fundamentação da atividade jurisdicional, a fim de evitar a discricionariedade do juiz competente, ainda que se trate de crime hediondo ou equiparado.

Para o ministro, considerar tais argumentos não excluem a possibilidade de fixar o regime inicial fechado para um réu condenado, mas submetem o magistrado a uma maior responsabilidade na atribuição da sanção penal. Defende-se, portanto, que a fixação do regime mais severo seja feita mediante a apresentação de elementos concretos e individualizados, como dispõem o artigo 33, parágrafo 3º, e o artigo 59, do Código Penal, no qual está previsto:

Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime:

III - o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade;

Importante mencionar que, no voto em questão, os argumentos trazidos por Dias Toffoli convergem em variados pontos. Isso porque a

individualização da pena se relaciona diretamente com a motivação do magistrado diante da imposição de uma sanção, e estas estariam diretamente submetidas ao texto constitucional e suas previsões.

Na visão do Ministro, as decisões do Juízo de origem e do Tribunal do Espírito Santo não foram adequadamente fundamentadas, já que em nenhuma delas a fixação do regime aconteceu devido a condições pessoais desfavoráveis do réu. Estabeleceram o regime inicial fechado com base exclusivamente no texto da Lei dos Crimes Hediondos, não se referindo a quaisquer requisitos subjetivos prejudiciais ao acusado, ofendendo portanto o princípio da individualização da pena.

Sobre isso, faz menção a um antigo julgado, HC 97.256/RS, da relatoria do Ministro Ayres Britto, em que reitera igualmente a ofensa ao princípio da individualização da pena, uma vez que este garante a personalização da punição estatal, cabendo ao julgador:

Afigurar-se como expressão de um concreto balanceamento ou de uma empírica ponderação de circunstâncias objetivas com protagonizações subjetivas do fato-tipo. Implicando essa ponderação em concreto a opção jurídico-positiva pela prevalência do razoável sobre o racional; ditada pelo permanente esforço do julgador para conciliar segurança jurídica e justiça material. (HC 111.840, p. 05)

Dias Toffoli sustenta então a impossibilidade de sustentar a “cogência absoluta” da norma que impõe a obrigatoriedade do regime inicial fechado aos crimes hediondos ou equiparados, como o tráfico de entorpecentes. Para justificar sua posição ele reitera o entendimento da Suprema Corte no julgamento do HC 97.256/RS, em que se reafirma o poder-dever do magistrado de realizar uma ponderação concreta de circunstâncias objetivas e subjetivas do fato tipificado.

Sobre a aplicação da legislação ordinária em observância aos ditames constitucionais, o ministro assevera que o regime inicial fechado obrigatório não está previsto pela Constituição Federal. Inclusive, no inciso imediatamente posterior, é assegurada a individualização da pena como

princípio a ser considerado e primado pelos poderes da Federação, e mais especificamente pelo órgão jurisdicional no momento da dosimetria e execução penal.

Se contrário fosse, a obrigatoriedade do regime inicial fechado estaria expressa na CF assim como estão outras restrições impostas pela Lei dos Crimes Hediondos, tais como a impossibilidade de concessão de graça, anistia ou fiança, nos termos do artigo 5º, inciso XLII, da Constituição Federal de 1988:

XLIII - 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;

Ainda, o ministro entendeu que o legislador ordinário não teria o poder para estabelecer o regime inicial fechado obrigatório mediante a promulgação da Lei 11.464/07, que determinou nova redação ao artigo 2º, parágrafo 1º, da Lei 8.072/90. Para embasar seu entendimento, Dias Toffoli menciona as considerações feitas nas decisões dos julgados HC 82.989/SP, RHC 103.547/SP, HC 149.807/SP e outros.²¹

No julgamento do RHC 103.547, destacou as alegações do Ministro Gilmar Mendes. Este defendeu que a nova redação da lei de crimes hediondos perduraria o caráter ofensivo à individualização da pena, pois determinaria a todos – independente da pena ou das circunstâncias particulares do caso concreto – o início obrigatório de cumprimento de pena no regime fechado. Assim, impor a mesma sanção cominada àqueles acusados com bons antecedentes, primários e com penas passíveis da aplicação de regime mais brando, seria violar frontalmente a Constituição

²¹ HC no 101.291/SP, Segunda Turma, rel. Min. **Eros Grau**, DJe 12/02/2010; HC no 100.590/DF, Segunda Turma, rel. Min. **Eros Grau**, DJe 27/11/2009

Federal e a evolução do Direito Penal.

Fez semelhante consideração às palavras proferidas pelo então ministro do Supremo Tribunal de Justiça, Og Fernandes, no julgamento do HC 149.807/SP. Em seu voto defende que a fixação do regime de cumprimento imposto aos condenados não poderia ser embasada na literalidade do dispositivo inserido na Lei dos Crimes Hediondos. Isso porque a lei penal e processual penal estariam sujeitas à interpretação conforme ao texto constitucional, em que se inserem os princípios da individualização da pena, da proporcionalidade e da efetivação do justo.

(...) a fixação do regime prisional para o início de cumprimento da privativa de liberdade há de levar em consideração a quantidade de pena imposta, a existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, a presença de agravantes, atenuantes, causas de aumento ou de diminuição. Enfim, deverá o Magistrado avaliar as circunstâncias do caso por ele analisado, não podendo impor, cegamente, o regime carcerário mais gravoso. (HC 111.840 p. 10)

Após trazer ao seu voto um número significativo de julgados anteriores, o relator considerou superado o disposto pelo artigo 2o, parágrafo 1o, da Lei dos Crimes Hediondos, concedendo ao réu a alteração do regime inicial fechado para o semiaberto. Afirmou ainda que o regime diverso do fechado seria admitido àqueles que preenchessem os requisitos impostos pelos parágrafos 2o e 3o, do artigo 33, CP, em que são consideradas a quantidade de pena atribuída ao condenado e as circunstâncias do caso em particular.

(II) Voto Ministra Rosa Weber

É possível destacar no voto da Ministra Rosa Weber a utilização de um principal argumento: **(i)** o princípio da individualização da pena. Por este motivo, de acordo com a ministra, o artigo 2o, § 1o da Lei 8.072/90, seria inconstitucional.

Seguindo o entendimento do relator Dias Toffoli, Weber entendeu que a inobservância das circunstâncias do caso concreto ensejaria uma ofensa direta ao texto constitucional, uma vez que seria definida uma pena-padrão ao crime. Essa padronização representaria um afronte à garantia dos condenados de terem suas penas executadas de maneira individualizada.

Assim, a Ministra decidiu por conceder a ordem, votando junto ao relator e reiterando a inconstitucionalidade incidental do preceito estabelecido pela lei dos crimes hediondos, no que diz respeito à obrigatoriedade do regime inicial fechado de cumprimento da pena.

(III) Voto Ministro Luiz Fux

No voto do ministro, é possível destacar a utilização dos seguintes argumentos: **(i)** a separação de poderes; **(ii)** a hierarquia legal entre o Código Penal e a Lei de Crimes Hediondos; **(iii)** a vontade do legislador ordinário; **(iv)** os limites discricionários impostos pelo legislador.

Para Fux, a promulgação da lei que dispôs sobre o regime inicial fechado obrigatório significaria simplesmente uma escolha do legislador ordinário, que caberia somente a ele, considerando a distribuição de competências feita pela Constituição Federal. Dessa forma, o Poder Judiciário não poderia interferir nas decisões do Legislativo, sob pena de violar o Estado Democrático de Direito e a separação de poderes que o caracteriza.

O ministro também realiza uma análise comparativa entre o Código Penal e a Lei de Drogas, utilizando-se dos critérios desenvolvidos para solucionar os conflitos entre normas, mais tecnicamente chamado de antinomia. No caso, expõe que a Lei das Drogas seria a mais adequada a ser aplicada, uma vez que seria posterior e especial, enquanto o Código Penal, de 1940, regulava a matéria apenas de forma genérica.

Ressaltou ainda que a Lei de Drogas deveria ser aplicada haja vista que sua especialidade decorreu justamente da vontade do constituinte originário, que estabeleceu no próprio texto constitucional um tratamento

mais rigoroso ao tráfico de entorpecentes. Para o ministro, a proteção especial conferida ao tráfico de drogas derivou da realidade trágica da época, tendo a juventude do Brasil como maior vítima do referido crime.

Fux utiliza-se da lógica de que se proibido o direito em maior extensão, não seria inconstitucional impor restrições de menor amplitude. Diante disso, uma vez que a CF impediu a própria liberdade em si, possibilitada pela graça, anistia ou fiança, não haveria maiores problemas em impedir a execução da pena em regime mais brando.

Abordou então a vontade do legislador ordinário que, considerando a preocupação do constituinte originário, definiu o regime inicial fechado como modo de reprimir mais efetivamente a prática do tráfico de entorpecentes. Devido à periculosidade do crime e do agente, o produtor da norma simplesmente entendeu que o regime mais gravoso corroboraria para a maior inibição da infração.

Por fim argumentou que o regime inicial fechado seria apenas mais um limite imposto discricionariamente pelo legislador ao magistrado, como tantos outros. Se inconstitucional fosse, também o seria qualquer pena mínima imposta pelo Código Penal, ou então, os patamares previstos pelo artigo 33 na indicação dos regimes de cumprimento para a quantidade da pena fixada ao condenado. Dessa forma, a atividade do juiz em relação à aplicação da pena seria balizada pelas opções do Poder Legislativo.

Diante disso, o ministro reconhece a constitucionalidade do artigo questionado e denega o habeas corpus, entendendo que o regime inicial fechado configuraria somente uma opção legítima e possível do legislador.

(IV) Voto Ministra Carmen Lúcia

A ministra acompanhou o voto do relator, reconhecendo a inconstitucionalidade do artigo 2º, parágrafo 1º, da lei 8.072/90. Para firmar tal entendimento Carmen Lúcia utiliza um principal argumento: **(i)** o princípio da individualização da pena.

Assim, da mesma forma que o regime integralmente fechado foi declarado inconstitucional, por controle difuso, no julgamento do HC 82.959, a ministra entendeu que a fundamentação deveria ser mantida. Ou seja, a pena não poderia ser devidamente individualizada, pois o juiz não analisaria as condições e circunstâncias particulares ao caso em concreto.

Dessa forma, ela concede a ordem requerida pela defesa e vota no sentido da inconstitucionalidade incidental do regime inicial fechado obrigatório, disposto na Lei dos Crimes Hediondos.

(V) Voto Ministro Ricardo Lewandowski

O Ministro em seu voto acompanha o entendimento da relatoria, embasando sua argumentação em dois principais pontos: **(i)** o princípio da individualização da pena; **(ii)** o princípio da proporcionalidade.

Lewandowski afirmou que a obrigatoriedade da fixação do regime fechado seria um impeditivo à possibilidade de individualizar a pena, uma vez que o magistrado não estaria considerando na aplicação penal as circunstâncias pessoais do réu, no caso em particular.

Ainda, entendeu que o instituto culminaria na violação do princípio da proporcionalidade, já que a imposição do regime de cumprimento de pena não consideraria as disparidades existentes entre os condenados. Dessa forma, não seria razoável ou proporcional fixar um regime igualmente gravoso àquele que recebeu uma pena de 4 anos e outro, condenado a 8 anos de cárcere.

Essa previsão estaria expressamente disposta no Código Penal, nos termos do artigo 59, de acordo com o qual deveriam ser considerados os antecedentes, a conduta social, a personalidade, os motivos e as circunstâncias do crime.

Diante disso, o ministro concede o habeas corpus e vota pela inconstitucionalidade por controle difuso do dispositivo em questão.

(VI) Voto Ministro Cezar Peluso

O ministro não faz uma análise argumentativa da questão, apenas acompanhando integralmente o relator, Dias Toffoli. Dessa forma, concede o habeas corpus e reconhece a inconstitucionalidade incidental do regime inicial fechado obrigatório.

Entretanto, faz uma ressalva ao considerar que o Superior Tribunal de Justiça justificou devidamente o regime de cumprimento imposto, uma vez que alegou as circunstâncias agravantes do crime, que haveriam sido desprezadas pelo Juízo de origem. A ressalva pauta-se no artigo 42 da Lei de Drogas (Lei 11.343/06) que dispõe:

Art. 42. O juiz, na fixação das penas, considerará, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente.

(VII) Voto Ministro Marco Aurélio

O ministro vota no sentido contrário ao relator, reconhecendo a constitucionalidade do regime inicial fechado obrigatório. Isso embasado em alguns argumentos principais: **(i)** a vontade do legislador; **(ii)** a evolução da jurisprudência da Suprema Corte; **(iii)** os limites discricionários impostos pelo legislador; **(iv)** a banalização do tráfico de entorpecentes; **(v)** o princípio da proporcionalidade.

Marco Aurélio afirmou que a rigorosidade imposta ao crime de tráfico de entorpecentes seria apenas uma opção do legislador ante as preocupações sociais e as circunstâncias da criminalidade na época de produção legal. Assim, seria normal e esperado que houvesse disparidade entre os delitos no que diz respeito a rigorosidade da execução penal.

Ainda, fez menção ao HC 82.989/SP, onde foi decidida a inconstitucionalidade do regime integralmente fechado, estabelecido na

redação original da Lei de Crimes Hediondos. Após o Tribunal entender que a progressividade do regime seria de interesse da própria sociedade, o legislador foi compreensivo em relação ao novo entendimento e elaborou uma lei que o concretizava, sendo esta a lei 11.464/07. Essa foi a norma que estabeleceu o regime inicial fechado como imposição relativa aos crimes hediondos.

Também ressaltou que a imposição de certas restrições pelo legislador faz parte de sua atividade comum e esperada. Se a aplicação da pena coubesse inteiramente ao magistrado na consideração das circunstâncias do caso, qualquer cominação ou sopesamento feito pela lei seria também inconstitucional. Assim, a prisão temporária mais extensa ou a progressão de pena dificultada imposta para os crimes hediondos seriam contrárias ao mandamento da CF, como também os patamares estabelecidos pelo artigo 33 do Código Penal.

Para o ministro, o Tribunal estaria rumando para o caminho contrário ao combate à criminalidade. Firmou seu posicionamento ao reconhecer na jurisprudência da Suprema Corte uma banalização do crime de tráfico de entorpecentes. Ao permitir a substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos, ou afirmar a possibilidade de liberdade provisória, a proteção especial conferida inicialmente à infração teria sido esvaziada.

Ainda, expõe que o princípio da proporcionalidade não teria sido afetado pela imposição do regime inicial fechado obrigatório, já que "os desiguais devem ser tratados de forma desigual". Dessa forma, não seria compreensível que um infrator de crime mais grave, como é o tráfico de drogas, cumprisse a pena em um regime igual ao réu condenado por um crime menos grave.

Diante do exposto, o ministro não acompanha o voto da relatoria, denegando à ordem no caso concreto e afastando a declaração de inconstitucionalidade do artigo 2o, parágrafo 1o, da Lei dos Crimes Hediondos.

(VIII) Voto Ministro Joaquim Barbosa

O ministro não acompanhou o relator e se posicionou a partir dos seguintes argumentos: **(i)** banalização do tráfico de entorpecentes no Brasil; **(ii)** separação de poderes e democracia representativa; **(iii)** eficácia contida da norma que regula a individualização da pena; **(iv)** limites discricionários impostos pelo legislador; **(v)** interpretação conforme à Constituição.

Joaquim Barbosa segue o entendimento do ministro Marco Aurélio ao entender que no Brasil haveria um processo de banalização do tráfico de entorpecentes. Isso porque, ao decorrer dos anos, o Poder Judiciário foi responsável pelo progressivo afastamento da maior rigorosidade estabelecida aos infratores dos crimes hediondos e equiparados.

Para o ministro caberia somente ao Poder Legislativo estabelecer questões relativas à política criminal. O papel do órgão julgador estaria restrito à análise da constitucionalidade das leis que tratam do assunto e não da formulação da matéria em si. Assim, o posicionamento ativista da Corte configuraria como uma violação direta à separação de poderes e a democracia representativa, uma vez que o Poder Judiciário não é composto por membros eleitos pela sociedade.

Ainda, ressaltou que o princípio da individualização de pena não estaria sendo violado pelo dispositivo questionado, já que o texto constitucional estabelece, expressamente, a necessidade de uma norma reguladora em seu artigo 5º da CF/88, nos incisos XLVI e XLVII, respectivamente:

XLVI - a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes:

(...)

XLVII - não haverá penas:

- a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX;
- b) de caráter perpétuo;
- c) de trabalhos forçados;

- d) de banimento;
- e) cruéis;

Dessa forma, seria permitido ao legislador ordinário estabelecer os limites adequados e necessários, sendo vedadas as penas proscritas pelo próprio texto constitucional. A norma de eficácia contida conferiria ao legislador ordinário liberdade para regular a material, desde que a individualização da pena não fosse completamente anulada.

Como já reiterado em outros votos, essa restrição integraria a atividade normal do Poder Legislativo, cabendo a este nortear os direcionamentos da execução penal, analisando o interesse geral da sociedade e as principais preocupações do contexto da época. Essa atividade decorreria também da vontade do constituinte originário, que conferiu aos crimes hediondos e equiparados um desvalor maior, pela gravidade intrínseca à infração.

Assim, considerou constitucional o regime inicial fechado para crimes de tráfico de drogas e hediondos em geral, denegando à ordem requerida no caso em particular. Reafirmou, ainda, seu voto proferido no julgamento do HC 97.256, em que considerou constitucional a vedação à pena alternativa nos termos da Lei 8.072/90.

(IX) Voto Ministro Gilmar Mendes

O ministro não trouxe nenhum tipo de argumentação. Somente acompanhou integralmente o relator Dias Toffoli, concedendo a ordem e reconhecendo a inconstitucionalidade do regime inicial fechado obrigatório da Lei dos Crimes Hediondos.

(X) Decisão da Corte:

Por maioria, a Suprema Corte concedeu a ordem requerida pela defesa, declarando, incidentalmente, a inconstitucionalidade do parágrafo

1o do artigo 2o da lei 8.072/90, com a nova redação dada pela Lei 11.464/07. Ficaram vencidos os ministros Luiz Fux, Marco Aurélio e Joaquim Barbosa, que se posicionaram pela constitucionalidade do dispositivo e pela denegação da ordem.

3.2.3 Sistematização dos argumentos

Diante da análise do HC 111.840/ES, foi possível agrupar e organizar, em critérios específicos, os argumentos utilizados pelos ministros. Assim, os sistematizei em três principais tópicos: **(i)** argumentos pela inconstitucionalidade do regime inicial fechado obrigatório; **(ii)** argumentos pela constitucionalidade do regime inicial obrigatório; **(iii)** argumentos utilizados por ambos os posicionamentos.

3.2.3.1 Critérios Argumentativos

(i) Argumentos pela Inconstitucionalidade do Regime Inicial Fechado Obrigatório

- **Princípio da Individualização da Pena**

Nesse tópico estão inclusos os argumentos que consideraram o princípio da individualização da pena (prevista no artigo 5º, inciso XLVI, da CF/88) como fator relevante à questão. A personalização da punição estatal estaria sendo lesada, uma vez que as circunstâncias judiciais objetivas e subjetivas do acusado ou condenado não seriam mais aplicadas pelo magistrado, no que se refere ao regime de cumprimento de pena nos crimes hediondos.

O magistrado teria o dever de impor ao condenado a sanção a ele adequada. A atividade jurisdicional se daria conforme à ponderação das circunstâncias objetivas e subjetivas referentes ao fato e ao agente, a fim de estabelecer o tratamento mais apropriado ao condenado em particular.

Dessa forma, mesmo com a nova redação conferida pela Lei 11.464/07, ainda haveria ofensa ao princípio mencionado uma vez que determinaria a todos o início obrigatório de cumprimento de pena no regime fechado, impondo a mesma pena àqueles acusados com bons antecedentes, primários e com penas passíveis da aplicação de regime mais brando.

- **Necessidade de Motivação Judicial**

Esse argumento foi mencionado conjuntamente com o princípio da individualização penal. Os ministros que o citaram entenderam que a fixação do regime inicial fechado obrigatório culminaria em uma inibição da atividade necessária do magistrado.

Isto é, a obrigatoriedade da imposição do regime mais gravoso eximiria o juiz do dever de motivar sua decisão, podendo este decidir a partir do mandamento legal da Lei 8.072/90, exclusivamente.

Dessa forma, não seria inconstitucional fixar o regime inicial fechado caso essa decisão se desse de maneira motivada, por circunstâncias concretas e individualizadas nos casos concretos. Assim, seria preciso demonstrar a necessidade e razoabilidade de impor ao réu um regime que atingiria mais intensamente sua liberdade.

Essa motivação deveria ser feita a partir da consideração do que está disposto pelos artigos 33, parágrafo 3º, e 59, do Código Penal.

Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime:

(...)

III - o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade;

(ii) Argumentos pela Constitucionalidade do Regime Inicial Fechado Obrigatório

• A Separação de Poderes

A separação de poderes foi alegada pelos ministros que entenderam no sentido da constitucionalidade do artigo questionado. De acordo com estes, as questões referentes a política criminal deveriam somente ser discutidas pelos legisladores.

O Poder Legislativo seria o órgão constitucionalmente competente, e eleito democraticamente pelo povo brasileiro, para estabelecer qual o tratamento que deveria ser conferido aos crimes hediondos. Ao Judiciário caberia somente a interpretação e o controle sobre a constitucionalidade das normas e não a efetiva discussão e elaboração em torno da matéria.

Diante disso, a interferência dos magistrados na regulação realizada por escolha e vontade do Poder Legislativo significaria uma ofensa a independência dos poderes que compõem o Estado Democrático de Direito.

• A Vontade do Legislador Ordinário

Para alguns dos ministros, o regime inicial fechado obrigatório deveria ser deferido pelo Poder Judiciário, uma vez que derivou da vontade do legislador ordinário. Isso porque a escolha feita pelo Legislativo seria decorrente de motivações reais e, em grande parte, influenciada pela preocupação social em relação a certos crimes.

Dessa forma, o tratamento mais rigoroso perante os crimes hediondos e equiparados seria uma "resposta" legislativa possível e normal diante da criminalidade e do apelo social para combater crimes de maior gravidade. Ainda, essa vontade estaria, em tese, embasando-se na preocupação do próprio constituinte, que definiu proteção especial ao tráfico de drogas determinando sua inafiançabilidade, por exemplo.

- **Antinomia entre o Código Penal e a Lei de Drogas**

O argumento foi usado a fim de solucionar o conflito entre duas normas: o Código Penal e a Lei de Drogas. A análise considerou dois critérios, sendo estes a especialidade da norma e o aspecto cronológico de produção normativa.

Diante disso, entendeu-se que a Lei de Drogas seria a mais adequada para a resolução do caso concreto, uma vez que seria posterior ao Código Penal e trataria a matéria de maneira específica, diferentemente do CP. A especialidade da lei deveria ser ainda mais considerada visto que partia da vontade do próprio constituinte originário, que definiu um tratamento mais rigoroso ao crime de tráfico de entorpecentes e aos hediondos.

- **Banalização do Tráfico de Entorpecentes**

Utilizado pelos votos favoráveis a constitucionalidade do regime inicial fechado obrigatório, tal critério leva em consideração a evolução do entendimento e da jurisprudência do STF, ao decorrer dos anos, em relação aos critérios estabelecidos pela Lei dos Crimes Hediondos e pela Lei de Drogas.

Assim, afirmou-se que o sentido de progressão da Corte estaria ocorrendo na direção de uma provável banalização do tráfico de entorpecentes, uma vez que estariam sendo reconsiderados vários dispositivos que atribuíam tratamento mais rigoroso aos crimes hediondos e equiparados.

Enquadram-se nesse possível “abrandamento” a possibilidade de liberdade provisória, a substituição de penas privativas de liberdade por penas restritivas de direito, a permissão à progressão de regime, entre outras decisões mais “progressistas”, que, de certa forma, mitigaram a gravidade das punições atribuídas aos crimes mencionados.

- **Eficácia Contida do Princípio da Individualização da Pena**

O argumento foi utilizado para destacar a eficácia contida da norma constitucional que prevê a personalização da pena, isso porque estabeleceu que uma lei posterior deveria regular a individualização da pena. A partir disso, entendeu-se que a própria CF estaria autorizando as restrições e limitações impostas ao princípio, já que configurariam justamente a regulação do mesmo por normas infraconstitucionais.

Portanto, no caso concreto, a Lei dos Crimes Hediondos e suas proposições mais rigorosas seriam apenas limites possíveis de serem estabelecidos por lei específica, vindo a preencher a norma de eficácia contida que aparece prescrita na Constituição Federal.

- **Limites discricionários impostos pelo legislador**

Constitui um dos pontos de maior debate e controvérsia em meio a discussão do acórdão e das questões levantadas por ele. Se relaciona com a liberdade e função atribuída ao Poder Legislativo de estabelecer com base em seus próprios critérios, por vezes discricionários. A serem considerados na formação da lei penal.

Dessa forma, não poderia se falar em ofensa aos princípios constitucionais, haja vista que a escolha do legislador quanto a gravidade de um crime, ou até mesmo quanto sua punição mais ou menos gravosa, seria inevitável.

Isto porque a escolha do legislador decorreria de uma preocupação real em relação a gravidade de alguns delitos determinados e as consequências que estes causariam na sociedade. Assim, seria esperada e devida a cominação diferenciada entre penas de maior e menor rigor, partindo da discricionariedade do Poder Legislativo, a fim de conferir maior

proteção e inibição da prática de alguns crimes considerados mais gravosos pela sociedade e pelo próprio Estado.

Se assim não se entendesse, a opção do legislador ao fixar o regime fechado para penas superiores a 8 anos, ou o estabelecimento do regime semiaberto àqueles que variam entre a pena de 4 a 8 anos, seria também inconstitucional. Ou ainda, a positivação de uma prisão temporária prolongada (com a duração de 30 dias, em que seriam apenas 5 nos crimes comuns) no caso de serem estas feitas em hipóteses de crimes hediondos.

(iii) Argumentos utilizados por ambos os posicionamentos

• Princípio da Proporcionalidade

O princípio da proporcionalidade foi mencionado ao longo dos votos no que se refere à imposição de um regime mais gravoso aos infratores que cometeram crimes hediondos ou equiparados, como é o tráfico de entorpecentes.

Discutiu-se então se o regime inicial fechado obrigatório seria proporcional ou não aos crimes cometidos. Interessante notar que o mesmo critério foi utilizado para argumentar em ambos os sentidos: pela inconstitucionalidade e pela constitucionalidade do artigo questionado.

Aqueles que entenderam pela inconstitucionalidade do artigo 2º, parágrafo 1º, da Lei 8.072, argumentaram que haveria a violação do princípio da proporcionalidade, uma vez que seria fixado o mesmo regime de cumprimento para todos os condenados por crimes hediondos ou equiparados, sem considerar as disparidades existentes entre eles. Essa “padronização” da pena seria desproporcional por “penalizar” réus distintos de maneira equivalente.

Por outro lado, para os defensores da constitucionalidade do regime inicial fechado obrigatório, o princípio da proporcionalidade não estaria sendo violado, e sim, aplicado ao caso. Isso porque os desiguais deveriam

ser tratados de forma desigual, de modo a estabelecer um tratamento mais rigoroso àqueles que cometeram crimes mais graves.

- **Interpretação Conforme à Constituição Federal**

O argumento defende a interpretação do Código Penal e da Lei Processual Penal à luz do que dispõe o texto constitucional. Todavia, o argumento é usado por ambos os posicionamentos: a constitucionalidade do regime inicial fechado obrigatório e a inconstitucionalidade do mesmo.

Na defesa da constitucionalidade do artigo questionado os ministros defendem que a fixação de regime mais gravoso não estaria vedada pela CF, e por isso seria possível. Se contrário fosse, estaria elencada junto às penas proibidas, tais como a de morte ou a cruel.

Em paralelo, para aqueles que se posicionaram no sentido da inconstitucionalidade do regime inicial fechado obrigatório, a interpretação conforme à CF não permitiria reconhecer a possibilidade dessa obrigatoriedade. Isso porque o dispositivo acarretaria a violação de variados princípios já analisados, como a individualização da pena e a proporcionalidade.

Ainda, se o regime inicial fechado configurasse vontade do constituinte originário constaria expressamente nas vedações que a CF estabelece frente aos crimes hediondos e equiparados, tais como a inafiançabilidade ou impossibilidade de concessão de graça ou anistia.

3.2.3.2 Classificação dos Votos

Tabela 1 – Argumentos X Ministros

ARGUMENTOS	Toffoli	Weber	Fux	Lúcia	Lewandowski	Peluzo (Ausente)	Aurélio	Barbosa	Mendes (Ausente)
Individualização da pena	X	X		X	X				
Motivação judicial	X								
Separação de poderes			X					X	
Vontade do legislador			X				X		
Antinomia entre normas			X						
Banalização do tráfico de entorpecentes							X	X	
Eficácia contida do princípio								X	
Proporcionalidade					X		X		
Limites Discricionários impostos pelo legislador			X						
Interpretação conforme	X							X	

4. Análise de Constitucionalidade Prévia do Pacote Anticrime

4.1 O Pacote Anticrime e o Regime Inicial Fechado Obrigatório

Até o presente momento a pesquisa voltou-se para o entendimento da interpretação da Suprema Corte no que diz respeito ao regime inicial fechado obrigatório, que é o objeto de análise sobre o qual se debruça o estudo realizado. Para melhor compreender a posição adotada pelo STF, analisei detalhadamente os votos dos ministros no julgamento do HC 111.840/ES e pude destacar as principais motivações que deram base aos posicionamentos definidos por cada um.

Apesar da relevância da análise argumentativa feita em torno do assunto, a discussão não teria tamanha significância uma vez que trata de um entendimento pacífico e consolidado pela Suprema Corte, ou seja, sem maiores controvérsias. Assim, não haveria propriamente uma pergunta de pesquisa a ser feita sem a problematização de algum aspecto.

Entretanto, como já mencionado, a justificativa da escolha do tema se deu essencialmente pelo envolvimento do regime inicial fechado obrigatório em um novo projeto de lei, popularmente conhecido como "Pacote Anticrime". Sua atualidade se apresenta no sentido de voltar a discutir algo que, em tese, já teria sido decidido e consolidado pelo STF perante a fixação de uma tese com efeito vinculante no julgamento do ARE 1.052.700.

Assim, foi estabelecido, mediante as alterações do projeto de lei, que o regime inicial fechado obrigatório seria cabível em algumas hipóteses, tais como nos crimes de corrupção passiva e peculato. O fato é que, mesmo após a definição da inconstitucionalidade dessa condição para os crimes hediondos, que seriam em tese os mais graves na opinião da sociedade e do Estado, a medida foi reproposta para ser aplicada em crimes de menor gravidade.

A reabertura do debate, em tese encerrado, possibilitou novos questionamentos. Diante disso, considere relevante analisar a maneira

como os julgados da Corte e os argumentos trazidos pelos ministros poderiam ser fatores relevantes ao controle de constitucionalidade exercido sobre o PL 882/2019, no que diz respeito às alterações do artigo 33 do Código Penal.

Dessa forma, a pesquisa desenvolveu-se através da análise argumentativa feita anteriormente, em que identifiquei os argumentos que motivaram os votos do acórdão HC 111.840/ES. A partir disso, busquei avaliar a persistência e a validade destes argumentos na realidade em que se insere o “Pacote Anticrime”, a fim de compreender se isso se relacionaria ou não com a constitucionalidade deste projeto de lei.

4.2 As Limitações da Avaliação de Constitucionalidade do Projeto de Lei 882/2019

É importante ressaltar que a avaliação realizada foi fundamentada no conteúdo decorrente da análise argumentativa do caso estudado. Ou seja, não foram considerados fatores externos que pudessem eventualmente modificar a atuação da Corte ou o controle prévio feito pelo Legislativo. Isso porque, devido à instabilidade e imprevisibilidade inerentes a alguns acontecimentos, não é possível antecipar com certeza os efeitos da jurisprudência sobre o projeto de lei.

Destaco, por isso, que considerei o comportamento normal da Suprema Corte, ou seja, seu entendimento prolongado e reiterado em relação ao regime fechado inicial obrigatório. Para me certificar de que a posição do STF se mantinha até os dias atuais, na realidade em que foi inserido o “Pacote Anticrime”, realizei a leitura dos acórdãos que abordam diretamente o tema e que foram decididos no ano de 2019.²² Verifiquei que a posição se conservava e era ainda reiterada pela Corte.

Através disso, acredito ser razoável supor que a Corte mantenha as mesmas convicções sobre o tema. Tal constatação foi essencial para que fosse possível a contraposição do entendimento dos ministros em face do

²² HC 141.883/SP; HC 147.271/SP; HC 155.421/PR; HC 151.016/SP

projeto de lei e das alterações que ele propõe. Assim, faria sentido analisar de que maneira essa divergência se apresentaria como fator relevante em relação ao controle de constitucionalidade prévio do projeto ou posterior a promulgação da lei, através da provocação do próprio Judiciário.

4.3 Os argumentos do STF e sua aplicação no “Pacote Anticrime”

Analisarei adiante como a posição consolidada do Supremo Tribunal Federal, no sentido da inconstitucionalidade do regime fechado inicial obrigatório, poderia ser trazida como fator relevante no controle prévio de constitucionalidade sobre as alterações propostas pelo PL 882/2019, relativo às mudanças do artigo 33 do Código Penal.

Considerando que o “Pacote Anticrime” é ainda um projeto de lei em fase de tramitação, a análise feita é de grande importância já que dá margem para discussões acerca de variados aspectos que poderiam ser abordados em futuros trabalhos, tal como a relação de deferência ou não existente entre o Legislativo e o Judiciário. Assim, caso fosse notado que o Legislativo costuma seguir os entendimentos firmados pela Suprema Corte, o projeto de lei encontraria, muito provavelmente, resistência na aprovação das disposições referentes ao objeto de análise pelo Congresso Nacional, já que traz pontos considerados inconstitucionais pela jurisprudência do STF.

Assim, para realizar uma análise de constitucionalidade prévia do PL 882/2019, avaliarei se os argumentos utilizados no julgamento do HC 111.840/ES são também aplicáveis ao “Pacote Anticrime”, ou seja, se as controvérsias jurídicas persistem. Caso a resposta seja positiva, poderia se entender que a jurisprudência configuraria um importante precedente a ser considerado no controle de constitucionalidade prévia exercido sobre o projeto de lei pelo Poder Legislativo, já que representa uma discussão detalhada em relação ao assunto.

Importante lembrar que, pela proposta, o regime inicial fechado obrigatório seria imposto aos reincidentes que indiquem conduta criminal

reiterada, ao crime de peculato²³, à corrupção passiva²⁴, à corrupção ativa²⁵ e, por fim, ao roubo com emprego de arma de fogo, explosivo ou do qual decorra lesão corporal grave²⁶.

(i) A Individualização da Pena no PL 882/2019

O princípio da individualização da pena foi o principal argumento utilizado por aqueles ministros que se posicionaram de maneira contrária à constitucionalidade do regime inicial fechado obrigatório. De acordo com estes, a previsão de um regime obrigatório descartaria a possibilidade de o magistrado individualizar a pena a partir das particularidades de cada caso e condenado. Assim, a desconsideração das circunstâncias pessoais do réu configuraria importante violação a um direito constitucional do mesmo.

Tal princípio foi também trazido como uma das principais motivações para entender pela inconstitucionalidade das alterações propostas pelo “Pacote Anticrime”, uma vez que o projeto impõe o regime de cumprimento fechado obrigatório para os crimes de peculato, corrupção e roubo. A violação do princípio se daria justamente pelo fato do projeto estabelecer

²³ Art. 312 - Apropriar-se o funcionário público de dinheiro, valor ou qualquer outro bem móvel, público ou particular, de que tem a posse em razão do cargo, ou desviá-lo, em proveito próprio ou alheio: Pena - reclusão, de dois a doze anos, e multa. § 1º - Aplica-se a mesma pena, se o funcionário público, embora não tendo a posse do dinheiro, valor ou bem, o subtrai, ou concorre para que seja subtraído, em proveito próprio ou alheio, valendo-se de facilidade que lhe proporciona a qualidade de funcionário.

²⁴ Art. 317 - Solicitar ou receber, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida, ou aceitar promessa de tal vantagem:

Pena - reclusão, de 2 (dois) a 12 (doze) anos, e multa. § 1º - A pena é aumentada de um terço, se, em consequência da vantagem ou promessa, o funcionário retarda ou deixa de praticar qualquer ato de ofício ou o pratica infringindo dever funcional.

²⁵ Art. 333 - Oferecer ou prometer vantagem indevida a funcionário público, para determiná-lo a praticar, omitir ou retardar ato de ofício: Pena - reclusão, de 2 (dois) a 12 (doze) anos, e multa. Parágrafo único - A pena é aumentada de um terço, se, em razão da vantagem ou promessa, o funcionário retarda ou omite ato de ofício, ou o pratica infringindo dever funcional.

²⁶ Art. 157 - Subtrair coisa móvel alheia, para si ou para outrem, mediante grave ameaça ou violência a pessoa, ou depois de havê-la, por qualquer meio, reduzido à impossibilidade de resistência: Pena - reclusão, de quatro a dez anos, e multa. § 2º-A A pena aumenta-se de 2/3 (dois terços): I - se a violência ou ameaça é exercida com emprego de arma de fogo; II - se há destruição ou rompimento de obstáculo mediante o emprego de explosivo ou de artefato análogo que cause perigo comum. § 3º Se da violência resulta: I - lesão corporal grave, a pena é de reclusão de 7 (sete) a 18 (dezoito) anos, e multa;

um regime de cumprimento obrigatório aos condenados sem considerar suas particularidades para fixar as condições da execução de suas respectivas penas.

Ainda, o projeto ignoraria os patamares impostos pelo artigo 33, dando margem para a fixação de regime mais gravoso do que o definido pelo próprio Código Penal. Ou seja, um condenado a pena de quatro anos de cárcere por corrupção passiva, que em tese poderia iniciar o cumprimento da pena em regime aberto ou semiaberto, estaria sujeito ao regime fechado devido às disposições do "Pacote Anticrime".

A nova redação buscou afastar a possibilidade de ofensa à individualização da pena ao propor que, excepcionalmente, o regime inicial fechado obrigatório poderia ser dispensado caso todas as condições do artigo 59 do CP fossem favoráveis ao réu. Entretanto, a ressalva não parece suficiente para evitar a violação do princípio uma vez que restringe a individualização da pena somente àqueles que tem a seu favor todas as circunstâncias dispostas pelo artigo supramencionado.

Essa padronização dos beneficiados perpetuaria então a mesma inconstitucionalidade alegada pelos ministros do STF no julgamento do HC 111.840/ES, já que privaria grande parte da população carcerária do cumprimento de pena em regime menos gravoso. Isto é, ao condenado que não tem a seu favor todas as circunstâncias, mas boa parte delas, seria negada a individualização da pena, desprezando a existência de tais particularidades na fixação do regime "adequado" de cumprimento de pena.

Dessa forma, apesar de prever exceções, a nova redação não protege efetivamente a pena individualizada já que impõe a todos os condenados que não tem todas as circunstâncias a seu favor o mesmo regime de cumprimento daqueles que sequer as possui, ignorando a quantidade de pena computada ou o fato de ter algumas das circunstâncias favoráveis.

(ii) Necessidade de Motivação Judicial

A Constituição Federal também dispõe acerca da necessidade da motivação judicial. Isto é, ao decidir o juiz deve fundamentar devidamente sua decisão e explicitar os motivos que o fizeram decidir de determinada maneira, como disposto pela própria CF, artigo 53, inciso IX:

Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios:

IX todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e **fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade (...)** (Grifo meu)

Esse também parece ser um aspecto conflitante com as propostas do “Pacote Anticrime” no que diz respeito ao regime inicial fechado obrigatório e que foi alegado pela Corte quando se posicionou pela inconstitucionalidade do instituto no julgamento do HC 111.840/ES.

Essa violação ocorreria já que a disposição legal que impõe a obrigatoriedade do regime inicial fechado exime o magistrado de fundamentar a fixação do regime de cumprimento da pena, sendo suficiente alegar que estava simplesmente “seguindo o que a lei diz”. Esse tipo de interpretação é tecnicamente chamado de *ex lege* e ocorre quando a decisão tem como base tão somente a literalidade da lei, sem necessitar de maiores explicações.

Essa exclusão do dever do magistrado faz com que se dê margens para maiores arbitrariedade do Poder Judiciário, e ainda a imposição de um regime de cumprimento mais gravoso sem que se defina, efetivamente, o porquê da decisão que o fixou. Acerca do tema o STF definiu duas súmulas, nos termos das quais:

Súmula 718: A opinião do julgador sobre a gravidade em abstrato do crime não constitui motivação idônea para a imposição de regime mais severo do que o permitido segundo a pena aplicada.²⁷

²⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula n.º 718.. A opinião do julgador sobre a gravidade em abstrato do crime não constitui motivação idônea para a imposição de regime

Súmula 719: A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea.²⁸

Assim, além da jurisprudência consolidada em relação ao regime inicial fechado obrigatório, a Suprema Corte estabeleceu tese que reitera os princípios da individualização da pena e da motivação judicial. Isso porque exige que o magistrado, na fixação do regime de cumprimento de pena, motive idoneamente sua decisão, sem considerar sua opinião pessoal sobre a reprovabilidade abstrata do crime.

Dessa forma, a imposição de um regime de cumprimento padronizado aos reincidentes ou condenados por corrupção, peculato e roubo, viola o princípio da motivação judicial, já que afasta do magistrado o ônus de justificar seu posicionamento.

Esse argumento parece ter sido utilizado pelos ministros como um “reforço” a tese que sustenta a importância da individualização da pena. Ou seja, uma vez que a obrigatoriedade normativa exime o magistrado de justificar suas decisões, a dosimetria que deveria ser feita, considerando as circunstâncias pessoais do réu e do fato, torna-se dispensável.

Dessa forma, quando a lei autoriza a fixação do regime inicial sem que se considere as peculiaridades de cada caso, ela incentiva o magistrado a não “aprofundar-se” na análise dos casos e nas circunstâncias de cada condenado, limitando a atividade jurisdicional a sua literalidade que fornece aos julgadores autorização para tanto.

mais severo do que o permitido segundo a pena aplicada. Publicada em: 13 de out. de 2003
Disponível em: <
<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2545>>
Acesso em: 22 nov. 2019

²⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula n.º 719. A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea. Publicada em: 13 de out. de 2019. Disponível em: <
<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2556>>
Acesso em 23 nov. 2019

(iii) A separação de poderes

A separação de poderes foi utilizada como argumento no julgamento no HC 111.840/ES pelos ministros que entenderam pela constitucionalidade do regime inicial fechado obrigatório. Isso devido a função legislativa conferida ao legislador para discutir questões que envolvam política criminal.

Ainda, esse princípio estaria correlacionado à representatividade democrática do Congresso Nacional (CN) como órgão eleito e, em tese, mais alinhado com os desejos e preocupações da população como um todo. Assim, caberia ao Poder Judiciário tão somente o controle de constitucionalidade das normas e não a efetiva discussão do assunto.

Entretanto, esse argumento parece não se sustentar diante da proposta do “Pacote Anticrime”. É fato que ao CN cabe a deliberação das matérias das mais variadas áreas, dentre as quais se encontram as questões de política criminal do Brasil. E é também sabido que a Suprema Corte tem a função de, caso identificada uma desconformidade com o texto constitucional, exercer o controle sobre a norma inválida e declarar sua inconstitucionalidade, removendo-a do ordenamento jurídico.

No caso analisado, ao pensar sobre o “Pacote Anticrime” a escolha e liberdade do legislador estaria se dando posteriormente a um entendimento do STF já consolidado, no sentido de reconhecer a invalidade da norma que dispõe sobre a obrigatoriedade do regime inicial fechado. Assim, o Judiciário não estaria violando a função legislativa; ao contrário, é o Legislativo que não estaria considerando a posição da Suprema Corte e sua função primordial de justamente exercer o controle de constitucionalidade sobre as normas.

Ainda, a análise visa estabelecer um controle prévio de constitucionalidade das alterações do PL 882.2019 no que tange ao regime inicial obrigatório. Dessa forma, o próprio Legislativo seria responsável por avaliar a conformidade do projeto de lei caso reconhecesse o julgamento do HC estudado como precedente a ser considerado ao longo da tramitação.

Assim, no cenário contemplado, a atuação do Judiciário não seria sequer necessária, mas simplesmente a reiteração esperada de um entendimento já consolidado.

(iv) A vontade do legislador ordinário

Esse foi também um argumento utilizado pelos ministros que defenderam a constitucionalidade do regime inicial fechado obrigatório, uma vez que a disposição representava apenas uma escolha possível e normal do legislador. Este último investido de poder para debater e formular novas normas que norteiam os fatos jurídicos do país.

Ainda, a vontade do legislador ordinário derivaria da própria vontade do constituinte, que conferiu tratamento diferenciado aos crimes hediondos, cerne em que foi discutida a possibilidade da fixação obrigatória do regime inicial fechado aos condenados. A rigorosidade imposta seria decorrente da preocupação e reprovabilidade social frente a alguns crimes em particular, como a extorsão mediante sequestro.

É importante destacar, contudo, que a discussão do “Pacote Anticrime” não trata de crimes hediondos, ou seja, não há para as hipóteses que propõe fixar a obrigatoriedade do regime fechado um mandamento constitucional direto que visa proteger mais especificamente os crimes de corrupção, peculato ou roubo. De tal forma que parece controverso aprovar uma medida rigorosa, destinada aos crimes comuns, que sequer foi considerada válida para punir crimes hediondos.

(v) A banalização do tráfico de entorpecentes

Apesar do “Pacote Anticrime” não se referir aos crimes de tráfico de entorpecentes, é interessante analisar o argumento considerando sua aplicação em relação aos tipos penais para os quais foi estabelecida a fixação do regime mais gravoso. Isso porque é possível pensar sobre como

é feito o combate à reincidência, à corrupção, ao roubo e ao peculato no Brasil, atualmente.

A partir do princípio da necessidade, a maior rigorosidade imposta ao crime só faria sentido caso o objetivo de punição ou solução dos problemas não estivesse se efetivando com os meios já disponíveis. Assim, seria preciso avaliar se, de fato, a obrigatoriedade do regime inicial fechado seria indispensável para combater a corrupção, a reincidência ou o roubo, por exemplo.

Fato é que, segundo o Projeto Sistema Prisional em Números divulgado pelo Conselho Nacional do Ministério Público, apresentada em 18 de Junho de 2018, a ocupação dos presídios é de 175%, considerando que no Norte, por exemplo, os estabelecimentos chegam a receber três vezes mais do que o espaço de fato comporta:

Sentenciados se dividem da seguinte maneira: 38% estão em regime fechado, 15%, em semiaberto e 6% em regime aberto. A maior fatia identificada pelo levantamento de 2016, em relação ao tempo de pena, foi o de quatro a oito anos, com 31%. Em seguida aparece a pena de oito a 15 anos, com 23%, e de dois a quatro anos, com 16%. Estes números impressionam, traduzindo friamente uma tragédia nacional. Mostram que o cárcere ainda é concebido como **prima ratio** para a questão da violência e da segurança pública, quando deveria ser rigorosamente o contrário.²⁹

Considerando essa realidade, seria coerente pensar na ampliação das hipóteses que impõe o regime inicial fechado no Brasil? Ou ainda, alegar a banalização das sanções pelo sistema penal brasileiro?

De acordo com os dados do estudo "Luta antiprisional no mundo contemporâneo: um estudo sobre experiências em outras nações de redução da população carcerária"³⁰ realizado pela Pastoral Carcerária e

²⁹ MOREIRA, Rômulo Andrade. A realidade carcerária no Brasil em números, Justificando, 02 Julho 2018. Disponível em: <<http://www.justificando.com/2018/07/02/realidade-carceraria-do-brasil-em-numeros/>> Acesso em: 27 de Outubro de 2019

³⁰ Pastoral Carcerária. O Mundo Contemporâneo: Um estudo sobre experiências de redução da população carcerária em outras nações. Publicado em: 09 Set. 2018. Disponível em:

lançada em setembro de 2018, o Brasil seria a terceira maior população carcerária do mundo, ficando atrás apenas dos Estados Unidos (com 2 milhões 100 mil pessoas atrás das grades) e China (1 milhão e 600 mil pessoas encarceradas).

De acordo com o diretor-geral Renato Campos Pinto de Vitto, do Departamento Penitenciário Nacional do Ministério da Justiça (DEPEN/MJ), a população carcerária do país teve um aumento de 575% entre os anos de 1990 e 2014, aumentando o número de 90 mil presos para 607 mil. Não obstante, a taxa de criminalidade não apresentou melhora, pelo contrário, os homicídios dolosos por cem mil habitantes subiram de 18.68 para 34.91.³¹

Ainda sobre isso, Rodrigo Azevedo e Ana Cláudia Cifali, em seu artigo “Política Criminal e Encarceramento no Brasil nos Governos Lula e Dilma: Elementos para um balanço de uma experiência de governo pós-neoliberal”, afirmam:

O aumento das taxas de encarceramento, derivado de uma demanda punitiva que encontra respaldo no parlamento (criminalização primária) e na atuação dos órgãos de segurança pública e justiça criminal (criminalização secundária), não surte o efeito esperado de queda da criminalidade, uma vez que a atuação do sistema penal é seletiva, atingindo apenas a base da cadeia criminal, e reunindo nas prisões indivíduos que, pela sua vulnerabilidade social, são presas fáceis das facções criminais, que comandam o mercado das ilegalidades dentro e fora das prisões (Oliveira e Azevedo, 2012, p. 4-11).³²

<https://carceraria.org.br/wpcontent/uploads/2018/09/relatorio_luta_antiprisional.pdf>

Acesso em: 27 de Outubro de 2019

³¹ FARIELLO, Luiza. “Encarceramento não reduz criminalidade” diz diretor-geral do Depen. Agência CNJ de Notícias. Brasília. Publicado em: 10 mar. 2016. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/encarceramento-nao-reduz-criminalidade-diz-diretor-geral-do-depen/>> Acesso em: 01 Fev. 2020

³² AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de; CIFALI, Ana Cláudia. Política criminal e encarceramento no Brasil nos governos Lula e Dilma: Elementos para um balanço de uma experiência de governo pós-neoliberal. *Civitas, Rev. Ciênc. Soc.*, Porto Alegre, v. 15, n. 1, p. 105-127, Mar. 2015. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1519-60892015000100105>.

Acesso em: 31 Jan. 2020.

Além disso, em 2017 foram divulgados os dados consolidados pelo Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN), através do Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (Infopen), onde foi informado que em relação à distribuição dos crimes no sistema federal, o tráfico de drogas comporta 30% dos registros, enquanto os roubos chegam a mais de 20% das causas de prisão. Resumidamente, em uma população carcerária 726.712 pessoas, dado tabulado no ano de 2016, a metade seria composta por condenações por tráfico, cujo agravamento foi discutido pelo julgado em questão, e pelo roubo, que configure uma das hipóteses incluídos pelo “Pacote Anticrime” para ter o cumprimento de pena endurecido.³³

Dessa forma, seria irrazoável pensar e defender a existência de um cenário em que ocorre não só a banalização do tráfico de drogas, como também uma repressão em tese “insuficiente” da criminalidade no Brasil. Em verdade, a ampliação de medidas punitivas não somente seria improdutiva na diminuição dos crimes no país, mas responsável no agravamento devastador da situação carcerária brasileira.

(vi) Eficácia contida do princípio da individualização da pena

Foi também argumentado que a limitação da individualização da pena seria possível por conta da eficácia contida da norma que dispõe sobre tal princípio. Ou seja, entendeu-se que por meio de lei complementar seria possível restringir a aplicação da individualização da pena, de modo a não anular completamente o mandamento constitucional. Essa limitação da eficácia é extraída do próprio artigo 5º da CF, inciso XLVI, quando submete a individualização à lei reguladora: “a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes: (...)”.

³³ Ministério da Justiça e Segurança Pública. Há 726.712 pessoas presas no Brasil. Brasília. Publicado em: 08 de Dezembro de 2017. Disponível em: <<https://www.justica.gov.br/news/ha-726-712-pessoas-presas-no-brasil>> Acesso em: 15 fev. 2020

Caso partisse do pressuposto de que é, de fato, possível restringir a individualização da pena, a desconformidade das alterações propostas pelo projeto de lei ainda permaneceria. Isso porque a nova redação propõe que a restrição, dentro de um grupo de condenados por crimes como roubo ou corrupção, aconteça para todos salvo àqueles que tiverem a seu favor todas as circunstâncias trazidas pelo artigo 59 do CP.

Dessa forma, não estaria considerando a limitação do princípio em si como violação à CF, mas sim sua aplicação arbitrária e desigual. De tal maneira que as mesmas circunstâncias pessoais seriam entendidas como relevantes para um condenado que as tivesse todas favoráveis, e desprezíveis para aquele que as tem em maior parte, mas não completamente, como ditam os parágrafos sugeridos pelo PL 882/2019.

(vii) Princípio da proporcionalidade

O princípio da proporcionalidade foi trazido por ambos os posicionamentos do STF, ao defender a constitucionalidade e a inconstitucionalidade do regime inicial fechado obrigatório. Foi argumentado pelos defensores da constitucionalidade do instituto que não haveria a ofensa ao princípio uma vez que os desiguais, ou seja, os infratores de crimes mais graves, deveriam ser tratados de forma desigual.

Contudo, a violação da proporcionalidade foi reconhecida e reiterada pelos ministros que entenderam pela inconstitucionalidade do regime inicial fechado obrigatório. Isso porque a desconsideração das particularidades de cada condenado acarretaria a padronização do regime de cumprimento para crimes que foram cometidos em graus de gravidade distintos, como já mencionado no capítulo anterior.

É preciso analisar, portanto, como esse princípio se adequa em relação às alterações propostas pelo "Pacote Anticrime", ou seja, se a previsão da obrigatoriedade do regime inicial fechado para crimes como corrupção, peculato e roubo, é proporcional ou não.

Importante ressaltar que entre o debate feito pelo Supremo Tribunal Federal e o debate relativo às alterações propostas pelo Pacote Anticrime há importantes distinções. No caso da Suprema Corte, a discussão foi feita considerando a fixação de regime de cumprimento mais gravoso na hipótese de crimes hediondos, ou seja, infrações reconhecidamente mais graves e protegidas expressamente pela própria Constituição Federal.

Diferentemente, os crimes que foram incluídos pela nova redação dada ao artigo 33 do Código Penal, sendo estes a corrupção (passiva e ativa), o peculato e o roubo, não constam na CF como crimes mais reprováveis ou graves. Essa foi uma decisão tomada pelos redatores do projeto de lei que definiram, de forma arbitrária, quais as infrações que deveriam ser mais rigorosamente punidas.

Assim, o argumento de “tratar os desiguais de maneira desigual” trazido pela defesa da constitucionalidade do objeto de análise, não mais se sustenta, uma vez que os crimes “desiguais” teriam sido estabelecidos desmotivadamente pelos propositores do projeto de lei. Nesse ponto, reitera-se que o projeto não apresentou exposição de motivos, mas apenas uma justificativa vaga de “combater os crimes violentos e a corrupção generalizada”.

Ao contrário, o entendimento que sustenta a inconstitucionalidade do regime inicial fechado obrigatório no STF pode ser aplicado na análise de constitucionalidade prévia do projeto de lei na medida em que reitera a violação do princípio em questão. Isso porque verifiquei que os novos parágrafos sugeridos traziam alguns pontos passíveis de questionamento quanto à proporcionalidade.

A violação desse princípio pode ser verificada na medida em que é imposta a todos os condenados por determinado crime um mesmo regime de cumprimento, independente das circunstâncias particulares de cada réu. Essa padronização do regime de cumprimento seria responsável por uma punição totalmente desproporcional, já que os graus de gravidade das condutas realizadas seriam ignorados. Assim, o condenado por corrupção a

4 anos de reclusão seria punido da mesma forma que o condenado a 8 anos de cárcere.

Ainda, haveria uma desproporcionalidade na própria exceção que dispõe os parágrafos, em que se dispensa o regime inicial fechado para aqueles condenados que tem todas as circunstâncias do artigo 59 do CP a seu favor. Essa falta de proporção seria devido a consideração das condições favoráveis aos réus, unicamente na hipótese em que todas elas fossem favoráveis ao condenado. Assim, por falta de apenas uma circunstância favorável, seria fixado a um condenado regime igualmente gravoso daquele que sequer possui algum dos requisitos a seu favor.

(viii) Interpretação conforme à Constituição Federal

No que tange a interpretação do Código Penal à luz do que dispõe a Constituição Federal, não seria possível alegar que o próprio texto constitucional traz uma proteção diferenciada expressa aos crimes de corrupção, peculato e roubo. Seria mais seguro dizer que essas escolhas têm como base o apelo social atual frente a violência crescente do país e a corrupção generalizada em meio à política brasileira.

Esse argumento foi trazido no julgamento do HC 111.840/ES pelos ministros que se posicionaram no sentido da constitucionalidade do regime inicial fechado obrigatório. Isso porque a própria CF já trazia em seu texto uma preocupação especial em relação a determinados crimes, culminando em seu tratamento mais rigoroso. Todavia, essa lógica de argumentação por óbvio não se adequa ao presente debate, já que não se insere no âmbito da Lei de Crimes Hediondos (Lei 8.072/90).

Todavia, é possível entender que o regime inicial fechado obrigatório não é vedado expressamente pelas disposições constitucionais como são a pena cruel e a pena de morte, por exemplo. Seria uma forma de se interpretar o texto no sentido de que "tudo aquilo que não é vedado, é permitido".

Entretanto, é preciso se interpretar sistematicamente o texto da CF, tendo em vista que, apesar de não vedado, o regime inicial fechado obrigatório ignora vários dos preceitos expressos analisados ao longo da monografia, tais como a individualização da pena, a motivação judicial e a proporcionalidade.

(ix) Limites discricionários impostos pelo legislador

Como trazido por alguns dos ministros que julgaram o HC 111.840/ES, a imposição do regime inicial fechado obrigatório seria uma opção do legislador, que possui a competência para tal, caracterizando somente mais uma das escolhas que foram feitas na elaboração das normas penais. Assim, como argumentação é trazido o seguinte questionamento: porque o regime inicial obrigatório seria inconstitucional e não outros limites impostos pelo legislador tais quais os patamares impostos pelo artigo 33 do CP?

Apesar da CF estabelecer em seu artigo 5º, que caberia ao legislador regular a individualização da pena, tal regulação parece ter sido feita ao estabelecer os mecanismos da dosimetria que consideram as circunstâncias judiciais, as atenuantes e agravantes e, por fim, as causas de aumento e diminuição da pena.

Considerando o exemplo do próprio acórdão que foi objeto do estudo de caso, ao estabelecer os patamares do artigo 33 que definem o regime de cumprimento através da quantidade de pena, apesar de serem determinados certos limites, a dosimetria da pena permaneceria intocada. Ou seja, a despeito de definir que todos condenados a penas superiores a oito anos cumpririam a pena em regime inicial fechado, a quantidade determinada para cada réu seria atribuída justamente como resultado de uma ponderação feita através das considerações do caso em concreto.

Diferentemente, ao impor a obrigatoriedade do regime inicial fechado a um tipo penal, não somente estaria ampliando significativamente o número de atingidos pela condição imposta, mas ignorando simplesmente a dosimetria que foi concretizada pelo legislador como forma de individualizar

a pena, anulando a necessidade de consideração das circunstâncias pessoais, das atenuantes e agravantes, e das causas de aumento e diminuição.

Ainda sobre isso, não seria igualmente comparável a imposição dos limites mínimos e máximos que são atribuídas a cada tipo penal, uma vez que, não obstante a imposição da quantidade de anos cominadas para cada crime, a dosimetria e a individualização ainda seriam normalmente efetuadas, apesar de restringidas.

Assim, embora existam mínimos critérios para a imposição dos crimes e penas definidos pela normativa penal, é certo que seria vedado ao legislador excluir o procedimento que possibilita a individualização da pena. Seria possível neste caso propor a modificação dos mecanismos utilizados na dosimetria, mas não a excluir no que diz respeito a determinados crimes escolhidos pelo legislador ordinário, como foi feito no caso do "Pacote Anticrime".

5. Conclusão

Durante o semestre me dediquei ao estudo do julgado que determinou a inconstitucionalidade do regime inicial fechado, cuja finalidade foi “resgatada pelo Pacote Anticrime” a fim de endurecer a resposta penal para alguns crimes, como o roubo e o peculato. A partir dele, pude entender e debater no presente trabalho os argumentos pelos quais os ministros, em sua maioria, consideraram a medida contrária ao texto constitucional.

A despeito disso, foi possível também explicitar as pontuações daqueles que julgaram válida a obrigatoriedade do regime inicial fechado, embasados na ideia de que não caberia ao órgão judiciário limitar o legislador em suas vontades, e ainda, não deveriam ser responsáveis pelo enfraquecimento do Direito Penal no contexto brasileiro, considerando o sentido que os julgamentos anteriores teriam tomado.

As perguntas principais foram respondidas, já que a análise argumentativa foi cuidadosamente realizada e os argumentos utilizados pelos ministros, destacados, e a correlação entre a jurisprudência e o “Pacote Anticrime” pôde ser determinada, uma vez que os motivos pelos quais declarou-se a medida penal inconstitucional se aplicam igualmente às alterações propostas pelo projeto de lei, como demonstrado no capítulo anterior.

Assim, acredito caber na conclusão uma consideração crítica como meu principal “resultado” de pesquisa, ou melhor, como a percepção essencial que tive em relação ao tema escolhido e ao que o julgamento do Supremo e o contexto em que o “Pacote Anticrime” surgiu, puderam me revelar.

O grande tema desse estudo compõe uma tríade que engloba o Direito Penal, a opinião pública e os poderes políticos. É um assunto que possui forte polarização ideológica no Brasil, envolvendo discussões interdisciplinares, e pouco pacíficas, com debates acalorados entre sociedade civil, população, administração pública, sistema de justiça criminal, mídia e especialistas de diversas áreas do conhecimento. Isso

principalmente, porque, nosso país ainda sustenta um entendimento punitivista em relação a atuação do Estado quanto aos crimes, posição que fomenta a cultura do encarceramento em massa.

Essa postura se exterioriza, por exemplo, no argumento dos ministros Marco Aurélio e Joaquim Barbosa, que acreditam na existência de um processo de banalização do tráfico de drogas nacional, em que pune-se insuficientemente os responsáveis pelo cometimento do crime. Causa estranhamento tal posição considerando que a composição do cárcere por presos acusados ou condenados devido ao tráfico de drogas ultrapassa 30% do total de detentos do País, como já mencionado anteriormente.

Ainda sobre isso, mas na análise de como e onde se insere o “Pacote Anticrime” temos o agravamento no regime de pena em crimes como o roubo. Dessa forma, considerando os princípios do Direito Penal, que o definem como *ultima ratio* do Estado, o roubo não estaria sendo efetivamente punido no País? Igualmente, sua representação no sistema carcerária ultrapassa 20% da totalidade de presos, somando portanto um número bastante significativo de detentos.

Dito isso, não me parece razoável pensar em uma banalização do tráfico de drogas ou do roubo, sendo esta ideia fortalecida e destacada pelo sentimento generalizado de insegurança da população, mas sim na inefetividade explícita do sistema, que encarcera sem que a criminalidade seja atenuada.

É também interessante perceber e analisar os argumentos que embasaram a posição de ministros que, ao fim, chegaram em conclusões opostas, apesar de partirem de pontos extremamente semelhantes. Um deles é justamente a interpretação “conforme” o texto constitucional da medida penal, ou seja, a compreensão da questão a partir da Constituição Federal e do que esta propõe.

Com o uso, em tese, da mesma “técnica” interpretativa julgou-se que a obrigatoriedade do regime inicial fechado seria constitucional, uma vez que não haveria nenhum tipo de vedação a ela na Magna Carta. Diferentemente, entenderam inconstitucional aqueles cuja compreensão

apresentou a individualização da pena e a proporcionalidade como barreiras válidas a tal imposição.

Importante ressaltar que, em minha visão, o primeiro entendimento seria bastante problemático, uma vez que propõe um uso irrestrito do Direito Penal, sendo somente vedado aquilo estritamente proibido pela Constituição. De maneira oposta, o *jus puniendi*, teoricamente, seria restrito a situações de extrema necessidade, taxativamente prescritos no ordenamento jurídico, como medida última e mais grave do Estado contra o indivíduo.

Sobre a linha argumentativa que embasou o posicionamento contrário aos votos vencedores, ou seja, que defendeu a constitucionalidade do regime de cumprimento questionado, pude notar que alguns dos argumentos não seriam sustentáveis se relacionados às alterações do PL, devido as distintas condições de julgamento e proposição em que se deu o debate sobre o regime inicial fechado.

Dessa forma, alguns argumentos que foram sustentados no julgamento do HC 111.840/ES, no sentido da constitucionalidade do regime inicial obrigatório, não mais se sustentariam em relação às alterações do projeto, como por exemplo a alegação de que o tratamento rigoroso diante de crimes hediondos teria sido um mandamento do constituinte concretizado pela vontade e liberdade do legislador ordinário. No caso do "Pacote Anticrime" tal afirmação não faria mais sentido, visto que os crimes definidos nos parágrafos não possuem natureza hedionda ou mandamento constitucional que abarque tal diferenciação.

Além disso, considero relevante esclarecer dúvidas que, ao longo do trabalho, mostraram-se como questionamentos próprios, fazendo-me refletir sobre meu posicionamento acerca do tema. Destes, o principal se formou ao redor do argumento que identificava o regime inicial obrigatório fechado como um limite arbitrário imposto pelo legislador, como parte normal e legítima de sua típica atuação. Dessa forma, alguns ministros levantaram a questão, por exemplo, dos patamares mínimos e máximos das penas cominadas no Código Penal. Afinal, não seria esperado que o

Poder Legislativo impusesse vontades a partir do contexto em que se inserem, ou da gravidade que entendem ter uma infração em particular?

Entretanto, meu incômodo permaneceu ao passo que verifiquei que, ao contrário dos patamares mínimos e máximos, que ainda permitiriam a dosimetria da pena, e portanto, sua individualização, a obrigatoriedade de um regime de cumprimento de pena anularia a possibilidade de se levar em consideração circunstâncias essenciais para o encerramento do processo. De tal maneira que aos legisladores não estaria só sendo dada a liberdade de “regular” a individualização da pena, e sim de eliminá-la.

Por fim, é importante destacar que minha hipótese inicial pôde ser confirmada, já que considerando a independência dos poderes e a função típica do Poder Judiciário de decidir sobre a constitucionalidade de normas impugnadas tal como foi feita no caso do HC 111.840/ES, é provável que os questionamentos do Poder Legislativo sejam semelhantes às questões que foram também levantadas pelo STF. Consequentemente, o precedente jurisprudencial significaria uma resistência maior à aprovação da nova redação proposta pelo “Pacote Anticrime”, o que poderia ensejar seu veto.

Ademais, a pacificação do entendimento pelos tribunais brasileiros é também relevante ao passo que, se aprovada pelo Congresso Nacional, as alterações promovidas pelo projeto muito provavelmente seriam novamente objeto de debate no Poder Judiciário. Este que poderá reiterar a posição já consolidada, no sentido da inconstitucionalidade do regime inicial fechado obrigatório, ou ainda, promover uma mudança radical na tendência jurisprudencial.

Como importante desfecho da pesquisa para definir as confirmações do estudo ou não, no dia 24 de dezembro de 2019, foi aprovado o texto do “Pacote Anticrime”, tornando-se a lei 13.964/19. Todavia, as alterações relativas ao regime inicial fechado obrigatório e a rigidez estabelecidas sobre o cumprimento de pena dos crimes como roubo ou peculato, não permaneceram no texto promulgado. Dessa forma, o Legislativo confirmou novamente o entendimento da Suprema Corte, tendo em vista que ainda

este ano (2019) o sentido consolidado pelo permaneceu nas decisões das demandas mais recentes.

Em um Brasil onde, de acordo com as palavras de Rodrigo Ghiringhelli, “a resposta penal se converte em resposta simbólica oferecida pelo Estado frente às demandas de segurança e penalização da sociedade”, a rejeição das alterações relativas ao regime obrigatório foi, em meu ponto de vista, juridicamente esperada e legítima, entretanto, politicamente surpreendente, considerando o contexto político em que foi proposta, debatida e promulgada.³⁴

³⁴ AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de. Tendências do controle penal na época contemporânea: reformas penais no Brasil e na Argentina. **São Paulo Perspec.**, São Paulo , v. 18, n. 1, p. 39-48, Mar. 2004 . Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-88392004000100006&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 15 Feb. 2020.

6. Referências Bibliográficas

Agência Senado, Pesquisa mostra apoio da maioria da população ao pacote anticrime, aponta Styvenson, 27 fev. 2019 Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2019/03/27/pesquisa-mostra-apoio-da-maioria-da-populacao-ao-pacote-anticrime-aponta-styvenson>> Acesso em: 8 de Outubro de 2019

AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de. Tendências do controle penal na época contemporânea: reformas penais no Brasil e na Argentina. **São Paulo Perspec.**, São Paulo , v. 18, n. 1, p. 39-48, Mar. 2004 . Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-88392004000100006&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 15 Feb. 2020.

AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de; CIFALI, Ana Cláudia. Política criminal e encarceramento no Brasil nos governos Lula e Dilma: Elementos para um balanço de uma experiência de governo pós-neoliberal. *Civitas, Rev. Ciênc. Soc.*, Porto Alegre , v. 15, n. 1, p. 105-127, Mar. 2015 . Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1519-60892015000100105>. Acesso em: 31 Jan. 2020.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 10 nov. 2019

BRASIL. Código Penal (1940). Decreto Lei n. 2848 de 07 de Dezembro de 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm> Acesso em: 24 ago. 2019

BRASIL. Procuradoria-Geral da República. Parecer n. 9332/12 - MJG, de 19 de Março de 2012. HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. FIXAÇÃO DE REGIME INICIAL SEMIABERTO. IMPOSSIBILIDADE. CRIME EQUIPARADO A HEDIONDO. REGIME PRISIONAL DECORRENTE DE EXPRESSA PREVISÃO LEGAL. -Pela denegação da ordem. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=1153839&ext=.pdf>> Acesso em: 18 Nov. 2019

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula Vinculante n. 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 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. Publicada em: 23 de dez. de 2012 Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1271>> Acesso em: 6 nov. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula n.º 718.. A opinião do julgador sobre a gravidade em abstrato do crime não constitui motivação idônea para a imposição de regime mais severo do que o permitido segundo a pena aplicada. Publicada em: 13 de out. de 2003 Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2545>> Acesso em: 22 nov. 2019

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula n.º 719. A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea. Publicada em: 13 de out. de 2019. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2556>> Acesso em 23 nov. 2019

BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei 882/2019. Altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, a Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984 - Lei de Execução Penal, a Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, a Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, a Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996, a Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998, a Lei nº 10.826, de 22 de dezembro de 2003, a Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006, a Lei nº 11.671, de 8 de maio de 2008, a Lei nº 12.037, de 1º de outubro de 2009, a Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013, e a Lei nº 13.608, de 10 de janeiro de 2018, para estabelecer medidas contra a corrupção, o crime organizado e os crimes praticados com grave violência a pessoa. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1712088&filename=PL+882/2019> Acesso em: 18 Nov. 2019

BRITO, Alexis Couto de. *Execução Penal*. 5 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2019

CARVALHO, Salo de. *Penas e Medidas de Segurança no Direito Penal Brasileiro*. 2 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2015.

IBBCRIM. Pacote Anticrime: remédio ou veneno?. *Boletim IBBCRIM*. São Paulo, n. 317, abr. 2019. Disponível em: <https://www.ibccrim.org.br/boletim_editorial/359-317-Abril2019> Acesso em: 05 nov. 2019

KADANUS, Kelli. Novas regras para prisões e endurecimento de penas: pacote anticrime já está valendo. *Gazeta do Povo*. 22 de jan. de 2020. Disponível em: <<https://www.gazetadopovo.com.br/republica/pacote-anticrime-entrada-vigor/>> Acesso em: 28 de jan. de 2020

Ministério da Justiça e Segurança Pública. Há 726.712 pessoas presas no Brasil. Brasília. Publicado em: 08 de Dezembro de 2017. Disponível em: <<https://www.justica.gov.br/news/ha-726-712-pessoas-presas-no-brasil>> Acesso em: 15 fev. 2020

MOREIRA, Rômulo Andrade. A realidade carcerária no Brasil em números, *Justificando*, 02 Julho 2018. Disponível em: <<http://www.justificando.com/2018/07/02/realidade-carceraria-do-brasil-em-numeros/>> Acesso em: 27 de Outubro de 2019

PAIVA, Luiz Guilherme Mendes de. *A Fábrica de Penas: racionalidade legislativa e a lei dos crimes hediondos*. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2009.

Pastoral Carcerária. O Mundo Contemporâneo: Um estudo sobre experiências de redução da população carcerária em outras nações. Publicado em: 09 Set. 2018. Disponível em: <https://carceraria.org.br/wpcontent/uploads/2018/09/relatorio_luta_antip_risonal.pdf> Acesso em: 27 de Outubro de 2019

ROCHA, Gabriela Marques de Miranda. *O Supremo Tribunal Federal e a Jurisprudência da Vedação à Progressão de Regime de Pena*. Monografia da Escola de Formação da sbdp de 2007. Disponível em: <<http://www.sbdp.org.br/publication/o-supremo-tribunal-federal-e-a-jurisprudencia-da-vedacao-a-progressao-de-regime-de-pena/>> Acesso em: 16 ago. 2019.

SHALDERS, André. "Pacote Anticrime" de Sérgio Moro: porque alguns advogados e juristas questionam a proposta, *BBC News Brasil*, 4 fev. 2019. Disponível em: <<https://www.bbc.com/portuguese/brasil-47125522>>. Acesso em: 19 out. 2019

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Dispõe sobre o julgamento em ambiente eletrônico de agravos internos e embargos de declaração no Supremo Tribunal Federal. Resolução 587, de 29 julho de 2016. Publicada no DJE/STF, n. 161, p. 1 em 3/8/2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/ARQUIVO/NORMA/RESOLUCAO587-2016.PDF>> Acesso em: 27 out. 2019

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Tribunal Pleno. HC n 82.959/SP, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 23/02/2006

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Segunda Turma. RHC 103.547, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 23/11/2010, p. 02.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Tribunal Pleno. HC 111.840/ES, Rel. Dias Toffoli, j. 27/06/2012.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Plenário Virtual. ARE 1.052.700, Rel. Edson Fachin, j. 02/11/2017.

YIN, Robert K. *Estudo de Caso: Planejamento e Métodos*. Tradução de Daniel Grassi. 3 ed. Porto Alegre: Editora Bookman, 2005.

