

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS
FACULDADE DE DIREITO

PROGRESSÃO DE REGIME:
UMA ANÁLISE DA INCONSTITUCIONALIDADE DE SUA VEDAÇÃO

RAPHAEL DA COSTA ESTEVAM DE BARROS

RIO DE JANEIRO
2008

RAPHAEL DA COSTA ESTEVAM DE BARROS

PROGRESSÃO DE REGIME:
UMA ANÁLISE DA INCONSTITUCIONALIDADE DE SUA VEDAÇÃO

Trabalho de conclusão de curso apresentado à Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Luciana Boiteux de Figueiredo Rodrigues

RIO DE JANEIRO

2008

RAPHAEL DA COSTA ESTEVAM DE BARROSS

PROGRESSÃO DE REGIME:
UMA ANÁLISE DA INCONSTITUCIONALIDADE DE SUA VEDAÇÃO

Trabalho de conclusão de curso apresentado à Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Data de aprovação: ____/____/____

Banca Examinadora:

Nome completo do 1º Examinador – Presidente da Banca Examinadora

Nome completo do 2º Examinador

Nome completo do 3º Examinador

Ao meu grande amigo Rodrigo Valladares.

AGRADECIMENTOS

À Deus, que sempre me ilumina e acompanha em minha caminhada.

À minha orientadora, Prof^ª Dra. Luciana Boiteux de Figueiredo Rodrigues, pelos conselhos sempre úteis e precisos com que, sabiamente, orientou este trabalho.

À Dra. Silvia Maria de Sequeira, Dra. Thaís de Moura Souza e Lima e Dra. Kátia Regina Dutra Leite pela amizade, apoio, confiança, estímulo e ensinamentos, que foram imprescindíveis à realização deste trabalho.

Aos meus familiares, em especial à minha mãe, meu pai, e minha esposa, pelo apoio incondicional em todas as horas.

RESUMO

Barros, R. C. E. de. Progressão de Regime. 2008. Monografia (Graduação em Direito) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2008.

Analisa-se as questões relevantes quanto à Progressão de Regime, incluindo a análise da parte histórica da Lei de Execuções Penais; a finalidade da pena; dos princípios constitucionais inseridos na Lei de Execuções Penais, as espécies de penas privativas de liberdade e os regimes de cumprimento de pena. Na segunda parte, são estudados os requisitos objetivos e subjetivos necessários à concessão do benefício; a faculdade do juiz da execução requisitar os exames criminológicos e o recurso cabível em sede de execução penal. A terceira parte trata-se do estudo do caso do *Habeas Corpus* nº. 82959/SP, do Supremo Tribunal Federal, que declarou, incidentalmente, a inconstitucionalidade do §2º da Lei de crimes hediondos e a nova Lei 11.464/07.

Palavras-Chave: Progressão de Regime; individualização da pena; irretroatividade de lei penal mais gravosa; finalidade da pena.

SUMMARY

Barros, R. C. E. of. Progress Board. 2008. Monograph (Degree in Law) - Federal University of Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2008.

It examines the relevant issues concerning the progress of arrangements, including analysis of the historical part of the Criminal Law of executions, the purpose of the penalty; the constitutional principles included in the Criminal Law of executions, the species of custodial sentences and schemes completion of sentence. In the second part, are studied the subjective and objective requirements necessities for granting the benefit, the power of the judge's order implementing the examinations criminological and the appropriate action in the criminal enforcement. The third part is dedicated to the trial of Habeas Corpus No. 82959/SP, the Federal Supreme Court, which stated, incidentally, the unconstitutionality of Paragraph 2 of the Law of hideous crimes and the new Law 11.464/07.

Keywords: Regime Progress; individualization of the sentence; no retroativity of criminal law more onerous; purpose of the penalty.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1 – EXECUÇÃO PENAL	12
1.2 - Histórico da lei de execuções penais	12
1.3. Natureza jurídica da execução penal	15
1.4 – Finalidade da pena	17
1.5 – Princípios constitucionais na lei de execução penal	17
1.5.1 – <u>Princípio da legalidade</u>	19
1.5.2 – <u>Princípio da individualização da pena</u>	20
1.5.2.1 – <i>Momento legislativo</i>	20
1.5.2.2 – <i>Momento judicial</i>	21
1.5.2.3 – <i>Momento executivo</i>	21
1.5.3 – <u>Princípio da personalidade</u>	22
1.5.4 – <u>Princípio da proporcionalidade</u>	22
1.5.5 – <u>Princípio da humanidade</u>	23
1.5.6 – <u>Princípio da igualdade</u>	23
1.6 – Das penas privativas de liberdade	23
1.6.1 – <u>Espécies de penas privativas de liberdade</u>	24
1.6.2 – <u>Regimes de cumprimento de pena</u>	25
2 – PROGRESSÃO DE REGIME – ART. 112 DA LEI DE EXECUÇÕES PENAIS	26
2.1 – Requisito temporal	27
2.2 – Mérito do condenado	29
2.3 – Da faculdade do juiz da execução requisitar os exames criminológicos	31
2.4 – Agravo na execução	32
2.5 – Progressão e falta grave	33
2.6 – Dos benefícios que podem ser pleiteados no cumprimento da pena em regime semi-aberto	34

2.6.1 – <u>Da saída temporária</u>	34
2.6.2 – <u>Visita à família (visita periódica ao lar ou visita periódica à família)</u>	36
2.6.3 – <u>Frequência a curso supletivo profissionalizante</u>	36
2.6.4 – <u>Trabalho extra-muros</u>	36
2.7 – Progressão para o regime aberto	37
3 – LEI DE CRIMES HEDIONDOS	39
3.1 – A questão da inconstitucionalidade	42
3.2 – Habeas corpus nº 82.959/SP	43
3.3 – Lei 11.464/07	50
3.4 – Princípio da irretroatividade da lei penal mais gravosa	52
CONSIDERAÇÕES FINAIS	59
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	61

INTRODUÇÃO

O presente trabalho discute a polêmica questão da progressão de regime aos condenados por crimes hediondos e assemelhados.

A progressão de regime está prevista no art. 112 da Lei de Execuções Penais e estabelece que a pena privativa de liberdade será executada de forma progressiva com a transferência para um regime menos rigoroso a ser determinada pelo juiz. Contudo, tal direito era vedado aos condenados por crimes hediondos e equiparados por conta do § 1º do art. 2º da Lei 8.072/90. Assim, necessária a discussão em torno da constitucionalidade ou não do referido artigo.

O tema se mostra relevante, eis que se relaciona com os direitos humanos dos condenados, sendo o objetivo do presente trabalho analisar o instituto da progressão de regime e a inconstitucionalidade de sua vedação por meio do estudo dos votos dos ministros do STF e a mudança de posição deste tribunal, demonstrando que não se pode transigir direitos e garantias fundamentais ao argumento de que só assim se alcançará a segurança para a sociedade, tomada pelo medo da violência, ainda que hoje o assunto possa ser considerado superado.

A metodologia usada foi a revisão bibliográfica, com jurisprudência e artigos publicados, especialmente o estudo mais aprofundado do acórdão do Habeas Corpus nº 82.959-7.

O objetivo desse trabalho será entender como aconteceu esse processo e o longo caminho percorrido.

Para tanto, necessário o estudo do histórico da lei de Execuções Penais (lei 7.210/84), e da função da pena em nosso ordenamento jurídico e da previsão dos regimes – fechado, semi-aberto e aberto, no cumprimento da pena privativa de liberdade. Além disso, trataremos dos princípios constitucionais penais.

No segundo capítulo trataremos mais especificamente do art. 112 da Lei de Execuções penais e de seus requisitos objetivos e subjetivos necessários à concessão do direito; do recurso em sede de execução, bem como os da progressão de regime para o semi-aberto.

A seguir, serão estudadas as questões relacionadas à edição da Lei 8.072/90, que provocou enorme alvoroço na doutrina e na jurisprudência. De imediato, levantou-se a questão da inconstitucionalidade do referido diploma legal, por desrespeitar, dentre outros, o princípio da individualização da pena.

Contudo, a questão foi finalmente resolvida com a decisão plenária do Supremo Tribunal Federal nos autos do HC 82.959-7 (Rel. Ministro Marco Aurélio, j. 23/02/2006), que, por maioria, declarou a inconstitucionalidade do § 1º, do art. 2º, da Lei 8.072/90 e, após, com a edição da lei 11.464/07, que será abordada no 3º capítulo.

1 – EXECUÇÃO PENAL

A execução penal, em sentido amplo, “é a concretização do mandamento contido na sentença criminal, ou seja, o conjunto dos atos judiciais ou administrativos por meio dos quais se efetiva a sentença”.¹

1.2 - Histórico da lei de execuções penais

A tentativa de constituir um código que estabelecesse as normas relativas ao direito penitenciário no Brasil vem de longa data. A matéria era disposta dentro do Código Criminal do Império até que, em 1933, o jurista Cândido Mendes de Almeida presidiu uma comissão que visava elaborar o primeiro código de execuções criminais da República.²

O projeto era inovador e já tinha como princípio a individualização da pena. Previa também a figura das Colônias Penais Agrícolas, da suspensão condicional da execução da pena e do livramento condicional. No entanto o projeto não chegou nem mesmo a ser discutido em virtude da instalação do regime do Estado Novo, em 1937, que acabou por suprimir as atividades parlamentares.³

Ainda carente de uma legislação que viesse a dispor sobre a matéria penitenciária, em 1951 o então deputado Carvalho Neto produziu um projeto que estabelecia normas gerais de direito penitenciário, mas o qual, no entanto, não se convertera em lei.

Da necessidade de se reformular e se atualizar a lei de execução criminal, em 1957 foi sancionada a Lei nº 3.274, que dispunha sobre normas gerais de regime penitenciário. Mas já diante de sua inicial insuficiência, em 1957 foi elaborado pelo Professor Oscar Stevenson, a pedido do Ministro da Justiça o projeto de um novo código penitenciário. Nesse projeto, a execução penal era tratada distintamente do Código Penal e a competência para a execução penal era dividida sob a forma de vários órgãos.

Já em 1963 veio o primeiro anteprojeto de um Código de Execuções Penais, do jurista Roberto Lyra, que inovava pelo fato de dispor de forma distinta sobre as questões relativas às

¹ MIRABETE, Julio Fabbrini. Execução Penal: Comentários à Lei 7.210, de 11/07/1984. 10º ed. Revista e atualizada – São Paulo: Atlas, 2002 ,p.273.

² ROIG, Rodrigo Duque Estrada. Direito e Prática Histórica da Execução Penal no Brasil. 1º ed. Revista e atualizada – Rio de Janeiro: Revan, 2006, p.18.

³ Item 2 da Exposição de motivos da Lei de Execução Penal nº 213, de 9 de maio de 1983.

detentas e também pela preocupação com a humanidade e a legalidade na execução da pena privativa de liberdade.

Os dois últimos projetos acima não chegaram nem mesmo à fase de revisão, e, com um nome idêntico e com a mesma finalidade, em 1970 foi apresentado o projeto do professor Benjamim Moraes Filho, o qual teve a colaboração de juristas como José Frederico Marques, e inspirava-se numa Resolução das Nações Unidas, datada de 30 de Agosto de 1953, que dispunha sobre as Regras Mínimas para o Tratamento de Reclusos.⁴

A esse projeto seguiu-se o de Cotrim Neto, o qual apresentava como inovações às questões da previdência social e do regime de seguro contra os acidentes de trabalho sofridos pelo detento. O projeto baseava-se na idéia de que a recuperação do preso deveria basear-se na assistência, educação, trabalho e na disciplina.⁵

Sem lograr êxito, os projetos apresentados pelos juristas não se convertiam em lei, e a República continuava carecendo de uma legislação que tratasse de forma específica a questão da execução penal. Por outro lado, o direito executivo penal cada vez mais se consolidava como sendo uma ciência autônoma, distinta do direito penal e do direito processual penal, e também jurídica, não apenas de caráter meramente administrativo. O próprio direito positivo através da Constituição Federal de 1988 elevou o direito penitenciário à categoria de ciência autônoma, dispondo em seu artigo 24 a competência da União para legislar sobre suas normas.⁶

Finalmente em 1983 é aprovado o projeto de lei do Ministro da Justiça Ibrahim Abi Hackel, o qual se converteu na Lei nº 7.210 de 11 de Julho de 1984, a atual e vigente Lei de Execução Penal.⁷

O projeto reconheceu o caráter material de muitas de suas normas, avocando todo o complexo de princípios e regras que delimitam e jurisdicionizam a execução da pena no Brasil. Assim, a execução das penas e das medidas de segurança deixou de ser um livro do

⁴ ROIG, Rodrigo Duque Estrada. Direito e Prática Histórica da Execução Penal no Brasil. 1º ed. Revista e atualizada – Rio de Janeiro: Revan, 2006, p.20.

⁵ Ibidem, p.21

⁶ Loc. Cit.

⁷ MIRABETE, Julio Fabbrini. Execução Penal: Comentários à Lei 7.210, de 11/07/1984. 10º ed. Revista e atualizada – São Paulo: Atlas, 2002, p.22

código de processo para ingressar nos costumes jurídicos do país com a dignidade de um novo ramo jurídico, ou seja, o direito da execução penal.⁸

A lei de execução penal brasileira é tida como sendo de vanguarda, e seu espírito filosófico se baseia na efetivação da execução penal como sendo forma de preservação dos bens jurídicos e de reincorporação do homem que praticou um delito à comunidade. A execução penal é definitivamente erigida à categoria de ciência jurídica e o princípio da legalidade⁹ domina o espírito do projeto como forma de impedir que o excesso ou o desvio da execução penal venha a comprometer a dignidade ou a humanidade na aplicação da pena.

A reforma de 1984, que constituiu na edição da nova parte geral do Código Penal Brasileiro e da Lei 7.210 (Lei de Execuções Penais) foi produzida com o intuito de consolidar no ordenamento positivo o sistema progressivo de cumprimento de pena privativa de liberdade e também de introduzir penas alternativas em nossa legislação. A progressão de regime foi alçada a uma posição de especial importância no processo de reabilitação, com o intuito de “proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado”.¹⁰

O momento político da reforma foi bastante propício, pois o país caminhava em direção à democracia, tendo sido eleito um presidente civil em 1985, ainda que indiretamente. Além disso, o Congresso Nacional, em 1975, havia investigado a fundo a situação penitenciária brasileira através de uma Comissão Parlamentar de Inquérito, constatando a grave situação penitenciária em que o país se encontrava. Os presídios se encontravam superlotados e a taxa de criminalidade alta devido à crise econômica e as graves consequências sociais, oriundas da política desenvolvimentista do país durante o Governo Militar.¹¹

A edição da Lei de Execuções Penais foi uma importante alteração do sistema penal, pois estabeleceu o exercício de uma jurisdição especializada na figura do Juiz das Execuções, retirando tais decisões referentes à execução da pena, dos diretores de penitenciárias que, pela lei anterior tinham competência para fixar as condições dos benefícios.¹²

Sentida a necessidade de um juiz especial para dirimir conflitos de interesses na execução da pena, cada país passou a adotar um sistema, tendo em vista fatores diversos,

⁸ Item 12 da Exposição de Motivos da Lei de Execução Penal nº 213, de 9 de maio de 1983.

⁹ Item 19 da Exposição de Motivos da Lei de Execução Penal nº 213, de 9 de maio de 1983.

¹⁰ RODRIGUES, Luciana Boiteux de Figueiredo. O Panóptico Revertido: A história da prisão e a visão do preso no Brasil. Dissertação (Mestrado) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2000, p.120.

¹¹ Ibidem. p.117.

¹² No art. 32 do CP de 1940.

como a execução territorial, organização político-administrativa, volume de serviço, etc. O Brasil antecipou-se a muitos países em matéria de jurisdicionalização penal, prevendo a figura de um juiz com competência para promovê-la.. A Lei de Execução Penal determina que ela competirá ao juiz indicado na lei local de organização judiciária e, em sua ausência, ao da sentença (art.65). No item 93 da Exposição de Motivos da Lei de Execução Penal, expressa-se a certeza de que o juízo especializado da execução penal seja criado em todos os Estados e Territórios.¹³

De acordo com o Código de Organização e Divisão Judiciária do Estado do Rio de Janeiro, compete ao juízo de direito da Vara de Execuções Penais processar e julgar: a execução e respectivos incidentes das penas privativas de liberdade e das medidas de segurança detentivas que importem no recolhimento dos réus em estabelecimentos do Sistema Penitenciário do Estado; os habeas-corpus e mandados de segurança contra atos das autoridades administrativas incumbidas da execução das penas de reclusão e detenção e medidas de segurança detentivas, ressalvada a competência dos tribunais superiores.¹⁴

Anteriormente à Lei 7.210/84, o apenado para obter o benefício da progressão de regime prisional deveria ficar isolado por até três meses, passando posteriormente a trabalhar em conjunto com os demais presos, podendo ser transferido para colônia penal ou estabelecimento similar se tivesse bom comportamento, após ter cumprido metade da pena, se esta não fosse superior a três anos, ou tendo cumprido um terço, se a pena fosse superior a três anos.¹⁵ Até então, a transferência de regime era resultado de uma avaliação discricionária da administração penitenciária.

Com a lei 6.416/77, o isolamento inicial da pena de reclusão passou a ser facultativo, introduzindo-se também o sistema de execução em três regimes (fechado, semi-aberto e aberto) e a possibilidade do início de cumprimento nos regimes menos severos conforme a quantidade de pena aplicada e as condições do apenado. Já a lei 7.209 excluiu o período inicial de isolamento, manteve as três espécies de regime e determinou que as penas serão executadas na forma progressiva, segundo o mérito do condenado, sem eliminar a possibilidade de cumprimento de pena privativa de liberdade em regime menos severo.¹⁶

1.3. Natureza jurídica da execução penal

¹³ Item 93: “Esse juízo especializado já existe entre nós, em algumas Unidades da Federação. Com a transformação do projeto em Lei, estamos certos de que virá a ser criado, tão celeremente quanto possível, nos demais Estados e Territórios”.

¹⁴ No art. 107 do Código de Organização e Divisão Judiciária do Estado do Rio de Janeiro.

¹⁵ No art. 30, § 5º do CP de 1940.

¹⁶ MIRABETE, Julio Fabbrini. Execução Penal: Comentários à Lei 7.210, de 11/07/1984. 10º ed. Revista e atualizada – São Paulo: Atlas,2002,p.358.

A Doutrina e a jurisprudência apontam divergências sobre a natureza jurídica da execução penal.

Ensina Mirabete que:

“vencida a crença histórica de que o direito regulador da execução é de índole predominantemente administrativa, deve-se reconhecer, em nome de sua própria autonomia, a impossibilidade de sua inteira submissão aos domínios do direito penal e processual penal”.¹⁷

Para Kuehne:

“a natureza jurídica da execução penal é mista. Contempla normas que repercutem no direito penal, processual penal, administrativo e de execução propriamente dito. Muito embora haja divergência, predomina o entendimento de que a disciplina quanto ao regime de execução das penas se inserem no direito material, e, como tal, derivando suas necessárias conseqüências, dentre as quais a irretroatividade, quanto mais gravosa a situação para o réu.”.¹⁸

Segundo Renato Marcão:

“a execução penal é de natureza jurisdicional, não obstante a intensa atividade administrativa que a envolve. O título em que se funda a execução decorre da atividade jurisdicional no processo de conhecimento, e, como qualquer outra execução forçada, a decorrente de sentença penal condenatória ou absolutória imprópria só poderá ser feita pelo Poder Judiciário, o mesmo se verificando em relação à execução de decisão homologatória de transação penal. De tal conclusão segue que, também na execução penal, devem ser observados, entre outros, os princípios do contraditório, da ampla defesa e da legalidade”¹⁹.

Portanto, pode-se dizer que a execução penal é atividade complexa que se desenvolve nos planos administrativo e jurisdicional.

1.4 – Finalidade da pena:

O artigo 1º da lei de execução penal prevê que: "A execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado ou do internado".

¹⁷ MIRABETE, Julio Fabbrini. Execução..., op. Cit.,p.18.

¹⁸ KUEHNE, Maurício. Lei de Execução Penal anotada. Volume I. 3ª edição – 3ª triagem. Curitiba: Juruá, 2003, p.53.

¹⁹ MARCÃO, Renato. Curso ... op. cit., 2003,p.1

No momento da sentença, a pena deve ser aplicada com o sentido retributivo e preventivo. No momento da execução, firmou-se a orientação primordial da integração social (prevenção especial). De qualquer modo, o sentido da pena em um determinado momento (da sentença) não se exclui quando ela passa para a fase seguinte (executiva).

Segundo o jurista Luis Flávio Gomes:

“é perfeitamente adequada ao ordenamento jurídico brasileiro a fórmula (tripartida) oferecida por Roxin (*Derecho penal: PG*, trad. de Luzón Peña *et alii*, Madrid: Civitas, 1997, p. 78 e ss.), com a conseguinte atribuição à pena de fins distintos segundo o momento ou fase de que se trate: no momento da cominação legal abstrata a pena tem finalidade preventiva geral (seja negativa: intimidação; seja positiva: definição ou chamada de atenção para a relevância do bem jurídico protegido); na fase da aplicação judicial a pena tem finalidade preventiva geral (confirmação da seriedade da ameaça abstrata, assim como da importância do bem jurídico violado), repressiva (reprovação do mal do crime, fundada e limitada pela culpabilidade) e preventiva especial (atenuação do rigor repressivo para privilegiar institutos ressocializadores alternativos: penas substitutivas, sursis etc.) e na última etapa, na da execução, prepondera (formalmente) a finalidade de prevenção especial positiva (proporcionar condições para a ressocialização), porém, na prática, o que se cumpre é a função preventiva negativa da inocuidade (mero enclausuramento, sem nenhum tipo de assistência ao recluso, sem a oferta das condições propícias à sua reinserção social)”.²⁰

1.5 – Princípios constitucionais na lei de execução penal

De acordo com Carmem Silva de Moraes Barros:

“A execução penal, bem como as demais fases de individualização da pena, está estritamente vinculada aos princípios e garantias do Estado de direito e à política criminal definida na Constituição. Trata-se, portanto, de assegurar na execução penal, aos condenados, todos os direitos fundamentais invioláveis e indisponíveis, assegurar, enfim, a dignidade humana a todos inerente”.²¹

Cabe, em sede de execução penal, oferecer aos condenados todas as oportunidades, sem exigir qualquer submissão a propósitos, quer reeducativos, quer ressocializadores, quer reintegradores, a fim de que possa ser reintegrado à sociedade, assegurando-se, contudo, sua integridade moral, sua dignidade e o livre desenvolvimento de sua personalidade. O Estado oferece condições, mostra alternativas, porém não pode obrigar o apenado a submeter-se a métodos condicionadores de acomodação à sociedade, até porque é livre a iniciativa do condenado em viver a liberdade de forma diversa.

²⁰ GOMES, Luiz Flávio. Funções da pena no Direito Penal brasileiro. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 1037, 4 maio 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8334>>. Acesso em: 07 jun. 2008.

²¹ BARROS, Carmem Silva de Moraes. A individualização da pena na execução penal. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p.128.

Ainda que decorrência lógica das garantias constitucionais enfatiza o legislador na Lei de Execução Penal a necessidade de observância dos princípios da jurisdicionalidade, da legalidade, da liberdade e da igualdade, da individualização, da personalidade e da proporcionalidade.

Em relação aos princípios propriamente ditos, revela-se importante lembrar a distinção elaborada por Francesco Palazzo para distinguir princípios de direito penal constitucional de princípios constitucionais influentes ou pertinentes à matéria penal.

“Os primeiros relacionam-se diretamente com o direito penal, apresentando um conteúdo típico deste ramo da ciência jurídica. O caráter constitucional destes princípios penais decorre da limitação ao poder punitivo imposta ao situar a pessoa humana no centro do sistema penal (Ex.: direito à integridade pessoal, ou seja, toda pessoa privada da liberdade deve ser tratada com o respeito devido à dignidade inerente ao ser humano). Quanto aos princípios pertinentes à matéria penal, são princípios que disciplinam matérias constitucionalmente relevantes e que, por isso, devem ser observados pelo legislador na elaboração da norma penal, mas também na elaboração de normas de natureza diversa (civil, administrativa, tributária,etc.),”²², tal como o princípio da legalidade. Palazzo afirma que “esses princípios condicionam o conteúdo da matéria penalmente disciplinada, e não a forma penal de tutela”.²³

Em relação à pena, estão expressamente previstos no texto constitucional os princípios da legalidade, da individualização e da humanidade das penas. Além disso, o texto constitucional nos permite extrair princípios implícitos, quais sejam o da proporcionalidade e o princípio da culpabilidade, entre outros.

²² Palazzo, Francesco. Valores Constitucionais e Direito Penal. Porto Alegre, Fabris, 1989, p.22 apud SHECAIRA, Sérgio Salomão e CORRÊA JÚNIOR, Alceu. Teoria da Pena: finalidades, direito positivo, jurisprudência e outros estudos de ciência criminal. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p72.

²³ SHECAIRA, Sérgio Salomão e CORRÊA JÚNIOR, Alceu. Teoria da Pena: finalidades, direito positivo, jurisprudência e outros estudos de ciência criminal. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p72.

1.5.1 – Princípio da legalidade

Esse princípio pode ser entendido sobre três aspectos, dos quais derivam postulados ou conseqüências lógicas diversas. Assim, decorrem do princípio da legalidade penal o princípio da reserva legal, o princípio da anterioridade e o princípio da taxatividade.²⁴

De acordo com Sérgio Salomão Shecaira e Alceu Correa Junior:

“O princípio da reserva legal deve ser entendido como exigência da lei para criminalizar condutas ou impor penas, excluindo-se os costumes e os princípios gerais de Direito como fontes do direito penal, ao menos no que concerne às normas incriminadoras. A exigência de lei refere-se à previsão escrita, abstrata e genérica, aprovada pelo poder legislativo competente, ou seja, lei em sentido estrito (lei ordinária, aprovada pelo congresso nacional.

De acordo com o princípio da taxatividade, as normas penais devem ser claras e objetivas, a fim de evitar formulações vagas e imprecisas.

Sobre o princípio da anterioridade ou da irretroatividade da norma penal incriminadora, ressalta-se a obrigatoriedade de aplicação retroativa da lei penal mais benéfica ao agente (art. 5º, XL, da CRFB e art. 2º do Código Penal). Trata-se de garantia ao cidadão de que apenas será punido pela lei que estiver em vigor na data da conduta prevista como delituosa, bem como não poderá ser aplicada pena diferente ou mais severa que aquela cominada na mesma época.”

O princípio da legalidade garante que “ao condenado e ao internado serão assegurados todos os direitos não atingidos pela sentença ou pela lei”²⁵. Desta forma, as sanções disciplinares, por exemplo, devem estar previstas em lei para que se efetivem (Ex.: art.50 da Lei de Execuções Penais)²⁶. “Através deste princípio dota-se o sistema de segurança jurídica, estipulando-se que na execução penal há de se observar uma série de requisitos previamente estabelecidos e que a limitação dos direitos fundamentais dos sentenciados só pode efetuar-se por meio de lei”²⁷. Assim, a sentença será executada nos limites da sentença condenatória, podendo o juiz da execução modifica-la em prejuízo do sentenciado somente com base legal, possibilitando, dentro do possível, as condições necessárias para a integração social do apenado, tendo em vista ser esse o objetivo da pena no Estado de direito.

²⁴ SHECAIRA, Sérgio Salomão e CORRÊA JÚNIOR, Alceu. Op. Cit., p77.

²⁵ No art. 3º da Lei de Execuções Penais.

²⁶ “Comete falta grave o condenado à pena privativa de liberdade que: incitar ou participar de movimento para subverter a ordem ou a disciplina; fugir; possuir instrumento capaz de ofender a integridade física de outrem, tiver em sua posse, utilizar ou fornecer aparelho telefônico, de rádio ou similar, que permita a comunicação com outros presos ou com o ambiente externo”.

²⁷ BARROS, Carmem Silva de Moraes. Op. Cit., p.131.

De acordo com o art. 5º, inciso XXXIX da CRFB e art. 1º do Código Penal, “não há crime sem lei anterior que o defina e não há pena sem prévia cominação legal”.

Tal princípio encontra-se inserido no Pacto de São José, integralizado pelo Decreto 678/92:

“ninguém pode ser condenado por ações ou omissões que, no momento em que forem cometidas, não sejam delituosas, de acordo com o direito aplicável. Tampouco se pode impor pena mais grave que a aplicável no momento da perpetração do delito. Se depois da perpetração do delito a lei dispuser a imposição de pena mais leve, o delinqüente será por isso beneficiado”.²⁸

Ensina Carmem Silva de Moraes Barros que:

“a segurança jurídica compreende o princípio *nullum crimen nulla poena sine lege*, abrangendo: *lege promulgata* (exigência de publicidade); *lege manifesta* (lei clara, que evite o uso de conceitos vagos e indeterminados, bem como uma delimitação precisa das conseqüências jurídicas); *lege plena* (nenhuma conduta que não esteja previamente tipificada poderá ser apenada e nenhuma conduta criminal carecerá de resposta jurídica; em casos de lacuna da lei, aplicam-se meios de integração)”.²⁹

1.5.2 – Princípio da individualização da pena

O princípio da individualização da pena pode ser entendido sobre três aspectos diferentes, de acordo com o momento em que se observa o fenômeno jurídico.

1.5.2.1 – *Momento legislativo*

Nesse momento,

“o princípio da individualização destina-se ao legislador infraconstitucional, que, ao estabelecer penas para determinados crimes, deve observar o que dispôs o texto constitucional em relação às sanções possíveis para o sistema de penas brasileiro, tais como: privação ou restrição da liberdade; perda de bens; multa; prestação social alternativa; suspensão ou interdição de direitos”³⁰.

No entanto, é permitido ao legislador a criação de outras penas, desde que semelhantes às mencionadas ou compatíveis com as finalidades da pena e com os princípios do Estado democrático de direito. Além disso, “o legislador deve respeitar as vedações constitucionais previstas no art. 5º, inciso XLVII, cujo role taxativo”³¹.

1.5.2.2 – *Momento judicial*

²⁸ No art. 9º do Pacto de São José da Costa Rica.

²⁹ BARROS, Carmem Silva de Moraes. Op. Cit., p.131

³⁰ SHECAIRA, Sérgio Salomão e CORRÊA JÚNIOR, Alceu. Op. Cit., p82.

³¹ “Não haverá penas: de morte, salvo em caso de guerra declarada; de caráter perpétuo; de trabalhos forçados; de banimento; cruéis”.

Cabe ao juiz observar tal princípio ao condenar e aplicar uma pena ao delinqüente, devendo escolher uma das espécies de pena dentre aquelas cominadas na lei para o crime cometido, fixando, em seguida, a quantidade da pena e, posteriormente, o regime inicial para cumprimento da pena aplicada.

Para que ocorra uma efetiva individualização, é mister que o *quantum* da pena não seja fixo, ou seja, deve variar entre um mínimo e um máximo, que permitirá ao juiz, através da discricionariedade, determinar a quantidade e a qualidade da pena a ser aplicada.

1.5.2.3 – *Momento executivo*

De acordo com Alceu Correa Júnior e Sérgio Salomão Shecaira³²:

“Nessa fase, quando se dá a execução da pena imposta, o condenado deverá receber um tratamento diferenciado, de acordo com a natureza de seu crime, sua idade e sexo, de acordo com o que dispõe o art. 5º, XLVIII da CRFB”³³.

Os condenados serão classificados, segundo seus antecedentes e personalidade, para orientar a individualização da execução penal.³⁴ A individualização consiste, basicamente, em “mensurar a pena de acordo com o caso concreto. No que concerne à execução da pena, o inciso XLVIII da CRFB dispõe que o cumprimento se dará em estabelecimentos distintos, tendo sempre presente a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado”³⁵.

O princípio constitucional da individualização da pena está também vinculado ao sistema progressivo de cumprimento da pena privativa de liberdade. Tal princípio garante a todo cidadão condenado uma pena pessoal, distinta e, portanto, inextensível a outro cidadão, em situação fática igual ou assemelhada. Não há dúvida de que a individualização da pena assumiu, na CRFB, a condição de direito fundamental do cidadão posicionado frente ao poder repressivo do Estado.³⁶

“A execução da pena é um princípio de atividade que dinamicamente se agrava ou se atenua”³⁷. O processo individualizador prossegue, na fase de execução da pena, por meio do sistema prisional progressivo, cuja idéia central é a diminuição da intensidade da pena. Assim, através da progressão de regime, a condenação vai sofrendo contínuas alterações que a

³² SHECAIRA, Sérgio Salomão e CORRÊA JÚNIOR, Alceu. Op. Cit., p84.

³³ “a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado”.

³⁴ No art.5º, XLVI da CRFB e art.5º da Lei de Execuções Penais.

³⁵ SHECAIRA, Sérgio Salomão e CORRÊA JÚNIOR, Alceu. Op. Cit., p78.

³⁶ FRANCO, Alberto Silva. Crimes Hediondos: Anotações sistemáticas à Lei 8.072/90. 4º ed. ver. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.2000,p.163.

³⁷ Enrique Ruiz Vadillo. La ejecución das penas privativas de libertad bajo la intervencion judicial. Libro homenaje al Prof. Autón Oneca. Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca, 1982, p.944 *apud* FRANCO, Alberto Silva. Crimes Hediondos: Anotações sistemáticas à Lei 8.072/90. 4º ed. ver. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.2000

tornam, a cada momento, mais concreta e individualizada. Afirma-se, assim que “a individualização, característica do sistema progressivo, possui características próprias do tronco comum do processo individualizador que se inicia na atividade do legislador, passa pela ação do juiz e se finda, ao atingir o nível máximo de concreção, na execução penal”.³⁸

Entretanto, é longa a distância que separa a norma objetiva da eficácia colimada com a sua aplicação, tendo em vista que presos condenados em crimes como furto ou roubo, convivem com aqueles que foram condenados em crimes hediondos (latrocínio ou homicídio), infringindo o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III da CRFB).

1.5.3 – Princípio da personalidade

O princípio da personalidade, de acordo com o art. 5º, inciso XLV³⁹, determina que a pena seja dirigida àquela pessoa individualmente considerada, não podendo ultrapassá-la. Ainda, que a classificação dos presos e sua estrita separação será feita de acordo com suas características individuais, de forma a possibilitar o livre desenvolvimento da personalidade individual.

1.5.4 – Princípio da proporcionalidade

O princípio da proporcionalidade não foi previsto de forma expressa na constituição, porém pode ser extraído de normas contidas no texto constitucional, segundo René Ariel Dotti⁴⁰: “A proporcionalidade penal justifica-se diante da previsão constitucional que, ao estabelecer a proteção da honra, da intimidade e da vida privada, assegurou o direito de resposta proporcional ao agravo praticado (art. 5, inciso V, da CRFB)”.

A proporcionalidade, como garantia individual, assegura que a pena seja executada dentro do marco constitucional, de respeito à dignidade do sentenciado e não em função dos anseios sociais. Enquanto a individualização no processo de conhecimento implica proporcionalidade entre crime (fato) e pena e está voltada ao passado; a individualização no processo de execução implica proporcionalidade entre homem condenado e pena em execução e está voltada ao presente e ao futuro do sentenciado.⁴¹

³⁸FRANCO, Alberto Silva. Op. Cit.,p.165.

³⁹ “Nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido”.

⁴⁰ DOTTI, René Ariel. O sistema geral das penas, penas restritivas de direitos, críticas e comentários às penas alternativas, Lei 9.714, p. 80 *apud* SHECAIRA, Sérgio Salomão e CORRÊA JÚNIOR, Alceu. Teoria da Pena: finalidades, direito positivo, jurisprudência e outros estudos de ciência criminal. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p88.

⁴¹ BARROS, Carmem Silva de Moraes. Op. Cit.,p133.

1.5.5 – Princípio da humanidade

O princípio da humanidade da pena determina que toda pessoa condenada será tratada humanamente, de acordo com o art. 5º, III da CRFB⁴², e com o devido respeito a todos inerente. “O valor da pessoa humana impõe uma limitação à quantidade e qualidade da pena, proibindo, conseqüentemente, a adoção da pena de morte, tratos desumanos, cruéis ou degradantes, trabalhos forçados, humilhantes ou obrigatórios”⁴³.

1.5.6 – Princípio da igualdade

O princípio da igualdade refere-se aos direitos fundamentais e o respeito pelas diferenças e a compensação de desigualdades, assegurando o direito de ser diferente dos demais, e de não se submeter a tratamentos tendentes à modificação de personalidade (art. 5º, II da CRFB).⁴⁴ Determina, ainda, a proibição de tratamentos discriminatórios, sejam de ordem social, econômica, religiosa, racial ou político-ideológica (art. 5º, XLI da CRFB)⁴⁵.

1.6 – **Das penas privativas de liberdade**

De acordo com os ensinamentos de Alceu Correa Júnior e Sérgio Salomão Shecaira:

A nova ordem jurídica inaugurada com a CRFB de 1988, no que concerne às medidas punitivas, não deixou de consagrar a previsão da pena privativa de liberdade. Prevalece, ainda, a idéia de que a prisão é imprescindível à sociedade contemporânea, muito embora problemática e onerosa.⁴⁶

A idéia central da pena privativa de liberdade, conforme Fragoso é:

"de que a prisão deve promover a custódia do condenado, neutralizando-o através de um sistema de segurança, no qual se esgota o sentido retributivo da pena e, ao mesmo tempo, ressocializá-lo ou emendá-lo, através de um tratamento".⁴⁷

Entretanto, segundo Eugênio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli, na prática, “as penas privativas de liberdade, embora se encontrem no núcleo de todos os sistemas punitivos contemporâneos, em muitos casos se constituem em "fator criminógeno", ou seja, a sua aplicação acaba por negar os fins teóricos a que se propõe”⁴⁸.

⁴² “Ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante”.

⁴³ BARROS, Carmem Silva de Moraes. Op. Cit., p132.

⁴⁴ “Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.

⁴⁵ “A lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais”.

⁴⁶ SHECAIRA, Sérgio Salomão e CORRÊA JÚNIOR, Alceu. Op. Cit., p.192.

⁴⁷ FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal: parte geral*. ed. rev. por Fernando Fragoso. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 356.

⁴⁸ ZAFFARONI, Eugênio Raúl ; PIERANGELI, José Henrique. Manual de Direito Penal Brasileiro – Volume 1. 7º edição revista e atualizada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p.676.

Ainda, “a pena é uma sanção aflitiva imposta pelo Estado, através da ação penal, ao autor de uma infração (penal), como retribuição de seu ato ilícito, consistente na diminuição de um bem jurídico e cujo fim é evitar novos delitos”.⁴⁹

1.6.1 – Espécies de penas privativas de liberdade

A pena privativa de liberdade será dividida em três tipos ou espécies: a reclusão, a detenção e a prisão simples. Essa é destinada àqueles que praticaram contravenções penais, e deverá ser cumprida em regime especial, com separação em relação aos condenados por crime a pena de reclusão ou detenção.

Em conformidade com a legislação brasileira, a pena de reclusão deve ser cumprida em regime fechado, semi-aberto ou aberto, e a de detenção, em regime semi-aberto ou aberto, salvo a necessidade de transferência a regime fechado, a teor do disposto no art. 33, caput, do Código Penal.

Quando o apenado, por exemplo, estiver cumprindo pena no regime semi-aberto e, sobrevindo condenação no curso da execução, somar-se-à pena ao restante da que está sendo cumprida, para determinação do regime. Se a pena que estiver sendo executada for de cinco anos e quatro meses em regime semi-aberto por infração ao art. 157, § 2º do Código Penal e, de acordo com a exemplificação, for condenado novamente em outra ação penal a mesma pena e ao mesmo regime, não poderá o apenado cumprir suas duas penas em regime semi-aberto, tendo em vista o disposto no art. 33⁵⁰ do Código Penal.

Com efeito, conforme dispõe o referido artigo, o condenado a pena superior a oito anos deverá cumpri-la em regime fechado; o condenado não reincidente, cuja pena superior a quatro anos e não exceda a oito, poderá, desde o princípio, cumpri-la em regime semi-aberto, e o condenado não reincidente, cuja pena seja igual ou inferior a quatro anos, poderá, desde o início, cumpri-la em regime aberto.

Considera-se regime fechado a execução da pena em estabelecimento de segurança máxima ou média, regime semi-aberto a execução da pena em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar, e regime aberto a execução da pena em casa de albergado ou estabelecimento adequado.⁵¹

1.6.2 – Regimes de cumprimento de pena

⁴⁹ MIRABETE, Julio Fabbrini. Manual de Direito Penal. Volume 1, 17ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2001, p.246.

⁵⁰ “A pena de reclusão deve ser cumprida em regime fechado, semi-aberto ou aberto. A de detenção, em regime semi-aberto ou aberto, salvo necessidade de transferência a regime fechado”.

⁵¹ No art. 33, § 1º, a, b e c do CP.

O juiz deve fixar, em caso de sentença penal condenatória, o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade. Ressalte-se que o regime fixado é inicial, e não definitivo, tendo em vista a execução progressiva da pena, prevista na Lei de Execução Penal, ou seja, a possibilidade de progressão ou regressão de regime, observados os requisitos legais.

A individualização executória diz, pois, respeito às modificações que pode sofrer a pena privativa de liberdade no decorrer de seu cumprimento. Implica, assim, em dar a cada preso as oportunidades a que tem direito como ser individual e distinto dos demais.⁵²

Tendo em vista a finalidade da pena, de integração ou reinserção social, o processo de execução deve ser dinâmico, sujeito a mutações ditadas pela resposta do condenado ao tratamento penitenciário. Assim, ao dirigir a execução para a “forma progressiva”, estabelece o art. 112 da Lei de Execuções Penais a progressão, ou seja, a transferência do condenado de regime mais rigoroso a outro menos rigoroso quando demonstra condições de adaptação ao mais suave.⁵³

⁵² BARROS, Carmem Silva de Moraes. Op. Cit. p. 136.

⁵³ MIRABETE, Julio Fabbrini. Op. Cit.,p.358.

2 - PROGRESSÃO DE REGIME:

De acordo com o artigo 112, caput, da Lei de Execuções Penais a pena privativa de liberdade será executada de forma progressiva, com a transferência para regime menos rigoroso, a ser determinada pelo juiz da execução, quando o preso tiver cumprido ao menos um sexto da pena no regime anterior e ostentar bom comportamento carcerário, comprovado por atestado emitido pelo diretor do estabelecimento.

Com a entrada em vigor da Lei 11.464/2007, os condenados pela prática de crimes considerados hediondos deverão cumprir dois quintos da pena se primário ou três quintos se reincidente. Tal assunto será discutido no terceiro capítulo deste trabalho.

Conforme a redação do parágrafo 1º, introduzido pela Lei 10792, de 1º de dezembro de 2003, a decisão de conceder ou negar a progressão será sempre motivada e precedida da manifestação do Ministério Público e do defensor, respeitado o princípio do contraditório e ampla defesa.

Ao Ministério Público incumbe a fiscalização da execução da pena, oficiando no processo executivo e nos incidentes da execução. A não manifestação do Parquet antes da apreciação do pedido de progressão de regime pelo juízo da execução enseja nulidade absoluta do *decisum*.

À Defensoria Pública cumpre o dever constitucional do Estado de prestar assistência jurídica integral e gratuita à população que não tenha condições financeiras de pagar as despesas destes serviços. A assistência jurídica integral e gratuita aos hipossuficientes é direito e garantia fundamental de cidadania, inserido no art. 5º da Constituição da República, inciso LXXIV.

No âmbito do devido processo legal, sempre se exigiu a manifestação do Ministério Público e da defesa para a legalidade do processo de execução, respeitando-se então o princípio do contraditório.

O sistema progressivo adotado pela Lei de Execução Penal determina a mudança de regime, passando o condenado do mais severo para o menos severo, quando demonstra condições de adaptação ao mais suave. Através deste diploma legal, o legislador ordinário estabeleceu uma política penitenciária para o cumprimento das penas impostas aos condenados, tendo por base, fundamentalmente, a sistema progressivo na execução da pena imposta.

Isso implica dizer que o condenado que satisfizer os requisitos objetivo e subjetivo

poderá progredir de regime até alcançar a liberdade de forma restrita no regime aberto (regime albergue ou prisão albergue) antes de consegui-la através do instituto do livramento condicional ou, até, eventualmente, mediante indulto presidencial. Assim, o apenado terá de volta sua liberdade de locomoção durante o dia, devendo para isso cumprir algumas condições especiais impostas pelo juiz da execução, tais como: estar trabalhando ou comprovar a possibilidade de fazê-lo imediatamente e apresentar indícios de que irá ajustar-se ao novo regime⁵⁴.

A liberdade de locomoção encontra-se ainda de forma restrita, pois apesar de estar fora do estabelecimento e sem vigilância, deverá o apenado trabalhar, freqüentar curso ou exercer outra atividade autorizada, permanecendo recolhido durante a noite e nos dias de folga.

Segundo Mirabete:

“a progressão não é um direito do condenado por ter cumprido parte da pena no regime mais severo, mas depende principalmente de seu mérito e, além disso, no caso da prisão albergue, da compatibilidade com o regime, ou seja, da aptidão psicológica, da adequação temperamental e do senso de responsabilidade e autodisciplina”⁵⁵

Entende-se que a progressão de regime é um direito do apenado, tendo em vista que, além de possuir previsão legal, foram respeitados, em conformidade com os direitos e garantias constitucionais, o princípio da individualização de pena, da personalidade, da proporcionalidade, utilizando-se, assim, o sistema progressivo na execução da pena imposta.

2.1 – Requisito temporal

Deve o condenado, para obter a progressão, ter cumprido um sexto da pena ou do total das penas que lhe foram impostas, no regime inicial. Segundo Mirabete: “É pacífico na jurisprudência⁵⁶, que para o cálculo desse lapso temporal tenha-se a soma das penas impostas ao condenado, não se prestando a tal o limite de trinta anos obtido pela unificação de pena nos termos do art. 75 do Código Penal”.⁵⁷

Mais expressamente dispõe a lei que, sobrevindo condenação no curso da execução, somar-se à pena ao restante da que está sendo cumprida, para determinação do regime⁵⁸. A determinação do regime, nessa hipótese, funda-se na soma da pena superveniente com o

⁵⁴ No art. 115 da Lei de Execuções Penais.

⁵⁵ MIRABETE, Julio Fabbrini. Execução Penal – 10º ed. – Revista e atualizada – São Paulo: Atlas, 2002, p.424.

⁵⁶ Súmula 715 do STF: “A pena unificada para atender ao limite de 30 anos de cumprimento, determinado pelo art. 75 do Código Penal, não é considerada para concessão de regime mais favorável de execução”.

⁵⁷ MIRABETE, Julio Fabbrini. Op. Cit. p.381.

⁵⁸No § único do art. 111 da Lei de Execuções Penais.

⁵⁷

⁵⁸

restante da pena anterior. Conseqüentemente, a fração necessária para fins de progressão de regime será calculada pela soma das duas condenações.

De acordo com o enunciado nº 22 da Vara de Execuções Penais do Rio de Janeiro: “com a unificação das penas, compete ao Juízo da Execução a determinação do regime de cumprimento das penas unificadas”.

A natureza do delito do qual resultou a condenação não pode ser alegada como óbice a pedido de progressão, pois é inadmissível argüir motivo extralegal em desfavor do sentenciado que preenche os requisitos temporal e subjetivos previstos no art. 112 da Lei de Execução Penal, sob pena de constrangimento ilegal por parte do juízo da execução.

No tocante ao requisito objetivo, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do *Habeas Corpus* nº 72.565/AL, decidiu que a fração necessária à concessão do benefício deve recair sobre o total e não sobre o restante da pena⁵⁹.

No entanto, o professor Renato Marcão discorda dessa posição adotada pelo STF. No seu entender, pena cumprida é pena extinta, o que decorre, inclusive de interpretação que se extrai do art. 113 do Código Penal:

"Tendo o condenado cumprido o requisito objetivo necessário e, posteriormente, deferido o seu benefício, para nova progressão deverá cumprir apenas um sexto da pena restante, e não da pena total aplicada. Tanto isso é exato que o lapso temporal relativo à remição de parte do tempo de execução de pena (art. 126 da LEP), expressamente computado para a concessão de livramento condicional e de indulto, também deve ser utilizado para efeito de progressão de regime prisional".⁶⁰

Na mesma linha de raciocínio, nos ensina Mirabete:

“Pode se afirmar que pena cumprida é pena extinta. É o que se depreende da lei penal quando trata da prescrição. Nos termos do art. 113 do Código Penal, no caso de evasão do apenado, a prescrição é regulada pelo que ‘resta’ da pena. Assim, no caso de evasão do condenado, que tenha várias penas a cumprir, extinta uma delas porque já fora cumprida antes da fuga, no total que deverá cumprir ao ser recapturado não estará ela incluída. Para progressão, nessa hipótese, o sexto da pena somente pode ser contado tendo em vista as penas remanescentes. O mesmo ocorre se, empreendida fuga durante a execução da primeira pena, extinguir-se o restante pela prescrição;

⁵⁹ HC 72.565/AL. STF: competência originária (art. 102, I, d) "habeas-corpus" contra decisão do próprio Tribunal, em questão de ordem mediante a qual o Presidente submeteu ao Plenário incidente de execução de pena, de sua competência individual. II. Execução penal: regime de cumprimento de pena privativa de liberdade: progressão para o regime aberto do condenado ao regime inicial semi-aberto ou autorização para o trabalho externo: submissão, em ambas as hipóteses, ao cumprimento do mínimo de um sexto da pena aplicada (LEP, art. 112; CP, art. 35, § 2º e LEP, arts. 36 e 37): **cômputo, na verificação desse requisito temporal mínimo, do todo o tempo de prisão processual, incluído o anterior à sentença condenatória**: exigência, porém, de exame criminológico antes da decisão sobre a permissão de trabalho externo ou a progressão do regime.

⁶⁰ MARCÃO, Renato. Curso de Execução Penal – 4º ed. – Revista e atualizada – São Paulo: Saraiva, 2007, p.117.

na recaptura, a contagem do prazo para progressão deve ser feita tendo em vista somente as penas ‘restantes’ (que não prescreveram). Se nessas hipóteses não mais se consideram as penas cumpridas ou extintas, com maior razão devem ser elas desprezadas para o cálculo da progressão no caso do condenado que não se evadiu. A solução contrária levaria ao absurdo.”⁶¹

Por essas razões, após a primeira transferência (do regime fechado para o semi-aberto), a progressão será determinada quanto ao requisito temporal, pelo “restante” da pena, ou seja, pelo que teria o condenado a cumprir a partir da primeira progressão, segundo entendimento da doutrina.

Cumprido informar que o juízo da Vara de Execuções Penais do Estado do Rio de Janeiro adota o entendimento de que o lapso temporal será determinado pelo restante da pena, já que para concessão do benefício da progressão de regime do semi-aberto para o aberto, determina o cálculo de um sexto do remanescente, ou seja, calcula-se a referida fração a partir da data do deferimento de sua progressão de regime do fechado para o semi-aberto. Tal informação refere-se àqueles condenados anteriormente à publicação da Lei 11.464, já que, como dito anteriormente, os prazos foram alterados para aqueles condenados em crimes considerados hediondos. Ainda, de acordo com o enunciado nº 16 da Vara de Execuções Penais do Rio de Janeiro, na mesma linha de raciocínio:

“na hipótese de fuga do apenado, aplicar-se-á o cálculo de 1/6 sobre o remanescente somente para fins de progressão de regime, sendo vedado o cálculo da outra fração da pena remanescente para fins de análise dos demais incidentes de execução.”

Com a edição da Lei 11.464/07, foi previsto um prazo diferenciado para os condenados por crimes hediondos (dois quintos para os considerados primários e três quintos para os considerados reincidentes).

2.2 – Mérito do condenado

Além do requisito temporal, o mérito do condenado deve indicar a progressão, que deverá ser demonstrado pelo mesmo, no curso da execução: “O mérito é o critério que comanda a execução progressiva”.⁶²

É necessário, pois, que se conheça a capacidade provável do condenado de adaptar-se ao regime menos rigoroso, não bastando seu bom comportamento. A aferição do mérito, porém, se refere à conduta global do preso, e dela faz parte um acréscimo na confiança

⁶¹

⁶¹ MIRABETE, Julio Fabbrini. Op. Cit.p.381.

⁶² MIRABETE, Julio Fabbrini. Op. Cit.p.388.

depositada no mesmo e a possibilidade de atribuição de maiores responsabilidades para o regime de mais liberdade.

Para análise da capacidade de adaptação ao regime menos rigoroso, a comissão técnica de classificação da unidade prisional, a fim de obter dados reveladores da personalidade do apenado, poderá entrevistar pessoas, requisitar de repartições ou estabelecimentos privados, dados e informações a respeito do condenado e, ainda, realizar diligências e exames necessários.⁶³

Essa comissão será presidida pelo diretor e composta, no mínimo, por dois chefes de serviço, um psiquiatra, um psicólogo e um assistente social⁶⁴.

O condenado deve ser avaliado em função do regime para o qual pretende progredir, de acordo com a possibilidade de lhe serem deferidos alguns benefícios no regime progressivo seguinte, tais como Visita Periódica ao Lar e Trabalho Extra-Muros.

A progressão pode ser indeferida, portanto, quando, apesar de cumprido um sexto da pena no regime, não preenche o condenado requisitos subjetivos exigidos. Assim, o juízo da execução tem a possibilidade de não conceder o benefício se o apenado demonstrar indicativos de persistência de periculosidade; evidenciada a inaptidão pessoal do apenado, tendo em vista cometimento de faltas graves, tais como fuga, posse de aparelho móvel no interior das Unidades Prisionais, dentre outras.

Há controvérsias quanto ao indeferimento do pedido de acordo com a fundamentação de persistência de periculosidade. No julgamento do Habeas Corpus nº90.471-8/PA, do STF, o ministro César Peluso afirmou que “a expressão ‘periculosidade’ é inconstitucional, tendo em vista que hostiliza a proibição prévia consideração de culpabilidade (art. 5º, LVII da CRFB), ofendendo, assim, a presunção constitucional de inocência”⁶⁵.

Entende-se que a expressão “periculosidade” está em desacordo com a Constituição da República Federativa do Brasil, tendo em vista que a mesma adota o princípio da presunção de inocência ou não culpabilidade. Ora, o indivíduo não pode ser considerado “perigoso” se já praticou outros delitos, até porque a função da pena é proporcionar condições para sua reintegração social. Na condição de preso, ao realizar os exames criminológicos a fim de verificar se possui mérito ao benefício, não há como aferir se é “perigoso” ou não, até porque ele se encontra em uma situação adversa, sendo de conhecimento geral que, em penitenciárias

⁶³ No art. 9º da lei de Execuções Penais.

⁶⁴ No art. 7º da Lei de Execuções Penais.

⁶⁴ EMENTA: AÇÃO PENAL. Prisão preventiva. Decreto fundado na periculosidade presumida do acusado. Inadmissibilidade. Razão que não autoriza a prisão cautelar. Ofensa à presunção constitucional de inocência. Constrangimento ilegal caracterizado. Aplicação do art. 5º, inc. LVII, da CF. Precedentes. É ilegal o decreto de prisão preventiva que se funda na periculosidade presumida do réu.

⁶⁵

de segurança máxima, não são incomuns discussões e desavenças entre detentos, estas, em muitos casos culminando em ameaças, lesões corporais e até morte.

2.3 – Da faculdade do juiz da execução requisitar os exames criminológicos:

A lei 10.792/2003 retirou a exigência legal de exames criminológicos para aferição do requisito subjetivo necessário à progressão e estabeleceu a necessidade do apenado ostentar bom comportamento carcerário, comprovado pelo diretor através da Transcrição de Ficha Disciplinar. Porém, não retirou do juiz da execução a faculdade de requisitar tais exames para o julgamento do benefício em determinado caso, especialmente naqueles crimes em que foi usada violência contra a vítima.

Na redação antiga, além do requisito objetivo, o artigo 112 exigia expressamente a comprovação de mérito para a progressão, devendo a decisão do Juízo ser motivada e precedida de parecer da Comissão Técnica de Classificação e do exame criminológico, quando necessário.

Com relação à necessidade de exame criminológico, o STJ assim decidiu em recente julgado⁶⁶:

“HABEAS CORPUS – EXECUÇÃO PENAL – PROGRESSÃO DE REGIME – AVALIAÇÃO PSICOLÓGICA E SOCIAL QUE RECOMENDA A NEGATIVA DO BENEFÍCIO – POSSIBILIDADE – ORDEM DENEGADA, COM RECOMENDAÇÃO.

1. O exame criminológico para fim de progressão de regime é, em tese, dispensável, mas se realizada avaliação psicológica e social, com laudos desfavoráveis ao paciente, elas devem ser consideradas.

2. Ordem denegada, com recomendação”.

Nesse sentido, o entendimento do Supremo Tribunal Federal⁶⁷:

“CRIME HEDIONDO OU DELITO A ESTE EQUIPARADO – IMPOSIÇÃO DE REGIME INTEGRALMENTE FECHADO INCONSTITUCIONALIDADE DO § 1º DO ART. 2º DA LEI Nº 8.072/90 – PROGRESSÃO DE REGIME – ADMISSIBILIDADE – EXIGÊNCIA, CONTUDO, DE PRÉVIO CONTROLE DOS DEMAIS REQUISITOS, OBJETIVOS E SUBJETIVOS, A SER EXERCIDO PELO JUÍZO DA EXECUÇÃO (LEP, ART. 66, III, 'B'), EXCLUÍDA, DESSE MODO, EM REGRA, NA LINHA DA JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE (RTJ 119/668 – RTJ 125/578 – RTJ 158/866 – RT 721/550), A POSSIBILIDADE DE O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, EXAMINANDO

⁶⁶ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Execução Penal. Progressão de Regime. Falta Grave. Habeas Corpus nº 94.426/RS da 6ª Turma, Brasília, DF, 19 de fevereiro de 2008

⁶⁷ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Execução Penal. Progressão de Regime. Requisitos Subjetivos. Habeas Corpus nº 88052/DF. Relator Ministro Celso de Melo, Brasília, DF, 28 de abril de 2006.

PRESSUPOSTOS DE ÍNDOLE SUBJETIVA NA VIA SUMARÍSSIMA DO 'HABEAS CORPUS', DETERMINAR O INGRESSO IMEDIATO DO SENTENCIADO EM REGIME PENAL MENOS GRAVOSO – RECONHECIMENTO, AINDA, DA POSSIBILIDADE DE O JUIZ DA EXECUÇÃO ORDENAR, MEDIANTE DECISÃO FUNDAMENTADA, A REALIZAÇÃO DE EXAME CRIMINOLÓGICO – IMPORTÂNCIA DO MENCIONADO EXAME NA AFERIÇÃO DA PERSONALIDADE E DO GRAU DE PERICULOSIDADE DO SENTENCIADO (RT 613/278) – EDIÇÃO DA LEI Nº 10.792/2003, QUE DEU NOVA REDAÇÃO AO ART. 112. DA LEP – DIPLOMA LEGISLATIVO QUE, EMBORA OMITINDO QUALQUER REFERÊNCIA AO EXAME CRIMINOLÓGICO, NÃO LHE VEDA A REALIZAÇÃO, SEMPRE QUE JULGADA NECESSÁRIA PELO MAGISTRADO COMPETENTE – CONSEQÜENTE LEGITIMIDADE JURÍDICA DA ADOÇÃO, PELO PODER JUDICIÁRIO, DO EXAME CRIMINOLÓGICO (RT 832/676 – RT 836/535 – RT 837/568) – PRECEDENTES – 'HABEAS CORPUS' DEFERIDO, EM PARTE”.

De acordo com o enunciado nº 19 da Vara de Execuções Penais do Estado do Rio de Janeiro:

“A lei nº 10.792, de 1º de dezembro de 2003, não retirou do Juiz da Execução a faculdade de, no caso em concreto, requisitar o exame criminológico do apenado como meio de aferir o preenchimento do requisito subjetivo à concessão do livramento condicional.”

2.4 – Agravo na execução

O recurso cabível contra decisões do juízo das execuções penais é o agravo, conforme disposto no art. 197 da Lei de Execuções Penais⁶⁸.

Ainda, de acordo com a súmula 700 do STF: “É de 5 dias o prazo para interposição de agravo contra decisão do juiz da execução penal”.

Há divergências quanto à abrangência do art. 197. “Para a jurisprudência majoritária, cabe o recurso de agravo em todas as decisões do juiz da execução no procedimento judicial diante do disposto nos arts. 66 e 197 da Lei de Execução Penal. Há, porém, decisões em sentido contrário, argumentando-se que, em matéria não regulada pela LEP, tais como unificação das penas ou aplicação da lei nova mais benigna prevista no Código Penal, cabe o recurso em sentido estrito, previsto no Código de processo Penal ”⁶⁹.

A lei não concedeu efeito suspensivo ao agravo sob o fundamento teórico de que, como regra geral, não haverá dano enquanto se aguarda a decisão do recurso interposto pela parte.⁷⁰

O professor Kuehne entende que:

⁶⁸ Das decisões proferidas pelo juiz caberá recurso de agravo, sem efeito suspensivo.

⁶⁹ MIRABETE, Julio Fabbrini. Op. Cit.p.761

⁷⁰ MIRABETE, Julio Fabbrini. Op. Cit.p.762

“é mais adequado que as normas procedimentais do recurso de agravo em execução penal devam ser as do recurso crime em sentido estrito, mesmo porque, a lei modificadora de disposição do Código de Processo Civil, quanto ao recurso de agravo, veio a criar problemas os mais diversos. A Lei de Execução Penal é sucinta, levando o intérprete a se socorrer do ordenamento jurídico, e nesse passo, são aplicáveis as disposições contidas no Código de Processo Penal, em consonância com a reforma preconizada (projeto 1.655/83), as normas procedimentais do recurso em sentido estrito”⁷¹.

2.5- Progressão e falta grave

Como já dito anteriormente, a prática de falta grave pode revelar ausência de mérito, interrompendo o lapso temporal para a progressão de regime prisional.

Cometida a falta grave pelo condenado no curso do cumprimento da pena privativa de liberdade, inicia-se, a partir desta, nova contagem da fração de um sexto da pena como requisito objetivo da progressão, sendo também observado o disposto na Lei 11. 464 (prazo de 2/5 ou 3/5 para os delitos hediondos).

Esse é o entendimento adotado pelo STJ. No julgamento do Habeas Corpus nº 93.288/SP, o ministro Napoleão Nunes Maia Filho, determinou a recontagem sobre o remanescente da pena a partir da última falta grave praticada pelo apenado.

HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. PROGRESSÃO DE REGIME. FALTA GRAVE. PORTE DE ENTORPECENTE NO CÁRCERE. REINÍCIO DA CONTAGEM DO PRAZO PARA A CONCESSÃO DO BENEFÍCIO A PARTIR DA ÚLTIMA FALTA. PRECEDENTES DO STJ. ORDEM DENEGADA.

1. O STJ entende que o cometimento de falta grave, devidamente apurada através de procedimento administrativo disciplinar, implica reinício da contagem do prazo da pena remanescente para a concessão do benefício da progressão de regime prisional.
2. A contagem do novo período aquisitivo do requisito objetivo (1/6 do cumprimento da pena) deverá ter início na data do cometimento da última falta grave pelo apenado, incidente sobre o remanescente da pena e não sobre o total desta.
3. Parecer do MPF pela denegação da ordem.
4. Ordem denegada.

O Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, através do julgamento do recurso de agravo nº 2007.076.01308⁷², demonstrou ser contrário ao entendimento adotado pelo Superior Tribunal de Justiça nos casos em que os apenados cometem falta grave, como veremos a seguir:

⁷¹ KUEHNE, Maurício. Lei de Execução Penal Anotada, Volume II – Parte Especial. 3º edição, 3º tiragem. Curitiba: Juruá, 2003, p.268.

⁷² BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Execução Penal. Falta Grave e Cálculo da pena para efeito de progressão de regime. Agravo nº 2007.078.01308 da 7ª Câmara Criminal, Relator Des. Geraldo Prado, Rio de Janeiro, RJ, 13 de dezembro de 2007

EMENTA: EXECUÇÃO PENAL. FALTA GRAVE E CÁLCULO DA PENA PARA EFEITO DE PROGRESSÃO DE REGIME PRISIONAL. RECURSO QUE PRETENDE CONFECÇÃO DO CÁLCULO DE UM SEXTO DO REMANESCENTE DA PENA A CONTAR DA ÚLTIMA FALTA GRAVE COMETIDA. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL DA INTERRUÇÃO DO TEMPO DE CUMPRIMENTO DE PENA. REQUISITOS DISTINTOS QUE NÃO SE CONFUNDEM E DECORREM DE EXIGÊNCIA LEGAL. CONSIDERAÇÃO DO TEMPO DE PENA CUMPRIDO. IMPOSSIBILIDADE DE CONSTRUÇÃO DE ENTENDIMENTO CONTRÁRIO AO TEXTO EXPRESSO DA LEI. LIMITAÇÃO IMPOSTA PELO NULLA POENA SINE PRAEVIA LEGE. Os requisitos objetivo e subjetivo para a aquisição do direito à progressão de regime são estabelecidos em lei e não se confundem. Superveniência de falta grave que altera o mérito carcerário e constitui impedimento à progressão enquanto o condenado não recupera o comportamento prisional adequado. Tempo de pena, porém, computado objetivamente, em consideração ao período aquisitivo definido no art. 112 da LEP. Pleito de progressão que não se subordinou ao cumprimento de um sexto da pena a partir da falta grave, à míngua de previsão legal. Aplicação da fração de 1/6 para o cálculo da progressão de regime. Manutenção da decisão guerreada. RECURSO IMPROVIDO.

Assim entende a Vara de Execuções Penais do Estado do Rio de Janeiro, tendo em vista seu enunciado nº 29:

“Constitui grave ofensa ao princípio da estrita legalidade, o estabelecimento, por via de uma interpretação *in malan parten*, de novo lapso temporal para a progressão de regime a partir do cometimento de falta grave durante o cumprimento da pena em regime fechado.”

Ainda, o enunciado nº7 desse juízo estabelece que: “Para fins de concessão de benefício, ressalvadas as regras próprias do indulto e da comutação, a falta praticada por apenado caduca em 01 (um) ano”.

Para a Vara de Execuções Penais do Rio de Janeiro, se o apenado possui direito à progressão de regime, mas cometeu falta grave no prazo de um ano anteriormente à data de cumprimento do requisito objetivo, o benefício ficará suspenso. A contagem de 1/6 sobre o remanescente da pena só será feito em caso de evasão do apenado. Desta forma, contar-se à fração de 1/6 sobre a pena restante, a partir da data da recaptura do apenado.

2.6- Dos benefícios que podem ser pleiteados no cumprimento da pena em regime semi-aberto.

2.6.1 - Da saída temporária

Uma importante etapa do processo de reintegração social do preso é permitir suas relações com o exterior, particularmente com seus familiares. Para conseguir tal objetivo, a

Lei de Execuções Penais prevê a saída transitória do condenado em seu art. 122.

Segundo Mirabete:

“A opinião doutrinária é unânime em considerar as saídas temporárias como benéficas à ressocialização do preso, desde que não representem perigo à sociedade e sejam proveitosas para sua reintegração ao convívio social. Constituem um meio de prova que permitirá verificar se o condenado alcançou um grau de resistência que lhe permite vencer as tentações da vida livre e um sentido de responsabilidade suficiente para não faltar à confiança que lhe foi depositada ao se lhe deferir o benefício”.⁷³

A denominação saída temporária, direito público subjetivo do condenado, é apropriada, já que a ausência será autorizada por tempo determinado e não poderá ultrapassar o tempo máximo de sete dias, sendo temporária, contrapondo-se à permissão de saída, onde não há um tempo determinado para a ausência autorizada e com escolta⁷⁴.

A autorização será concedida por ato motivado do juiz da execução, respeitado o princípio do contraditório⁷⁵. Tal autorização dependerá dos seguintes requisitos: comportamento adequado; cumprimento mínimo de 1/6 se primário e 1/4 se reincidente e compatibilidade do benefício com os objetivos da pena.⁷⁶

O requisito subjetivo indispensável, assim como na progressão de regime, é a comprovação de comportamento adequado, que será aferido por informações da administração penitenciária.

É entendimento pacífico na jurisprudência⁷⁷ que o requisito temporal de cumprimento mínimo de um sexto de pena, previsto no artigo 123, II da LEP, para efeito de concessão de benefícios próprios ao regime prisional semi-aberto, não se aplica aos que nele ingressarem pela progressão de regime, porquanto já cumprido no regime anterior fechado, que deve ser computado.

O preso poderá obter até cinco autorizações de saída temporária a cada ano, não podendo cada uma delas exceder sete dias, podendo ser renovada por mais quatro vezes durante o ano⁷⁸.

⁷³ MIRABETE, Julio Fabbrini. Op. Cit.p.468.

⁷⁴ No art. 122 da Lei de Execuções Penais:“Os condenados que cumprem pena em regime semi-aberto poderão obter autorização para saída temporária do estabelecimento, sem vigilância direta”.

⁷⁵ No art. 123 da Lei de Execuções Penais.

⁷⁶ Art. 123, I, II, III da Lei de Execução Penal

⁷⁷HC nº 30.587/SP do STJ - EXECUÇÃO PENAL. RÉU REINCIDENTE. VISITA PERIÓDICA À FAMÍLIA. ARTS.122 E 123 DA LEI Nº 7.210/84 (LEI DE EXECUÇÃO PENAL). A contagem de 1/4 (um quarto) da pena deve levar em consideração o total da reprimenda imposta (incluindo eventual unificação de pena por nova condenação) e o termo inicial deve coincidir com o início do cumprimento da pena.Writ concedido.

⁷⁸ No art. 124 da Lei de Execuções Penais.

2.6.2 - Visita à família (visita periódica ao lar ou visita periódica à família)

A visita à família é causa autorizadora de saída temporária, e se verificará em datas comemorativas, tais como o domingo de páscoa; dia das mães; dia dos pais; aniversário de um filho; natal e festividades de fim de ano⁷⁹.

Segundo o professor Renato Marcão:

“O termo família compreende o cônjuge, o companheiro ou companheira, ascendentes, padrasto ou madrastas, descendentes, irmãos e mesmo outros familiares mais próximos com os quais o preso mantenha estreitos laços de consideração e afeto”⁸⁰.

O objetivo do benefício é o fortalecimento de valores éticos-sociais, de sentimentos nobres, o estreitamento dos laços afetivos e de convívio social harmônico pautado por responsabilidade, imprescindíveis para a ressocialização do sentenciado, bem como o surgimento de contra-estímulos ao crime.

2.6.3 - Frequência a curso supletivo profissionalizante

Esse benefício é de grande valia ao ideal ressocializador, tendo em vista que ao freqüentar as entidades de ensino, terá o apenado contato com valores que poderão servir de alicerce para a sua reintegração na sociedade. Cumpre ao juiz das execuções criminais mais uma vez permear a interpretação da regra com boa dose de bom senso, de maneira a não restringir o acesso do apenado para a freqüência apenas de cursos na comarca do juízo da execução.⁸¹

2.6.4 - Trabalho extra-muros

O trabalho externo submete-se à satisfação dos mesmos requisitos à concessão do benefício da saída temporária, exceto o cumprimento do prazo de cumprimento de um quarto da pena para apenados reincidentes.

A 3º Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, em recente

⁷⁹HC nº 4.814/RJ do STJ: EXECUÇÃO PENAL. AUTORIZAÇÃO PARA VISITA A FAMÍLIA. PRESSUPOSTOS. HABEAS-CORPUS. LEP, ARTS. 122 E 123. OS CONDENADOS QUE CUMPREM PENA EM REGIME SEMI-ABERTO PODERÃO OBTER AUTORIZAÇÃO PARA FAZER VISITA A FAMÍLIA ATENDIDOS OS PRESSUPOSTOS INSCRITOS NO ART. 123, DA LEP, COM DESTAQUE PARA A EXIGÊNCIA DE CUMPRIMENTO MÍNIMO DE UM SEXTO DA PENA. COMPREENDE TAMBÉM O PERÍODO DE CUMPRIMENTO DE PARTE DA PENA A QUE SE REFERE O CITADO DISPOSITIVO LEGAL O TEMPO DE PRISÃO PROCESSUAL, INCLUSIVE SOB A FORMA DE PRISÃO ESPECIAL. HABEAS-CORPUS CONCEDIDO.

⁸⁰ MARCÃO, Renato. Op. Cit., p.117.

⁸⁰⁸¹ No art. 122, II da Lei de Execuções Penais.

julgado, através do relator Valmir de Oliveira Silva proferiu a seguinte decisão:

“Se o paciente encontra-se expiando o total das penas que lhe foram impostas nas três condenações no regime prisional semi-aberto, depois de cumprido o tempo necessário para progressão, não se lhe pode subtrair os direitos de visitação à família ou ao trabalho extra-muros, uma vez comprovada a proposta de emprego e satisfeitos os demais requisitos, a pretexto de necessidade de cumprimento de mais 1/6 ou 1/4 da pena, mormente porque o requisito temporal de 1/6 já foi cumprido no regime fechado e a condição de reincidente não está provada, tal como disciplinado na Súmula 40 do STJ. Ordem parcialmente deferida”.⁸²

Conforme Súmula 40 do Superior Tribunal de Justiça: “para obtenção dos benefícios de trabalho extra-muros, assim como saídas temporárias, considera-se o tempo de cumprimento no regime fechado”.

De acordo com o art. 125 da Lei de Execuções Penais:

“O benefício de saída temporária será automaticamente revogado quando o condenado praticar fato definido como crime doloso, for punido com falta grave, desatender as condições impostas na autorização ou revelar baixo grau de aproveitamento na atividade pela qual foi concedida a autorização para a saída temporária”.

A revogação automática do benefício não viola o princípio constitucional da ampla defesa. Como punição que é, impõe-se que seja célere, e, assim, deve acontecer antes de se ver escoar o tempo da saída autorizada, inclusive porque a própria Lei de Execução Penal prevê a possibilidade de posterior restabelecimento do benefício, o que afasta qualquer lesão ou ameaça a direito.

A recuperação de tal direito dependerá da absolvição no processo penal, do cancelamento da punição disciplinar ou da demonstração do merecimento do condenado.⁸³

2.7 - Progressão para o regime aberto

Vedada a progressão por salto, a saída do regime semi-aberto, também denominado intermediário, para o ingresso no regime aberto pela via da progressão pressupõe a satisfação dos requisitos de ordem objetiva e subjetiva ditados pelo artigo 112 da LEP.

Para o ingresso neste regime não são suficientes o cumprimento dos requisitos objetivo e subjetivo. De acordo com o artigo 113 da LEP, a aceitação de seu programa e das condições impostas pelo juiz serão também analisadas para a concessão do benefício.

Ainda, dispõe o artigo 114 da LEP que somente poderá ingressar no regime aberto o

⁸² BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Execução Penal. Trabalho Extra-Muros. Habeas Corpus nº 2007.059.07448 da 3ª Câmara Criminal, Relator Des. Valmir de Oliveira Silva, Rio de Janeiro, RJ, 8 de janeiro de 2008

⁸³ No § único do art. 125 da Lei de Execuções Penais

condenado que: estiver trabalhando ou comprovar a possibilidade de fazê-lo imediatamente; apresentar, pelos seus antecedentes ou pelo resultado dos exames a que foi submetido, fundados indícios de que irá ajustar-se, com auto-disciplina e senso de responsabilidade ao novo regime.

O juiz, respeitado o disposto no art. 115 da LEP, poderá estabelecer condições especiais para a concessão do benefício, dentre as quais: permanecer no local que for designado, durante o repouso e nos dias de folga; sair para o trabalho e retornar, nos horários fixados; não se ausentar sem autorização judicial e comparecer a juízo, para informar e justificar as suas atividades quando assim for determinado.

Conforme Antônio Luiz Pires Neto e José Eduardo Goulart:

“os requisitos para o ingresso no regime aberto são de ordem material, ou seja, a possibilidade de o sentenciado exercer imediatamente emprego e de ordem pessoal, que é o ajustamento com responsabilidade e autodisciplina ao novo regime”.⁸⁴

Como resulta claro, a promoção ao regime aberto, que vai implicar, na generalidade dos casos, retorno à vida comunitária sob certas condições, está a exigir que o processo de adesão referido venha reforçado ou qualificado por noções de responsabilidade e autodisciplina. Tais circunstâncias, todavia, não invalidam a necessidade de que a adesão voluntária do sentenciado deva desenvolver-se ao longo de todo o cumprimento de sua pena, objetivando possibilitar sua integração social.

⁸⁴ Neto, Antônio Luis Pires e Goulart, José Eduardo, Execução Penal - visão do TACrimSP, p.60 *apud* Marcão, Renato. Curso de Execução Penal – 4º ed. – Revista e atualizada – São Paulo: Saraiva, 2007, p.135.

3 - LEI 8.072/90 - DOS CRIMES HEDIONDOS

De acordo com o art. 1º da Lei 8.072/90, são considerados hediondos os seguintes crimes:

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); (Inciso incluído pela Lei nº 8.930, de 6.9.1994)

II - latrocínio (art. 157, § 3º, in fine); (Inciso incluído pela Lei nº 8.930, de 6.9.1994)

III - extorsão qualificada pela morte (art. 158, § 2º); (Inciso incluído pela Lei nº 8.930, de 6.9.1994)

IV - extorsão mediante seqüestro e na forma qualificada (art. 159, caput, e §§ 1º, 2º e 3º); (Inciso incluído pela Lei nº 8.930, de 6.9.1994)

V - estupro (art. 213 e sua combinação com o art. 223, caput e parágrafo único); (Inciso incluído pela Lei nº 8.930, de 6.9.1994)

VI - atentado violento ao pudor (art. 214 e sua combinação com o art. 223, caput e parágrafo único); (Inciso incluído pela Lei nº 8.930, de 6.9.1994)

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 nº 9.677, de 2 de julho de 1998). (Inciso incluído pela Lei nº 9.695, de 20.8.1998)

Parágrafo único. Considera-se também hediondo o crime de genocídio previsto nos arts. 1º, 2º e 3º da Lei nº 2.889, de 1º de outubro de 1956, tentado ou consumado. (Parágrafo incluído pela Lei nº 8.930, de 6.9.1994)

A Lei 8.072/90 vedou a possibilidade de ser concedido ao réu, acusado de um dos crimes enumerados no art. 1º da referida lei, o instituto da liberdade provisória, disciplinado nos arts. 310 e seguintes do Código de Processo Penal⁸⁵.

Nesse ponto, a lei ultrapassou os limites traçados pela Constituição da República Federativa de 1988, pois privou o acusado de crime hediondo simplesmente da possibilidade

⁸⁵ “Quando o juiz verificar pelo auto de prisão em flagrante que o agente praticou o fato em estado de necessidade; legítima defesa ou em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito, poderá, depois de ouvir o Ministério Público, conceder ao réu liberdade provisória, mediante termo de comparecimento a todos os atos do processo, sob pena de revogação”

de livramento mediante o pagamento de fiança e o fez insuscetível de graça, anistia e indulto⁸⁶.

Porém, a Constituição não menciona o instituto da liberdade provisória, sendo essa uma inovação do legislador ordinário que, sem sombra de dúvidas, ampliou as circunstâncias previstas pelo ordenamento constitucional.

Isso implica dizer que a lei, desconsiderando o princípio constitucional da presunção de inocência insculpido no mesmo art. 5º, LVII da CRFB/88, estabeleceu como regra o que é exceção, a custódia processual, que é um instrumento de que se vale a ordem jurídica em casos de justificada necessidade, para assegurar a instrução criminal, a ordem social e outros valores que a liberdade do acusado pode vir a fragilizar ou ameaçar. Além disso, restam violados os incisos LIV⁸⁷, LV⁸⁸ do mesmo dispositivo constitucional, que constituem os pilares de sustentação do ordenamento em matéria de processo penal.

Assim, ainda que o acusado preencha os requisitos exigidos em lei para a obtenção da liberdade provisória, e mesmo até que haja nos autos indícios suficientes da inocência do acusado, pela atipicidade do fato, pela antijuridicidade de sua conduta ou pela ausência de sua culpabilidade ou qualquer outro fator que justifique a sua libertação, mesmo assim ele ficará custodiado, pela interpretação mais repressiva da lei.

A Lei de crimes hediondos, em seu texto legal, proibiu a concessão ao apenado de indulto e comutação, criando ainda, em tema de direito material, um requisito mais rigoroso para aplicação da medida penal alternativa do livramento condicional. O condenado em crime considerado "hediondo" terá que cumprir dois terços de sua pena a fim de obter o referido benefício.

Segundo Alberto Silva Franco⁸⁹:

“O texto legal pecou por sua indefinição a respeito da locução "crime hediondo", contida na regra constitucional. Em vez de fornecer uma noção, tanto quanto explícita, do que entendia ser hediondez do crime, o legislador preferiu adotar um sistema mais simples, enumerando no texto legal os crimes que seriam considerados hediondos. Desta forma, não é hediondo o

⁸⁶⁵ No art. 2º, I e II da Lei 8.072/90: “Os crimes hediondos são insuscetíveis de anistia, graça, indulto e fiança”

⁸⁶ “Ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”

⁸⁷⁸⁷ “Aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”

⁸⁸⁸⁸ FRANCO, Alberto Silva. op.cit. p.91

crime que se mostre "repugnante, asqueroso, sórdido, depravável, horrível, mas aqueles que se encontram na referida lei, oriundos de um verdadeiro processo de colagem, rotulado como tal pelo legislador".

Não há, em nível constitucional, uma definição de crime hediondo e o legislador ordinário não se preocupou em traçar as linhas mestras desta figura. O legislador optou pela pura e simples rotulação de tipos preexistentes. Uma determinada ação ou omissão é crime considerado hediondo porque faz parte do elenco enumerado na lei, e não porque apresenta características próprias, devidamente explicitadas. A predeterminação de tipos delitivos, sem fixação conceitual de hediondez, provoca certo grau de rigidez na aplicação tipológica.

As deformidades detectadas na Lei 8.072/90 não se reduzem apenas à mera questão classificatória, tendo em vista que os tipos que receberam a qualificação jurídica de "hediondo", embora não tenham sofrido nenhuma mudança na sua composição descritiva, tiveram, em sua maioria, sua pena aumentada, exceção feita ao genocídio. Todos os demais, previstos no art. 1º da Lei 8.072/90, tiveram sensível aumento punitivo.

O evidente exagero na elevação dos mínimos penais referentes aos diversos delitos rotulados como "hediondos", provoca, por sua explícita desproporcionalidade, dificuldades na individualização penal. Com razão, Eugênio Raúl Zaffaroni observa que: "a fixação de mínimos altíssimos impede aos juízes quantificar a pena de conformidade com o conteúdo do injusto e a culpabilidade".⁹⁰

Assim, se o latrocínio, ou a extorsão mediante seqüestro, de que resultou morte, for executado contra pessoa não maior de quatorze anos, mínimo e máximo terão a mesma quantidade punitiva, ou seja, trinta anos de reclusão. A pena absolutamente determinada pelo legislador é inaplicável na prática, porque impede a apreciação das diversas circunstâncias que cercam a realização do fato criminoso, e não permite uma adequação à culpabilidade e à personalidade do acusado. O art. 157, § 3º, parte final, determina que "se da violência resulta morte, a reclusão será de 20 (vinte) a 30 (trinta) anos". Ora, o art. 9º da Lei de crimes hediondos estabelece que as penas serão acrescidas da metade, respeitado o limite superior de 30 (trinta) anos de reclusão, estando a vítima em qualquer das hipóteses referidas no art. 224⁹¹ do Código Penal. Assim, o mínimo e máximo terão a mesma quantidade punitiva, ou seja, trinta anos, não permitindo ao julgador nenhum espaço de manobra na tarefa do *quantum* da

⁹⁰ Zaffaroni, Eugênio Raúl. La legislación anti- droga latinoamericana, p.25, 1990 *apud* FRANCO, Alberto Silva. Crimes Hediondos – Anotações Sistemáticas à Lei 8.072/90. 4º ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

⁹¹ No art. 224 do Código Penal: "Presume-se a violência se a vítima não é maior de quatorze anos; é alienada ou débil mental, e o agente conhecia a circunstância ou não pode, por qualquer outra causa, oferecer resistência".

pena.

Originalmente, a Lei de crimes hediondos, em seu artigo 2º, § 1º proibiu a progressão de regime, estabelecendo que as condenações deveriam ser executadas integralmente em regime fechado, questão essa que foi julgada constitucional pelo Supremo Tribunal Federal por cerca de quinze anos, até que recentemente tal questão foi revista, como veremos mais adiante.

3.1 – A questão da inconstitucionalidade

Grande polêmica surgiu com a proibição da progressão de regime prisional, ao se estabelecer que a pena imposta como decorrência de condenação pela prática de crimes hediondos, a prática de tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins deverá ser cumprida integralmente em regime fechado, prevista no artigo 2º, §1º, da Lei 8.072/90.

Desde então, alguns doutrinadores, como Alberto Silva Franco, passaram a sustentar que o regime integral fechado choca-se frontalmente com o princípio constitucional da individualização de pena, estabelecido no artigo 5º da Constituição da República Federativa Brasileira. Sustenta-se ainda que o regime integralmente fechado fere o princípio da humanização da pena, e constitui tratamento cruel ao condenado.

Não obstante, o Supremo Tribunal Federal, por cerca de quinze anos, entendeu constitucional o cumprimento integral da pena em regime fechado, nas hipóteses de crimes hediondos e assemelhados. Entretanto, no dia 23 de fevereiro de 2006, por maioria de votos, julgando o Habeas Corpus 82.959/SP, de que foi relator o Min. Marco Aurélio, o plenário declarou a inconstitucionalidade do art. 2º, §1º, da Lei 8.072/90, tendo em vista que a norma impugnada afrontava o direito à individualização da pena e a dignidade da pessoa humana, ao não permitir a consideração das particularidades de cada pessoa, a sua capacidade de reintegração social e os esforços aplicados com vistas à ressocialização, impondo tratamento desumano ao condenado, como veremos com mais detalhes no item seguinte.

Além disso, a norma trazia consigo uma situação incoerente, já que impedia a progressividade, mas admitia o seu livramento condicional após o cumprimento de dois terços da pena, ou seja, admitia que o condenado fosse liberado antes do cumprimento da pena, mas não admitia que o apenado pleiteasse sua progressão para regime menos rigoroso.

Na prática, a decisão do STF que deferiu o Habeas corpus em questão, se resumiu em afastar a proibição da progressão de regime de cumprimento de pena para apenados condenados pela prática de crimes hediondos. Caberá ao juiz da execução penal, segundo o

plenário, analisar os pedidos de progressão considerando o comportamento de cada um, o que caracteriza a individualização da pena.

3.2 – Habeas corpus nº 82.959/SP

Esta matéria foi levantada junto ao Supremo Tribunal Federal, pelo Ministro Marco Aurélio, na forma do art. 22, do Regimento interno, que entendeu como relevante a arguição de conflito do parágrafo 1º do art. 2º, da Lei 8072/90 com a Constituição Federal.

O Ministro da Corte Suprema, em suas considerações, inicia a discussão da matéria:

“Considerado quer o Princípio Isonômico em sua latitude maior, quer o da Individualização da pena previsto no inciso XLVI do art. 5º, da Carta Magna, quer até mesmo, o Princípio segundo o qual o legislador ordinário deve atuar tendo como escopo maior o bem comum, sendo indissociável da noção deste último a observância da dignidade da pessoa humana, que é solapada pelo afastamento, por completo, de contexto revelador de esperança, ainda que mínima, de passar-se ao cumprimento da pena em regime menos rigoroso.”⁹²

Contrariando-se consagrada sistemática alusiva à execução da pena, nesse particular, assentou-se a impertinência das regras gerais do Código Penal e da Lei de Execuções Penais, distinguindo-se entre cidadãos não a partir das condições sócio-psicológicas que lhe são próprias, “mas de episódio criminoso no qual, por isto ou por aquilo, acabaram por se envolver.”⁹³

Nesse diapazão, o Min. Marco Aurélio exemplifica:

“Teve-se o condenado a um dos citados crimes como senhor de periculosidade ímpar, a merecer, ele, o afastamento da humanização da pena que o regime da progressão viabiliza e a sociedade, o retorno abrupto daquele que segregava, já então com as cicatrizes inerentes ao abandono de suas características pessoais e à vida continuada em ambiente criado para atender a situação das mais anormais e que, por isso mesmo, não oferece quadro harmônico com a almejada ressocialização”⁹⁴.

E continua, nos debates acerca do julgamento do HC 82.959:

“Tenho o regime de cumprimento da pena como algo que, no campo da execução, racionaliza-a, evitando a famigerada idéia do “mal pelo mal causado” e que sabidamente é contrária aos objetivos do próprio contrato social. A progressividade do regime está umbilicalmente ligada à própria pena, no que, acenando ao condenado com dias melhores, incentiva-o à

⁹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Execução Penal. Progressão de Regime em Crimes Hediondo. Habeas Corpus nº 82.959, Rel .Min. Marco Aurélio Brasília, 23.02.06. Lex: Jurisprudência do STF, p.514.

⁹³ Loc. Cit.

⁹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Execução Penal. Progressão de Regime em Crimes Hediondo. Habeas Corpus nº 82.959, Rel .Min. Marco Aurélio Brasília, 23.02.06. Lex: Jurisprudência do STF, p.515.

correção de rumo e, portanto a empreender um comportamento penitenciário voltado à ordem, ao mérito e a uma futura inserção no meio social. O que se pode esperar de alguém que, antecipadamente, sabe da irrelevância dos próprios atos e reações durante o período no qual ficará longe do meio social e familiar e da vida normal que tem direito um ser humano; que ingressa em uma penitenciária com a tarja da despersonalização?”⁹⁵

Vale ressaltar que a razão de ser da progressividade no cumprimento da pena é o interesse da preservação do ambiente social, da sociedade que receberá de volta aquele executado que um dia “deu margem à movimentação do aparelho punitivo do Estado”.

É óbvio que não interessa a esta sociedade o retorno de um indivíduo que, enclausurado, se embruteceu, ao invés de se ressocializar, que se revoltou, ao invés de se recuperar.

Ainda, nos debates acerca do julgamento do citado *habeas corpus*, foi levantada a contradição acerca da impossibilidade de se progredir de regime e da previsão de se conceder o benefício do livramento condicional aos apenados condenados pela prática de crimes hediondos ou a eles equiparados.

A concessão do livramento condicional significa o retorno do executado ao convívio social. Mas porquê fazê-lo sem antes possibilitar a passagem de um regime prisional mais grave para um menos grave, questionou o Ministro relator.

A Lei de crimes hediondos inseriu o preceito assegurando aos condenados por crimes hediondos, pela prática de tortura ou terrorismo e pelo tráfico ilícito de entorpecentes, a possibilidade de alcançarem a liberdade condicional, desde que presentes os requisitos legais e que não sejam reincidentes específicos em crimes desta mesma natureza.

Assim, verifica-se na lei o descabimento da passagem do regime fechado para o regime semi-aberto, mas se possibilita o reingresso no convívio social, o livramento condicional, quando cumprida a fração de dois terços da pena aplicada pelo juízo da condenação.

Tendo com ponto de partida essa disparidade:

“a Lei n. 8072/90 contém preceitos que fazem pressupor não a observância de uma coerente política criminal, mas que foi editada sob o clima da emoção, como se no aumento da pena e no rigor do regime estivessem os únicos meios de afastar-se o elevado índice de criminalidade. Por ela, os

⁹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Execução Penal. Progressão de Regime em Crimes Hediondo. Habeas Corpus nº 82.959, Rel .Min. Marco Aurélio Brasília, 23.02.06. Lex: Jurisprudência do STF, p.515

enquadráveis nos tipos aludidos são merecedores de tratamento diferenciado daquele disciplinado no Código Penal e na Lei de Execuções penais, ficando sujeito não às regras relativas aos cidadãos em geral, mas a especiais, despontando a que, fulminando o regime de progressão da pena, amesquinha a garantia constitucional da individualização”⁹⁶.

Outro ponto amplamente discutido no julgamento do *writ* foi a questão da individualização da pena, que significa dizer que o Estado, no momento da instrução criminal, deve observar as circunstâncias judiciais, ou seja, os fatos que deram origem àquele procedimento, os fatos objetivos, os subjetivos, a dinâmica do fato, as características pessoais dos agentes, a participação de cada um naquele evento criminoso.

Não deve ser aplicada a norma abstrata, o tipo definido em lei, mas sim todas as circunstâncias daquele fato, objeto da instrução criminal. Tanto que o legislador fez previsão expressa, contida na norma do art. 59 do Código Penal:

“o juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e conseqüências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime:

- I – as penas aplicáveis dentre as cominadas;*
- II – a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos;*
- III – o regime de cumprimento da pena privativa de liberdade;*
- IV – a substituição da pena privativa de liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível.”*

Observa-se que o legislador deu margem à decisão do juízo da condenação quer quanto à correta tipificação e a cominação da pena, mas também quanto à determinação do adequado regime de cumprimento da pena aplicada, possibilitando-se até mesmo a aplicação de um regime inicial mais rigoroso.

Significa dizer que a progressão de regime está diretamente ligada ao Princípio constitucional de Individualização da pena, necessário e garantidor da resposta penal justa e adequada para cada caso concreto, preconizado no inciso XLVI, do art. 5º, da Constituição Federal.

Observa o Ministro Marco Aurélio:

“Dizer-se que o regime de progressão no cumprimento da pena não está compreendido no grande todo que é a individualização preconizada e

⁹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Execução Penal. Progressão de Regime em Crimes Hediondo. Habeas Corpus nº 82.959, Rel .Min. Marco Aurélio Brasília, 23.02.06. Lex: Jurisprudência do STF, p.516.

garantida constitucionalmente é olvidar o instituto, relegando a plano secundário a justificativa socialmente aceitável que o recomendou ao legislador de 1984. É fechar os olhos ao preceito que junte as condições pessoais do próprio réu, dentre as quais exsurgem o grau de culpabilidade, os antecedentes, a conduta social, a personalidade, alfm, os próprios fatores subjetivos que desaguarão na prática delituosa.”⁹⁷

Por fim, foram trazidas aos debates as considerações que dizem respeito a não vedação constitucional à progressão de regime, bem como o estabelecimento expresso das restrições a serem impostas àqueles que se mostrarem incursos nos tipos previstos na Lei dos Crimes Hediondos.

Preceitua o artigo 5º, inciso XLVI:

“a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes...” e a Constituição vai além, no inciso XLIII, do mesmo dispositivo: “a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes e os que, podendo evitá-los, se omitirem.”

Se a Constituição não excepcionou, não pode o legislador ordinário criar óbice à possibilidade de se promover a progressão do regime de cumprimento de pena.

Por todos os fundamentos expostos, o Ministro Marco Aurélio, relator no julgamento do Habeas Corpus n. 82.959 entendeu como sendo inconstitucional o preceito do parágrafo 1º, do art. 2º, da lei 8.072/90, que trata dos crimes hediondos e crimes a eles equiparados, no que dispõe que a pena imposta pela prática de qualquer dos crimes nela mencionados será cumprida integralmente, no regime fechado.

Assim, em seu voto, o ministro Marco Aurélio concedeu parcialmente a ordem e reconheceu ao paciente os benefícios do da progressão do regime de cumprimento da pena.

“A principal razão de ser da progressividade no cumprimento da pena não é em si a minimização desta, ou benefício indevido, porque contrário ao que inicialmente sentenciado, daquele que acabou perdendo o bem maior que é a liberdade. Está, isto sim, no interesse da preservação do ambiente social, da sociedade, que, dia menos dia receberá de volta aquele que inobservou a norma penal e, com isso, deu margem à movimentação do aparelho punitivo do Estado. À ela não interessa o retorno de um cidadão, que enclausurou, embrutecido, muito embora o tenha mandado para detrás das grades com o fito, dentre outros, de recupera-lo, objetivando uma vida comum em seu próprio meio, o que o tempo vem demonstrando, a mais não poder, ser uma quase utopia. Por sinal, a lei nº 8.072/90 ganha, no particular, contornos contraditórios. A um só tempo dispõe sobre o cumprimento da pena do regime fechado, afastando a progressividade, e viabiliza o livramento

⁹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Execução Penal. Progressão de Regime em Crimes Hediondo. Habeas Corpus nº 82.959, Rel .Min. Marco Aurélio Brasília, 23.02.06. Lex: Jurisprudência do STF, p.516.

condicional, ou seja, o retorno do condenado à vida gregária antes mesmo do integral cumprimento da pena e sem que tenha progredido no regime.”⁹⁸

O ministro Eros Grau, que votou em seguida, acompanhou o voto do relator, ministro Marco Aurélio, deferindo o Habeas Corpus e ressaltando que

“a proibição da progressão de regime afronta o princípio da individualização da pena. O legislador não pode impor regra fixa que impeça o julgador de individualizar caso a caso a pena do condenado. O cumprimento da pena em regime integral, por ser cruel e desumano importa violação a esses preceitos constitucionais.”⁹⁹

Por fim, Grau afirmou que a declaração de inconstitucionalidade não configuraria, de modo algum, a algum a abertura de portas dos presídios, já que a decisão final caberá ao juiz da execução.

O ministro Sepúlveda Pertence também votou pela inconstitucionalidade da norma, aduzindo que:

“De nada vale individualizar a pena no momento da aplicação, se a execução, em razão da natureza do crime, fará que penas idênticas, segundo os critérios da individualização, signifiquem coisas absolutamente diversas quanto a sua efetiva execução. Ninguém tem dúvidas de que a mesma pena de três anos de reclusão imposta a alguém que cometeu crime por peculato a ao ‘vapeiro’ (popular avião) do fornecedor de maconha na favela são coisas diferentes, se uma pode ser cumprida com os mais liberais substitutivos e a outra terá de ser cumprida pelo encarceramento em regime fechado durante toda a duração. Esse movimento de exarcebamento de penas como solução ou como arma bastante ao combate à criminalidade só tem servido a finalidades retóricas e simbólicas”.¹⁰⁰

Seguindo o mesmo raciocínio, votou o ministro Carlos Ayres Britto¹⁰¹:

“É nesse ponto que o regime das execuções penais, para permanecer fiel àquela inspiração constitucional da dignidade humana, tem que sequenciar a conhecida garantia da individualização de pena. E se digo ‘sequenciar’, é pelo fato de que tal garantia não se exaure com a sua primeira e necessária aplicação, que é o momento sentencial da dosimetria da reprimenda que venha a ser imposta ao sujeito condenado em ação penal. Há de haver um regime jurídico de gradativo abrandamento dos rigores da execução penal em si, como resultante lógica da garantia constitucional de individualização de pena. Regime tão serviente dessa garantia quanto a precedente decisão judicial condenatória. E tudo a decolar originalmente do proto-princípio da dignidade da pessoa humana, que já se põe como um dos explícitos fundamentos da República Federativa do Brasil. Não é de se confundir jamais hediondez do crime com hediondez da pena, visto que

⁹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Execução Penal. Progressão de Regime em Crimes Hediondo. Habeas Corpus nº 82.959, Rel. Min. Marco Aurélio Brasília, 23.02.06. Lex: Jurisprudência do STF, p.517

⁹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Execução Penal. Progressão de Regime em Crimes Hediondo. Habeas Corpus nº 82.959, Rel. Min. Marco Aurélio, Brasília, 23.02.06. Lex: Jurisprudência do STF, p. 520

¹⁰⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Execução Penal. Progressão de Regime em Crimes Hediondo. Habeas Corpus nº 82.959, Rel. Min. Marco Aurélio, Brasília, 23.02.06. Lex: Jurisprudência do STF, p.523

¹⁰¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Execução Penal. Progressão de Regime em Crimes Hediondo. Habeas Corpus nº 82.959, Rel. Min. Marco Aurélio, Brasília, 23.02.06. Lex: Jurisprudência do STF, p.527.

direitos subjetivos outros não são nulificados pela condenação penal em si, como os direitos à saúde, à integridade física, à recreação, à liberdade de expressão, etc.

O regime de progressão penitenciária é uma clara técnica de ‘sanção premial’, a operar, não pela ameaça de castigo como fator de punição da conduta socialmente indesejável, porém pela promessa de recompensa como fator de estímulo ao comportamento socialmente desejável do *modus operandi* da reprimenda que lhe é infligida uma oportunidade de superação do *animus delinquendi* a que não resistiu quando do cometimento do crime pelo qual veio a ser definitivamente condenado.”

Não há dúvidas que o julgamento do HC nº 82.959/SP, a despeito de resolver caso determinado, representou um divisor de águas no pensamento jurídico nacional e inúmeras razões explicam isso.

Primeiramente, por imposição lógica, porque de acordo com o modelo processual constitucional brasileiro, ao Supremo Tribunal Federal incumbe a guarda da Constituição da República Federativa, mediante exercício da jurisdição constitucional em qualquer das vias, sendo que o respeito da autoridade de suas decisões decorre da própria índole do Estado Constitucional e Democrático de Direito.

Não obstante, o alcance da decisão é claro, pois, limitou-se apenas à declaração da inconstitucionalidade da vedação contida no §1º do artigo 2º da Lei 8.072/90, quanto à impossibilidade de progressão no cumprimento da pena, permanecendo inalterada até a publicação da Lei 11.464/07.

A argumentação no sentido da constitucionalidade do texto legal mostrava-se inaceitável, pois não respeitava os princípios da individualização da pena e da dignidade da pessoa humana.

Não é exato, também, que tenham os senhores ministros, por esta só decisão, escancarado as portas dos presídios e das cadeias públicas, pondo na rua todos os condenados por crimes hediondos, como alguns parecem supor. Em primeiro lugar, o Supremo Tribunal Federal não mandou soltar qualquer condenado. Limitara-se a Excelsa Corte, por seus ilustres membros, a declarar inconstitucional a proibição de progressão no regime de cumprimento da pena privativa de liberdade. Porém, a progressão é, apenas, um dos requisitos legais para que o condenado possa ser transferido de um regime de cumprimento de pena mais rigoroso para outro menos rigoroso.

Segundo Alberto Silva Franco:

“É exato que a Constituição da República Federativa do Brasil deixou ao legislador infraconstitucional a prerrogativa de formular critérios para o processo de individualização da pena. Formular critérios não significa, no entanto, obstar a própria individualização. Uma coisa é admitir que o legislador ordinário apresente parâmetros diversificados de individualização; coisa inteiramente diversa é reconhecer que esse legislador possa lesar o núcleo essencial de um direito fundamental reconhecido na Constituição, através de um procedimento em que a própria individualização incorra. Isso constitui, sem dúvida, uma forma oblíqua de subverter a relação que deve necessariamente mediar entre a Constituição e a legislação infraconstitucional. O legislador ordinário está vinculado aos direitos, liberdades e garantias estabelecidas na Constituição. A cláusula de vinculação tem uma dimensão proibitiva: as entidades legiferantes a possibilidade de criarem atos legislativos contrários as normas e princípios constitucionais, isto é, proíbe a emanação de leis inconstitucionais lesivas de direitos, liberdades e garantias”. O § 1º do artigo 2º da Lei 8.072/90 poderia, sem dúvida, criar critérios de mensuração diversos para a progressividade do regime prisional, isto é, estabelecer prazos diferentes dos que já constam na legislação ordinária a fim de que o apenado passasse de um regime prisional para o outro. Nesse caso, estaria o legislador ordinário fazendo uso correto da prerrogativa que lhe foi dada pelo legislador constituinte. Não poderia jamais, sem ofensa à Constituição suprimir a própria progressividade no sistema prisional, nem eliminar o enfoque ressocializador insito em pena privativa de liberdade. Porque então estaria – como em verdade o fez – atacando o centro vital, a essência, o núcleo dos princípios constitucionais da legalidade, da individualização e da humanidade da pena. E isso lhe era inteiramente defeso”¹⁰².

Posteriormente, inclusive, tais prazos foram estabelecidos na Lei 11.464/07, que estabeleceu o cumprimento de dois quintos da pena para os apenados considerados primários e três quintos para os reincidentes.

O STF, de alguma maneira, tem que deixar claro que seu posicionamento (adotado no HC 82.959/SP) tinha (e tem) eficácia *erga omnes*. Isso significa respeitar o princípio da igualdade (tratar os iguais igualmente) assim como banir (do mundo jurídico) todas as polêmicas sobre o cabimento de progressão em relação aos crimes ocorridos antes de 29.03.07.

Nesse sentido se manifestou o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro no recurso de agravo nº 2008.076.00196¹⁰³:

CRIME HEDIONDO - PROGRESSÃO DE REGIME PRISIONAL - INCONSTITUCIONALIDADE DO § 1º, ART. 2º, DA LEI 8072/90 - INCIDÊNCIA DO ARTIGO 112 DA LEP VIGÊNCIA POSTERIOR DA LEI 11.464/2007 FIXANDO FRAÇÕES MAIS GRAVOSAS COMO REQUISITO TEMPORAL RETROATIVIDADE PROIBIDA PELA

¹⁰² FRANCO, Alberto Silva. Crimes Hediondos. Op. Cit. p.169 e 170.

¹⁰³ BRASIL, Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Execução Penal. Progressão de Regime. Lei 11.464/07. Agravo nº 2008.076.00196. Rel. Des. Valmir de Oliveira Silva, 3º Câmara Criminal, RJ, 20 de maio de 2008.

CONSTITUIÇÃO FEDERAL. Se a vedação quanto à progressão de regime aos condenados por crimes hediondos ou assemelhados restou afastada pela declaração de inconstitucionalidade da norma proibitiva pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal, o preenchimento do requisito temporal para alcançar o benefício deve ser medido pela fração de 1/6 estabelecida no art. 112 da LEP, relativamente às condenações impostas por crimes cometidos antes da entrada em vigor da Lei 11.464/2007, por ser este diploma legal mais gravoso, na espécie, em respeito ao princípio constitucional da irretroatividade da lei penal prejudicial ao réu. Improvimento do agravo.

Seguindo mesmo entendimento, se pronunciou a Vara de Execuções Penais do Estado do Rio de Janeiro – VEP/RJ, com a edição do enunciado nº 27 de 17 de abril de 2007, *verbis*:

“A Lei 11.464 de 28 de março de 2007, que alterou o disposto no artigo 2º da Lei 8.072/90, deu trato de rigor ao direito posto, e como norma de conteúdo penal material, não se aplica aos fatos criminosos ocorridos antes da sua vigência, face o princípio da irretroatividade da *lex gravior*”.

3.3 - Lei 11.464/07

A controvérsia acerca da progressão de regime aos condenados pela prática de crimes hediondos e nos a eles equiparados foi resolvida com o advento da Lei 11.464/2007, que alterou a redação do art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/90, embora ainda haja algumas questões intertemporais a serem resolvidas.

A Lei 8.072/90 em sua redação original estabelecia que a pena, por crime hediondo deveria ser cumprida integralmente em regime fechado. Porém, como discutido acima, o Supremo Tribunal Federal, em sua nova composição plenária, ao julgar o *habeas corpus* 82.959/SP, posicionou-se, por seis votos a cinco, no sentido da inconstitucionalidade da vedação à progressão de regime prisional em tais casos

Naquela ocasião o tribunal, por unanimidade de votos, explicitou que a declaração incidental de inconstitucionalidade do preceito legal em questão não iria gerar consequências jurídicas com relação às penas já extintas, pois esta decisão plenária envolveu, 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.

A grande novidade trazida pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, neste importante e histórico julgamento, estava em conferir, em sede de controle de constitucionalidade difuso, efeitos *ex nunc* (a partir da decisão de inconstitucionalidade) e extensão *erga omnes*, permitindo, assim, àqueles condenados em crime hediondo ou equiparado progredir de regime.

Embora o reconhecimento da inconstitucionalidade tenha se dado *incidenter tantum*, o Supremo Tribunal Federal foi expresso em alargar sua extensão àqueles na situação acima descrita.

A partir da referida decisão, o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça passaram a conceder, até mesmo de forma unipessoal, ordens de *habeas corpus* para o fim de afastar o inconstitucional óbice à progressão, determinando aos juízos das execuções criminais que procedessem à análise dos requisitos objetivos e subjetivos necessários para a concessão da progressão de regime, nos moldes do art. 112 da Lei de Execuções Penais.

Logo após o julgamento do *habeas corpus* pelo Supremo Tribunal Federal, o Poder Executivo enviou ao Congresso Nacional projeto de lei alterando a Lei 8.072/90, para tornar suas disposições compatíveis com a Constituição da República. Tal projeto, com as alterações feitas pelas Casas Legislativas, resultou na Lei 11.464, de 28 de março de 2007.

De acordo com a nova redação dada ao art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/90, a pena por crime previsto nesse dispositivo será cumprida **inicialmente** em regime fechado, sendo que a progressão de regime dar-se-á após o cumprimento de 2/5 (dois quintos) da reprimenda se o condenado for primário, e de 3/5 (três quintos), se reincidente.

Discute-se, agora, nos tribunais, se a nova disposição legal é mais benéfica ao apenado, porque, em assim sendo, deveria, em tese, ser aplicada desde logo, em sua integralidade, aos pedidos de progressão.

Alguns tribunais têm concedido, de forma reiterada, a progressão de regime, afastando o regime integralmente fechado para o cumprimento da pena fixado em sentença transitada em julgado, porém impondo ao condenado o preenchimento do requisito objetivo previsto na lei nova. E o fazem sob o fundamento de que é ela mais benéfica ao permitir a progressão, até então vedada. Outros tribunais, por seu turno, têm entendido que o condenado, para requerer a progressão de acordo com o art. 112 da Lei de Execuções Penais, deve ter cumprido 1/6 da pena até a entrada em vigor da Lei 11.464/2007, ou então se submeter aos novos lapsos temporais nela previstos.

Ao aumentar o lapso temporal exigido para a progressão em se tratando de crimes hediondos e dos a eles assemelhados, de 1/6 para 2/5 (se primário) ou 3/5 (se reincidente), a nova disposição é, reconhecidamente, mais gravosa ao condenado, não sendo, portanto, aplicável aos crimes praticados antes de 28 de março de 2007, tendo em vista o princípio da irretroatividade da lei penal mais gravosa.

A Lei 11.464/2007 adaptou a Lei dos Crimes Hediondos à decisão do Pretório Excelso, todavia, criou novos parâmetros para a progressão. No entanto, os novos limites não alcançam os crimes cometidos anteriormente à sua edição, que permanecem sob a regência dos limites determinados outrora para a progressão de regime, dispostos no artigo 112 da Lei de Execução Penal, sob pena de se ferir o preceito constitucional que determina a irretroatividade da norma maléfica em relação aos delitos cometidos anteriormente à sua vigência.

Esse foi o entendimento adotado pela sexta turma do STJ, no julgamento do Habeas Corpus nº 95.912¹⁰⁴ .:

HABEAS CORPUS – PENAL – CONSTITUCIONAL – ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR – VIOLÊNCIA PRESUMIDA – AGENTE COM AUTORIDADE SOBRE VÍTIMA MENOR DE QUATORZE ANOS – CAUSA ESPECIAL DE AUMENTO – MANUTENÇÃO DA PENA – MAJORANTE DO ARTIGO 9º DA LEI 8.072/90 – BIS IN IDEM – INAPLICABILIDADE – REGIME INTEGRALMENTE FECHADO – INCONSTITUCIONALIDADE – LEI 11.464/2007 – IMPOSSIBILIDADE – PROGRESSÃO COM O CUMPRIMENTO DE APENAS UM 1/6 DA PENA NO REGIME IMEDIATAMENTE ANTERIOR – DENEGADA A ORDEM – DE OFÍCIO CONCEDIDA.

A aplicação da Lei 11.464/2007, que modificou o parágrafo 1º do artigo 2º da Lei 8.072/1990, substituindo a expressão “integralmente” por “inicialmente”, deve retroagir para alcançar os fatos criminosos ocorridos antes de sua vigência, por se tratar de *lex mitior*, segundo comando constitucional contido no artigo 5º, XL da Constituição da República. Os novos prazos para progressão de regime não se aplicam aos crimes cometidos antes da Lei 11.464/2007, posto que não se admite a retroatividade da lei penal, salvo para beneficiar o réu (art. 5º, XL, da CF).

Ordem denegada, mas concedida de ofício para excluir a majorante do artigo 9º da Lei n.º 8.072/90, modificar o regime de cumprimento da pena privativa de liberdade, e reconhecer que o requisito objetivo para a progressão de regime no caso em questão é aquele previsto no artigo 112 da Lei de Execução Penal.

3.4 - Princípio da irretroatividade da lei penal mais gravosa

O princípio da irretroatividade da lei penal tem caráter constitucional, de modo que a lei penal deve ser entendida como aplicável somente aos fatos que tenham ocorrido após a sua entrada em vigência. “Como consequência necessária do princípio da legalidade, ficam eliminadas as chamadas leis *ex post facto*”.¹⁰⁵ Está previsto no art. 5º, XL da CRFB, que dispõe: “a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu”

¹⁰⁴ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Execução Penal. Progressão de Regime. Aplicação Retroativa. Habeas Corpus nº 95.912/RJ da 6ª Turma, Rel Min. Jane Silva, Brasília, DF, 28 de abril de 2008

¹⁰⁵ ZAFFARONI, Eugênio Raúl ; PIERANGELI, José Henrique. Manual de Direito Penal Brasileiro – Volume 1. 7ª edição revista e atualizada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 199.

Tal como a Convenção Americana sobre Direitos Humanos e também o inciso XL do art. 5º da CRFB, o Código Penal estabelece, expressamente, a exceção ao princípio da irretroatividade no caso da lei mais benigna, tanto aquela sancionada antes da sentença como durante a sua execução.¹⁰⁶

A lei penal mais benigna não é só a que descriminaliza ou a que estabelece uma pena menor. Pode tratar-se da criação de uma nova causa de justificação, de uma nova causa de exclusão de culpabilidade, de uma causa impeditiva de operatividade da pena, etc. Por outro lado, a maior benignidade pode provir também de outras circunstâncias, tais como um lapso prescricional mais curto, uma classe distinta de pena, uma nova modalidade executiva da pena, o cumprimento parcial da mesma, as previsões sobre as condições de concessão do *sursis*, a liberdade condicional, etc.¹⁰⁷

Com a edição da Lei 11.464/07, o legislador permitiu a progressão de regime para os crimes considerados hediondos e equiparados, apesar de ter aumentado os prazos de cumprimento da pena para concessão do benefício.

Nesse sentido se manifestou o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro no recurso de agravo nº 2008.076.00541:¹⁰⁸

¹⁰⁶ No art. 2º, § único do Código Penal

¹⁰⁷ ZAFFARONI, Eugênio Raúl ; PIERANGELI, José Henrique. Op. Cit. p.200.

¹⁰⁸ BRASIL, Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Execução Penal. Progressão de Regime. Lei 11.464/07. Agravo nº 2008.076.00541. Rel. Des. Moacir pessoa de Araújo, 1º Câmara Criminal, RJ, 15 de abril de 2008.

EXECUÇÃO PENAL. Crime hediondo. Regime prisional. Progressão. Aplicação da Lei nº 11.464/07. Impossibilidade. A Lei nº 11.464, de 28.03.07, dando nova redação ao § 1º do artigo 2º da Lei nº 8.072/90, afastou a vedação de progressão de regime prisional aos condenados por crimes hediondos e assemelhados. No entanto, por ter a referida lei estabelecido, para a progressão de regime, lapsos temporais diferenciados e mais gravosos do que aquele previsto no artigo 112 da Lei de Execução Penal, não pode ela retroagir para ser aplicada a delitos praticados anteriormente à sua vigência.

O Superior Tribunal de Justiça publicou o informativo nº 354 sobre o referido assunto:

REGIME. PROGRESSÃO. LEI MAIS BENÉFICA.

Ao paciente foi deferida a progressão de regime pelo juiz da vara de execução penal. Contra essa decisão, o Ministério Público interpôs agravo em execução e o Tribunal *a quo* cassou aquela decisão ao argumento de que a progressão deveria ser analisada sob os critérios da Lei n. 11.464/2007. Nesse contexto, o Min. Relator advertiu que este Superior Tribunal vem entendendo que a inovação trazida pela referida lei, por ser evidentemente mais gravosa, não deve retroagir para prejudicar o réu, considerando correta a decisão do juiz que aplicou ao caso o art. 112 da Lei de Execuções Penais (com a redação dada pela Lei n. 10.792/2003). Diante disso, a Turma negou provimento ao agravo. AgRg no HC 96.226-SP, Rel. Min. Nilson Naves, julgado em 29/4/2008.

No informativo nº 527 do Supremo Tribunal Federal foi publicado o acórdão do Habeas Corpus nº 94.258/SP¹⁰⁹:

Progressão de Regime: Lei 11.464/2007 e Lei Penal mais Gravosa

A Turma, por maioria, deferiu *habeas corpus* para que o juízo da execução afira se atendidos os requisitos subjetivos para o deferimento do regime semi-aberto, considerados os requisitos do art. 112 da Lei de Execução Penal - LEP. Tratava-se, na espécie, de *writ* em que recapturado — e submetido à regressão para o regime fechado — tivera seu pedido de progressão indeferido, porquanto não cumprira o lapso temporal exigido pela Lei 11.464/2007, a saber: 2/5 da pena, se o condenado for primário, e de 3/5, se reincidente. O paciente requeria a sua transferência de regime ao argumento de que, mesmo depois de sua fuga, já teria cumprido mais de 1/6 da pena (LEP, art. 112). Adotou-se a orientação firmada no julgamento do HC 91631/SP (DJE de 9.11.2007) no sentido de que os critérios de progressão de regime estabelecidos pela Lei 11.464/2007 somente se aplicam — tendo em conta a garantia da irretroatividade da norma penal mais gravosa (CF, art. 5º, XL e CP, art. 2º) — aos fatos ocorridos a partir de sua entrada em vigor (29.3.2007). Enfatizou-se, desse modo, que o crime de homicídio qualificado praticado pelo paciente ocorrera em 1989, antes, inclusive, da publicação do texto original da Lei 8.072/90. Vencido o Min. Marco Aurélio que, ao salientar a supressão do exame criminológico e o atendimento do requisito temporal, concedia a ordem em maior extensão a fim de assegurar a

¹⁰⁹ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Execução Penal. Progressão de Regime. Lei 11.464/07 e lei penal mais gravosa.. Habeas Corpus nº 94.258/SP, Rel Min. Carlos Britto, Brasília,DF, 04 de novembro de 2008.

o professor Alberto Zacharias Toron publicou mais um artigo sobre o assunto¹¹¹;

“Tem sido motivo de tormento para os presos e seus advogados a questão de saber em relação aos crimes hediondos, quando trata de progressão de regime prisional, é possível computar-se o prazo de 1/6 da pena para fatos ocorridos antes da vigência da Lei 11.464/07. Alguns juízes e tribunais, ignorando o dispositivo constante do art. 2º, § 1º, da Lei dos crimes hediondos, que impunha o cumprimento da pena em regime integralmente fechado, fora julgado inconstitucional pelo Pleno do STF no *Habeas Corpus* nº 82.959/SP, rel. min. Marco Aurélio (DJ 1º/9/2006), afirmam que a progressão só é possível nos termos da nova lei que a instituiu, isto é, após o cumprimento de 2/5 da reprimenda”.

Abordando o tema de forma pioneira, o professor Luiz Flávio Gomes salientou que¹¹²:

“quanto aos crimes hediondos ocorridos até o dia 28.3.07 reina a regra do art. 112 da LEP (exigência de apenas 1/6 da pena, para o efeito da progressão de regime). Aliás é dessa maneira que uma grande parcela da Justiça brasileira (juízes constitucionalistas) já estava atuando, por força da declaração de inconstitucionalidade do antigo § 1º do art. 2º da lei 8.072/90, levada a cabo pelo Pleno do STF, no HC 82.959. Sim, porque tratando a nova lei de norma processual penal com reflexos penais, em sua parte prejudicial (*novatio legis in pejus*) só vale para delitos ocorridos de 29.3.07 em diante. Em outras palavras: o tempo diferenciado de cumprimento de pena para efeito da progressão 2/5 ou 3/5 só tem incidência nos crimes praticados a partir do primeiro segundo do dia 29.3.07”

Segundo a professora Maria Thereza Rocha de Assis, em seu artigo publicado no IBCRIM em outubro de 2007¹¹³, “esse também foi o entendimento que se deu quando do advento da Lei 8.072/90 que, por ser mais prejudicial ao condenado, só foi aplicada aos crimes cometidos após a sua vigência, não se aplicando às execuções penais em curso”.

A lição de Alberto Silva Franco foi esclarecedora¹¹⁴:

“Em resumo, a regra do § 1º do art. 2º da Lei 8.072/90, por ser mais gravosa, não pode retroagir para alcançar a execução penal em curso (a fim de

¹¹⁰ DELMANTO, Roberto. A irretroatividade do novo art. 2º, § 2º, da lei dos crimes hediondos e a aplicação do art. 112 da LEP Boletim IBCCrim nº 179, out. 2007. Disponível em: <http://www.ibccrim.com.br>. Acesso em 03 mar. 2008.

¹¹¹ TORON, Alberto Zacharias. O lapso temporal para progressão nos crimes hediondos cometidos antes da Lei 11.464/07. Boletim IBCCrim nº 181, dez. 2007. Disponível em: <http://www.ibccrim.com.br>. Acesso em 03 out. 2007.

¹¹⁰ GOMES, Luiz Flávio. Crimes hediondos anteriores à Lei 11.464/07: Progressão de Regime após o cumprimento de um sexto da pena – parte I e II. Disponível em: <http://www.bloglfg.com.br>. Acesso em 01 out. 2007.

112

¹¹³ MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. A Lei 11.464/2007 e a progressão de regime nos crimes hediondos e a ele equiparados. Boletim IBCCRIM, São Paulo, ano 15, n. 179, p.16, out. 2007

¹¹⁴ Cobo del Rosal e Boix Reig. *Garantías Constitucionales del Derecho Sancionador, Derecho Penal y Constitución*, Madrid: Edersa, 1982, p. 216). *Apud* MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. A Lei 11.464/2007 e a progressão de regime nos crimes hediondos e a ele equiparados. Boletim IBCCRIM, São Paulo, ano 15, n. 179, p.16, out. 2007

perpetuar no regime fechado quem ainda, por falta de requisito temporal, nele se ache, ou a fim de fazer regressar ao regime fechado quem já se encontre no regime semi-aberto ou aberto), ou a que vier a ser iniciada em razão de fato criminoso ocorrido antes da vigência da nova lei (a fim de obstar o direito à progressão no regime penitenciário). O princípio da legalidade é o alicerce comum que dá lastro às garantias do cidadão no campo penal, processual penal e de execução penal. Toda alteração legal que signifique um agravo ou uma restrição ao princípio constitucional da legalidade deve ser rechaçada com veemência e, na área da execução penal, deve entender-se como alteração dessa ordem ‘tudo quanto se referir ao quantum, modo ou forma, de cumprimento da pena’¹¹⁵

Esse também foi o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

“Criminal. HC. Homicídio qualificado. Execução. Regime prisional. Crime cometido antes da vigência da Lei n.º 8.930/94; Direito à progressão de regime. Princípio da irretroatividade da lei penal mais gravosa. Ordem concedida.

Evidenciado, nos autos, que o homicídio qualificado foi praticado pelo paciente antes da vigência da Lei n.º 8.930/94, não pode recair sobre ele a vedação do § 1º do art. 2º da Lei dos Crimes Hediondos, sob pena de violação ao princípio constitucional da irretroatividade da lei penal mais gravosa”¹¹⁵.

Na mesma linha coloca-se a quinta turma do STJ, no julgamento do Recurso Especial nº 976313/AC¹¹⁶:

RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO PENAL. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. PROGRESSÃO DE REGIME. REQUISITO OBJETIVO. ART. 112 DA LEI DE EXECUÇÕES PENAS. LEI N.º 11.464/07. APLICAÇÃO RETROATIVA. LEI PENAL MAIS GRAVOSA. IMPOSSIBILIDADE.

1. A exigência do cumprimento de dois quintos (2/5) da pena imposta como requisito objetivo para a progressão de regime aos condenados por crimes hediondos, trazida pela Lei n.º 11.464/07, por ser evidentemente mais gravosa, não pode retroagir para prejudicar o réu.
2. O requisito objetivo necessário para a progressão de regime prisional dos crimes hediondos e equiparados ocorridos antes da entrada em vigor da Lei n.º 11.464, em 29 de março de 2007, é aquele previsto no artigo 112, da Lei de Execuções Penais.
3. Recurso especial desprovido.

Ainda, seguindo o mesmo entendimento jurisprudencial, a sexta turma do STJ, no

¹¹⁵ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Execução Penal. Progressão de Regime HC n.º 20.493/RS, 5ª Turma, rel. min. Gilson Dipp, Brasília, DF, 13 de maio de 2002.

¹¹⁶ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Execução Penal. Progressão de Regime. Aplicação Retroativa. Recurso Especial nº 976313/AC da 5ª Turma, Rel Min. Laurita Vaz, Brasília, DF, 28 de abril de 2008

¹¹⁶ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Execução Penal. Progressão de Regime. Aplicação Retroativa. Habeas Corpus nº 99926/SP da 5ª Turma, Rel Min. Jane Silva, DF, 28 de abril de 2008

juízo do Habeas Corpus nº 99926/SP proferiu a seguinte decisão¹¹⁷:

HABEAS CORPUS – EXECUÇÃO PENAL – WRIT NÃO CONHECIDO NA INSTÂNCIA INFERIOR – NÃO CONHECIMENTO – RECONHECIMENTO DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL QUE NECESSITA SER URGENTEMENTE COIBIDO. CRIME HEDIONDO COMETIDO ANTERIORMENTE À LEI 11.464/2007. VIGÊNCIA DO ENTENDIMENTO ESPOSADO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL COM REFERÊNCIA À INCONSTITUCIONALIDADE DO REGIME INTEGRALMENTE FECHADO. PROGRESSÃO COM O CUMPRIMENTO DE APENAS UM 1/6 DA PENA NO REGIME IMEDIATAMENTE ANTERIOR. INCONSTITUCIONALIDADE DA RETROATIVIDADE DE NORMA PREJUDICIAL AO APENADO. ORDEM NÃO CONHECIDA, MAS CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1- Não se pode conhecer de habeas corpus contra decisão que não conheceu de writ impetrado perante Tribunal Estadual, mas é possível fazê-lo de ofício se é evidente o constrangimento ilegal e se há demora no julgamento daquele Sodalício.

2- Após o entendimento do Supremo Tribunal Federal sobre a inconstitucionalidade do regime integralmente fechado, é permitida a progressão de regime na hipótese dos crimes hediondos.

3- A decisão do Tribunal Maior atingiu todas as penas em execução e as que viessem a ser impostas por crimes cometidos sob a vigência da Lei 8072/90.

4- Os novos prazos para progressão de regime não se aplicam aos crimes cometidos antes da Lei 11.464/2007, posto que não se admite a retroatividade da lei penal, salvo para beneficiar o réu (art. 5º, XL, da CF).

5- Se o crime hediondo foi cometido antes da Lei 11.464/2007, a progressão de regime de cumprimento da pena se faz depois de efetivamente cumprido um sexto da punição privativa de liberdade no regime anterior, desde que presentes os demais requisitos objetivos e subjetivos.

6- Ordem não-conhecida, mas deferida de ofício.

Assim, de acordo com o entendimento jurisprudencial e doutrinário, o § 2º do artigo 2º, da lei de crimes hediondos, introduzido pela lei 11.464/07 não se aplica aos apenados que praticaram o fato delituoso antes de 29 de março de 2007, pois tal lei não pode retroagir, devendo se aplicados os dispositivos gerais do Código Penal, qual seja, um sexto da pena, só valendo os novos percentuais para os crimes praticados após a nova lei.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

É inegável que lei ordinária impondo integral cumprimento de pena em regime fechado feria os princípios da dignidade humana (art.1º, III, da CRFB) e da individualização da pena (art. 5º, XXVI, da CRFB), sendo, portanto, correta a decisão do STF. Uma pena executada com um único e uniforme regime prisional inviabilizava um tratamento penitenciário racional e progressivo, deixando o recluso sem esperança alguma de obter a liberdade antes do termo final do tempo de sua condenação, não exercendo, assim, nenhuma influência psicológica positiva no sentido de sua reinserção à sociedade. A execução da pena em regime integralmente fechado contrariava, de imediato, o modelo tendente à ressocialização do apenado, emprestando à pena um caráter retributivo, contrariando o princípio constitucional da humanidade da pena.

Aproximadamente dezesseis anos após a Lei n. 8.072/90, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, em sessão realizada no dia 23 de fevereiro de 2006, reconheceu a inconstitucionalidade do § 1º, do art. 2º, do referido diploma legal, que proibia a progressão de regime de cumprimento de pena nos crimes hediondos. O assunto foi analisado no *habeas corpus* nº 82.959, impetrado por um condenado pela prática do delito de atentado violento ao pudor.

É cediço, que a extensão dos efeitos da decisão da Corte Suprema aos demais condenados por delito hediondo atendeu ao postulado de justiça: isonomia, com a pacificação prisional.

Está, pois, bem claro que o Supremo Tribunal Federal, ao admitir a progressão, cumpriu o seu dever, que é o de eliminar as normas que confrontam com o texto constitucional, especialmente direitos e garantias individuais, tal como aquela do § 1º do art. 2º da Lei nº 8.072, que afrontava a garantia da individualização da pena, porque impunha ao juiz indicar, para todos os condenados por crime hediondo, o regime integralmente fechado de cumprimento de pena, qualquer que fosse o grau de sua culpabilidade, seus antecedentes, sua conduta social, sua personalidade, seu motivo, e as demais circunstâncias e conseqüências do crime, bem como o comportamento da vítima, com o que se ignoravam, também, os critérios estabelecidos para determinar o regime inicial de cumprimento de pena, previstos no § 3º do art. 33, do Código Penal.

Além disso, com o advento da Lei 11.464/07, que modificou a Lei dos Crimes Hediondos e revogou a previsão de aplicação do regime integralmente fechado, o legislador ratificou o reconhecimento da inconstitucionalidade da antiga proibição pela Suprema Corte.

A nova legislação estabeleceu sistema diferenciado para a progressão de regime, em caso de condenação por crime hediondo, impondo lapso temporal maior para a verificação do requisito objetivo necessário ao alcance de um regime menos rigoroso, devendo ser aplicado somente aos casos supervenientes à vigência da referida lei, por se tratar de norma penal, nesse ponto, mais gravosa, sobre a qual incide o princípio da irretroatividade *in pejus*, previsto no art. 5º, inciso XL, da Constituição da República e no art. 2º do Código Penal.

Portanto, concluímos, dessa forma, que o § 1º artigo 2º, da Lei 8.072/90 afrontava o princípio da individualização da pena, estampado no art. 5º, XLVI da CRFB. Assim, com a declaração de inconstitucionalidade do referido artigo no julgamento do Habeas Corpus 82.959, seus efeitos deveriam ser estendidos a todos os condenados em crimes hediondos e equiparados, por conta dos princípios da isonomia e da dignidade da pessoa humana.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AMARAL, Agamenon Bento do. A progressão de regime e os crimes hediondos. Disponível em: <http://www.jus2.uol.com.br>. Acesso em 28 set. 2007.
- BARROS, Carmem Silva de Moraes. A individualização da pena na execução penal. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001
- BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Execução Penal. Necessidade Realização Exame Criminológico. Habeas Corpus nº 92.669/RS da 6ª Turma, Relatora Jane Silva, Brasília, DF, 03 de março de 2008. DJ, p.1.
- BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Execução Penal. Progressão de Regime. Falta Grave. Habeas Corpus nº93288/SP da 5ª Turma, Brasília, DF, 3 de março de 2008. DJ, p.1
- BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Execução Penal. Progressão de Regime. Falta Grave. Habeas Corpus nº 94.426/RS da 6ª Turma, Brasília, DF, 19 de fevereiro de 2008
- BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Execução Penal. Progressão de Regime. Requisitos Subjetivos. Habeas Corpus nº 88052/DF. Relator Ministro Celso de Melo, Brasília, DF, 28 de abril de 2006.
- BRASIL. Lei nº 11.464 de 29 de março de 2007. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em 04 de junho o 2007.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Execução Penal. Progressão de Regime em Crimes Hediondo. Habeas Corpus nº 82.959, Brasília, 23.02.06. Lex: Jurisprudência do STF.
- CARVALHO, Salo de (Coord.). Crítica à Execução Penal. 2ª edição revisada, ampliada e atualizada. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.
- COMIN, Fernando da Silva. Os crimes hediondos e a individualização da pena à luz de uma nova proposta de atuação. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina>. 02 de out. 2007.
- DELMANTO, Roberto. A irretroatividade do novo art. 2º, § 2º, da lei dos crimes hediondos e a aplicação do art. 112 da LEP Boletim IBCCRIM nº 179, out.2007. Disponível em: <http://www.ibccrim.com.br>. Acesso em 03 mar. 2008.
- FRAGOSO, Heleno Cláudio. Lições de Direito Penal: parte geral. ed. rev. por Fernando Fragoso. Rio de Janeiro : Forense, 2004
- FRANCO, Alberto Silva. Crimes Hediondos. Anotações Sistemáticas à Lei 8072/90. 4ª edição revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- GOMES, Luiz Flávio. Crimes hediondos anteriores à Lei 11.464/07: Progressão de Regime após o cumprimento de um sexto da pena – parte I e II. Disponível em: <http://www.bloglfg.com.br>. Acesso em 01 out. 2007.
- GOMES, Luiz Flávio. Lei 11.464/07: Liberdade Provisória e Progressão de Regime nos Crimes Hediondos. Enciclopédia Web. LFG do Direito. Disponível em: <http://www.blogdoflg.com.br>. Acesso em 04 out. 2007.
- GOMES, Luiz Flávio. Lei 11.464/07: Outras questões relacionadas com a progressão de regime nos crimes hediondos. Disponível em: < <http://www.jus2.uol.com.br>>. Acesso em 28 set. 2007.
- KUEHNE, Maurício. Lei de Execução Penal Anotada, Volume I – Parte Geral. 3ª edição, 3ª tiragem. Curitiba: Juruá, 2003
- KUEHNE, Maurício. Lei de Execução Penal Anotada, Volume II – Parte Especial. 3ª edição, 3ª tiragem. Curitiba: Juruá, 2003
- LOPES, Jair Leonardo. As reações à decisão do STF sobre a progressão nos crimes hediondos. Boletim IBCCRIM. São Paulo, v.13, n.161, p. 6-8, abr. 2006. Acesso em 18 abr. 2008

- MARCÃO, Renato. Curso de Execução Penal. 4º edição revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2003.
- MENDES, Gilmar Ferreira. O papel do Senado Federal no controle da constitucionalidade: um clássico de mutação constitucional. Revista de Informação Legislativa. Brasília a 41 n° 162 abr./jun. 2004.
- MIRABETE, Julio Fabbrini. Execução Penal. 10º edição revista e atualizada. São Paulo: Atlas, 2002.
- MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. – 15ºed. – São Paulo: Atlas, 2004.
- MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. A Lei 11.464/2007 e a progressão de regime nos crimes hediondos e a ele equiparados. Boletim IBCCRIM n° 179, out. 2007. Disponível em: <http://www.ibccrim.com.br>, São Paulo, ano 15, n. 179, p.16, out. 2007. Acesso em 16 abr. 2008.
- RODRIGUES, Luciana Boiteux de Figueiredo. O Panóptico Revertido: A história da prisão e a visão do preso no Brasil. Monografia (Mestrado) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2000.
- ROIG, Rodrigo Duque Estrada. Direito e Prática Histórica da Execução Penal no Brasil. 1º ed. Revista e atualizada – Rio de Janeiro: Revan, 2006.
- SHECAIRA, Sérgio Salomão; CORRÊA JÚNIOR, Alceu. Teoria da Pena: finalidades, direito positivo, jurisprudência e outros estudos de ciência criminal. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002
- TORON, Alberto Zacharias. O lapso temporal para progressão nos crimes hediondos cometidos antes da Lei 11.464/07. Boletim IBCCRIM n° 179,out.2007. Disponível em: <http://www.ibccrim.com.br>. Acesso em 03 out. 2007.
- ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. Manual de Direito Penal Brasileiro – Volume 1. 7º edição revista e atualizada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.