

RETROATIVIDADE DA LEI N. 11.464/2007: UMA VISÃO HISTÓRICA, FÁTICA, SOCIAL, JURISPRUDÊNCIAL E CONSTITUCIONAL DO TEMA

CÉSAR MOREL ALCÂNTARA

Juiz de Direito Titular da Comarca de Aratuba

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Crimes hediondos - Evolução histórico-constitucional. 2.1. Movimento Lei e Ordem. 2.2. Da Lei n. 8.072/90 – situações fáticas. 2.3. A progressão de regime na história e a problemática constitucional de sua proibição pela Lei n. 8.072/90. 3. O caso Oséas HC n. 82.959-AC. 4. Do caso João Hélio e a Lei n. 11.464/2007. 5. Estudo jurisprudencial do tema. 5.1. Da corrente adotada. 6. Conclusão. 7. Referências Bibliográficas.

INTRODUÇÃO

O cerne do presente trabalho é evidenciar a existência de dúvida na doutrina pátria acerca da aplicação da nova lei (11.464/2007) aos crimes hediondos praticados antes de sua vigência e que ainda encontram-se pendentes de julgamento, ou seja, se há possibilidade, ou não, de retroatividade desta lei penal.

Há de se verificar que existe certa predominância da doutrina que considera a impossibilidade de retroação da lei 11.464/2007 por considerá-la mais rigorosa, porém, como se irá demonstrar, este posicionamento não é pacífico, há quem defenda a retroatividade da novel lei por entendê-la

mais benéfica.

Com a mudança do entendimento do STF acerca da constitucionalidade do parágrafo primeiro do artigo 2º da lei 8.072/90 e, posteriormente, com a vigência da lei 11.464/2007, que alterou o mesmo dispositivo legal trazendo ao ordenamento jurídico brasileiro a possibilidade de progressão de regime aos crimes hediondos, surgiram na doutrina pátria algumas controvérsias a respeito da possibilidade de aplicação retroativa da nova lei.

Na doutrina brasileira, existem posicionamentos antagônicos na abordagem do tema. Há doutrinadores que defendem a impossibilidade da aplicação retroativa da lei 11.464/2007 por considerá-la mais gravosa, já que o STF ao considerar inconstitucional o dispositivo da lei 8.072/90 que proibia a progressão de regime passou a aplicar o artigo 112 da LEP aos condenados por crimes hediondos. Outra parte da doutrina, minoritária, é bem verdade, defende a aplicabilidade retroativa da lei, considerando que o parâmetro a ser considerado é o dispositivo legal anteriormente vigente a edição da nova lei, neste caso a novel lei seria mais benéfica ao criminoso, portanto devendo retroagir.

Desta forma, procurar-se-á verificar, no curso deste trabalho, os seguintes questionamentos: (1) O tratamento dispensado aos crimes hediondos deve ser o mesmo dispensado aos crimes comuns? (2) Qual o alcance dos efeitos das decisões proferidas em sede de controle difuso de constitucionalidade? (3) Qual deve ser o parâmetro utilizado em relação à nova lei para saber se ela é ou não mais gravosa ao apenado? (4) Existe a possibilidade de aplicação retroativa da lei 11. 464/2007?

A Constituição Federal dispensa tratamento diferenciado aos crimes hediondos e autoriza o legislador a

disciplinar a matéria, surgindo então a lei 8.072/1990. Porém, houve um excesso de severidade na elaboração da lei dos crimes hediondos, e esta veio ferir alguns princípios constitucionais, como por exemplo, o princípio da individualização da pena, ao vedar a possibilidade de progressão de regime.

O STF declarou a inconstitucionalidade deste dispositivo e passou a dispensar aos crimes hediondos o mesmo tratamento dado aos crimes comuns, qual seja: a necessidade de cumprimento de apenas 1/6 da pena para que se alcance o direito de progredir no regime penitenciário. A lei 11.464/2007 surge neste cenário com o intuito de alterar a redação do artigo 2º da lei 8.072/90 tornando constitucional o tratamento dispensado pelo legislador ordinário ao criminoso que praticou um crime hediondo.

Neste trabalho, serão analisados também os fundamentos histórico, social e legal da progressão de regime, além da sua origem, sua definição e requisitos, sendo apreciados, também, no âmbito de sua admissibilidade e de sua finalidade dentro do ordenamento jurídico brasileiro, aspectos necessários para aclarar o conhecimento sobre o tema.

Analisar-se-á também as finalidades da pena, seu papel social, as reais necessidades do criminoso para sua reinserção no seio da sociedade. Critica-se a atuação factível do Estado, as medidas paliativas adotadas em situações contingenciais que desrespeitam direitos fundamentais garantidos aos cidadãos por um Estado democrático de direito.

Busca-se um posicionamento criterioso a respeito do impasse apresentado com a perspectiva de se encontrar, as melhores e mais corretas, respostas aos questionamentos

aqui abordados. Procura-se analisar a possibilidade de aplicação retroativa da lei 11.464/2007, bem como verificar a existência de impedimentos à essa aplicação, e por fim, aponta-se a controvérsia jurisprudencial dos Tribunais do país em face dos questionamentos dirigidos à matéria.

Portanto, este trabalho abordará o cabimento da retroatividade da lei 11.464/2007, procurando apontar as controvérsias acerca do tema e apresentar um posicionamento alicerçado no direito e, principalmente, no tratamento isonômico dos apenados resguardado pela Constituição Federal, para que com isso se consiga atingir a efetividade da justiça.

2. Crimes hediondos - evolução histórico-constitucional

Prefacialmente cabe ressaltar que os pontos aqui abordados servirão como fundamento de todo este trabalho, na medida em que para o efetivo desenvolvimento do texto, faz-se mister tomar como linha de trabalho o olhar constitucional acerca dos crimes hediondos, das finalidades da pena e da progressão de regime.

Parece claro que o Texto Maior assentou suas bases na nítida diferenciação entre condutas, identificando aquelas mais severas como hediondas ou equiparadas a hediondas, entregando ao legislador ordinário a escolha pontual dos artigos referentes a essas condutas, respeitando-se, por certo, os princípios constitucionais.

O vocábulo *hediondo* significa repelente, repulsivo, horrendo. Daí pode-se chegar à errada conclusão de que todo crime que causa repulsa é hediondo.

O tema “crimes hediondos” foi uma novidade apresentada pela Constituição Federal de 1988, já que até

então nenhuma das Constituições anteriores havia feito qualquer menção acerca de tal tema. Mas a Carta Magna de 1988 não trouxe uma definição para o que seria crime hediondo, apenas determinou que o legislador ordinário o fizesse.

Foi então, que em 1990, ao criar a Lei dos Crimes Hediondos, o legislador deu resposta ao mandamento constitucional.

Alberto Zacharias Toron afirma que a constituição de 88 "... traz consigo uma forte carga retórica e apelativa com vistas a mostrar a preocupação com a contenção da criminalidade." ¹ Porém, entende que na própria carta maior constata-se o endurecimento penal como sendo um dos vetores desta.

Sem embargo, filia-se em parte à corrente do festejado doutrinador Toron, uma vez que fazendo um apanhado histórico da Assembléia Nacional Constituinte, observa-se que o legislador constituinte tinha a preocupação com a contenção da criminalidade, pois entre "1978 a 1989, temos o colapso econômico e político da ditadura civil – militar (1985) e o início da transição pactuada da sua derrubada com o primeiro governo de transição e a assembléia nacional constituinte. Com as instituições da República em frangalhos, o sistema de segurança pública e repressão montado pelos militares boicota o esforço da redemocratização e cruza os braços." ²

Assim, o número de mortes geradas pela violência que no ano de 1930 era de 2% cresceu em 29% entre o

¹ Crimes Hediondos: o mito da repressão penal: Um estudo sobre o recente percurso da legislação brasileira e as teorias da pena. cit.,p.69

² Luís Mir. Guerra civil: estado e trauma. Geração Editorial, 2004, p.856

início e o final da década de 1980, sendo somente o delito homicídio responsável por 177.418 óbitos entre os anos de 1979 e 1988, segundo os dados do Ministério da Justiça³. Destarte, não parece apelativa ou retórica a preocupação do legislador constituinte com a contenção da criminalidade.

Por outro lado, balizar ou valorar o modelo político criminal adotado na Constituição Brasileira pelo legislador constituinte nos crimes de especial gravidade, a partir de uma interpretação pontual e /ou gramatical, é ofender a hermenêutica constitucional que no dizer de Vicente Ráo⁴:

Tem por objeto investigar e coordenar por modo sistemático os princípios científicos e leis decorrentes, que disciplinam a apuração do conteúdo, do sentido e dos fins das normas jurídicas e a restauração do conceito orgânico do direito, para efeito de sua aplicação e interpretação; por meio de regras e processos especiais procurar realizar, praticamente, estes princípios e estas leis científicas; a aplicação das normas jurídicas consiste na técnica de adaptação dos preceitos nelas contidos assim interpretados, às situações de fato que se lhes subordinam.

Assim sendo, quando a Constituição no seu artigo 5º inciso XLIII dispõe que “a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática de tortura o tráfico

³ Dados oficiais do ministério da justiça

⁴ Métodos de trabalho do Direito Constitucional. 2ª ed. São Paulo: Max Limonad, 2000. RÁO, Vicente

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”, não se pode afirmar que este artigo seguiu de forma pura um modelo político criminal, uma vez que regidos pelos princípios implícitos e explícitos devem ser interpretados no texto constitucional de forma sistemática como um todo e não interpretados de forma isolada, contemplando como princípio basilar a dignidade da pessoa humana, dos quais se originam os demais princípios como o da individualização da pena, da humanidade, da proporcionalidade, entre outros.

2.1 Movimento Lei e Ordem

Não se pode olvidar, por outra banda, que o legislador constitucional apoiou-se na corrente político-criminal denominada “*Law and Order*”, ou seja, “*Movimento da Lei e da Ordem*”, doutrina norte-americana surgida na década de setenta e com ampla ressonância até meados da década de oitenta.

Destarte, na intenção de restabelecer a lei e a ordem, tal movimento defende, dentre outras atitudes, a criação de novos tipos penais, a intensificação de cominações de tipos penais já existentes, a produção de leis especiais a determinadas tipologias, enfim, defende que força maior deve ser dada à máquina repressiva.

João Marcelo Araújo Júnior, citado por Damásio Evangelista de Jesus⁵, elenca as principais características desse pensamento:

⁵ Jesus, Damásio Evangelista de; *Direito Penal – Parte Geral*, vol. 1, São Paulo, Saraiva, 1.998.

O Movimento da Lei e da Ordem adota uma política criminal, com sustentação nos seguintes pontos:

a) a pena se justifica como um castigo e uma retribuição no velho sentido, não se confundindo esta expressão com o que hoje se denomina “retribuição jurídica”;

b) os chamados delitos graves hão de castigar-se com penas severas e duradouras (privação de liberdade de longa duração);

c) as penas privativas de liberdade impostas por crimes violentos hão de cumprir-se em estabelecimentos penitenciários de máxima segurança, submetendo-se o condenado a um excepcional regime de severidade distinto ao dos demais condenados;

d) o âmbito da prisão provisória deve ampliar-se de forma que suponha uma imediata resposta ao delito;

Pode-se então concluir que a base de apoio de que se serviu o legislador constituinte para a elaboração do inciso XLIII, do artigo 5º, da CF/88, foi, indubitavelmente, o *Movimento da Lei e da Ordem*.

A idéia surgiu na Constituição de 1988, que, ao lado de maiores garantias aos criminosos, introduziu a figura exótica dos chamados crimes hediondos. Valeria como uma espécie de recado: ‘estamos te dando inúmeros novos direitos e te fazendo diversas concessões, mas não cometas crimes hediondos’.

2.2 Da Lei 8.072/90 - situações fáticas

Para o correto entendimento da problemática a seguir evidenciada, mister a compreensão histórica dos crimes hediondos, atentando para as bases ideológicas da legislação ordinária primeira.

Para viabilizar a aplicação do artigo 5º, inciso XLIII, da

Constituição Federal de 1988, o legislador ordinário editou a Lei n. 8.072/90, visando a não só adequar o preceito constitucional à norma penal como também atender a imperativos de ordem jurídico-social.

Em 06 de junho de 1990, foi seqüestrado no Rio de Janeiro o publicitário Roberto Medina, ficando 16 dias sob o poder dos seqüestradores.

Chocada com os acontecimentos, a população brasileira passou a cobrar medidas drásticas contra a onda de extorsão mediante seqüestro que dominava o país naquele momento (um pouco antes deste, em 1989, foi o empresário paulista Abílio Diniz que sofreu da mesma violência).

O governo vendo-se acuado, principalmente em face da repercussão e das personalidades que vinham sendo seqüestradas, de imediato (em 25 de julho de 1990) promulga a Lei dos Crimes Hediondos - Lei n. 8.072/90, excluindo das pessoas processadas ou condenadas por sua prática, benefícios incorporados ao direito penal, direito processual penal e à execução penal, sem considerar particularidades do caso e da pessoa. Portanto, esta foi, como tudo o que é efetuado às pressas, imperfeita e falha.

Em 1992, outros crimes escandalizaram o país, tratam-se do assassinato da atriz Daniela Perez, e, seguidamente, as chacinas da Candelária e de Vigário Geral. Outra vez o Congresso Nacional, agindo por impulso, sob a pressão dos acontecimentos, praticando uma política de “tentar tapar o sol com a peneira”, altera o artigo 1º da Lei n. 8.072/90 (através da Lei n. 8.930/94), acrescentando à relação de crimes hediondos o *“homicídio, quando praticado em atividade típica de grupo de extermínio, ainda que cometido por um só agente, e homicídio qualificado”*.

Posteriormente, em 1998 acontece o vergonhoso fato

da “pílula de farinha” (a falsificação do anticoncepcional *Microvlar*) o qual mais uma vez agitou a opinião pública e que exigiu nova providência do governo. Com isso, foi incluído no rol dos Crimes Hediondos o seguinte fato típico - *“falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais”*.

Este, em suma, tem sido o caminho percorrido pela Lei de Crimes Hediondos até os dias atuais, passados aproximados 19 anos após sua edição.

A Lei dos crimes hediondos emergiu no mundo jurídico em um cenário de intranquilidade social, em que a sociedade amedrontada com o alto índice de criminalidade clamava por atitudes enérgicas do Estado, basicamente na repressão e no regime punitivo-repressivo.

Nesse diapasão, o legislador brasileiro optou pelo critério legal da definição dos crimes hediondos, prevendo-os, taxativamente, no art. 1º da Lei n. 8.072, de 25 de julho de 1990. Dessa forma, a Lei enumerou como hediondos os seguintes delitos:

- a) Homicídio Qualificado;
- b) Latrocínio;
- c) Extorsão mediante seqüestro e sua forma qualificada;
- d) Estupro;
- e) Atentado violento ao pudor;
- f) Epidemia com resultado morte;
- g) Falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais;
- h) Genocídio;

Outrossim, são considerados hediondos por equiparação:

- a) Tortura;

- b) Terrorismo;
- c) Tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins;

Nesse sentido, segue ensinamento do destacado professor PEDRO LAZARINI⁶, em sua mais recente obra:

“É evidente que a tipologia inserida no referido inciso tinha um significado especial: não era constituída de figuras criminosas reunidas ao acaso; havia, entre elas, uma indistigável simetria. A tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afim, o terrorismo e os crimes hediondos, de acordo com aferição do legislador constituinte, representavam lesões graves a bem jurídicos de inquestionável dignidade penal e que estavam necessitados da tutela penal.”

Desse modo, quer-se assentar que a Carta Magna trouxe de maneira explícita tratamento diferenciado no que respeita crimes comuns e crimes hediondos e seus equiparados. Assim, resta destacar que a vontade do constituinte ordinário foi abordar mais severamente os crimes tidos como hediondos.

Neste mesmo raciocínio, o jurista Fernando Capez⁷ dita: “Não há que se falar em ofensa ao princípio constitucional da individualização da pena (art.5º, XLVI), uma vez que o próprio constituinte autorizou o legislador a conferir tratamento mais severo aos crimes definidos como hediondos, ao tráfico ilícito de entorpecentes e ao terrorismo, não excluindo desse maior rigor a proibição da progressão de regime.

⁶ Lazarini Neto, Pedro. Código penal comentado e leis penais especiais comentadas. São Paulo: Primeira impressão, 2007.

⁷ Capez, Fernando. *Curso de processo penal*. 3ª ed., São Paulo: Ed. Saraiva, 1999

Por outro lado, não consta em nenhuma passagem do texto constitucional que o legislador inferior não possa estabelecer regras mais rigorosas para o cumprimento da pena em delitos considerados, pelo próprio constituinte, como de grande temibilidade social.

Destarte, não existe qualquer relação direta do princípio da individualização da pena com a progressão obrigatória de regime, uma vez que o princípio supra mencionado é aplicado no momento da fixação da pena, observando os critérios do artigo 59 do CPP, ou seja, os antecedentes, o motivo, as circunstâncias e conseqüências do crime, a personalidade do agente entre outros, para assim fixar os limites entre a pena mínima e máxima, como assevera o prof. Victor Gonçalves⁸.

2.3 A progressão de regime na história e a problemática constitucional de sua proibição pela lei 8.072/90

Os sistemas prisionais, assim como o próprio direito penal, ao longo do tempo, passaram por várias transformações e evoluções. Como fora mencionado linhas atrás, as penas e a maneira de executá-las em nada respeitavam a condição humana do condenado, quiçá a de cidadão, detentor de direitos e obrigações.

Segundo a doutrina de Rogério Greco, entre todos os sistemas penitenciários surgidos no decorrer da história destacam-se alguns, dentre eles o Pensilvânico, o Auburniano e ainda o Progressivo.

A princípio, surgiu na Pensilvânia-EUA, por volta de 1790, um sistema que, por óbvias razões, logo foi chamado

⁸ Amaral, Luciana. Lei dos Crimes Hediondos: Uma Análise Crítica. Justilex, Brasília, n 38, p. 12 – 18, fevereiro de 2005.

de Pensilvânico, conhecido também por Filadélfia ou ainda, celular, o qual determinava que os condenados permanecessem recolhidos em suas celas, não podendo trabalhar ou sequer receber visitas, sendo estimulados a ler a Bíblia para que se arrependessem dos crimes praticados.

Tal sistema foi alvo de várias críticas por sua severidade e também por inviabilizar totalmente a readaptação social do preso. Daí, arraigado nas críticas e na tentativa de encontrar um sistema mais eficaz e humano se apresenta o sistema Auburniano.

Nascido na penitenciária de Auburn, localizada no estado de New York-EUA, no ano de 1818, o sistema auburniano é bem menos rigoroso, permite o trabalho do preso de forma progressiva, a princípio de maneira individual em suas celas, depois de maneira coletiva junto com os demais presos, conservou o isolamento do regime anterior embora somente durante a noite. Uma característica marcante desse sistema foi o fato de ser negado aos presos o direito de se comunicarem entre si, por isso ficou conhecido como *silent system*.

As críticas não tardaram, pois a norma absurda do silêncio demonstrava o caráter desumano da pena. E foi nesse sistema que surgiram nos presídios as formas alternativas de comunicação e até hoje utilizadas, como por exemplo, os sinais feitos com batidas nas paredes, ou nos canos d'água e, de forma mais moderna, o esvaziamento das bacias dos sanitários pra falar através delas, o que chamam de boca do boi.

Seguindo a linha evolutiva chegamos à Austrália, novíssimo continente colonizado pelos britânicos, e lá, no presídio do condado de Norwich, na ilha de Norfolk, no início do século XIX, o inglês Alexander Maconochie, capitão da Marinha Real, indignado com o tratamento desumano

dispensado aos degredados para a Austrália, resolveu inovar o sistema penal, eis que surge então o sistema penitenciário progressivo.

A progressão criada por Maconochie dar-se-ia em três estágios, o primeiro conhecido como período de prova, onde o preso era mantido isolado por um tempo, depois, em um segundo momento, como forma de progressão de regime, ao preso era concedido o direito de trabalhar em grupo, mas ainda observando o silêncio absoluto e o recolhimento noturno, tal como no sistema auburniano, evoluindo daí para as *public work-house*, onde conseguiam maiores vantagens, e por fim, o terceiro estágio, onde se permitia o livramento condicional.

A Irlanda adotou o sistema progressivo, porém, acrescentou às três fases mais uma, após a segunda fase e antes da terceira, uma fase intermediária, uma espécie de regime semi-aberto, chamada prisão intermediária, onde os presos trabalhavam em penitenciárias industriais ou agrícolas e recolhiam-se à noite para dormir. Esta foi uma forma encontrada para que o preso demonstrasse se estava reabilitado ao convívio social, se estava recuperado.

Estamos diante do surgimento do sistema de progressão de regimes, onde se viu, empiricamente, que é necessário que haja a reabilitação do delinqüente e sua readaptação à vida social como forma humanizada de execução das penas. Foi desta forma que o homem chegou a uma sociedade evoluída e taxada como civilizada.

Fincadas as bases históricas e sociais sobre os crimes hediondos e equiparados, sobrevoando os aspectos constitucionais e legais do tema, bem como feito um apanhado histórico da evolução das formas de execução das penas, resta o enfrentamento da questão principal deste trabalho, qual seja: a constitucionalidade da progressão de regime de cumprimento de pena dos crimes hediondos.

O Supremo Tribunal Federal⁹ em 1993, no pleno, expressou seu entendimento acerca deste tema no *habeas corpus* n° 69603-1/SP, tendo como relator o eminente Ministro Paulo Brossard e como impetrantes os Doutos Juristas Márcio Thomaz Bastos e Alberto Zacharias Toron, o qual se transcreve a seguir:

À lei ordinária compete fixar os parâmetros dentro dos quais o julgador poderá efetivar ou a concreção ou a individualização da pena. Se o legislador ordinário dispôs, no uso da prerrogativa que lhe foi deferida pela norma constitucional, que nos crimes hediondos o cumprimento da pena será no regime fechado, significa que não quis ele deixar, em relação aos crimes dessa natureza, qualquer discricionariedade ao juiz na fixação do regime prisional.

Com o brilhantismo de que lhe é inerente, o eminente ministro Celso de Mello expõe no seu voto no HC n° 69.657-1 de 18/12/92 que:

⁹ Neste mesmo sentido, diversos julgados do STF: HC75.634-4/SP, Rel. Min. Carlos Velloso, DJU, 12 dez. 1997, p. 65.567; HC 59.657.1-SP, Rel. Min. Francisco Rezek, DJU, 18 jun. 1993, p. 12.111; HC 70.657.6-MS, 2ª T., Rel. Min. Marco Aurélio, DJU, 29 abr. 1994, p. 9.716; HC 70.044.6-SP, 2ª T., Rel. Min. Paulo Brossard, DJU, 7 maio 1993, p. 8330; HC 70.121.3-SP, 2ª T., Rel. Min. Marco Aurélio, DJU, 16 abr. 1993, p. 6.430. Igualmente, o Superior Tribunal de Justiça: 6ª T. - Resp 5.261-SP, Rel. Min. José Cândido, DJU, 3 dez. 1990, p. 14332 e 5ª T. - Resp 60.733-7-SP, Rel. Min. José Dantas, 5ª T., Resp 62.008-0-SP, Rel. Min. Edson Vidigal, unânime, DJU, 22-4-1996; 6ª T., Resp 60.251-3-SP, Rel. Min. Vicente Leal, maioria, DJU, 27-5-1996; 6ª T., Resp 78.791-0-SP, Rel. Min. Adhemar Maciel, maioria, DJU, 9-9-1996; Resp 62.210-7-SP, Rel. Min. Vicente Leal, unânime, DJU, 1996.

“É de ter presente – consoante salienta a doutrina (Arminda Bergamini Miotto, “Curso de Direito Penitenciário”, vol. I/235-246, 1975, Saraiva) – que a exigência de individualização da pena deve ser analisada sobre três aspectos principais : a) o da individualização legal, discricionariamente operada pelo legislador, por meio da abstrata cominação das sanções em função da maior ou menor gravidade objetiva do ilícito; b) o da individualização judicial, efetuada pelo magistrado , por meio da sentença no momento da aplicação concreta da sanção penal ; e c) o da individualização administrativa, concretizada na fase de execução da pena, ensejando-se, dessa forma, nos estabelecimentos prisionais, um tratamento específico para cada condenado. A individualização da pena, destarte, se da em abstrato (momento de instauração normativa ou de previsão legislativa) ou em concreto (no momento da sentença e na fase de execução da *sanctio júris*).

A determinação legal de integral cumprimento das penas, por crime previsto na lei n 8.072/90, em regime fechado, não mantém qualquer relação de antinomia em face do que prescreve a constituição no preceito que consagra o princípio da individualização da pena (art.5, XLVI).

O princípio constitucional da individualização das penas, que é de

aplicabilidade restrita, concerne, exclusivamente, a ação legislativa do congresso nacional. Este, em consequência, constitui o seu único destinatário. O princípio em causa não se dirige a outros órgãos do Estado, pois.

No caso, o legislador – a quem se dirige a normatividade emergente do comando constitucional em questão –, atuando no plano normativo, e no regular exercício de sua competência legislativa, fixou em abstrato, a partir de um juízo discricionário que lhe pertence com exclusividade, e em função da maior gravidade objetiva dos ilícitos referidos, a sanção penal que lhes é impositiva. A par dessa individualização in abstracto, o legislador – ainda com apoio em sua competência constitucional – definiu, sem qualquer ofensa a princípios ou valores consagrados pela Carta Política, o regime de execução pertinente às sanções impostas pela prática dos delitos referidos. A fixação do quantum penal e a estipulação dos limites, essencialmente variáveis, que oscilam entre um mínimo e um máximo, decorrem de uma opção legitimamente exercida pelo congresso nacional. A norma legal em questão, no ponto em que foi impugnada, ajusta-se a quanto prescreve o ordenamento constitucional, quer porque os únicos limites materiais que restringem essa atuação do legislador ordinário não foram desrespeitados (CF, ART. 5, XLVII) – não se

trata de pena de morte, de pena perpétua, de pena de trabalhos forçados, de pena de banimento ou de pena cruel – porque o conteúdo da regra mencionada ajusta-se à filosofia de maior severidade consagrada, em tema dos delitos hediondos, pelo constituinte brasileiro (CF, ART. 5, XLIII).

A progressividade no processo de execução das penas privativas de liberdade, de outro lado, não se erige a condição de postulado constitucional. A sua eventual inobservância, pelo legislador ordinário, não ofende o princípio da individualização penal.

Assim, a corte suprema por maioria, sendo votos vencidos os ilustres Ministros Marco Aurélio e Sepúlveda Pertence, decidiu pela constitucionalidade do artigo 2º, § 1º da lei 8.072/90, coadunando conseqüentemente com os doutrinadores retro citados. Neste mesmo sentido, de forma reiterada tem decidido esse mesmo tribunal e o Superior Tribunal de Justiça.

Vale destacar que durante muito tempo a doutrina discutiu a respeito da constitucionalidade da vedação da progressão do regime de cumprimento de pena, sob o argumento de que o dispositivo lesava os princípios constitucionais da Individualização e Humanidade das Penas.

Registre-se que o Supremo Tribunal Federal, nos idos da década de noventa chegou a firmar o entendimento de que era constitucional a vedação imposta pelo art. 2º, Parágrafo Primeiro, da Lei n. 8.072/90, não havendo ofensa

ao princípio da Individualização da Pena, entendimento que prevaleceu até meados de 2006, senão vejamos:

HABEAS CORPUS. LEI DOS CRIMES HEDIONDOS. PENA CUMPRIDA NECESSARIAMENTE EM REGIME FECHADO. CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 2º, PAR. 1º, DA LEI 8072. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO, ONDE O ARTIGO 2º, PARA. 1º. DA LEI DOS CRIMES HEDIONDOS, IMPÕE CUMPRIMENTO DA PENA NECESSARIAMENTE EM REGIME FECHADO. NÃO HÁ INCONSTITUCIONALIDADE EM SEMELHANTE RIGOR LEGAL, VISTO QUE O PRINCÍPIO DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA NÃO SE OFENDE NA IMPOSSIBILIDADE DE SER PROGRESSIVO O REGIME DE CUMPRIMENTO DE PENA: Retirada a perspectiva da progressão frente à caracterização legal da hediondez, de todo modo tem o juiz, com dar trato individual à fixação da pena, sobretudo no que se refere à intensidade da mesma. Habeas Corpus indeferido por maioria¹⁰

Em suma, a regra geral era que o condenado por crime hediondo ou equiparado deveria cumprir a pena em regime integralmente fechado.

¹⁰ HC 69.657, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 18.06.1993; Órgão Julgador: Tribunal Pleno.

3. O caso Oséas - HC 82.959-AC

No dia 23 de fevereiro de 2006, por seis votos a cinco, o Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) reconheceu a inconstitucionalidade do parágrafo primeiro do artigo 2º da Lei 8.072/90 que proibia a progressão de regime de cumprimento de pena nos crimes hediondos.

O assunto foi analisado no Habeas Corpus (HC) 82959 impetrado por Oséas de Campos, condenado por molestar três crianças entre 6 e 8 anos de idade (atentado violento ao pudor).

Não se pode olvidar que o mencionado julgamento é um divisor de águas no que se refere ao tema da progressão de regime de crimes hediondos. Neste *leading case*, a colenda Corte Suprema encampou a linha de raciocínio que propugnava pelo reconhecimento da existência do vezo da inconstitucionalidade que acoimava a Lei n. 8.072/90, art. 2º, parágrafo primeiro.

É de se ter por norte, de início, que a concessão da progressão carcerária para apenados cuja condenação versasse sobre crimes hediondos ou equiparados se deu por força de decisão da Suprema Corte, por meio de controle difuso de constitucionalidade. Logo, sem força para aplicação genérica.

Vale destacar, que no caso de controle difuso de constitucionalidade, a lei declarada inconstitucional não é revogada, poderá, no máximo, ter seus efeitos suspensos por força de ato do Senado Federal e, no caso sob comento, da progressão de regime de crimes hediondos, sequer resolução senatorial existiu.

No HC 82.959, conforme vimos, não houve a extensão dos efeitos por ato do Senado, não se há de falar, então, de revogação do art. 2º, parágrafo primeiro da Lei 8.072/90 e,

conseqüentemente, em obrigatoriedade de aplicação da decisão incidental para outros casos semelhantes.

A questão não se resume a seu aspecto penal, mas pertine ao debate de quantos poderes se quer que o STF ostente.

A exigência de que o Senado Federal aprecie, politicamente, a conveniência ou não de suspender, no todo ou em parte, a aplicação de norma declarada incidentalmente inconstitucional pelo STF, apresenta-se como corolário do princípio da conservação das normas e presunção de constitucionalidade das leis e atos normativos. Apenas no procedimento das ações diretas de controle de constitucionalidade, que apresenta diferenciados pressupostos processuais e legitimidade restrita, é que a decisão do STF no sentido da inconstitucionalidade, dispensará o exame do Senado.

Ademais, em respeito ao Princípio da Tripartição dos Poderes, elucubrado no Iluminismo e desde então considerado um dos pilares filosóficos das repúblicas democráticas, não é dado ao Poder Judiciário legislar em tese, e, mesmo em casos como este, a declaração de inconstitucionalidade na via difusa, com relação a pessoas estranhas a demanda, fica a depender da intervenção do Senado Federal, a quem compete precipuamente (art. 52, inciso X) suspender a execução, no todo ou em parte, da lei assim declarada.

É inequívoco, assim, que o aresto lavrado no HC 82959/SP, não se reveste de efeitos vinculantes. Somente podendo servir de importante precedente advindo da Corte Constitucional. Capaz de influenciar, sem dúvida, as decisões a serem proferidas pelos demais órgãos do Poder Judiciário. Mas jamais tornar obrigatório o acatamento desta diretriz interpretativa.

Nesse ponto, JOSE AFONSO DA SILVA¹¹, ao lapidar lição, com acerto pontificou:

A declaração de inconstitucionalidade, na via indireta, não anula a lei nem a revoga; teoricamente, a lei continua em vigor, eficaz e aplicável, até que o Senado Federal suspenda sua exequoriedade nos termos do art. 52, X, da Constituição Federal.

Mas, no sistema brasileiro, qualquer que seja o tribunal que a proferiu, não faz coisa julgada em relação à lei declarada inconstitucional, porque qualquer tribunal ou juiz, em principio, poderá aplicá-la por entendê-la constitucional, enquanto o Senado Federal, por resolução, não suspender sua exequoriedade.

Insta ponderar novamente que a decisão foi tomada por apertado escoro, 6 x 5, num julgamento que se estendeu por mais de 2 (dois) anos, o que bem revela a dissensão que grassa entre os Ministros. Assim, necessária a citação do histórico julgamento, a saber:

Em conclusão de julgamento, o Tribunal, por maioria, deferiu pedido de Habeas Corpus e declarou, *incidenter tantum*, a inconstitucionalidade do Parágrafo Primeiro do art. 2º da Lei n. 8.072/90, que veda a possibilidade de progressão do regime de cumprimento de pena nos crimes hediondos

¹¹ Silva, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 27a. edição - São Paulo:Malheiros, 2006.

definidos no art. 1º do mesmo diploma legal. Inicialmente, o Tribunal resolveu restringir a análise da matéria à progressão de regime, tendo em conta o pedido formulado. Quanto a este ponto, entendeu-se que a vedação de progressão de regime prevista na norma impugnada afronta o direito à individualização da pena (CF, art. 5º, LXVI), já que, ao não permitir que se considerem as particularidades de cada pessoa, a sua capacidade de reintegração social e os esforços aplicados com vistas a ressocialização, acaba tornando inócua a garantia constitucional. Ressaltou-se, também, que o dispositivo impugnado apresenta incoerência, porquanto impede a progressividade, mas admite o livramento condicional após o cumprimento de dois terços da pena (Lei 8.072/90, art. 5º). Considerou-se, ademais, ter havido derrogação tácita do Parágrafo Primeiro do art. 2º da Lei 8.072/90 pela Lei 9.455/97, que dispõe sobre os crimes de tortura, haja vista ser norma mais benéfica, já que permite, pelo Parágrafo Sétimo do seu art. 1º, a progressividade do regime de cumprimento de pena. Vencidos os Ministros Carlos Velloso, Joaquim Barbosa, Ellen Gracie, Celso de Mello e Nelson Jobim, que indeferiram a ordem, mantendo a orientação até então fixada pela Corte no sentido da constitucionalidade da norma atacada. O Tribunal, por unanimidade,

explicitou que a declaração incidental de inconstitucionalidade do preceito legal em questão não gerará conseqüências jurídicas com relação às penas já extintas nesta data, já que a decisão plenária envolve, unicamente, o afastamento do óbice representado pela norma ora declarada inconstitucional, sem prejuízo da apreciação, caso a caso, pelo magistrado competente, dos demais requisitos pertinentes ao reconhecimento da possibilidade de progressão.¹²

Neste azo, importante destacar a linha do voto divergente, tese inaugurada pelo Excelentíssimo Ministro Carlos Velloso:

O julgamento do caso foi retomado no dia 23/2 com a leitura do voto-vista da ministra Ellen Gracie. Ela decidiu acompanhar a divergência levantada pelo ministro Carlos Velloso e indeferiu o habeas. Para Ellen Gracie, ao vedar a progressão de regime nos crimes hediondos, o legislador nada mais fez do que seguir a trilha do constituinte que discriminou determinados delitos, privando seus autores de alguns benefícios penais. O instituto da individualização da pena não fica comprometido apenas porque o legislador não permitiu ao juiz uma dada opção”, ressaltou a ministra, e acrescentou que a escolha do juiz em matéria de pena está submetida ao princípio da legalidade. Ellen Gracie concluiu que a restrição não apresenta afronta à norma constitucional que preconiza

¹² HC 82959/SP, Rel. Min. Marco Aurélio, 23.02.2006.

o princípio da individualização da pena representando apenas opção de política criminal. “É difícil admitir desse grande complexo de normas que constitui o arcabouço do instituto da individualização da pena e da sua execução, que a restrição na aplicação de uma única dessas normas, por opção de política criminal, possa afetar todo o instituto”, declarou.

O ministro Celso de Mello acompanhou a divergência aberta por Carlos Velloso. Disse entender que o artigo 2º, parágrafo 1º, da Lei 8072/90 não mantém qualquer relação contrária do que prescreve a Constituição Federal. Celso de Mello sustentou que a fixação da pena e a estipulação dos limites, que oscilam entre o mínimo e o máximo, decorrem de uma opção legitimamente exercida pelo Congresso Nacional. “A norma legal em questão, no ponto em que foi impugnada, ajusta-se ao ordenamento constitucional, afirmou.

O ministro Nelson Jobim acompanhou a divergência, por entender que o que instruiu a elaboração da Lei 8.072/90 foi a circunstância de que todos os apenados em crimes hediondos, com longa duração de pena que não têm nenhuma perspectiva de liberação, não têm nenhum constrangimento de praticar crimes dentro do presídio.

Desta feita, após este histórico julgamento, a Suprema Corte passou a considerar inconstitucional o parágrafo único do artigo 2º da lei 8.072/90, abrindo assim, inédito precedente

para posteriores pleitos no sentido de concessão de progressão de regime aos condenados por crimes hediondos. Embora, não seja esta decisão de cunho obrigatório, pois como explicado anteriormente trata-se de declaração de inconstitucionalidade pelo controle difuso, é o que freqüentemente vem ocorrendo.

4. Do caso João Helio e a Lei 11.464/2007

Mais uma vez, a partir de um caso isolado, e aqui não vai nenhum menosprezo a dor e ao sentimento da família protagonista de tão grande tragédia que a seguir será relatada, muito pelo contrário, o mundo jurídico se viu compelido a mudar.

Em verdade, não se trata de uma mudança propriamente dita, e sim de uma retomada da linha antes sufragada pela Corte Maior, qual seja: tratar de forma mais severa os crimes considerados hediondos e seus equiparados, retornando ao estágio constitucional de assunção dos crimes mais graves à categoria de hediondos na Carta Magna.

Porém, antes de detalhar a nova legislação sobre o tema, faz-se necessária digressão para os fatos que serviram de nascedouro para a Lei 11.464/2007, passemos a breve resumo do fato apelidado pela mídia como Caso João Hélio.

A dona-de-casa carioca Rosa Vieites se preparava para encerrar um dia como tantos outros. Pouco depois das 9 horas da noite, deixou o centro espírita que costuma freqüentar em Bento Ribeiro, na Zona Norte do Rio de Janeiro, e entrou no carro com seus dois filhos, Aline, de 13 anos, e João Hélio, de 6, e uma amiga. Logo a família estaria toda reunida, segundo seus planos.

Hélio, marido de Rosa, passara a tarde na casa nova que a família acabara de comprar, acompanhando a reforma, e iria encontrá-los para o jantar. Poucos quarteirões adiante, ao parar num sinal de trânsito, o carro em que estavam, Rosa e seus filhos, foi abordado por dois bandidos armados, os quais

ordenaram que todos descessem.

Começou, então, o pior drama que uma mãe pode viver – e uma trágica histórica que tirou a respiração de todos os brasileiros. Rosa, Aline e a quarta passageira, a qual viajava no banco do carona, saíram do carro. Mas o pequeno João, que estava no banco de trás e usava cinto de segurança, demorou um pouco. A mãe abriu a porta traseira e tentou ajudá-lo. Não deu tempo. Os bandidos entraram no carro e partiram em alta velocidade levando o garoto dependurado, preso pela barriga. Rosa gritou e saiu correndo atrás do veículo, mas só viu o filho ir embora, arrastado pelo chão. O que se passou depois foi uma cena difícil de imaginar, mesmo nos piores filmes de terror – aliás, nenhum roteirista ousou escrever uma cena daquela.

Um crime de tamanha crueldade tem de ser encarado como a gota d'água para mudar o combate à violência no Rio de Janeiro e em todo o Brasil. João Hélio foi arrastado por sete quilômetros em ruas movimentadas de quatro bairros da região. Um motoqueiro que vinha atrás, que pensou tratar-se de um acidente, tentou alcançar o veículo para avisar que havia uma criança próxima à roda. “Na primeira curva, a cabeça bateu na proteção da calçada, e o sangue espirrou na minha roupa. Comecei a gritar e buzinar, mas vi que a criança já estava morta. Quando consegui chegar até o carro, um dos ocupantes pôs a arma na minha cara e me mandou ir embora”, diz a testemunha.

Como sempre, após um fato gravíssimo como o narrado, a população se mobiliza no sentido de encontrar soluções para diminuir a violência urbana e, dentre as propostas, uma delas seria aumentar o tempo de pena a ser cumprido para obter o benefício da progressão de regime.

Surge então a Lei n. 11.464/2007, a qual admite – pela primeira vez em caráter geral – a progressão de crimes hediondos e equiparados, estabelecendo, no entanto, novos vetores temporais: cumprimento de 2/5 da pena, se primário, e

3/5, se reincidente.

Com a aprovação da Lei n. 11.464/2007, já não haverá mais qualquer divergência doutrinária ou jurisprudencial: a nova lei permite a progressão de regime. Assim, o condenado por crime hediondo inicia, obrigatoriamente, o cumprimento da pena em regime fechado, mas encontra-se adequadamente inserido no espaço político-jurídico do sistema penitenciário progressivo. Pode, portanto, progredir se tiver, é claro, bom comportamento carcerário e cumprido parte de sua pena.

Agora, portanto, aqueles que perpetrarem algumas das condutas listadas no rol de crimes hediondos e seus assemelhados, deverão se submeter a um período de cumprimento de pena maior para que só então estejam autorizados a requerer a progressão de regime de cumprimento de pena privativa de liberdade.

Com efeito, a Lei n. 8.072/90, art. 2º, Parágrafo Segundo, agora foi munida da seguinte redação:

A progressão de regime, no caso dos condenados aos crimes previstos neste artigo, dar-se-á após o cumprimento de 2/5 (dois quintos) de pena, se o apenado for primário, e de 3/5 (três quintos)), se reincidente.

Não há dúvidas que de agora em diante (a contar de 29 de março de 2007 – data da publicação desta lei, que entrou em vigor juntamente com sua publicação), aquele que vier a praticar crimes desta natureza, deverá se submeter aos rigores desta novel disciplina normativa.

A nova legislação parece resolver, de uma vez por todas, o tratamento dos crimes hediondos e seus equiparados, porquanto aplica de forma equilibrada os princípios constitucionais em evidência, quais sejam, de um lado a dignidade da pessoa humana, consubstanciada na

possibilidade de progressão de regime de pena (individualização da pena), e, de outra mão, o princípio do tratamento diferenciado entre crime comum e crime hediondo.

Ocorre que a legislação resolveu o tema doravante, deixando uma grande polêmica acerca da retroatividade dos requisitos objetivos para progressão de regime em crimes hediondos.

Com efeito, esta é a atual discussão doutrinária e jurisprudencial sobre o tema dos crimes hediondos, qual seja: a aplicação retroativa da Lei n. 11.464/2007.

Desse modo, surgiram duas correntes doutrinárias que defendem posicionamentos antagônicos, uma das correntes interpreta o tema da seguinte forma: se confrontada, a nova lei, com o texto legal anterior, o qual expressamente vedava a progressão de regime para condenados pela prática de crimes hediondos, as novas regras são mais benéficas para o apenado, portanto, haveria a retroatividade.

Assim, progredir de regime após o cumprimento de 2/5 ou 3/5 da sanção penal seria mais benéfico do que a absoluta vedação legal a tal benefício. Logo, os novos requisitos objetivos estatuídos pela Lei n. 11.464/2007 retroagiriam e, portanto, seus efeitos se irradiariam para os crimes praticados antes de sua entrada em vigor.

Para a outra corrente doutrinária, na medida em que a vedação absoluta e apriorística ao direito de progredir de regime era inconstitucional, o Parágrafo Primeiro da LEP, em sua redação original, era inválido e ineficaz, embora vigente.

Por conseqüência, a progressão de regime em crimes hediondos já era admitida, mormente após o julgamento pelo STF do paradigmático HC 82.959, relatado pelo Ministro Marco Aurélio, em que se reconheceu a inconstitucionalidade da vedação legal à progressão de regime, haja vista a patente contraposição com o princípio constitucional da individualização da pena.

Em verdade a assunção da Lei 11.464/2007 é uma espécie de resposta do Poder Legislativo à decisão do Supremo Tribunal Federal já referida neste trabalho, qual seja, o CASO OSÉIAS, na qual houve a declaração incidental de inconstitucionalidade permitindo, naquele caso, a progressão de regime em crime hediondo, tudo conforme já comentado.

5. Estudo jurisprudencial do tema

Vive-se um confronto jurisprudencial referente ao tema, no entanto, merece reconhecimento o fato de que a aplicação retroativa da Lei n. 11.464/2007 não vem sendo acolhida sob o pálido argumento de não aplicação da lei mais severa.

Por outro lado, mister enaltecer a opinião de alguns julgadores que destacam pontos importantes para aplicação da legislação nova, inclusive para delitos ocorridos antes da vigência da nova lei, baseando-se na ausência de efeito *erga omnes* do HC 82.959 e no fato da Lei n. 11.464/2007 admitir expressamente a progressão de regime para os crimes hediondos.

Tudo indica que haverá severo confronto jurisprudencial acerca da questão, pois, a corrente aqui defendida já serviu de arrimo a diversas decisões proferidas em vários tribunais brasileiros, como por exemplo, os dos Estados do Rio de Janeiro, Mato Grosso do Sul e Rio Grande do Sul e até mesmo o STJ conforme se extrai das seguintes ementas, *verbis*:

AGRAVO EM EXECUÇÃO. PEDIDO DE PROGRESSÃO. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. Hoje, independentemente da discussão sobre a constitucionalidade ou não da lei anterior que regia a matéria, temos que observar a nova redação dada ao § 1º do art. 2º da Lei no

8.072, de 25 de julho de 1990 (que dispõe sobre os crimes hediondos), alcançada pela Lei nº 11.464, de 28 de março de 2007 (§ 1º A pena por crime previsto neste artigo será cumprida inicialmente em regime fechado.), mais benéfica. Com efeito, tendo em conta que o princípio da não-retroprojeção não tem aplicação no direito penal quando beneficia o réu (A lei posterior, que de qualquer modo favorece o agente, aplica-se aos fatos anteriores, ainda que decididos por sentença condenatória transitada em julgado art. 2º, Parágrafo único, do Código Penal), é de ser acolhida, em parte, a inconformidade. - Não podemos olvidar que. A sentença deve refletir o estado de fato da lide no momento da entrega da prestação jurisdicional, devendo o Juiz levar em consideração o fato superveniente. (trecho da ementa do RESP 53765/SP, Relator Min. Barros Monteiro.) - O apenado, na espécie, passou a cumprir, em 06/06/2005, a pena de 03 anos de reclusão. Assim, considerando os termos da nova lei (§ 2º A progressão de regime, no caso dos condenados aos crimes previstos neste artigo, dar-se-á após o cumprimento de 2/5 (dois quintos) da pena, se o apenado for primário, e de 3/5 (três quintos), se reincidente.), o apenado implementou o requisito de ordem objetiva ao cumprir 2/5 da pena, ou seja, 01 ano, 2 meses e 12 dias, o que ocorreu em 17/08/2006. - Cumprido o requisito objetivo, merece parcial provimento ao agravo, para o fim de ser examinado pelo

Juízo de origem o preenchimento do requisito de ordem subjetiva (comportamento), sob pena de supressão de um grau de jurisdição. **AGRAVO EM EXECUÇÃO PARCIALMENTE PROVIDO. (Agravo Nº 70016548919, Segunda Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Marco Aurélio de Oliveira Canosa, Julgado em 26/04/2007)**

RECURSO DE AGRAVO CONTRA A CONCESSÃO DA PROGRESSÃO DE REGIME AO CONDENADO POR CRIME HEDIONDO, DIANTE DO JULGAMENTO PROFERIDO, POR MAIORIA, PELO STF, DECLARANDO A INCONSTITUCIONALIDADE DO § 1º, DO ART. 2º DA LEI 8.072/90, QUE VEDA, EXPRESSAMENTE, A PROGRESSÃO DE REGIME EM CRIMES HEDIONDOS, E QUE A DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, HC Nº 82.959, FOI INCIDENTER TANTUM E CONDICIONADA À PROVIDÊNCIA PREVISTA NO ART. 52, X DA CRFB. A Lei 11.464, de 28 de março de 2007, deu nova redação ao parágrafo primeiro, do artigo 2º, da Lei 8072/90, prevendo o regime inicialmente fechado para o cumprimento da pena, o que permite a progressão, desde que tenha cumprido 2/5 (dois quintos) da pena, se réu primário, e 3/5 (três quintos), se reincidente. Não se deve admitir que a decisão de primeiro grau seja mantida nos moldes em que foi prolatada, porque

implicaria em ofensa ao princípio isonômico, já que a nova regra é aplicável desde logo, e o ora agravado não preenche o requisito temporal exigido de 2/5, e não faz jus à obtenção do benefício. Provimento do recurso ministerial, para cassar-se a decisão recorrida. **AE n. 2007.076.00434, 8ª Câmara Criminal, TJRJ, Rel.:** DESA. **SUELY LOPES MAGALHÃES, julgado em 17/05/2007.**

RECURSO DE AGRAVO. IMPUGNAÇÃO DE DECISÃO QUE DEFERIU PEDIDO DE PROGRESSÃO PARA REGIME DE CUMPRIMENTO DE PENA SEMI-ABERTO. Artigo 214 c/c artigo 224, alínea a, e artigo 225, II n/f do artigo 71, todos do Código Penal. Condenação a 15 anos de reclusão, em regime integralmente fechado. Decisão do Juízo a quo fundada em recente decisão do Supremo Tribunal Federal no HC nº 82.959, proferida incidenter tantum, que afasta a proibição de progressão do regime de cumprimento de pena aos réus condenados por crimes hediondos; carecendo tal decisão de efeito erga omnes, até que se providenciasse a suspensão da eficácia do artigo 2º, § 1º, da Lei nº 8072/90, nos termos do artigo 102, § 2º, da Constituição Federal. Alteração do artigo 2º da Lei nº 8072/90 pela Lei nº 11.464/07, em vigor desde 29 de março de 2007, dispondo ser o regime de cumprimento de pena para os crimes hediondos e os crimes a eles equiparados o

inicialmente fechado, admitindo-se a progressão de regime após cumprimento de 2/5 da pena privativa de liberdade em não sendo o Réu reincidente. Recurso de Agravo prejudicado, por perda de objeto, ante a alteração da Lei, eis que seu único fundamento era a impossibilidade legal de progressão de regime, devendo ser ressaltado que atende o apenado o novo requisito temporal necessário para a concessão do benefício, já que cumpriu 2/5 da pena a que foi condenado. **AE n. 2007.076.00602, 4ª Câmara Criminal, TJRJ, Rel.: DESA. LEILA ALBUQUERQUE, julgado em 02/05/2007.**

HABEAS CORPUS – CRIME HEDIONDO – PROGRESSÃO DE REGIME – NÃO-PREENCHIMENTO DO REQUISITO OBJETIVO PREVISTO NA LEI 11.464, DE 28 DE MARÇO DE 2007 – ORDEM DENEGADA. Assim, até o advento da Lei 11.464/07, existia o regime integral fechado no ordenamento jurídico, sem a possibilidade de progressão pelo sentenciado. Para os que obtiveram progressão antes de 29.03.2007 (de maneira contra legem), não se poderá aplicar os novos lapsos temporais (por serem mais gravosos), incidindo, na espécie, a regra geral da LEP (1/6). Mas, para os apenados que se encontravam no regime integralmente fechado até então, somente agora, com o advento da nova legislação, é que poderão progredir de regime, quando cumprirem 2/5

ou 3/5 da pena. **HC n. 2007.009551-2/0000-00, 2ª Câmara Criminal, TJMS, Rel.: DES. CARLOS STEPHANINI, julgado em 09/05/2007.**

AGRAVO EM EXECUÇÃO. PEDIDO DE PROGRESSÃO. TRÁFICO DE ENTORPECENTES.

- Hoje, independentemente da discussão sobre a constitucionalidade ou não da lei anterior que regia a matéria, temos que observar a nova redação dada ao § 1º do art. 2º da Lei no 8.072, de 25 de julho de 1990 (que dispõe sobre os crimes hediondos), alcançada pela Lei nº 11.464, de 28 de março de 2007 (“§ 1º A pena por crime previsto neste artigo será cumprida inicialmente em regime fechado”), mais benéfica. Com efeito, tendo em conta que o princípio da não-retroprojeção não tem aplicação no direito penal quando beneficia o réu (“A lei posterior, que de qualquer modo favorece o agente, aplica-se aos fatos anteriores, ainda que decididos por sentença condenatória transitada em julgado” - art. 2º, Parágrafo único, do Código Penal), é de ser acolhida, em parte, a inconformidade. - Não podemos olvidar que “A sentença deve refletir o estado de fato da lide no momento da entrega da prestação jurisdicional, devendo o Juiz levar em consideração o fato superveniente” (trecho da ementa do RESP 53765/SP, Relator Min. Barros Monteiro.) - O apenado, na espécie, passou a cumprir, em 06/06/2005, a pena de 03 anos de reclusão.

Assim, considerando os termos da nova lei (“§ 2º A progressão de regime, no caso dos condenados aos crimes previstos neste artigo, dar-se-á após o cumprimento de 2/5 (dois quintos) da pena, se o apenado for primário, e de 3/5 (três quintos), se reincidente”), o apenado implementou o requisito de ordem objetiva ao cumprir 2/5 da pena, ou seja, 01 ano, 2 meses e 12 dias, o que ocorreu em 17/08/2006. - Cumprido o requisito objetivo, merece parcial provimento ao agravo, para o fim de ser examinado pelo Juízo de origem o preenchimento do requisito de ordem subjetiva (comportamento), sob pena de supressão de um grau de jurisdição.

AGRAVO EM EXECUÇÃO PARCIALMENTE PROVIDO. AE n. 70016548919, 2ª Câmara Criminal, TJRS, Rel.: DES. MARCO AURÉLIO DE OLIVEIRA CANOSA, Julgado em 26/04/2007.

Por fim, colaciona-se ementa de uma decisão do STJ.

EDcl. nos EDcl na MC 7825 / RS. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NA MEDIDA CAUTELAR 2004/0017170-9 Ministro HAMILTON CARVALHIDO (1112) T6 - SEXTA TURMA 18/10/2007 DJe 14/04/2008. EMBARGOS NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NA MEDIDA CAUTELAR. INCONSTITUCIONALIDADE DO PARÁGRAFO 1º DO ARTIGO 2º DA LEI

DOS CRIMES HEDIONDOS. LEI Nº 11.464/2007. EMBARGOS REJEITADOS. 1. No julgamento do Habeas Corpus nº 82.959/SP, o Plenário do Egrégio Supremo Tribunal Federal decidiu, por maioria de 6 votos a 5, pela inconstitucionalidade do parágrafo 1º do artigo 2º da Lei dos Crimes Hediondos, enviando o cumprimento de suas penas privativas de liberdade ao regime progressivo, disciplinado pelo Código Penal. 2. Tal questão perdeu atualidade, pois que a Lei nº 11.464/2007, que alterou a Lei nº 8.072/90, afastou a impossibilidade de progressão de regime, fazendo do regime fechado apenas o inicial obrigatório. 3. A retroatividade da *lex mitior* é imperativo constitucional (artigo 5º, inciso XL). 4. Embargos de declaração rejeitados.

Portanto, resta à clarividência solar que há jurisprudência pátria em todos os sentidos, quais sejam: tanto a favor como contra a retroatividade da nova lei penal.

5.1 Da Corrente adotada.

Neste trabalho defende-se o entendimento de que a lei 11.464/2007 é realmente mais benéfica ao condenado. Deve-se tomar por base, ou melhor, como parâmetro a lei anterior que regulava a matéria, qual seja, a lei 8.072/90, para que se possa determinar se as alterações decorrentes da nova lei trouxeram maiores benefícios ou maiores danos à situação do criminoso que aguarda o julgamento.

É a partir da disciplina geral da matéria que se deve analisar. Sabe-se que após o julgamento pelo STF do HC 82.959-AC, conhecido como caso Oséas, já bastante

comentado anteriormente, houve uma alteração do entendimento da Suprema Corte, foi declarada a inconstitucionalidade, pela via difusa, do artigo 2º, parágrafo primeiro da lei 8.072/90 que proibia a progressão de regime em casos de crimes hediondos.

É notório que a lei 11.464/2007 é posterior tanto à lei 8.072/1990 como também à decisão proferida pelo STF no HC 82. 959, desta forma, surge a polêmica acerca da retroatividade da nova lei no que se refere à progressão de regime em crimes hediondos.

Uma primeira interpretação é dada tomando por parâmetro a decisão do Supremo Tribunal Federal no HC 82. 959 que declara a inconstitucionalidade do parágrafo primeiro do artigo 2º da lei 8.072/90 que, de acordo com o que está transcrito acima, vedava a progressão de regime. Desta forma, sendo declarada incidentalmente a inconstitucionalidade do dispositivo, passa-se a aplicar aos crimes hediondos a regra geral de progressão inculpada na lei de execução penal – LEP – lei 7.210 de 11 de julho de 1984, em seu artigo 112. Colaciona-se o artigo.

Art. 112. A pena privativa de liberdade será executada em forma progressiva com a transferência para regime menos rigoroso, a ser determinada pelo juiz, quando o preso tiver cumprido ao menos um sexto da pena no regime anterior e ostentar bom comportamento carcerário, comprovado pelo diretor do estabelecimento, respeitadas as normas que vedam a progressão.

Portanto, passou-se a dispensar aos crimes hediondos o mesmo tratamento dispensado aos crimes comuns, qual seja: a necessidade de cumprir apenas 1/6 do total da pena para que o condenado pudesse progredir de regime.

A Constituição Federal é explícita ao determinar tratamento diferenciado entre os crimes ditos comuns e os batizados por ela mesma como hediondos. O artigo 5º, XLIII, demonstra a gravidade das conseqüências para quem pratica crimes hediondos.

Art. 5º (...)

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; (grifo nosso)

Aqui se constata apenas a diferenciação de tratamento dispensada pela Constituição aos crimes ditos hediondos. Foi o legislador ordinário, orientado por esse tratamento peculiar dado pela lei maior aos crimes intitulados como hediondos, que disciplinou na lei 8.072/1990 a proibição da progressão de regime. Portanto, há de se tratar de forma especial e diferenciada os criminosos que praticam crimes hediondos.

Destarte, tendo como parâmetro a decisão do STF no caso Oséas, que passa a aplicar aos crimes hediondos a mesma condição objetiva (cumprimento de 1/6 da pena) dos crimes comuns, para haver a progressão de regime, desobedece este dispositivo Constitucional, tratando de maneira exatamente igual os condenados por crimes hediondos e por crimes comuns.

A lei 11.464/2007 é posterior a esta decisão e exige o cumprimento de no mínimo 2/5 ou 3/5 da pena para obter o mesmo benefício, daí, o entendimento da maioria da doutrina de não ser possível a retroatividade da lei. Porém, a lei 11.464/2007 obedece ao preceito constitucional que diferencia o

tratamento dos crimes hediondos em relação aos demais, determinando um tratamento peculiar aos crimes hediondos.

Já para a outra parte da doutrina, minoritária, é verdade, o parâmetro que se deve adotar na avaliação da gravidade da lei posterior é a lei 8.072/1990, que veda a progressão de regime aos crimes hediondos, lei em abstrato, de efeitos *erga omnes*. Levando-se em consideração tal parâmetro, logo se percebe que a lei posterior que vem disciplinar a matéria da progressão nestes casos, é mais benéfica, pois autoriza a progressão estabelecendo o *quantum* de cumprimento da pena necessário para ocorrer a mudança de regime. Logo, a lei 11.464/2007 em relação à progressão de regime de crimes hediondos é uma lei *mitior*.

É de bom alvitre, neste momento, que se faça uma digressão sobre o tema do controle de constitucionalidade, pois é de essencial importância para o entendimento da doutrina que reconhece a lei 11.464/2007 como uma lei mais benéfica, e, portanto, defende sua aplicação retroativa.

Existem algumas formas de controle de constitucionalidade, o controle judicial que, como o próprio nome revela, é feito exclusivamente pelo poder judiciário, o controle político realizado por órgãos estranhos ao judiciário e por fim, o controle misto, onde em algumas situações o controle é realizado pelo poder judiciário e em outros casos específicos é realizado por órgãos estranhos a este poder.

O sistema de controle de constitucionalidade do Brasil, em regra, é do tipo judicial, porém, o Poder Executivo e o Legislativo também, em situações especiais, exercem atividade fiscalizadora da validade formal e material das leis infraconstitucionais. O controle de constitucionalidade encontra guarida, normalmente, nos Estados que possuem uma Constituição rígida, como é o caso da Constituição brasileira.

Existem várias formas de controle, e estas se apresentam de maneira pulverizada por todo o processo de elaboração e

vigência das normas. O controle ocorre em diversos momentos e pode ser exercido por pessoas que possuam legitimidade determinada em lei, ou ainda, por qualquer pessoa que seja prejudicada em seus direitos constitucionais.

Dependendo do momento em que o controle ocorre, este pode ser preventivo ou repressivo, se ocorre durante o processo de elaboração da norma, chama-se preventivo, caso ocorra depois do início da vigência da norma, chama-se repressivo. Pode ainda ser classificado como concentrado/abstrato ou difuso/concreto.

O controle de constitucionalidade é dito concentrado quando apenas o órgão supremo do Poder Judiciário pode realizá-lo, ou seja, somente o STF detém competência constitucional para realizar este tipo de controle. Logo, esta competência é chamada exclusiva e original.

O controle concentrado é da lei em tese, em abstrato, daí surge outra nomenclatura, qual seja: controle abstrato. A lei sofre o questionamento acerca de sua constitucionalidade, não há partes litigantes, aqui se busca expelir a lei ou o ato inconstitucionais do sistema normativo, portanto, o efeito gerado por tais decisões atinge a todos, é *erga omnes*.

A contrário senso, o controle difuso pode ser realizado por qualquer órgão judicial de qualquer instância. Durante a discussão de uma relação jurídica surge a dúvida sobre a constitucionalidade de um ato normativo e para que o órgão judicial possa proferir decisão meritória no processo faz-se necessária a apreciação prévia e indispensável do incidente processual surgido. Portanto, neste caso há partes discutindo em juízo determinado direito que pode vir a ser prejudicado por suposta inconstitucionalidade de uma norma. Logo, a decisão proferida no processo atinge única e exclusivamente aos litigantes, mesmo que tal decisão seja da lavra da Suprema Corte daí, fala-se em efeitos *inter pars*.

Para que tal decisão venha a atingir outras pessoas que

não integrem diretamente a relação processual, é obrigatória a manifestação do Senado Federal a respeito do dispositivo declarado inconstitucional de forma incidental, já que toda lei possui presunção de constitucionalidade, ou ainda, que o Supremo Tribunal Federal elabore uma súmula vinculante disciplinando a matéria. Colacionam-se os dispositivos constitucionais que tratam da matéria.

Art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal:

(...)

X – suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal;

Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.

§ 1º A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica.

§ 2º Sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula poderá ser provocada por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade.

§ 3º Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso.

Destarte, a decisão proferida no HC 82.959 – AC declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do parágrafo primeiro do art. 2º da lei 8.072/90, com um *quorum* apertadíssimo, 6X5, diga-se de passagem, tem efetividade apenas para a parte daquele processo, e abre apenas precedente para posteriores questionamentos no mesmo sentido. O STF mesmo diante de inúmeros requerimentos de igual teor, jamais elaborou súmula que vinculasse os demais órgãos judiciais àquela decisão.

O Senado Federal não se manifestou a respeito do dispositivo da lei declarado inconstitucional, não houve qualquer resolução senatorial que suspendesse a eficácia do dispositivo que continuou vigendo normalmente no ordenamento jurídico pátrio.

O parágrafo primeiro do artigo 2º da lei 8.072/90 continuou vigorando até a entrada em vigor da lei 11.464/2007, ou seja, durante o lapso de tempo decorrido entre a decisão proferida no HC e a entrada em vigor da nova lei, nada mudou, o ordenamento jurídico pátrio acerca de crimes hediondos não foi alterado, permaneceu o mesmo.

A alteração ocorreu após a lei 11.464/2007 que autorizou a progressão de regime para os condenados por crimes hediondos, daí se afirmar que a nova é mais benéfica que a lei 8.072/90 que vedada totalmente a progressão, devendo, desta feita, retroagir.

Portanto, são por estas razões que se firma posição no sentido de que a nova lei é retroativa. Sua maior benignidade é patente na medida em que deve ser verificada não diante da decisão do STF no HC 82.959-AC, mas em face da redação do art. 2º, parágrafo primeiro da Lei n. 8.072/90.

Noutras palavras, no plano abstrato, o artigo da Lei n. 8.072/90 por meio do qual se impedia a progressão em crimes hediondos, continuava a vigor; podia deixar de ser aplicado dado o exercício do controle difuso de constitucionalidade, sem que, todavia, estivesse excluído do sistema jurídico, dado que essa exclusão somente se faz por via das ações diretas.

Portanto crimes hediondos praticados mesmo em período anterior ao surgimento da Lei n. 11.464/2007 devem progredir de regime tendo como parâmetros os novos ditames previstos, quais sejam, 2/5 ou 3/5.

Pensar o contrário seria dispensar tratamento igual aos crimes hediondos e aos não hediondos no campo da progressão de regime, em afronta à Constituição Federal.

Com efeito, os crimes hediondos e seus equiparados são pautados de severa gravidade e representam as mais repugnantes lesões que se podem impor aos bens jurídicos, a cuja tutela dedica-se o Estado que por sua vez decidiu dispensar tratamento bem mais rigoroso a tais crimes.

CONCLUSÃO

De todo o exposto, conclui-se que, para a justiça ser efetivada é necessário que a lei 11.464/2007 seja aplicada de forma retroativa. Sua maior benignidade é patente na medida

em que deve ser verificada não diante da decisão do STF no HC 82.959-AC, mas em face da redação do art. 2º, parágrafo primeiro da Lei n. 8.072/90.

Noutras palavras, no plano abstrato, o artigo da Lei n. 8.072/90 por meio do qual se impedia a progressão em crimes hediondos, continuava a vigor; podia deixar de ser aplicado dado o exercício do controle difuso de constitucionalidade, sem que, todavia, estivesse excluído do sistema jurídico, dado que essa exclusão somente se faz por via das ações diretas.

Portanto crimes hediondos praticados mesmo em período anterior ao surgimento da Lei n. 11.464/2007 devem progredir de regime tendo como parâmetros os novos ditames previstos, quais sejam, 2/5 ou 3/5.

Pensar o contrário seria dispensar tratamento igual aos crimes hediondos e aos não hediondos no campo da progressão de regime, em afronta à Constituição Federal.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Luciana. Lei dos Crimes Hediondos: Uma Análise Crítica. *Justilex*, Brasília, n 38, fevereiro de 2005.

BASTOS, Marcelo Lessa. **Crimes hediondos, regime prisional e questões de direito intertemporal**. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 11, n. 1380, 12 abr. 2007. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9734>>. Acesso em: 02 ago. 2007.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 3ª ed., São Paulo: Ed. Saraiva, 1999

GOMES, Luiz Flávio. **Lei nº 11.464/2007: liberdade provisória e progressão de regime nos crimes hediondos**. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 11, n. 1371, 3 abr. 2007. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/>

texto.asp?id=9686>. Acesso em: 02 ago. 2007.

JESUS, Damásio Evangelista de; **Direito Penal – Parte Geral**, vol. 1, São Paulo, Saraiva, 1.998.

JURISPRUDÊNCIA do STF disponível na internet: <http://www.stf.gov.br/>

JURISPRUDÊNCIA do STJ disponível na internet: <http://www.stj.gov.br/>

JURISPRUDÊNCIA dos tribunais estaduais dos estados do Rio de Janeiro, Mato Grosso do Sul e Rio Grande do Sul disponível na internet: <http://www.tj.rj-juris.gov.br/> , <http://www.tj.ms-juris.gov.br/> , : <http://www.tj.rs-juris.gov.br/> ,

LAZARINI NETO, Pedro. **Código penal comentado e leis penais especiais comentadas**. São Paulo: Primeira impressão, 2007.

LEAL, João José; LEAL, Rodrigo José. **Progressão de regime prisional e crime hediondo**. Análise da Lei nº 11.464/2007 à luz da política criminal. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 11, n. 1426, 28 maio 2007. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9936>>. Acesso em: 02 ago. 2007.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de direito penal: parte geral**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 1995.

MIR, Luís. **Guerra civil: estado e trauma**. Geração Editorial, 2004.

RÁO, Vicente. **Métodos de trabalho do Direito Constitucional**. 2ª ed. São Paulo: Max Limonad, 2000.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 27a. edição - São Paulo:Malheiros, 2006.