

PROGRESSÃO DE REGIME PRISIONAL NA LEI DE CRIMES HEDIONDOS

Miguel Juarez Romeiro Zaim¹

INTRODUÇÃO

A promulgação da Lei n. 8.072, de 25 de julho de 1990, Lei dos Crimes Hediondos, teve como fatores determinantes a grande onda de violência que os grandes centros urbanos, como São Paulo e Rio de Janeiro, vinham sofrendo.

As últimas décadas foram tempos de intenso combate ao tráfico de drogas, como também ao grande número de sequestros e de homicídios violentos.

E diante desta situação, o legislador achou oportuno editar uma lei que viesse reprimir de forma mais severa alguns crimes que, do seu ponto de vista, seriam de grande relevância para o controle social e consequentemente para que a sociedade se sentisse mais segura.

A própria constituinte de 1988, diante dos fatos que estavam ocorrendo no país inteiro, introduziu no art. 5º, do capítulo referente aos direitos e garantias individuais, o inciso XLIII, estabelecendo que:

[...] a lei considerará inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática de 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.²

Depreende-se que a Constituição Federal de 1988 considerou a tortura, o tráfico de drogas e o terrorismo como uma espécie de crime repugnante e, diante disso, merecedora de uma reação punitiva mais severa.

Entrementes, desde a promulgação da citada lei, criou-se uma verdadeira polêmica em torno da constitucionalidade ou inconstitucionalidade do § 1º do artigo 2º, da presente lei que dispõe “a pena por crime

1 Advogado em Cuiabá-MT. Especialista em Direito e Processual Penal, Processo Civil e Constitucional, especializando em Direito e Gestão Ambiental, doutorando em Ciências Jurídicas e Sociais pela UMSA, Universidad Del Museo Social Argentino.

2 BRASIL. *Constituição Federal de 1988*.

previsto neste artigo será cumprida em regime integralmente fechado”.

A Suprema Corte do país vinha se posicionando favoravelmente pela constitucionalidade deste artigo, no entanto com as profundas mudanças na composição de seus ministros, e pela densidade dos argumentos doutrinários e jurisprudenciais vem ganhando fôlego a ideia da inconstitucionalidade do referido dispositivo, o que se confirmou com o julgamento do hábeas corpus 82.959/SP no dia 23/02/2006, que teve como relator o eminente ministro Marco Aurélio.

A decisão do tribunal, por maioria, deferiu o pedido e declarou *incidenter tantum* a inconstitucionalidade do § 1º do artigo 2º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, nos termos do voto do relator, vencidos os ministros Carlos Velloso, Joaquim Barbosa, Ellen Gracie, Celso de Mello e presidente (ministro Nelson Jobin). O tribunal, por votação unânime, explicitou que a declaração incidental de inconstitucionalidade do preceito legal em questão não gerará consequências jurídicas às penas já extintas, pois esta decisão 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.

Entretantes, em razão da pequena diferença de votos favoráveis à inconstitucionalidade (6x5) sobre este tema, está longe de uma pacificação doutrinária a respeito, do qual se extrai dos próprios votos e decisões da mais alta Corte do país, suscitando ainda alguns conflitos doutrinários.

Nesse sentido, a presente monografia tem por escopo analisar a evolução dessa matéria, contextualizando o movimento lei e ordem na política criminal brasileira, a Constituição Federal e seus princípios norteadores, das penas em geral e dos sistemas penitenciários, bem como a Lei infraconstitucional 8.072/90, tudo isso à luz do entendimento da mais Alta Corte do país, cotejando assim suas decisões e súmulas sobre o assunto.

A LEI DE CRIMES HEDIONDOS (LEI Nº 8.072, DE 25/07/1990)

ORIGEM DA LEI

Em 1990 foi promulgada a lei ordinária que estabelecia os crimes hediondos, mas com caráter de Lei Complementar, de número 8.072. O então projeto em questão teve por base a mensagem presidencial 546/89 (projeto 3.754/89).

A votação foi marcada por um acordo entre todos os líderes de partidos políticos, que aprovaram o texto na Câmara dos Deputados e em seguida no Senado Federal. Na fase de sanção presidencial, houve apenas o veto parcial (artigos 4º e 11), por parte do então presidente da República Fernando Collor.

De acordo com Alberto Silva Franco, que analisava a trajetória da lei durante esse período, perguntava-se:

O que teria conduzido o legislador constituinte a formular o nº XLIII do art. 5º da CF? O que estaria por detrás do posicionamento adotado? Nos últimos anos, a criminalidade violenta aumentou do ponto de vista estatístico: o dano econômico cresceu sobremaneira, atingindo segmentos sociais que até então estavam livres de ataques criminosos; atos de terrorismo político e mesmo de terrorismo gratuito abalaram diversos países do mundo; o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins assumiu gigantismo incomum; a tortura passou a ser encarada como uma postura correta dos órgãos formais de controle social. A partir desse quadro, os meios de comunicação de massa começaram a atuar por interesses políticos subalternos, de forma a exagerar a situação real, formando uma ideia de que seria mister, para desenvolvê-la, uma luta sem quartel contra determinada forma de criminalidade ou determinados tipos de delinquentes, mesmo que tal luta viesse a significar a perda das tradicionais garantias do próprio Direito Penal e do Direito Processual Penal.³

Sob o mesmo ponto, Victor Gonçalves declarava que, no período da promulgação da nova lei:

[...] estavam ainda causando impacto no povo os sequestros de pessoas bem situadas na vida econômica, social e política, e a mídia passou a sacudir a opinião pública, que encontrou ressonância no Poder Legislativo, que aprovou o projeto de lei do Senado, através de votos de lideranças, sem qualquer discussão, logo sem legitimidade e representabilidade, etc.⁴

3 FRANCO, Alberto Silva. *Crimes Hediondos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994. p. 334.

4 GONÇALVES, Victor. *Crimes hediondos, tóxicos, terrorismo, tortura*. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 100.

A relação entre a criminalidade violenta, a conjuntura política do período e a criação da lei foram, também, tomadas por Damásio de Jesus que declarou que:

[...] a criminalidade, principalmente, a violenta, tinha o seu momento histórico de intenso crescimento, aproveitando-se de uma legislação penal excessivamente liberal. Surgiram duas novas damas do direito criminal brasileiro: justiça morosa e legislação liberal, criando a certeza da impunidade.⁵

Simultaneamente, a Carta Magna permitiu ao legislador a iniciativa de rotular outras infrações penais com a Mara jurídica da hediondez. E em decorrência deste mandamento constitucional, o legislador aprovou a Lei n. 8.072 de 25/7/90, que em seu art. 1º classificava como hediondos os seguintes crimes:

[...] latrocínio (art. 157, § 3º, *in fine*), extorsão qualificada pela morte (art. 158, § 2º), extorsão mediante sequestro e na forma qualificada (art. 159, *caput* e § 1º e § 2º), estupro (art. 213, *caput* e sua combinação com o art. 223 *caput* e parágrafo único), atentado violento ao pudor (art. 214 e sua combinação com o art. 223 *caput* e parágrafo único), epidemia com resultado morte (art. 267, § 1º), envenenamento de água potável ou de substância alimentícia ou medicinal, qualificado pela morte (art. 270, combinado com o art. 285), todos do Código Penal Brasileiro, e de genocídio (arts. 1º e 2º da Lei n. 2.889, de 1º de outubro de 1956), tentados ou consumados.⁶

Assim, pela primeira vez, o sistema punitivo brasileiro passou a distinguir entre as inúmeras condutas criminosas, algumas delas com o *nomen jûris* de crime hediondo.

Porém, em virtude de severas críticas de que esta lei apresentava uma grande lacuna ao não elencar o homicídio como crime hediondo, veio, quatro anos mais tarde com a promulgação da Lei n. 8.930, de 06/09/94, a inclusão do homicídio na relação dos crimes hediondos.

5 JESUS, Damásio E. de. *Direito Penal – Parte Geral*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 2.

6 LEGISLAÇÃO BRASIL. *Lei n° 8.072, de 25 de julho de 1990*.

A partir desta lei, o homicídio qualificado (art. 121, § 2º, incisos I a IV, CP) e o homicídio simples, quando praticados em atividade típica de grupo de extermínio (art. 121, *caput*), passaram a ser rotulados de crimes hediondos.

Há de se ressaltar, portanto, que o legislador de 1994 não se limitou a apenas inserir o crime de homicídio no texto anterior (art. 1º), também decidiu dar nova redação ao dispositivo, acrescentando a nova figura penal (homicídio) e excluir a conduta de envenenamento de água potável ou de substância alimentícia ou medicinal, qualificada pelo resultado morte, do rol dos crimes hediondos. Assim, desdobrou o texto original em sete incisos que se referem a crimes previstos no Código Penal e em um parágrafo único, que rotula o genocídio (Lei n. 2.889/56) de crime hediondo.

Já a Lei 9.695, que entrou em vigor em 21 de agosto de 1998, alterou o artigo 273 do Código Penal, tratando de adulteração de produtos destinados a fins terapêuticos e medicinais.

Desta forma, na atualidade, os crimes classificados como hediondos:

I - homicídio (art. 121), quando praticado em atividade típica de grupo de extermínio, ainda que cometido por um só agente, e homicídio qualificado (art. 121, § 2º, I, II, III, IV e V);

II - latrocínio (art. 157, § 3º, *in fine*);

III - extorsão qualificada pela morte (art. 158, § 2º);

IV - extorsão mediante sequestro e na forma qualificada (art. 159, *caput*, e §§ 1º, 2º e 3º);

V - estupro (art. 213 e sua combinação com o art. 223, *caput* e parágrafo único);

VI - atentado violento ao pudor (art. 214 e sua combinação com o art. 223, *caput* e parágrafo único);

VII - epidemia com resultado morte (art. 267, § 1º);

VII-B - falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais (art. 273, *caput* e § 1º § 1º-A e § 1º-B, com a redação dada pela Lei n. 9.677, de 2 de julho de 1998).

Parágrafo único. Considera-se também hediondo o crime de genocídio previsto nos arts. 1º, 2º e 3º da Lei n. 2.889, de 1º de outubro de 1956, tentado ou consumado.⁷

⁷ Artigo primeiro, incisos I a VII-B e parágrafo único, da Lei n. 8.702/90.

MOTIVOS PARA EDIÇÃO E PROMULGAÇÃO DA LEI

A Lei n. 8.072/90, Lei dos Crimes Hediondos, de 25 de julho de 1990, teve como fatores determinantes a grande onda de violência que os grandes centros urbanos, como São Paulo e Rio de Janeiro, vinham sofrendo.

As últimas décadas foram tempos de intenso combate ao tráfico de drogas, como também ao grande número de sequestros e de homicídios violentos.

E, diante dessa situação, o legislador achou oportuno editar uma lei que viesse reprimir de forma mais severa alguns crimes que, do seu ponto de vista, seriam de grande relevância para o controle social e, consequentemente, para que a sociedade se sentisse mais segura.

A própria constituinte de 1988, diante dos fatos que estavam ocorrendo no país inteiro, introduziu no art. 5º, do capítulo referente aos direitos e garantias individuais, o inciso XLIII, estabelecendo que:

[...] a lei considerará inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática de 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.⁸

Depreende-se que a Constituição Federal de 1988 considerou a tortura, o tráfico de drogas e o terrorismo como uma espécie de crime repugnante e, diante disso, merecedora de uma reação punitiva mais severa.

DEFINIÇÕES

E o que vem a ser crime hediondo? O termo hediondo tem para nós o significado de um ato profundamente repugnante, imundo, horrendo, sórdido, ou seja, um ato indescritivelmente nojento, segundo os padrões da moral vigente.

Pode-se dizer que hediondo é o crime que causa profunda e consensual repugnância por ofender, de forma acentuadamente grave, valores morais de indiscutível legitimidade, como o sentimento comum de piedade, fraternidade, solidariedade e de respeito à dignidade da pessoa humana.

8 LEGISLAÇÃO BRASIL. *Constituição Federal de 1988*. Art. 5º, inciso XLIII.

Para Antonio Lopes Monteiro, um crime seria hediondo:

[...] toda vez que uma conduta delituosa estivesse revestida de excepcional gravidade, seja na execução, quando o agente revela total desprezo pela vítima, insensível ao sofrimento físico ou moral a que a submete, seja quanto à natureza do bem jurídico ofendido, seja ainda especial condições das vítimas.⁹

O legislador, ao classificar certas condutas como crimes hediondos, partiu do pressuposto de que, seja quem for o seu autor, com sua personalidade e sua conduta social antecedente; sejam quais forem os motivos, as circunstâncias e as consequências do crime; seja, ainda, qual tenha sido o comportamento da vítima, tais crimes merecerão sempre uma resposta punitiva mais grave e mais severa do que a prevista para as demais infrações penais.

Já Alberto Silva Franco, ao analisar o conceito de hediondez adotado pela Lei n. 8.072/90, não considera como hediondo o delito que se revele repugnante, asqueroso, sórdido, depravado, abjeto ou horrível, por sua gravidade, ou por seu modo ou meio de execução, ou pela finalidade que presidiu a ação criminosa, mas aquele crime que:

[...] por um verdadeiro processo de colagem, foi rotulado como tal pelo legislador.

O crime é hediondo porque faz parte do elenco enumerado pela lei, e não porque apresenta características próprias, devidamente explicitadas.¹⁰

Talvez, este seja o conceito mais aceitável.

E a Lei n. 8.072/90 elenca diversas proibições aos condenados por crimes hediondos e equiparados, como a proibição da concessão de anistia, graça e indulto, a proibição de fiança e de liberdade provisória para os autores de crimes hediondos, e estabelece, em seu art. 2º, § 1º que terão de cumprir a pena imposta integralmente no regime fechado.

9 MONTEIRO, Antonio Lopes. *Crimes hediondos: textos, comentários e aspectos polêmicos*. São Paulo: Saraiva, 1992. p. 54.

10 FRANCO, José Alberto. *Crimes Hediondos*. Notas sobre a Lei 8.072/90. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 201.

A singularidade do tratamento e das características dos crimes hediondos torna-o um assunto de bastante relevância para o mundo jurídico, pois existem diversos posicionamentos sobre a matéria tratada. Até mesmo a posição de nossos Tribunais Superiores pode mudar, não sendo um entendimento a se perpetuar no tempo, conforme será examinado adiante acerca do novo posicionamento do STF que julgou pela inconstitucionalidade do citado art. 2º, § 1º, da Lei de Crimes Hediondos.

PROGRESSÃO DE REGIME PRISIONAL

CONSIDERAÇÕES GERAIS

O sistema penal brasileiro adota como fundamento o regime de progressão da pena, baseado em algumas características a serem apresentadas pelo sentenciado durante o cumprimento de sua pena, de tal modo a concedê-lo a possibilidade de reinserção gradativa na sociedade. De acordo com o seu comportamento e a sua capacidade de recuperação, vai o preso adquirindo o direito a passar de um regime mais rígido para um mais livre, até alcançar o livramento condicional.

Nesse sentido, o sistema progressivo de regime foi instituído com vistas à reinserção gradativa do condenado ao convívio social. Ele cumprirá a pena em etapas e em regime cada vez menos rigoroso, até receber a liberdade. Durante esse tempo, o preso será avaliado e só será merecedor da progressão caso a sua conduta assim recomende.

O mérito do condenado para a progressão de regime prisional (requisito subjetivo) diz respeito a seu bom comportamento carcerário e aptidão para retornar ao convívio social. Destarte, para que possa obter a progressão, entende-se que não basta o bom comportamento carcerário, sendo necessário, também, que esteja apto a ser colocado em regime menos rigoroso.

Mister salientar que contrariar essa filosofia penal, obrigando o preso a permanecer estacionado num mesmo regime durante todo o cumprimento da pena é algo repugnante do ponto de vista social, eis que lhe retira a possibilidade de recuperação dos valores perdidos por ocasião do cometimento do delito.

Acredita-se na alegação de que o regime progressivo tem um caráter pedagógico e restabelecedor, vez que se a pena privativa de liberdade, tão combatida atualmente pelo mundo jurídico, considerada modernamente

um mal necessário, pode ainda ser encarada como tendo um objetivo ressocializador, certamente, a regra que determina o cumprimento integral da pena em regime fechado aniquila de vez esse caráter ressocializador da pena, nos remetendo a período histórico medieval, em que ela era vista como mero castigo, simples retribuição.

Garantir ao preso a possibilidade de ser reinserido no corpo social, adquirindo novos valores, é um direito constitucionalmente garantido, senão explicitamente consignado no texto, abstraído do sistema de proteção individual que a Carta encerra. E isso só pode ser alcançado através da aplicação incondicional do regime progressivo de execução penal.

REQUISITOS PARA PROGRESSÃO DO REGIME PRISIONAL

Um dos instrumentos empregados para a verificação da aptidão para a progressão de regime é o exame criminológico, que será realizado quando for necessário.

O exame criminológico será realizado obrigatoriamente nos presos que se encontrem no regime fechado e facultativamente nos que estão no regime semiaberto (art. 8º da LEP). É uma espécie de exame de personalidade e tem a finalidade de obter elementos indispensáveis à classificação do sentenciado e à individualização da execução penal. Por isso, examina a personalidade do criminoso, sua periculosidade, eventual arrependimento, possibilidade de voltar a delinquir, etc., propondo as medidas necessárias para a recuperação. Por se tratar de perícia oficial, deve ser realizado por profissionais capacitados (psicólogos e psiquiatras).

Com efeito, o condenado com mal comportamento carcerário, que não queira trabalhar, com dificuldades para obedecer ao regulamento, que exiba sinais de periculosidade, demonstra com sua conduta não ser merecedor do benefício da progressão de regime prisional. É importante salientar que, em sede de execução penal, vige o princípio do *in dubio pro societate* (RT 744/579).

A classificação do condenado será feita por Comissão Técnica de Classificação, que é o órgão responsável pela elaboração do programa individualizador da execução da pena privativa de liberdade (art. 6º da LEP).

A Comissão Técnica de Classificação existe em cada estabelecimento prisional e é presidida pelo diretor e composta, no mínimo, por dois chefes de serviço, um psiquiatra, um psicólogo e um assistente social,

quando se tratar de pena privativa de liberdade. Nos demais casos, a Comissão atuará junto ao Juízo da Execução e será integrada por fiscais do Serviço Social (art. 7º da LEP).

Para a correta individualização da pena privativa de liberdade, a Comissão Técnica de Classificação deve valer-se do exame criminológico, nos casos em que ele é exigido (regime fechado), ou quando ele for necessário (regime semiaberto). A fim de obter dados reveladores acerca da personalidade do condenado, a Comissão poderá entrevistar pessoas; requisitar, de repartições ou estabelecimentos privados, informações e dados a respeito do condenado; realizar outras diligências e exames necessários (art. 9º da LEP). Não havendo exigência ou necessidade da realização do exame criminológico, a classificação será feita por exame de personalidade comum, em que serão colhidos elementos para a elaboração de um programa de individualização da execução da pena.

Individualizar a pena consiste em propiciar ao preso as condições necessárias para que possa retornar ao convívio social. A individualização deve ater-se a métodos científicos, nunca improvisados, iniciando-se com a classificação dos detentos, de forma que possam ser destinados aos programas de execução mais apropriados de acordo com suas necessidades pessoais. A individualização da pena é direito constitucional previsto no artigo 5º, XLVI, 1ª parte, da CF.

A Lei de Execuções Penais (LEP), em seu art. 112, dispõe que 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. Prevê, ainda, a norma em seu § 1º, que a decisão será sempre motivada e precedida de manifestação do Ministério Público e do defensor.

A Lei nº 10.792, de 1º de dezembro de 2003, deu nova redação ao artigo 112 da LEP, não mais exigindo que o mérito do condenado lhe seja favorável à progressão, bem como a manifestação do Conselho Penitenciário e exame criminológico, quando necessário.

Embora a lei tenha mantido o sistema progressivo, instituiu como requisitos para a progressão de regime apenas que o preso tenha cumprido ao menos um sexto da pena no regime em que se encontra e que ostente bom comportamento carcerário, atestado pelo diretor do estabelecimento prisional.

Por outro lado, as normas que vedam a progressão de regime prisional, no caso a Lei dos Crimes Hediondos, permanecem íntegras, uma vez que o artigo 112, *caput*, parte final, da LEP, em sua nova redação, dispõe expressamente que essas normas devem ser respeitadas. Assim, cometendo o agente crime hediondo, tráfico ilícito de entorpecentes ou drogas afins, ou terrorismo, deverá cumprir a pena em regime integral fechado, sendo vedada a progressão de regime, por expressa disposição legal do art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990, caso este que tem entendimento contrário a nossa Suprema Corte no julgamento da HC 82.959, conforme será examinado pormenorizadamente adiante, sendo este o objeto desta dissertação monográfica.

Além do bom comportamento carcerário do condenado, para que possa ser deferida a progressão, há necessidade do cumprimento de pelo menos um sexto da pena no regime em que se encontra (requisito objetivo), sendo vedada a progressão por salto, ou seja, pulando um dos regimes.

Outra imposição da lei para a progressão é a prévia manifestação do Ministério Público e do Defensor, e que a decisão judicial seja motivada (art. 112, § 1º, da LEP). Observamos que a manifestação do Ministério Público e a fundamentação da decisão judicial sempre foram requisitos necessários nos procedimentos afetos às execuções penais. O Ministério Público possui a atribuição de fiscalizar a execução da pena e da medida de segurança, oficiando em todos os processos e incidentes da execução (art. 67, da LEP). À Defesa cabe defender os interesses do condenado, podendo requerer o que de direito para a obtenção da progressão de regime.

Entretanto, mesmo com a modificação do artigo 112 da LEP, entendemos que o Juiz pode determinar o exame criminológico quando o preso tiver praticado crime doloso com o emprego de violência ou grave ameaça à pessoa, ou seja, se houver necessidade de ser aferido o mérito do condenado. Isso porque o artigo 33, § 2º, do Código Penal, de forma genérica, diz que a pena privativa de liberdade deve ser executada de forma progressiva e segundo o mérito do condenado. Ora, se o Juiz das Execuções Penais tiver dúvidas sobre a cessação da periculosidade do condenado, deverá condicionar a progressão de regime prisional ao exame criminológico.

Seria um contrasenso permitir a progressão, ou até mesmo a liberdade, para alguém que ainda não possui condições de retornar ao convívio social. Assim, se o exame criminológico concluir que o preso não tem condições de progredir de regime prisional, o juiz deverá indeferir a pro-

gressão, dada à natureza do sistema progressivo de regime, que pressupõe a readaptação gradativa do preso à liberdade.

Infelizmente, essa nova lei veio contrariar os anseios da sociedade, que exige punições mais rígidas para os criminosos violentos. Da forma como a lei foi criada, inúmeros criminosos perigosos e que não possuem condições de retornar ao convívio social poderão ser colocados na rua, uma vez que surgirão decisões no sentido de que basta o cumprimento de um sexto da pena e bom comportamento carcerário, atestado pelo diretor do estabelecimento prisional, para que o condenado possua o direito subjetivo de progredir de regime prisional.

O § 4º do artigo 33 do Código Penal, acrescido pela Lei n. 10.763, de 12 de novembro de 2003, estabelece que o condenado por crime contra a administração pública terá a progressão de regime de cumprimento de pena condicionada à reparação do dano que causou ou à devolução do produto do ilícito praticado, com os acréscimos legais. Os crimes contra a administração pública vêm descritos nos artigos 312 a 359-H do Código Penal.

Cumpre-nos ressaltar que não são todos os delitos que causam dano efetivo à administração pública ou que resultam produto em decorrência da sua prática. Produto do crime é a coisa adquirida diretamente com a prática criminosa (ex.: coisa subtraída), ou mediante sucessiva especificação (ex.: jóia feita com ouro desviado), ou conseguida mediante alienação (ex.: dinheiro da venda do objeto apropriado), ou criado com o crime (ex.: moeda falsa). Assim, produto do crime é todo bem material conseguido direta ou indiretamente com a prática criminosa.

Há delitos que somente ocasionam dano potencial sem que ocorra prejuízo material concreto para a administração pública ou a possibilidade da obtenção de algum proveito material para o sujeito (produto do crime). Nesses casos, não há o que ser indenizado ou restituído. Assim, a condição somente será implementada quanto aos crimes que resultem dano material efetivo à administração pública ou que gerem proveito material para o criminoso, como nos delitos de peculato-tipo e peculato-furto (o peculato culposo possui regra própria), peculato mediante erro de outrem, corrupção passiva, concussão, sonegação de contribuição previdenciária, e outros.

Observamos, ainda, que a norma não contempla a hipótese, como ocorre em alguns delitos, de o sujeito deixar de indenizar a administração pública ou de restituir o produto do crime, quando não puder fazê-lo. De acordo com o dispositivo, o sujeito, para progredir de regime, deve neces-

sariamente reparar o dano de maneira genérica, seja restituindo o produto ilicitamente auferido ou indenizando a administração pública e terceiro eventualmente prejudicado, com as devidas atualizações monetárias.

Por outro lado, a ausência da devolução do produto do ilícito ou da reparação do dano impede somente a progressão de regime de cumprimento de pena, não sendo óbice para outros benefícios, como a graça, o indulto, o livramento condicional, e outros.

PROGRESSÃO DE REGIME PRISIONAL NOS CRIMES HEDIONDOS DA INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 2º, § 1º DA LEI DE CRIMES HEDIONDOS (LEI Nº 8.072, DE 25/07/1990) E O POSICIONAMENTO DO STF NO HC 82.959/SP

Segundo entendimento de alguns renomados juristas¹¹ a mudança ocorrida no texto original do art. 2º, § 1º, foi defendida por boa parte da doutrina, desde o primeiro momento de vigência da Lei dos Crimes Hediondos. Em síntese, os penalistas sempre entenderam que esta norma – de absoluta proibição a priori – contrariava os princípios constitucionais de maior grau de hierarquia normativa da individualização e da humanidade da pena, além dos princípios do devido processo legal e da igualdade.

Posteriormente, a aprovação da Lei contra a Tortura trouxe um argumento ainda mais forte em favor da doutrina que veio a corroborar com a sustentação de derrogação do § 1º, do art. 2º, da Lei dos Crimes Hediondos.

Como o § 7º, do art. 1º, da Lei contra a Tortura, determina que o condenado deve iniciar o cumprimento da pena em regime fechado, ficou claro – tanto para a doutrina como para a jurisprudência – que poderia ser concedida a progressão para o regime semiaberto ao condenado por essa espécie de crime hediondo, pois o que a lei exige é que o processo de execução da pena seja iniciado em regime fechado. Para boa parte da doutrina, a proibição prevista no § 1º, do art. 2º, da Lei de Crimes Hediondos, havia sido revogada pelo disposto no § 7º, do art. 1º, da Lei 9.455/97.

11 LEAL, João José. *Crimes Hediondos*. Op. cit., p. 209 e segs.; FRANCO, Alberto Silva. *Crimes Hediondos*. Op. cit., p. 149; MONTEIRO, Antônio Lopes. *Crimes Hediondos*. São Paulo: Saraiva, 1992. p. 122; BARTOLI, Márcio. Crimes Hediondos. *Revista dos Tribunais*, 684/299; TOLEDO, Francisco de Assis. Crimes Hediondos. *Fascículos de Ciências Penais*, v. 5, n. 2, p. 68, abr./jun. 1992.

Destarte, com a promulgação da lei supracitada, há posicionamentos doutrinários e até mesmo jurisprudenciais de que o art. 2º da Lei nº 8.072/90 foi revogado pelo sistema processual implantado por aquele diploma, que regula inteiramente e de forma diversa a matéria tratada, permitindo ao acusado responder ao processo em liberdade, bem como iniciar o cumprimento da pena em regime fechado, o que traz de volta ao seio de crimes como o de tortura e a ele equiparados a progressão de regime.

De se registrar que o Superior Tribunal de Justiça (STJ), no julgamento do Recurso Especial nº 140.617-GO (97/0049790-9), no voto condutor do Min. Relator Luiz Vicente Cernicchiaro, guiado pelos ensinamentos de mestres como Ney Moura Teles e Luiz Flávio Gomes, acolheu a tese de que a Lei de Tortura revogou as disposições do art. 2º do diploma em estudo, acórdão esse cuja ementa tomou o seguinte teor:

RESP. – CONSTITUCIONAL – PENAL – EXECUÇÃO DA PENA – CRIMES HEDIONDOS (LEI Nº 8.077/90) – TORTURA (LEI Nº 9.455/97) – EXECUÇÃO – REGIME FECHADO – A Constituição da República (art. 5º, XLIII) fixou regime comum, considerando-os 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. A Lei nº 8.072/90 conferiu-lhes a disciplina jurídica, dispondo: “a pena por crime previsto neste artigo será cumprida integralmente em regime fechado” (art. 2º, § 1º). A Lei nº 9.455/97 quanto ao crime de tortura registra no art. 1º – 7º: “O condenado por crime previsto nesta Lei, salvo a hipótese do § 2º, iniciará o cumprimento da pena em regime fechado. A Lei nº 9.455/97, quanto à execução da pena, é mais favorável do que a Lei nº 8.072/90. Afetou, portanto, no particular, a disciplina unitária determinada pela Carta Política. Aplica-se incondicionalmente. Assim, modificada, no particular a Lei dos Crimes Hediondos. Permitida, portanto, quanto a esses delitos, a progressão de regimes”. (STJ – 6ª T – REsp. nº 140.617-GO (97/0049790-9) – Rel.: Min. Luiz Vicente Cernicchiaro – j. 12.9.97).

Todavia, no tocante à norma proibitiva sob exame, a jurisprudência percorreu caminho diverso daquele trilhado pela doutrina. Foi um caminho tortuoso, marcado por uma hermenêutica de comprometimento com o sentido meramente literal da lei positiva, até a votação pelo ST do HC 82.959/SP.

Ressalva-se, no entanto, que em sua primeira decisão sobre a matéria, a Suprema Corte havia rejeitado a tese de inconstitucionalidade do dispositivo penal em exame, sob o fundamento de que a Constituição Federal de 1988 conferiu ao legislador ordinário a prerrogativa de fixar, para os crimes hediondos, o cumprimento da pena em regime fechado. Ao analisar a obrigatoriedade de cumprimento da pena em regime integralmente fechado, a súmula do acórdão do Tribunal Pleno, que teve como relator o então ministro Paulo Brossard, ficou assim redigida:

À Lei Ordinária compete fixar os parâmetros dentro dos quais o julgador poderia 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. Ordem conhecida, mas indeferida (HC nº 69.603-SP, DJU, 23-4-93, RT, 696/438).¹²

O entendimento da Suprema Corte foi adotado pelo STJ, que acabou consolidando a posição de que o condenado por crime hediondo não tem direito à progressão no regime prisional, mesmo que, na sentença condenatória, não tenha sido utilizada a expressão “integralmente fechado”. (HC 15.755-MG, 6ª Turma, DJU de 28.05.01, p. 209; HC 15.566-SP, 6ª Turma, DJU 28.05.01, p. 173; HC 14.926-SP, 6ª Turma, DJU 07.05.01, p. 161; REsp 271.977-SC, 5ª Turma, DJU de 07.05.01, p. 158).

Assim sendo, com apenas algumas decisões isoladas e marginais em contrário de tribunais estaduais ou federais, a jurisprudência manteve o entendimento em favor da constitucionalidade do então § 1º, do art. 2º, da Lei de Crimes Hediondos.

12 Este entendimento, rejeitando a tese de inconstitucionalidade do § 1º, do art. 2º, da LCH, foi adotado em diversos outros julgamentos do STF: HC nº 69.657 - SP, DJU, 18-6-93, p. 12.111; HC nº 70.044 - SP, DJU, 7-5-93, p. 8.330; HC nº 70.121 - SP, DJU, 16-4-93, p. 758; HC nº 70.296 - UF, DJU, 24-9-93, p. 19.576; HC nº 70.467 - MS, DJU, 3-9-93, p. 17.744; HC nº 70.657 - MG, DJU, 29-4-94, p. 9.716; nº 70.939 - SP, DJU, 3-6-94, p. 13.854 e acabou consolidando o entendimento jurisprudencial, não só da Corte Suprema, mas dos demais tribunais inferiores.

ADEQUAÇÃO DA LEI DE CRIMES HEDIONDOS AO PRINCÍPIO DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA E A JURISPRUDÊNCIA DO STF

Conforme visto alhures, após dezesseis anos de muita controvérsia, o STF mudou o seu entendimento sobre a possibilidade de progressão de regime nos chamados crimes hediondos, ao votar o HC 82.959-SP, em sua sessão plenária ocorrida em 23.02.2006.

Embora declarada de forma incidental, a decisão passou a ser interpretada como declaratória de inconstitucionalidade, com eficácia *erga omnes* da norma proibidora do direito à progressão de regime prisional, como será examinado em linhas posteriores.

Diante da mudança de entendimento do STF, tornou-se imperiosa a revogação ou, no mínimo, a alteração do mais rigoroso dispositivo (art. 2º e seus incisos e parágrafos), da Lei de Crimes Hediondos.

Com a aprovação da Lei 11.464/2007, já não haverá mais qualquer divergência doutrinária ou jurisprudencial: a nova lei permite a progressão de regime. 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. O que o diferencia dos demais condenados, conforme veremos abaixo, é a obrigação de cumprimento de um tempo maior da pena para obter o direito à progressão.

Pode-se dizer que a Lei 11.464/07 reflete o novo entendimento jurisprudencial do STF e dos demais tribunais, além de perfilhar dispositivos das duas leis penais que reprimem os crimes hediondos de tortura e de tráfico ilícito de drogas. Está de acordo, também, com o pensamento da doutrina penal, que sempre defendeu a tese da progressão de regime prisional. Nesse tocante, cabe reconhecer que a nova lei contribui para tornar o sistema penal menos assimétrico.

REQUISITOS PARA A PROGRESSÃO DE REGIME PRISIONAL POR CRIME HEDIONDO

Com a nova redação, que lhe foi dada pela Lei 11.464/07, o texto original do § 2º, art. 2º, da Lei de Crimes Hediondos, que se referia ao direito de apelar em liberdade, foi deslocado para constituir um terceiro

parágrafo. O novo texto do § 2º, agora dispõe sobre a progressão de regime e está assim redigido:

A progressão de regime, no caso de condenados aos crimes previstos neste artigo, dar-se-à após o cumprimento de 2/5 (dois quintos) da pena, se o apenado for primário, e de 3/5 (três quintos), se reincidente.¹³

O dispositivo em exame prescreve que a progressão de regime “dar-se-à após o cumprimento de”, sem estabelecer qualquer outro requisito legal para a obtenção deste benefício penal.

Por conseguinte, cabe indagar se, além deste requisito de ordem temporal, deve ser exigido outro, como o bom comportamento carcerário, previsto no art. 112, da Lei de Execução Penal – LEP, requisito, aliás, exigível dos demais apenados por crime não-hediondo.

Pode-se argumentar que a Lei de Crimes Hediondos criou um subsistema punitivo especial e autônomo, em relação ao sistema penal codificado. É, portanto, um subsistema integrado por um conjunto próprio e autônomo de normas penais criadas para o controle, a repressão e a execução penal desta categoria criminal de maior gravidade. Em decorrência, e com base na regra da interpretação restritiva da lei penal, não seria possível exigir-se outra condição legal para a progressão de regime, além desta prevista expressamente no texto do § 2º, do art. 2º, da Lei de Crimes Hediondos.

Comunga-se, no entanto, que não é este o sentido do direito contido no parágrafo em exame. É preciso interpretar e aplicar o novo comando normativo contido no § 2º, do art. 2º, da LCH, em consonância com o disposto no art. 33, § 2º, do Código Penal, que condiciona a progressão de regime ao mérito do condenado. Portanto, a lei penal é expressa na exigência do merecimento, ou seja, do bom comportamento carcerário, para que o condenado tenha direito ao avanço no regime prisional.

Necessário compreender, também, que o art. 112, da LEP, foi objeto de derrogação apenas em sua parte relativa ao tempo de cumprimento da pena como requisito para a progressão de regime dos apenados por crime hediondo. No tocante ao mérito prisional, este dispositivo da LEP continua com sua vigência e eficácia preservadas. E é taxativo ao estabelecer que

13 LEGISLAÇÃO BRASIL. Lei nº 11.464/07.

a progressão fica sujeita ao bom comportamento carcerário, comprovado pelo diretor do estabelecimento.

Parece-nos certo que o juiz, no entanto, não está obrigatoriamente vinculado ao atestado de bom comportamento carcerário. Poderá acatá-lo ou rejeitá-lo, se entender que as informações prestadas pelo diretor do estabelecimento prisional não se conformam com os fins maiores dos princípios da individualização da pena e da segurança coletiva.

Por isso, em casos de especial gravidade ou complexidade, cremos que o juiz deverá determinar, ainda, que o condenado seja submetido ao exame criminológico, previsto no caput do art. 34, do CP e 8º, parágrafo único, da LEP, para fundamentar a sua decisão de conceder ou não o direito à progressão.

Quanto a este polêmico exame, é preciso frisar que o STF já decidiu pela sua validade, sempre que o juiz da execução fundamentar a sua necessidade, em face da gravidade e complexidade do caso. Para a Suprema Corte, se a obrigatoriedade do exame criminológico, para fins de progressão de regime, foi abolido pela Lei 10.792/03, “nada impede que, facultativamente, seja requerido o exame pelo juiz da execução”. (HC 86.631-PR – rel. min. Ricardo Lewandowski. No mesmo sentido: HC 85.688-PR, rel. min. Celso de Mello; HC 88.149-GO, rel. min. Sepúlveda Pertence; HC 84.811-PR, rel. min. Joaquim Barbosa; HC 85.484-DF, rel. min. Gilmar Mendes; HC 88.533-PE, rel. min. Sepúlveda Pertence).

A comprovação do bom comportamento prisional, portanto, continua sendo requisito indispensável para a progressão de regime prisional.

Destaca-se também como requisito que o condenado por crime hediondo precisa cumprir parte de sua pena em regime inicialmente fechado, para alcançar o direito à progressão. No caso de ser primário, exige a lei o cumprimento de dois quintos da pena. Por exemplo, o condenado a dez anos de reclusão, pelo crime de homicídio qualificado, se primário, deverá cumprir mais de quatro anos em regime inicialmente fechado, antes da progressão ao semiaberto.

Entende-se que se trata de conceito especial de primariedade, aplicável apenas aos condenados por crime não hediondo. Portanto, diverso daquele geral, estabelecido no CP. Cremos que, para o fim de aplicação desta norma penal especial mais rigorosa, primário será todo aquele que ainda não tenha sido condenado por crime hediondo, no momento da prática do crime hediondo posterior e objeto da condenação posterior.

Se o crime anterior, com sentença condenatória transitada em julgado, não tiver sido classificado como hediondo, o agente, no momento da condenação por crime posterior desta espécie, deve ser considerado ainda primário. Portanto, poderá progredir de regime prisional após o cumprimento de dois quintos da pena e não de três quintos.

No caso de reincidente, o tempo de cumprimento da pena para a progressão é de três quintos. Assim, o condenado a dez anos de reclusão deverá cumprir, no mínimo, seis anos em regime fechado para ter direito à progressão ao regime semiaberto, que somente será concedida se comprovado, também, o bom comportamento carcerário.

Uma interpretação mais colada à literalidade da dicção deste dispositivo legal pode conduzir à leitura de que a reincidência ocorrerá mesmo quando o crime anterior não tenha sido considerado hediondo. Ou seja, basta que, no momento da prática do crime hediondo, objeto da condenação posterior, o agente já tenha sido condenado por qualquer outro crime, como, por exemplo, pelo crime de furto.

Entende-se que o conceito de reincidência – para o fim de aplicação desta norma penal de maior rigor – não coincide com aquele descrito no art. 63, do Código Penal e aplicável ao condenado pelas demais infrações penais não hediondas. Cremos que somente poderá ser considerado reincidente e obrigado a cumprir três quintos da pena, antes do direito à progressão, o agente que cometer um novo crime hediondo, após ter sido condenado por crime desta mesma espécie, aí incluídos os crimes de tortura, de tráfico ilícito e de terrorismo.

Ensina Júlio Fabrini Mirabete que:

É verdade que a nova lei não utiliza a expressão “reincidente específico em crimes dessa espécie”, como utilizou no caso do livramento condicional (art. 83, inciso V, do CP). Mas é preciso reconhecer que a Lei de Crimes Hediondos criou um subsistema punitivo especial ou próprio. Por isso, é válido argumentar que a reincidência, ali tratada de forma especial, refere-se à superposição de crimes catalogados como hediondos.¹⁴

14 MIRABETE, Júlio Fabrini. *Manual de Direito Penal* – Parte Geral. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2004. p. 336, 339.

Salienta-se que a posição hermenêutica aqui defendida parte da premissa de que, na hipótese de crime hediondo, os novos marcos de cumprimento da pena para a progressão são indiscutivelmente bastante mais severos do que o período de apenas um sexto, exigido dos condenados – primários ou reincidentes – pelos demais crimes não hediondos. Entre estes, pode estar o autor de um homicídio simples ou de um roubo qualificado por lesões gravíssimas contra a vítima.

Em que pese ao crime de “tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins”, surge outro problema de hermenêutica: que tipos penais devem ser incluídos no âmbito de abrangência desta expressão normativa, para o fim de se exigir os prazos de cumprimento de dois e três quintos da pena, com vista à progressão de regime? A questão surge à medida em que a Lei nº 11.343/2006 – atual Lei Antidrogas – incrimina diversas condutas sem dar-lhes nomes jurídicos próprios ou distintos.

Um ponto de convergência doutrinária e jurisprudencial repousa na distinção entre o crime de tráfico ilícito e o de porte para consumo pessoal de droga. Nesta última hipótese, encontram-se incluídas as modalidades típicas de menor e de médio potencial ofensivo, previstas na Lei Antidrogas: oferecimento de drogas para consumo em conjunto (art. 33, § 3º); prescrição culposa de drogas (art. 38); e condução de embarcação ou aeronave após consumo de droga (art. 39 e parágrafo único).

Portanto, os autores dessas condutas de menor ou de médio potencial ofensivo, previstas na Lei Antidrogas, não estão sujeitos à norma contida no art. 2º, § 2º, da Lei de Crimes Hediondos, que estabelece requisitos de maior rigor para o reconhecimento do direito à progressão de regime. Aliás, o autor da infração penal de porte para uso pessoal de droga não está mais sujeito à pena privativa de liberdade. Nesta hipótese, não se pode falar sequer de progressão de regime.

No entanto, é preciso não esquecer que a Lei Antidrogas define outros tipos penais associados ao tráfico: petrechos para o tráfico de drogas (art. 34); associação para o tráfico (art. 35, parágrafo único); financiamento do tráfico (art. 36), e colaboração ao tráfico de drogas (art. 37). Em relação a estes tipos penais, seria possível argumentar que constituem espécies de crime de tráfico de drogas?

No tocante aos crimes de associação e de colaboração para o tráfico, parece não haver maior dificuldade para excluí-los da condição de tipos equiparados à categoria criminosa mais grave. O primeiro, durante a

vigência da lei anterior, já foi objeto de decisões no sentido de que não se trata de crime hediondo.

Quanto ao crime de colaboração para o tráfico, a Lei 6.368/76 considerava-o como um dos tipos penais equiparados ao crime de tráfico (art. 12, § 2º, inciso III). Porém, a atual Lei Antidrogas deu-lhe nova redação, diminuiu a quantidade de pena e outorgou-lhe autonomia tipológica em face do tipo penal básico de tráfico ilícito, definido no *caput*, art. 33, dessa lei repressiva especial. Deixou, por isso, de ser um dos tipos penais equiparados ao tráfico ilícito de drogas.

Não se tratando propriamente de crimes de “tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins”, a estes dois tipos penais relacionados, mas não equiparados ao crime maior de tráfico ilícito, não se aplica a norma de maior rigor quanto à progressão de regime, prevista no § 2º, do art. 2º, da Lei de Crimes Hediondos.

Compartilha-se com a ideia de que apenas os tipos penais definidos nos arts. 33, *caput* e suas modalidades típicas previstas no § 1º, incisos I a III, 34 e 36, da Lei 11.343/2006, é que podem ser enquadrados na denominação jurídico-penal “tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins”. Em consequência, somente os condenados por estes tipos penais ficam sujeitos ao cumprimento de dois ou de três quintos da pena, como requisito objetivo para alcançar uma possível progressão de regime.

RETROATIVIDADE E IRRETROATIVIDADE DA LEI Nº 11.464/07

Eis uma questão que ainda parte a opinião dos nossos penalistas, pois não tem um entendimento pacífico.¹⁵ A maioria dos doutrinadores entende que a nova lei, aparentemente mais favorável ao infrator, é na verdade mais

15 GOMES, Luiz Flávio. Lei nº 11.464/2007: liberdade provisória e progressão de regime nos crimes hediondos. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 11, n. 1371, 18 janeiro, 2008. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9686>>. Acesso em: 18 jan. 2008. SILVA, Amaury. Crimes hediondos: Lei nº 11.464/2007 e fatos pretéritos. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 11, n. 1371, 18 janeiro, 2008. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9687>>. Acesso em: 18 jan. 2008. GRECO, Lucas Silva e. Lei nº 11.464/07: progressão de regime de cumprimento de pena também para condenados pela prática de crimes hediondos. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 11, n. 1371, 3 abr. 2007. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9689>>. Acesso em: 18 janeiro 2008. BASTOS, Marcelo Lessa. Crimes hediondos, regime prisional e questões de direito intertemporal. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 11, n. 1.380, 12 janeiro, 2008. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9734>>. Acesso em: 12 jan. 2008. SILVA, Ivan Luís Marques da. Previsões sobre a Lei nº 11.464/2007. Da resolução “indireta” do Senado Federal sobre a inconstitucionalidade da vedação à progressão de regime para os crimes hediondos. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 11, n. 1.395, 27 abr. 2007. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9815>>. Acesso em: 18 jan. 2008.

severa. Portanto, sua eficácia retroativa, consagrada nos arts. 5º, inciso XL, e 2º, parágrafo único, do CP, deve ser afastada. Não sendo norma penal mais benéfica, não pode ser aplicada aos casos pretéritos, mas tão-somente aos crimes cometidos a partir de sua vigência, em 29 de março de 2007.

Em síntese, esta corrente doutrinária entende que a decisão do STF, que julgou inconstitucional a proibição de progressão de regime, contida na versão original do § 1º, do art. 2º, da LCH, tem eficácia *erga omnes* e que, portanto, garantiu o direito a este benefício executório penal a todos os condenados por crime hediondo, a partir de 23.02.2006. Os requisitos, legalmente exigidos para a concessão da progressão, são os previstos no art. 112, da LEP, ou seja, bom comportamento carcerário e cumprimento de um sexto da pena.

Como a nova lei passou a exigir, no mínimo, dois quintos de cumprimento da pena para a progressão, é evidente que se trata de norma de natureza penal mais rigorosa. Portanto, deve ser submetida à regra da irretroatividade, em termos de sua eficácia temporal.

Parte da doutrina, no entanto, entende que a decisão do STF não tem eficácia *erga omnes*, pois foi proferida no espaço hermenêutico judicial do controle difuso, para atender tão-somente à demanda jurídica de um caso concreto. Em consequência, a decisão não teria força vinculante para desconstituir as demais situações jurídicas relacionadas à progressão de regime dos apenados por crime hediondo, que permaneceriam regidas por uma lei vigente e aprovada segundo o processo legislativo previsto na Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 1988.

Há, ainda, o argumento de que, no espaço político-jurídico do Estado Democrático, a produção do Direito é função constitucionalmente privativa do Poder Legislativo, não cabendo ao Poder Judiciário extrapolar a sua competência estritamente jurisdicional para criar o direito, principalmente, contra expressa disposição legal. Para esta corrente doutrinária, a mencionada decisão do STF não criou um direito à progressão após o cumprimento de um sexto da pena.

Em consequência, a norma contida na lei em exame deve ser considerada mais favorável ao infrator, se comparada com a anterior, agora revogada e que não admitia a progressão de regime prisional. Sendo norma penal mais benéfica, está sujeita, portanto, à regra da retroatividade consagrada nos arts. 5º, inciso XL, e 2º, parágrafo único, do CP, devendo ser aplicada não somente aos casos futuros, mas também a todos os casos pretéritos.

É verdade que a decisão do STF, manifestada pela maioria de seus membros, não ficou devidamente explicitada quanto ao alcance de sua eficácia, em relação ao direito à progressão para os demais condenados por crime hediondo. Na verdade, a questão relativa aos efeitos *erga omnes* da decisão, embora por diversas vezes discutida durante a longa e polêmica votação, não foi objeto da necessária notificação ao Senado Federal para que, nos termos do art. 52, inciso X, da Constituição Federal, tomasse a iniciativa de suspender a execução da norma acoimada de inconstitucional.

No entanto, é preciso ressaltar que:

O Tribunal, por votação unânime, explicitou que a declaração incidental de inconstitucionalidade do preceito legal em questão não gerará consequências jurídicas com relação às penas já extintas nesta data, pois esta 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 (STF: HC 82.959-SP).

Dessa forma, parece estar evidenciado que o STF, ao reconhecer – mesmo que de forma incidental – a inconstitucionalidade da norma proibitiva da progressão de regime, prevista na Lei de Crimes Hediondos, garantiu o direito dos condenados por crime hediondo a postular a obtenção deste benefício penal, após o cumprimento de mais de um sexto da pena. Pode-se dizer que, após a declaração de inconstitucionalidade pelo STF, a norma contida no § 1º, do art. 2º, da Lei de Crimes Hediondos, em exame, manteve sua vigência formal, mas perdeu sua completa eficácia jurídica.

Se isso é juridicamente verdadeiro, é preciso admitir que, até a vigência da Lei 11.464/07, prevalecia uma situação jurídica bem mais favorável aos condenados por crime hediondo, que tiveram o direito garantido de postular a progressão de regime, após cumprimento de um sexto da pena.

Mesmo que tenha sido criado por decisão judicial, a verdade é que se trata de um direito aplicável a todos os condenados por crime hediondo que, naquele momento jurídico, encontravam-se na mesma situação jurídica, em termos de progressão de regime prisional.

Em consequência, todos os que tenham praticado crime hediondo antes da vigência da Lei 11.464/07 – aí incluídos os autores dos crimes de

tráfico ilícito de drogas e tortura – poderão pleitear a progressão de regime prisional após o cumprimento de um sexto da pena. Basta que comprovem o bom comportamento carcerário.

Assim sendo, cremos que a nova norma penal, aparentemente mais benéfica por reconhecer um benefício até então negado pela lei, agora formalmente revogada, é indiscutivelmente mais rigorosa. Por isso, não se pode reconhecer-lhe eficácia retroativa. Sua eficácia somente alcançará os condenados por crime hediondo praticado após a sua vigência, em data de 29.03.2007.

A PROGRESSÃO DO REGIME PRISIONAL E OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS PENAIS

Finalmente, cabe um breve comentário sobre a Lei 11.464/07, à luz da moderna Política Criminal e dos princípios penais consagrados pela Constituição Federal. Quanto a estes, cremos que, com a nova lei, o subsistema punitivo de maior severidade penal representado pela Lei de Crimes Hediondos reconciliou-se com os princípios da individualização da pena, da igualdade penal e, em parte, também, com o princípio da humanidade da pena, consagrados no art. 5º, *caput*, e incisos XLVI e XLVII, da Constituição Federal.

Com a promulgação do novo texto da lei que veio alterar a lei de crimes hediondos, todos os condenados têm o direito assegurado de pleitear a progressão de regime prisional. Basta que atendam aos requisitos legais. Com isso, a nova lei colocou o processo de execução penal nos trilhos por onde trafega o princípio da igualdade penal. Trata-se, é verdade, de uma igualdade relativa, pois ainda dispensa tratamento de maior severidade aos condenados por crime hediondo, mas garante-lhes, assim mesmo, o mesmo direito assegurado aos demais condenados por crime não hediondo.

Com o direito à progressão assegurado, o pressuposto prático do princípio da individualização da pena foi restabelecido pela lei penal em exame. A partir de agora, os juízes não se encontram mais impedidos de decidir, com a devida discricionariedade, sobre este relevante e básico componente do princípio individualizador.

Quanto ao princípio da humanidade da pena, já foram formuladas críticas ao rigor – visto como desproporcional – representado pela nova exigência de cumprimento de dois ou de três quintos da pena para a progressão de regime. Realmente, é preciso reconhecer a severidade deste lap-

so temporal bem maior de cumprimento da pena, se comparado ao prazo exigido dos demais condenados por crime não hediondo – mesmo os reinidentes – que é de apenas um sexto para a progressão de regime.

Nesse ponto, cremos que a nova lei representa uma resposta do Parlamento à opinião pública que tem se manifestado, com veemência, a favor de um Direito Penal de maior severidade como instrumento de combate – discutível é verdade – aos elevados e assustadores índices da violência brasileira. Esqueceu o legislador que, após 17 anos de vigência da LCH, com o seu leque normativo de maior severidade, a criminalidade violenta não diminuiu em nosso país.

Se estes novos marcos temporais de cumprimento de pena em regime inicialmente fechado são efetivamente desumanos e, portanto, juridicamente inadmissíveis, é uma questão que precisa ser discutida e refletida com base nos princípios da moderna Política Criminal. Cremos que uma reflexão séria e desideologizada acerca das regras politicamente mais adequadas do sistema punitivo em seu conjunto e do processo de execução penal de forma específica, deve considerar os princípios constitucionais penais garantidores da liberdade individual, mas também o princípio da segurança pública, dever do Estado e direito e responsabilidade de todos os cidadãos.

Formalmente, cabe reconhecer que a nova lei, ao afastar uma proibição inconstitucional, por atentar contra os princípios da humanidade e da individualização da pena e restabelecer o direito à progressão, avançou no sentido de tornar nosso direito penal menos rigoroso e mais coerente com o sistema penitenciário progressivo.

Sabe-se que, entre outros princípios básicos que regem a execução penal, nossa melhor doutrina aponta os da isonomia e da personalização da pena.

Isonomia significa tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na exata medida de suas desigualdades. Em virtude desse princípio constitucional (art. 5º, *caput*), não podemos dar o mesmo tratamento a condenados que tenham condições pessoais diversas. Se um apenado “ostentar bom comportamento carcerário”, mas não tiver nenhuma condição psicológica para retornar ao convívio social fora do estabelecimento penitenciário, não poderá ser tratado de maneira idêntica à de um outro que também seja bem comportado e tenha total condição psicossocial de sair da prisão.

Se interpretarmos que a avaliação da personalidade do sentenciado para obtenção da progressão de regime ou do livramento condicional se resume à simples análise de um “atestado carcerário”, estaremos dando azo ao total descumprimento do princípio constitucional da isonomia. Ademais, estaríamos fragilizando por demais a sociedade, sendo certo que com um exame mais apurado acerca da personalidade e conduta social do segregado, maior o acerto acerca de sua volta ou não ao seio social, quando preenchido o critério objetivo.

O executor da lei também é obrigado a cumprir o princípio da igualdade, razão pela qual o juiz, conforme o caso concreto, mesmo sob a égide da Lei n. 10.792/03, deve requisitar o exame criminológico e o parecer da CTC para verificação dos requisitos subjetivos do apenado, quando este for perigoso ou no caso de ser constatado algum dado negativo sobre ele, ou, ainda, pela hediondez da conduta.

O princípio da personalização da pena visa dar tratamento reeducativo ao condenado de maneira individualizada durante a execução, pois é baseado nos antecedentes e personalidade, evitando a massificação da execução (arts. 5º e 6º da LEP). Em virtude disso, para cada sentenciado pressupõe-se um tipo diferente de execução, com o objetivo de se cumprir o princípio da individualização da pena previsto no art. 5º, inc. XLVI, da Constituição Federal. Princípio este que, inclusive, foi o norte utilizado pelo Supremo para reconhecer a inconstitucionalidade do § 1º, do artigo 2º, da Lei n. 8.072/90.

Ao comentar o referido dispositivo constitucional, Luiz Luisi afirma que o “processo de individualização da pena se desenvolve em três momentos complementares: o legislativo, o judicial e o executório”.¹⁶ Aplicada a sanção penal pela individualização judiciária, esta vai ser efetivamente concretizada com sua execução. Nesse sentido, bem observa Aníbal Bruno, “ai é que a sanção penal começa verdadeiramente a atuar sobre o delinquente, que se mostrou insensível à ameaça contida na cominação”.¹⁷

Guilherme de Souza Nucci leciona que é na terceira fase da individualização que se “faz com que a pena amolde-se, ao longo do seu cumprimento, às necessidades de ressocialização do preso, conforme seu

16 LUISI, Luiz. *Os Princípios Constitucionais Penais*. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2003. p. 52.

17 Aníbal Bruno, 2003. p. 55.

merecimento. Frise-se, pois, que tal processo constitucionalmente idealizado não foi alterado”.¹⁸

A jurisprudência também tem aceitado o entendimento de que a nova redação emprestada pela Lei n. 10.792/03, ao artigo 112 da LEP, apesar de não constar dentre os seus requisitos o “exame criminológico”, não o tornou dispensável, em casos específicos, como nos crimes hediondos. Vejamos:

Processo Penal – Execução Penal – Recurso de Agravo – Progressão de regime prisional – exame criminológico – art. 112 da LEP (Lei n. 10.792/03) – Condição para a progressão da pena prevista no Código Penal e na Lei n. 7.210/84 – Mesmo com a nova redação do mencionado artigo 112 da LEP, convém recorra o Juiz, se entender pertinente, ao exame criminológico para melhor avaliar a pretensão do sentenciado em progredir de regime. Recurso desprovido. (TAPR – AG 0280276-2 – (233841) – Curitiba – 5ª C. Crim. Rel. Juíza Sônia Regina de Castro – DJPR 01.04.2005) JLEP. 112.

CONCLUSÃO

Pelo que fora exposto no decorrer desta monografia, ficou evidenciado que com o intuito de combater a denominada criminalidade que mais preocupa a população (estupro, latrocínio, etc.), o legislador brasileiro, em 1990, com fundamento na Constituição Federal (art. 5º, inc. XLIII), aprovou a Lei n. 8.072/1990, que introduziu no nosso ordenamento jurídico infraconstitucional a figura dos crimes hediondos e equiparados, sendo considerada um marco na legislação simbólica e punitivista (caracterizando resposta rápida à sociedade, porém, ineficaz, pois não ataca as verdadeiras causas do aumento de condutas criminosas, que são a falta de educação para todos, socialização do menor e do adolescente, moradia, emprego, integração familiar, menos desorganização social e política, etc.).

Em referida lei, o legislador foi feliz quando tratou com maior rigor os crimes verdadeiramente hediondos. Porém, também cometeu equívocos, pois acabou capitulando como crime hediondo uma série de fatos que não possuem essa natureza. Por exemplo: toque nas nádegas, beijo lascivo, falsificação de cosméticos, etc. Nesses casos, o rigor da lei e sua

18 NUCCI, Guilherme de Souza. *Primeiras Considerações sobre a Lei n° 10.792/03*. Disponível em: <www.cpc.adv.br/Doutrina/default.htm>. Acesso em: 20 jan. 2004.

desproporcionalidade são patentes. A proibição da progressão de regime configura um desses instrumentos carentes de razoabilidade. O diploma legal, com seus critérios abstratos, nem sempre se apresenta como instrumento justo nos casos concretos.

Diante disso, muitos doutrinadores e aplicadores do Direito lutaram pelo reconhecimento da inconstitucionalidade do § 1º do artigo 2º da Lei 8.072/1990, que impõe o cumprimento da pena (por crime hediondo) integralmente em regime fechado.

É de bom alvitre registrar, desde logo, que o “integralmente” da Lei 8.072/1990 não nasceu verdadeiro, porque também os crimes hediondos admitem livramento condicional, ressalvando-se o reincidente específico em crime hediondo (não cabe livramento condicional).

Não obstante as manifestações contrárias, a Corte Suprema, até o ano de 2004, consolidou clássica jurisprudência no sentido de que era constitucional o citado dispositivo legal, não se permitindo, em tais, progressão de regime.

Assim, estudamos que a edição da Lei de Tortura no ano de 1997 (Lei 9.455/1997, art. 1º, § 7º) passou a permitir a progressão de regime nos crimes lá tratados. Tentou-se estender sua incidência para todos os crimes hediondos, mas o STF fulminou qualquer esperança de progressão para os autores de crimes hediondos.

Com a nova composição do STF, esse quadro foi se alterando rapidamente (sobretudo no ano de 2005). No HC 82.959-7, rel. Min. Marco Aurélio, onde se discutiu em profundidade a questão, o placar final foi de seis votos (Marco Aurélio, Carlos Britto, Gilmar Mendes, Cezar Peluso, Eros Grau e Sepúlveda Pertence) a cinco (Carlos Velloso, Nelson Jobin, Ellen Gracie, Joaquim Barbosa e Celso de Mello), pela inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei 8.072/1990. A decisão do Pleno do STF foi proferida em 23.02.2006.

Em análise aos julgamentos da Suprema Corte verifica-se que, antes mesmo do HC 82.959, o STF já vinha concedendo inúmeras liminares para afastar o óbice legal proibitivo da progressão de regime nos crimes hediondos. Dentre outros, podem ser mencionados os seguintes HCs.: 85.270, 85.374, 86.131, 84.122.

A decisão de 23 de fevereiro de 2006 foi o coroamento dessa tendência do Tribunal, cuja Primeira Turma, no HC 86.224, em 07.03.06, resolveu questão de ordem no sentido de que pode cada ministro decidir

individualmente (monocraticamente) os *habeas corpus* com pedido de progressão de regime.

Portanto, diante do julgamento do STF, declarando inconstitucional o § 1º do artigo 2º da Lei 8.072/1990, que impõe o cumprimento da pena (por crime hediondo) integralmente em regime fechado, não há mais que se falar em proibição da progressão para crimes hediondos, no atual arcabouço legislativo.

Assim, a partir da decisão do Pleno do STF (HC 82.959), o juiz pode conceder a progressão do regime em alguns casos concretos. Isso significa, na prática, conferir ao juiz muito mais responsabilidade, colocando fim à figura do “juiz carimbador”, que só tinha o trabalho de dizer: “crime hediondo, regime fechado”.

Assim, comunga-se, por fim, com a correta hermenêutica da alteração legislativa ora comentada decorre da chamada **“interpretação conforme” a Constituição Federal** (art. 5.º, *caput*, e inc. XLVI, que tratam dos princípios da isonomia e da individualização da pena), bem como de uma análise sistemática dos artigos 5º, 6º, 8º e 112, §§ 1º e 2º (com as alterações da Lei n. 10.792/03), e do art. 131, todos da Lei n. 7.210/84 de Execução Penal (LEP), com o artigo 33, § 2º, e com o artigo 83, inc. III e parágrafo único, do Código Penal.

Por outro norte, mister dizer que é evidente que, em casos de crimes hediondos, prioritariamente quando não se tem legislação específica para tratar da progressão, a mera análise do comportamento carcerário do preso não é suficiente para a verdadeira individualização da pena durante o processo de execução, bem como para preencher-se o requisito subjetivo para se progredir de regime prisional.

Por fim, conclui-se que a Lei dos Crimes Hediondos é um exemplo claro de como não se deve legislar em matéria penal. As reações contrárias levantadas ao texto, pelas vozes de insígnis doutrinadores pátrios, são uma demonstração positiva de que a nossa ciência penal alcançou um nível de amadurecimento tal que não se deixa ser suplantada pela inconsciência e arroubo do legislador de momento, que, levado pelas correntes radicais da sociedade, acha que o Direito Penal é a solução para o apaziguamento das tensões sociais que, em grande parte, geram a criminalidade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BITTENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. Parte Geral. São Paulo: Saraiva, 2003.

CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal – Parte Geral*. São Paulo: Saraiva, 2003.

DELMANTO, Celso, et al. *Código Penal Comentado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

FRANCO, Alberto Silva. *Crimes Hediondos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

FRANCO, Alberto Silva. O Regime Progressivo em Face das Leis nº 8.072/90 e 9.455/97. *Boletim IBCCrim*, nº 58 (ed. especial), set/97.

_____. Tortura – breves anotações sobre a Lei 9.455/97. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, nº 19, junho-setembro/97.

LEAL, João José. *Direito Penal Geral*. Florianópolis: OAB/SC Editora, 2004.

FRANCO, José Alberto. *Crimes Hediondos*. Notas sobre a Lei 8.072/90. São Paulo: Saraiva, 1994.

GONÇALVES, Victor. *Crimes hediondos, tóxicos, terrorismo, tortura*. São Paulo: Saraiva, 2001.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*. Parte Geral. Rio de Janeiro: Impetus, 2004.

JESUS, Damásio E. de. *Direito Penal – Parte Geral*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

LUIZI, Luiz. *Os Princípios Constitucionais Penais*. 2. ed. (rev. e ampl.) Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2003.

MIRABETE, Júlio Fabrini. *Manual de Direito Penal – Parte Geral*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

MONTEIRO, Antonio Lopes. *Crimes hediondos: textos, comentários e aspectos polêmicos*. São Paulo: Saraiva, 1992.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Primeiras Considerações sobre a Lei nº 10.792/03*. Disponível em: <<http://www.cpc.adv.br/Doutrina/default.htm>>. Acesso em: 20 jan. 2004.

PRADO, Luiz Régis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*. Parte Geral. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.