

**NOVA DISCIPLINA LEGAL PARA A PROGRESSÃO
DE REGIME EM CRIMES HEDIONDOS**

*NEW LEGAL DISCIPLINE FOR THE PROGRESSION
REGIME IN HIDEOUS CRIMES*

*Napoleão Bernardes Neto**

Resumo: A Lei nº. 11.464, de 29 de março de 2007, traz em seu conteúdo o resgate do princípio constitucional da individualização da pena na execução penal ao estabelecer a possibilidade legal da progressão de regime, mesmo nos crimes tipificados como *hediondos*. A análise jurídica da nova disciplina legal para a progressão de regime, nesses casos, e a sua aplicabilidade diante dos princípios do direito penal intertemporal são os objetos deste estudo.

Palavras-chave: Princípio Constitucional da Individualização da Pena. Lei dos Crimes Hediondos. Execução Penal. Progressão de Regime.

Abstract: March 29, 2007 Law 11.464 deals with the redemption of the constitutional principle of individualization of penalty in penal execution by establishing the legal possibility of regime progression, at least for crimes typified as hideous. The juridical analysis of the new legal discipline for the progression of regime, in such cases, and its applicability before the principles of the inter-temporal Penal Law are objectives of this study.

Key words: Constitutional Principle of Individualization of Punishment. Hideous Crime Law. Penal Execution. Regime Progression.

* Mestrando em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI. Especializando em Ciências Criminais pelo convênio UNAMA / LFG / IPAN. Professor de Direito Penal na Universidade Regional de Blumenau – FURB, no primeiro semestre de 2007. Advogado. E-mail: <n.bernardes@terra.com.br>.

1 INTRODUÇÃO

No dia 29 de março de 2007, foi publicada em edição extraordinária do Diário Oficial a Lei nº. 11.464/07, cuja entrada em vigor se deu na mesma data. Essa lei alterou, de modo significativo, o art. 2º. da Lei nº. 8.072/90, designada como *Lei dos Crimes Hediondos* (LCH).

A Lei nº. 8.072/90, originariamente, vedava a progressão de regime a condenados pela prática de crimes tipificados como hediondos. Desde o início de sua vigência o assunto foi controverso, haja vista as manifestações doutrinárias e jurisprudenciais propugnadoras da inconstitucionalidade dessa norma, tão expressivas quanto à corrente de estudiosos e aplicadores do direito concordantes com a constitucionalidade da previsão legal.

Nesse contexto, o objetivo deste trabalho é o de investigar e apresentar impressões jurídicas iniciais acerca da matéria, uma vez que a sua aplicação, em princípio, deverá gerar debates doutrinários e posicionamentos jurisprudenciais tão intensos quanto os verificados a partir da vigência da LCH, no início da década de 90.

Contudo, observa-se que a Lei nº. 11.464/07 não altera apenas a disciplina da progressão de regime em matéria de crimes hediondos. O novo texto legal suprimiu a vedação à liberdade provisória imposta pela Lei nº. 8.072/90, e cuja constitucionalidade, desde então, foi questionada. Destarte, com a vigência da nova lei, a concessão da liberdade provisória em crimes classificados como hediondos passou a seguir a disciplina geral do Código de Processo Penal, abolindo-se a anterior e apriorística proibição legal. Sublinha-se, nesse aspecto, o resgate do princípio constitucional da presunção de inocência e, por conseguinte, do próprio valor da dignidade da pessoa humana.

Para a análise inicial do novo regramento legal acerca da progressão de regime em relação a condenados pela prática de condutas criminosas tipificadas por lei como hediondas, nesta tarefa, serão examinadas sob a ótica das normas de direito penal intertemporal. Apresentam-se, ao final, as considerações finais acerca do tema, constituídas, por serem tão recentes, de impressões jurídicas iniciais a respeito da matéria, pois doravante o assunto deverá ser objeto de intensos debates jurídicos.

2 A NOVA DISCIPLINA LEGAL DA PROGRESSÃO DE REGIME EM CRIMES HEDIONDOS

A Lei nº. 8.072/90, expressão do Direito Penal da severidade e da intolerância¹, calcada numa opção político-criminal de lei e de ordem², de cunho eminentemente repressivista previu, de forma expressa, a vedação do direito à progressão de regime para condenados por crimes considerados como hediondos.³ Assim, por força do § 1º. do art. 2º. da Lei nº. 8.072/90, a pena por delito enquadrado como hediondo deveria ser cumprida em tempo integral em regime fechado.

Essa disposição legal foi, de imediato, e ao longo dos anos, objetada por expressiva corrente doutrinária⁴, cujas lições refletiram-se em decisões judiciais – em números crescentes – marcadas pelo reconhecimento da patente inconstitucionalidade da disposição legal em análise.

A tese da inconstitucionalidade da vedação apriorística e absoluta à progressão de regime resulta da contradição entre essa determinação e o princípio da individualização da pena, erigido ao nível de direito e garantia fundamental da pessoa humana, a teor do que dispõe o art. 5º., inciso XLVI, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CF). Ao conflitar e se contrapor a esse direito fundamental é que se depreendeu e se propugnou a inconstitucionalidade do § 1º. do art. 2º. da LCH.

Observa-se, ademais, que o princípio da individualização da pena é intimamente correlacionado ao princípio da dignidade da pessoa humana, valor fundamental da República e da própria Democracia (art. 1º., inciso III, da CF). Ao não se observar a individualização da pena, portanto, atenta-se contra o valor da dignidade da pessoa humana e, por conseguinte, ofende-se o próprio Estado Democrático e Constitucional de Direito.

A vedação irrestrita ao direito à progressão de regime viola, de igual modo, todo o arcabouço legislativo relativo ao instituto da individualização da pena, expresso no Código Penal brasileiro (CP), em especial, o art. 59, inciso III, e o art. 33, § 2º.

O disposto no § 2º. do art. 1º. da Lei nº. 8.072/90 desrespeita, da mesma forma, toda a lógica e a sistemática do processo de execução penal, ao menos teoricamente voltado para “a harmônica integração social do condenado”, nos termos do art. 1º. da Lei nº. 7.210/84 – Lei de Execução Penal (LEP). Nesse sentido, dispõe de modo taxativo em seu art. 112 que “a pena privativa de liberdade será executada de forma progressiva.”

Não há sentido ético, político e jurídico em uma previsão contrária a essa determinação. Ora, se um dos fins da pena é a ressocialização do condenado através da sua

harmônica integração social, como alcançar tal finalidade imputando-se-lhe o cumprimento da pena integral em regime fechado?

Diante das ponderações doutrinárias e jurisprudenciais, o Supremo Tribunal Federal (STF), ao julgar o HC 82.959, relatado pelo Ministro Marco Aurélio, considerou inconstitucional a vedação absoluta e irrestrita ao direito à progressão de regime de condenados por crimes hediondos.

PENA – REGIME DE CUMPRIMENTO – PROGRESSÃO – RAZÃO DE SER. A progressão no regime de cumprimento da pena, nas espécies fechado, semi-aberto e aberto, tem como razão maior a ressocialização do preso que, mais dias ou menos dias, voltará ao convívio social. PENA – CRIMES HEDIONDOS – REGIME DE CUMPRIMENTO – PROGRESSÃO – ÓBICE – ARTIGO 2º, § 1º, DA LEI 8.072/90 – INCONSTITUCIONALIDADE – EVOLUÇÃO JURISPRUDENCIAL. Conflita com a garantia da individualização da penal – artigo 5º, inciso XLVI, da Constituição Federal – a imposição, mediante norma, do cumprimento da pena em regime integralmente fechado. Nova inteligência do princípio da individualização da pena, em evolução jurisprudencial, assentada a inconstitucionalidade do artigo 2º, § 1º, da Lei 8.072/90.⁵

Assim, em 23 de fevereiro de 2006, quase dezessete anos após a publicação da chamada LCH, o STF reconheceu a inconstitucionalidade, há muito aventada pela doutrina penal, da vedação legal à proibição da progressão de regime, haja vista a ofensa ao princípio constitucional da individualização da pena.

Mais recentemente, ainda na esteira do posicionamento do STF e da anterior posição doutrinária, entrou em vigor a Lei nº. 11.464/07, a qual alterou a redação do art. 2º., § 1º., da Lei nº. 8.072/90, estabelecendo-se que a pena para os crimes tipificados como hediondos “será cumprida inicialmente em regime fechado”, ou seja, admitindo-se de forma expressa a progressão de regime.

Sabe-se que para os delitos em geral, o requisito objetivo para a progressão de regime é o cumprimento de pelo menos 1/6 da pena imposta, ainda que em sede de execução penal provisória – antes do trânsito em julgado da sentença –, conforme Súmula 716 do STF, independente de o réu estar recolhido em prisão especial, nos termos da Súmula 717 também do STF.

Todavia, com a nova redação dada ao § 2º. do art. 2º. da Lei nº. 8.072/90 pela Lei nº. 11.464/07, os níveis para a progressão de regime em crimes tidos como hediondos serão diferenciados: 2/5 se o apenado for primário e 3/5 se reincidente. Dessa forma, a progressão de regime para crimes *não-hediondos* continua tendo como critério objetivo o cumprimento de pelo menos 1/6 da pena; já a progressão de regime para crimes hediondos passa a

apresentar como critérios objetivos o cumprimento de ao menos 2/5 da pena (40% dela) se o condenado for primário, ou 3/5 da pena (60%) se o apenado for reincidente.

Indaga-se então: tendo a nova lei entrado em vigor na data da sua publicação, ou seja, no 29 de março de 2007, como se dará a sua aplicação no tempo?

3 O DIREITO PENAL INTERTEMPORAL: A APLICAÇÃO DA LEI Nº.11.464/2007 NO TEMPO

As novas redações dos § 1º. (admissibilidade de progressão de regime em crimes hediondos) e § 2º. (parâmetros diferenciados para a progressão de regime em crimes hediondos) da Lei nº. 8.072/90, conferidas pela Lei nº. 11.464/07, apresentam em seu conteúdo verdadeiras normas processuais com efeitos penais. São, por isso, designadas normas processuais materiais⁶, em razão de seus reflexos penais.

As normas processuais materiais, assim entendidas como aquelas que apresentam reflexos ou conteúdos penais, equiparam-se às normas penais propriamente ditas no que diz respeito à sua aplicação no tempo. Por isso, o aparente conflito dessas normas em matéria temporal deve ser resolvido pelos princípios gerais que regem o conflito de leis penais no tempo.

O entendimento de que a progressão de regime é tema penal e não apenas instrumental, procedimental ou processual (norma do processo de execução penal), funda-se no princípio da legalidade, através do qual há a garantia individual e fundamental de que, se não pode haver crime nem pena sem uma anterior previsão legal, não se pode agravar as regras para o cumprimento dessa mesma pena através de uma lei nova mais severa.

Outrossim, as normas gerais para o cumprimento das penas estão previstas no próprio CP, em seu Título V – Das Penas –, em especial, na Seção I – Das Penas Privativas de Liberdade. Trata-se de matéria cujo conteúdo é eminentemente penal e, portanto, o eventual conflito de normas dessa natureza deve ser resolvido através dos princípios relacionados à aplicação da lei penal no tempo.

3.1 ADMISSIBILIDADE DA PROGRESSÃO DE REGIME

A admissibilidade legal da progressão de regime para crimes hediondos se deu através da Lei nº. 11.464/07, a qual determinou a alteração da redação do art. 2º., § 1º., da

Lei nº. 8.072/90. Comparando-se o novo texto com a redação original da Lei dos Crimes Hediondos, vislumbra-se tratar de uma *novatio legis in melius*, ou seja, uma norma penal mais benéfica que a precedente.

Logo, a nova norma deve retroagir de modo a beneficiar autores de fatos ocorridos antes da publicação da nova lei. Seus efeitos, por conseguinte, voltam no tempo e devem abarcar os delitos cometidos antes de 29 de março de 2007. É a regra da retroatividade da norma penal mais benéfica, insculpida como direito fundamental da pessoa humana, nos termos do art. 5º., inciso XL, da Constituição brasileira, assim como no art. 2º., parágrafo único, do Código Penal.

Observa-se que os efeitos da nova lei no que diz respeito a possibilidade de progressão de regime retroagem mesmo em relação a casos cuja sentença condenatória já tenha transitado em julgado, competindo ao Juízo da Execução Penal a aplicação da lei mais benigna, consoante dispõe a Súmula 611 do STF e art. 66, inciso I, da LEP.

Pondera-se, por outro vértice, que ainda que uma nova lei não tivesse disciplinado, de forma expressa, a possibilidade de condenados por crimes hediondos progredirem de regime, o entendimento é o de que a progressão de regime seria possível, sim, mormente após a decisão do STF no sentido de considerar inconstitucional que norma penal preveja de modo geral e irrestrito a vedação ao direito à progressão de regime.

3.2 NOVOS PARÂMETROS OBJETIVOS PARA A PROGRESSÃO DE REGIME

A maior discussão acadêmica e judicial, contudo, deverá ocorrer em relação à retroatividade ou não dos novos parâmetros objetivos fixados pela Lei nº. 11.464/07 para a progressão de regime em crimes disciplinados como hediondos. A condição objetiva geral prevista na LEP é de 1/6 de cumprimento da pena como o mínimo exigido para a progressão de regime. A nova lei prevê frações objetivas diferenciadas para essa progressão quando se tratar de crimes hediondos: 2/5 para apenados primários e 3/5 para reincidentes.

Já há posicionamentos no sentido de que se trata de uma *novatio legis in melius*⁷, haja vista a anterior impossibilidade legal de progressão de regime. Assim, segundo esse entendimento, como antes havia a proibição legal em relação à progressão de regime e a nova lei permitiu essa possibilidade, logo, deve retroagir inclusive em relação aos novos parâmetros objetivos exigidos, posto que 2/5 ou 3/5 de cumprimento de pena é mais benéfico que a impossibilidade geral e absoluta de se progredir de regime, conforme determinava o sistema legal anterior.

No aspecto dos novos níveis estipulados como condição objetiva para progressão de regime prisional, entretanto, entende-se tratar de verdadeira *novatio legis in pejus*, ao passo que nesse aspecto a norma penal é mais severa que a precedente. E, por se tratar de uma norma penal menos benéfica ao agente, vislumbra-se a sua irretroatividade.

Desse modo, a vedação à progressão de regime, no teor da Lei nº. 8.072/90, ainda que se tratasse de norma vigente, já não era válida, haja vista a sua patente inconstitucionalidade, reconhecida pelo STF no julgamento do HC 82.959. Antes dessa paradigmática decisão, porém, muitos juízes já admitiam a possibilidade de progressão de regime em crimes hediondos, dada a inconstitucionalidade do § 1º. do art. 2º. da LCH.

Vigência e validade são categorias distintas no Estado Democrático e Constitucional de Direito. Não é só o fato de viger que confere validade incontestável à norma. Esta, para ser válida, deve apresentar consonância e respeito aos princípios e disposições constitucionais. Assim, ainda que vigente, a disposição legal de proibição de progressão de regime em crimes hediondos já era inválida, por ser inconstitucional.

Entende-se, por essa razão, que a progressão de regime em relação aos crimes ocorridos antes da publicação e entrada em vigor da Lei nº. 11.464/07 deve ser concedida com base no requisito objetivo previsto no art. 112 da LEP, qual seja, mínimo de 1/6 do cumprimento da pena, em razão dos parâmetros instituídos pela nova lei serem mais severos para o apenado.

Sintetizando: diante da irretroatividade dos novos parâmetros objetivos mínimos exigidos para a progressão de regime em crimes hediondos, com a nova redação dada ao § 2º. do art. 2º. da Lei nº. 8.072/90, uma vez que mais severos para o agente, em relação aos crimes ocorridos antes da vigência da lei, de 29 de março de 2007, aplica-se a condição objetiva geral prevista para a progressão de regime, a saber, 1/6 da pena, conforme dispõe o art. 112 da LEP. Assim, apenas para os crimes hediondos cometidos a partir da vigência da nova lei é que terão como limites objetivos mínimos para a progressão de regime 2/5 do cumprimento da pena (apenados primários) ou 3/5 do cumprimento da pena (apenados reincidentes).

3.3 CONJUGAÇÃO DE LEIS

Ainda que de maneira sucinta, cabe ratificar a possibilidade de conjugação de leis, aplicando-se os dispositivos mais benéficos de cada uma delas, de modo a, ao final, favorecer o agente. Na doutrina penal, essa é a corrente majoritária.⁸ Não se trata de criar uma terceira

lei, como acenam os críticos desse entendimento, mas, sim, de aplicar dispositivos legais anteriormente aprovados pelo próprio legislador.

Dessa forma, em relação aos crimes cometidos antes de 29 de março de 2007, não há qualquer óbice em aplicar o novo § 1º. do art. 2º. da Lei nº. 8.072/90 (possibilidade legal de progressão de regime), combinado com o art. 112 da LEP (1/6 de cumprimento da pena como critério objetivo para a progressão de regime).

Em síntese, é aos crimes cometidos a partir de 29 de março de 2007 que deve ser aplicado o novo § 1º. do art. 2º. da Lei nº. 8.072/90 (possibilidade legal de progressão de regime), em conjunto com o novo § 2º. do art. 2º. da mesma lei (novos parâmetros de cumprimento da pena como critério objetivo para a progressão de regime).

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Direito Penal é um ramo jurídico ainda em construção e evolução. O sistema penal tal como é conhecido hoje teve suas origens fundadas no Iluminismo, com base no pensamento humanista de Beccaria, Montesquieu e outros. Todavia, muitos dos princípios e das idéias concebidas no século XVIII, ainda não se consolidaram no direito brasileiro. Por tal motivo, necessita-se efetivar vários princípios decorrentes do respeito ao valor maior da dignidade da pessoa humana, marco elementar do Estado Democrático e Constitucional de Direito.

Nesse sentido, a LCH representou um retrocesso na evolução das idéias penais. Isso porque, ao mesmo tempo em que resultou em um pacto com o Direito Penal da severidade e da intolerância, significou um distanciamento inaceitável dos valores democráticos decorrentes da dignidade da pessoa humana como valor jurídico intrínseco a um modelo de Direito Penal mais humano, como salvaguarda à Constituição brasileira de 1988.

Sublinha-se, ademais, que a LCH é daquelas leis de ocasião, próprias de um Direito Penal de emergência. No auge de momentos de exacerbada emoção e comoção o legislador apresenta para a sociedade da Sociedade, *reformas* ou *pacotes* legislativos de efeitos muito mais '*mediáticos*' que efetivos.

Ilude-se a população com a impressão de mais segurança através de leis mais repressivas. Recrudescem-se a lei com a supressão de direitos e garantias importantes do cidadão. E aí, estabelece-se um círculo perverso já que, a cada novo momento de comoção, novas garantias são suprimidas. O cidadão se torna órfão de seus direitos mais fundamentais

diante do ilusório sentimento de segurança proporcionado pela via legislativa simplória em detrimento de uma legislação e de políticas públicas calcadas em sérias, efetivas e conscientes opções de política-criminal.

Nesse contexto, a Lei nº. 11.464/07 veio resgatar, em parte, muitas das supressões de direitos impostas pela Lei nº. 8.072/90, em sua redação original. Restabeleceu-se a garantia da liberdade provisória nas situações em que ela for possível, assegurando-se, com isso, o respeito ao princípio da presunção de inocência, consagrado na Constituição brasileira de 1988 como direito fundamental da pessoa humana, bem como na Convenção Interamericana de Direitos Humanos.

Asseverou-se da mesma forma o direito à progressão de regime, mesmo em se tratando de crime considerado hediondo, num resgate do princípio da individualização da pena, expressão do preceito maior da dignidade da pessoa humana. Ainda que, tardiamente, por terem passados quase dezessete anos de sua entrada em vigor, o legislador brasileiro resgatou valores constitucionais fundamentais, há muito clamados por significativas correntes doutrinárias e jurisprudenciais penais.

Cabe, agora, ao aplicador do Direito interpretar as novas disposições legais em referência, de modo a assegurar à pessoa humana as suas máximas garantias, como se requer do Estado Democrático e Constitucional de Direito.

NOTAS

- ¹ Para o aprofundamento do tema, sugere-se a leitura de LEAL, João José. *Crimes hediondos: a Lei 8.072/90* como expressão do direito penal da severidade, *op. cit.*
- ² Acerca do tema, recomenda-se a leitura de LOPES JÚNIOR, Aury. *Introdução crítica ao processo penal: fundamentos da instrumentalidade garantista*, *op. cit.*
- ³ Não há um conceito material ou legal do que seja crime hediondo. Há tão-somente a determinação legal de que certas condutas criminosas tipificadas são consideradas hediondas por força do art. 1º. da Lei nº. 8.072/90. São, portanto, do ponto de vista legal, tidas como hediondas as infrações penais arroladas no supra referido dispositivo legal. Conforme sustenta João José Leal, “de forma discricionária e apriorística, decidiu o legislador marcar certas condutas criminosas, já tipificadas na lei positiva, com o rótulo da hediondez absolutamente obrigatória” (*Crimes Hediondos*, p. 40).
- ⁴ Consoante discorre João José Leal, perfilharam essa posição: Antônio Lopes Monteiro, Francisco de Assis Toledo, Márcio Bártoli e Alberto Silva Franco. (*Crimes Hediondos*, p. 209).
- ⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 82.959 / SP. Relator: Ministro Marco Aurélio. Julgado em: 23/02/2006. Órgão julgador: Tribunal Pleno. Publicado no Diário da Justiça de 01.09.2006.
- ⁶ A respeito da matéria, indica-se a leitura de: LEAL, João José. *Crimes Hediondos*, p. 216-218. GOMES, Luiz Flávio. *Direito Penal: parte geral*, p. 173-185. GOMES, Luiz Flávio. *Direito Processual Penal*, p. 41-45.

⁷ Nesse sentido, vide BASTOS, Marcelo Lessa. Crimes hediondos, regime prisional e questões de direito intertemporal, *op. cit.*

⁸ Nessa linha de raciocínio: Julio Fabbrini Mirabete, Cezar Roberto Bitencourt, Luiz Régis Prado e Luiz Flávio Gomes.

REFERÊNCIAS

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: 27 abr. 2007.

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

GOMES, Luiz Flávio. *Direito penal: parte geral*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

GOMES, Luiz Flávio. *Direito processual penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

LEAL, João José. *Crimes hediondos: a Lei 8.072/90 como expressão do direito penal da severidade*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2006.

LEAL, João José. *Direito penal geral: propedêutica penal, teoria da norma penal, teoria do crime, teoria da pena, questões jurídicopenais complementares*. 3. ed. Florianópolis: OAB/SC, 2004.

LOPES JÚNIOR, Aury. *Introdução crítica ao processo penal: fundamentos da instrumentalidade garantista*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumens Juris, 2005.

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

PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro: parte geral*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.