

A Nova Disciplina da Progressão de Regime Trazida pela Lei nº 11.464/07

Mauricio Magnus Ferreira

*Juiz de Direito Titular da 2ª Vara Criminal de
Barra Mansa do TJ/RJ*

No dia 29 de março de 2007, entrou em vigor a Lei nº 11.464/07 que alterou a redação do artigo 2º, da Lei nº 8.072, de 28 de julho de 1990.

Em razão dessa nova lei, o parágrafo 1º, do artigo 2º, da Lei nº 8.072/90 passou a ter a seguinte redação:

"Art. 2º.....

.....

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

§ 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."

Verifica-se, pois, que foi concedido, aos condenados por crimes hediondos, crimes de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas e afins e terrorismo, direito à progressão de regime.

Resta, portanto, apurar a partir de quando essa nova lei será aplicada.

O antigo parágrafo primeiro, do artigo 2º, da Lei nº 8.072/90 preceituava que: *"A pena por crime previsto neste artigo será cumprida integralmente em regime fechado"*.

Assim, em termos de legislação (*lege lata*), era expressamente vedada a progressão de regime aos apenados por crimes previstos no *caput*, do artigo 2º, da citada lei. Por óbvio, a Lei nº 11.464/07, ao possibilitar a progressão de regime, é mais benéfica (*novatio legis in melius*) e, portanto, por força do parágrafo único, do artigo 2º, do Código Penal, deve ser aplicada, mesmo para as hipóteses que antecederam sua entrada em vigor.

No entanto, em muitas ocasiões, não vem sendo este o entendimento adotado pelos Tribunais de Justiça e, em especial, pelo Superior Tribunal de Justiça.

Isso porque, *data venia*, parte-se de uma falsa premissa e, por conseqüência, chega-se a uma conclusão equivocada e injusta.

Entendem alguns que pelo simples fato de o Supremo Tribunal Federal ter, *em controle difuso*, declarado a inconstitucionalidade do parágrafo primeiro, do artigo 2º, da Lei nº 8.072/90, prevaleceria o artigo 112, da Lei de Execução Penal (Lei nº 7.210/84).

Vale dizer, o citado dispositivo estabelece a progressão de regime com o cumprimento de ao menos um sexto da pena no regime anterior.

Assim, se comparada a Lei nº 11.464/07 com o artigo 112, da LEP, é evidente que a primeira lei seria o que a doutrina classifica de *novatio legis in pejus* e, portanto, não teria retroatividade.

Nesse sentido, traz-se à colação recentíssimo acórdão do Superior Tribunal de Justiça:

"CRIMES HEDIONDOS. PROGRESSÃO. REGIME. LAPSOS TEMPORAIS. LEI N. 11.464/2007.

Trata-se de habeas corpus substitutivo impetrado contra ato do Tribunal a quo por ocasião do julgamento do anterior writ em favor do paciente que afastou o óbice à progressão de regime imposto na sentença condenatória de 4 anos e 8 meses de reclusão por tráfico de entorpecentes, mas impondo a observância do lapso temporal previsto na Lei n. 11.464/2007. Explica a Min. Relatora que essa lei baniu expressamente a vedação à progressão de regime prisional em casos de condenados por crimes hediondos, contudo estabeleceu lapsos tem-

*porais mais gravosos para os condenados desses crimes, constituindo-se nesse ponto verdadeira **novatio legis in pejus**, cuja aplicação retroativa é vedada pelo art. 5º, XL, da CF/1988 e art. 2º, do CP. Assim a novel legislação deve incidir apenas nos crimes hediondos e assemelhados praticados após 29 de março de 2007. Ressalta que este Superior Tribunal adotou o mesmo posicionamento quando do advento da Lei n. 8.072/1990, ficando sua aplicação restrita aos crimes cometidos após sua vigência por também se tratar de norma mais prejudicial ao condenado. Com esse entendimento, a Turma concedeu a ordem para afastar a incidência dos lapsos temporais previstos na Lei n. 11.464/2007, para que o juízo das execuções criminais analise os requisitos objetivos e subjetivos do paciente para a obtenção da progressão de regime de acordo com o regramento do art. 112 da Lei de Execuções Penais." HC 83.799-MS, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, julgado em 25/9/2007.*

No entanto, esse raciocínio jurídico é falacioso.

Isso porque, como acima já foi asseverado, o Supremo Tribunal Federal, recentemente e por diversas vezes, declarou a inconstitucionalidade da Lei nº 8.072/90, especificamente na parte em que se vedava a progressão de regime.

Oportuno transcrever o **leading case** no Excelso Tribunal.

"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 dia ou menos dia, voltará ao convívio social. PENA - CRIMES HEDIONDOS - REGIME DE CUMPRIMENTO - PROGRESSÃO - ÓBICE - ARTIGO 2º, § 1º, DA LEI Nº 8.072/90 - INCONSTITUCIONALIDADE - EVOLUÇÃO JURISPRUDENCIAL. Conflita com a garantia da individualização da pena - 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 nº 8.072/90." (HC 82959 / SP - SÃO PAULO - HABEAS CORPUS Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO Julgamento: 23/02/2006 - Órgão Julgador: Tribunal Pleno)

Deve ser consignado, no entanto, que, em termos quantitativos, ou seja, em quantidade de julgados, prevalece no Supremo Tribunal Federal o entendimento de que a antiga redação da Lei nº 8.072/90 era constitucional. Registre-se que desde a entrada em vigor da Lei 8.072, em 1990, o Supremo Tribunal Federal, por diversas oportunidades, atestou a sua constitucionalidade.

Nesse sentido, é ler:

"EMENTA: Habeas corpus. 2. Processual Penal. 3. Crime hediondo. 4. Progressão de regime. 5. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal reconhece a constitucionalidade do art. 2º, § 1º da Lei nº 8.072, de 1990. Precedentes. 6. Entendimento contrário dos Ministros Sepúlveda Pertence e Marco Aurélio. Ressalva de uma melhor análise da matéria. 7. Habeas corpus indeferido" (HC 82638 / SP - SÃO PAULO - HABEAS CORPUS Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE Relator(a) p/ Acórdão: Min. GILMAR MENDES Julgamento: 19/12/2002, Órgão Julgador: Tribunal Pleno)

.....
"HABEAS CORPUS. LEI DOS CRIMES HEDIONDOS. PENA CUMPRIDA NECESSARIAMENTE EM REGIME FECHADO. CONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 2º. PAR. 1º. DA LEI 8.072. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO, ONDE O ARTIGO 2º. PAR. 1º. DA LEI 8.072, 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 DA PENA: RETI-

RADA A PERSPECTIVA DA PROGRESSÃO FRENTE A CARACTERIZAÇÃO LEGAL DA HEDIONDEZ, DE TODO MODO TEM O JUIZ COMO DAR TRATO INDIVIDUAL A FIXAÇÃO DA PENA, SOBRETUDO NO QUE SE REFERE A INTENSIDADE DA MESMA. HABEAS CORPUS INDEFERIDO POR MAIORIA." (HC 69657 / SP - SÃO PAULO - HABEAS CORPUS
Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO
Relator(a) p/ Acórdão: Min. FRANCISCO REZEK
Julgamento: 18/12/1992, Órgão Julgador: Tribunal Pleno)

Tanto é assim, que o Excelso Tribunal editou o Verbete nº 698, com a seguinte redação: "*Não se estende aos demais crimes hediondos a admissibilidade de progressão no regime de execução da pena aplicada ao crime de tortura.*"

Tal verbete deixa evidente que o Supremo Tribunal Federal apenas admitia a progressão de regime, dentre os crimes relacionados no *caput*, do artigo 2º, da Lei 8.072/90, ao crime de tortura, isso porque a Lei 9.455, de 07 de abril de 1997, expressamente admitia no parágrafo sétimo, do artigo primeiro.

É bem verdade que, por conta das recentes alterações na composição do Excelso Tribunal, nos últimos meses, prevaleceu, mas não de forma pacífica, a posição que considerava a inconstitucionalidade da vedação à progressão de regime, por violação a garantia constitucional de individualização da pena (artigo 5º, LXVI, da Constituição da República de 1988).

No entanto, *todos* os pronunciamentos do Supremo Tribunal Federal que envolveram essa questão foram feitos através de Recurso Extraordinário ou de *habeas corpus*.

Como se sabe, as decisões proferidas tanto em Recurso Extraordinário, quanto no citado remédio constitucional, têm efeito, apenas, *inter partes*.

Vale dizer, em nenhuma oportunidade o órgão máximo do Poder Judiciário declarou a inconstitucionalidade da vedação à progressão de regime por meio de uma ação direta de inconstitucionalidade (ADI), o que teria o condão de atingir a todas as pessoas.

Sequer o Supremo Tribunal Federal se fez valer do comando constitucional previsto no artigo 52, X, da Carta Magna.

Por conta disso, é forçoso reconhecer que o antigo parágrafo primeiro, do artigo 2º, da Lei nº 8.072/90 permaneceu em vigor até o início da vigência da Lei nº 11.464/07.

Isso porque *tecnicamente* uma lei *apenas* deixa de vigorar quando é declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, em controle concentrado, ou quando é revogada por uma nova lei.

Repise-se que simples e eventuais declarações de inconstitucionalidades, *operadas em controle difuso*, não têm o poder de expelir do mundo jurídico uma lei.

Por tais razões, *tecnicamente*, deve a Lei nº 11.464/07 ser aplicada aos fatos anteriores a sua vigência, ainda que decididos por sentença condenatória transitada em julgado, por força do parágrafo único, do artigo 2º, do Código Penal, uma vez que possibilita a progressão de regime, enquanto a lei anterior (Lei nº 8.072/90) a vedava expressamente. Trata-se, como já foi consignado, de uma *novatio legis in melius*.

Adotar entendimento diverso, além de não encontrar eco no ordenamento jurídico em vigor, vai de encontro ao anseio social.

Vale dizer, um pronunciamento judicial que confere a um condenado pela prática de um crime hediondo ou assemelhado o direito de progredir de regime ao final do cumprimento de apenas 1/6 (um sexto) de pena é desprovido de bom-senso e de Justiça. Gera, no seio social, uma perigosa sensação de impunidade, que contribui, inequivocamente, para a reiteração e proliferação de práticas criminosas. ☐