



Em crime hediondo, Lei de Execuções Penal é mais benéfica para réu

23/04/2011

Publicada no *Diário da Justiça* de 28 de fevereiro de 2011, a Súmula 471, do Superior Tribunal de Justiça cujo enunciado diz que “Os condenados por crimes hediondos ou assemelhados cometidos antes da vigência da Lei 11.464/2007 sujeitam-se ao disposto no artigo 112 da Lei 7.210/1984, a Lei de Execução Penal, para a progressão de regime prisional.”, pretendeu dar fim a qualquer discussão acerca do âmbito de validade temporal das regras relativas à progressão de regime de cumprimento de pena privativa de liberdade, tendo em vista a diferença de critérios existente entre a regra geral da LEP e a especial, da Lei de Crimes Hediondos.

Isto porque, como se verá a seguir, a partir do instante em que a vedação da progressão de regime para os crimes hediondos e assemelhados, prevista na redação original da lei de crimes hediondos, caiu frente à decisão do STF, em 23 de fevereiro de 2006, no Habeas Corpus 82.959/SP – ampliando a aplicabilidade do artigo 112, da LEP; e que, em 29 de março de 2007, entrou em vigor a Lei 11.464, que trata com regras específicas e mais severas que a regra geral o benefício antes mencionado, a dúvida sobre a aplicabilidade temporal das mencionadas regras passou a frequentar os Tribunais Superiores.

Este artigo pretendeu, à vista da edição da já citada súmula 471, pelo STJ, demonstrar o itinerário legal, doutrinário e jurisprudencial acerca das transformações de entendimento sobre a possibilidade de progressão de regime de cumprimento da pena privativa de liberdade nos crimes hediondos e assemelhados.

A lei de crimes hediondos

Resultado de um esforço legislativo no sentido de dar tratamento mais severo para setor específico dos crimes previstos pelo direito brasileiro, a Lei 8.072, de 26 de julho de 1990, regulamentou o artigo 5º, XLIII, da Constituição.

Hediondo, lexicamente, é o crime asqueroso, odioso, “depravado, imundo, vicioso, sórdido, repugnante, nojento, feito” e cuja reprovabilidade ético-social impende tratamento diferenciado mais severo em relação aos outros tipos de criminalidade.

Além dos crimes chamados hediondos, cujo rol taxativo encontra-se no artigo 1º, da Lei 8.072/90, existem aqueles a que este mesmo diploma legislativo chama de assemelhados a hediondos e aos quais é dispensado o mesmo tratamento, impondo-se a eles, pois, as mesmas restrições.

No contexto dessas restrições, um dos assuntos mais tormentosos e que já tiveram diversas tratativas diferentes por parte da legislação e da jurisprudência nacionais é a questão do regime de cumprimento da pena privativa de liberdade nos hediondos e assemelhados. Isto porque, a redação original da Lei 8.072/90 previa que o sentenciado por crime hediondo ou

assemelhado a hediondo deveria cumprir sua reprimenda penal totalmente no citado regime, sem possibilidade de progressão. Inclusive, é possível notar que a própria jurisprudência do STF encaminhava-se no sentido da constitucionalidade do citado dispositivo. E essa compreensão ficou bastante evidente quando da discussão sobre a aplicabilidade do parágrafo 7º, da Lei 9.455/97, que previa, para estes crimes, regime inicial fechado, o que deixava aberta a porta para o benefício. Analisando tal dispositivo, o STF fixou, por Súmula, o entendimento de que:

Súmula 698: Não se estende aos demais crimes hediondos a admissibilidade de progressão no regime de execução da pena aplicada ao crime de tortura

Entretanto, a partir do julgamento do Habeas Corpus 82.959-7/SP, de que foi relator o Ministro Marco Aurélio Mello, o STF entendeu pela inconstitucionalidade do parágrafo 1º, do artigo 2º, da Lei 8.072/90. Naquela oportunidade, o Ministro Relator Marco Aurélio, afirmou que

Diz-se que a pena é individualizada porque o Estado-Juiz, ao fixá-la, está compelido, por norma cogente, a observar as circunstâncias judiciais, ou seja, os fatos objetivos e subjetivos que se fizeram presentes à época do procedimento criminalmente condenável. Ela o é não em relação ao crime considerado abstratamente, ou seja, ao tipo definido em lei, mas por força das circunstâncias reinantes à época da prática. (...)

Destarte, tenho como inconstitucional o preceito do §1º do artigo 2º da Lei 8.072/90, no que dispõe que a pena imposta pela prática de qualquer dos crimes nela mencionados será cumprida, integralmente, no regime fechado. (HC 82.959-7/SP, p. 516)

De forma que a razão de ser para a consideração da inconstitucionalidade daquele dispositivo legal foi, justamente, sua violação à garantia constitucional da individualização da pena, reinante no sistema penal brasileiro, e expressa no art. 5º, XLVI, da Constituição.

Posto isto, depois do julgamento do citado HC, que se deu em 23 de fevereiro de 2006, passou-se a considerar possível que os réus que houvessem cometido crimes hediondos ou assemelhados pudessem fruir do benefício da progressão de regime prisional.

A questão que surgiu a partir dessa decisão foi a de saber-se se a progressão dar-se-ia nos mesmos prazos que para os mais crimes ou deveria haver tratamento diferenciado para os hediondos e assemelhados. Isto porque, de acordo com o art. 112, da LEP, o requisito objetivo-temporal para a progressão seria o cumprimento de um sexto da reprimenda penal no regime anterior, tanto para réus primários quanto para réus reincidentes.

Entretanto, em 29 de março de 2007, foi publicada a lei 11.464, que deu nova redação ao artigo 2º, da Lei 8.072/90, disciplinando a questão da progressão de regime para os crimes hediondos e assemelhados – seguindo a orientação do STF – mas dando tratamento mais severo a tais infrações penais. Tal lei entrou em vigor, conforme suas disposições gerais, no mesmo dia de sua publicação, e dizia que:

Art. 2º (...)

§1º. (...)

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

Assim, nos crimes hediondos e assemelhados, haveria critério mais severo para a progressão de regime de cumprimento da pena privativa de liberdade do que para os mais crimes. Consistindo a Lei 11.464/07 em *novatio legis in pejus*, já que alterou em desfavor do réu o critério até então existente, outro questionamento foi levantado perante os Tribunais Superiores brasileiros, agora no tocante à eficácia temporal dos dois diplomas legais mencionados.

Sabe-se que apenas a lei penal mais favorável ao réu obteve da Constituição a possibilidade de retroagir, para alcançar crimes praticados anteriores à sua entrada em vigor. Tal garantia, insculpida no artigo 5º, XL, da Constituição, fez com que os critérios novos, estabelecidos pela Lei 11.464/07, não pudessem alcançar todos os crimes hediondos, mas apenas aqueles cuja prática houvesse-se dado antes da entrada em vigor da novel regulamentação.

Instado a resolver a questão, o STF, através do HC 91.631/SP, julgado em 16 de outubro de 2007, no voto da ministra Cármen Lúcia, esclareceu que:

- a) o óbice à progressão de regime contido na redação original do §1º do art. 2º da Lei n. 8.072/90 não se aplica a qualquer fato em relação ao qual ainda seja possível a aplicação da pena;
- b) se o fato ocorreu antes de 29 de março de 2007 – data em que entrou em vigor a Lei n. 11.464/07 –, são aplicadas as regras previstas na Lei de Execução Penal, exigindo-se, para a progressão, o cumprimento de, ao menos 1/6 da pena (art. 112 da Lei de Execução Penal); e
- c) considerada a garantia da irretroatividade da norma penal mais gravosa, os critérios de progressão de regime estabelecidos na Lei n. 11.464/07 somente se aplicam aos fatos ocorridos a partir do dia 29 de março de 2007 em diante.

Interessante notar que, naquele mesmo período, o STJ chegou a externar entendimento de que não se poderia dar o mesmo tratamento dos crimes não hediondos para os hediondos e assemelhados:

(...). 1. 2. (...). 3. Revela-se inaceitável, do ponto de vista jurídico, que os condenados por crime hediondo possam progredir de regime carcerário nas mesmas condições de tempo (cumprimento de 1/6 da pena) exigidas dos condenados por crime não hediondo. 4. (...) 5. A não aplicação de prazo diferenciado de cumprimento da pena para a progressão de regime carcerário do condenado por crime hediondo, significa mitigar a nota de hediondez do delito, tornando iguais, para esse efeito, situações de todo desequiparadas; entretanto, por ser esta a orientação desta Corte, que merece o maior respeito e acatamento, sigo-a, ressaltando o meu despretensioso ponto de vista. 6. (...). (HC 88941 / SP; Relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho; Quinta Turma; Julgado em 13 de dezembro de 2007; Publicado no DJ de 07 de fevereiro de 2008)

Até em razão dessa sensível discordância entre os tribunais, foi importante que se chegasse a um entendimento comum, o que parece ter-se dado, essencialmente, com a edição da Súmula 471, pelo STJ.

A súmula 471 do STJ

Como já se vinha dizendo, em fevereiro de 2011, o STJ, pelo enunciado da Súmula 471, entendeu que:

Os condenados por crimes hediondos ou assemelhados cometidos antes da vigência da Lei 11.464/2007 sujeitam-se ao disposto no art. 112 da Lei n. 7.210/1984 (Lei de Execução Penal) para a progressão de regime prisional.

A compreensão externada, portanto, é conforme aquilo que o STF já vinha aplicando diuturnamente. E o raciocínio expendido não poderia ser outro, já que a regra contida no art. 112, da LEP, é mais favorável ao acusado e, portanto, tem caráter ultra-ativo, mantendo sua aplicação mesmo com a existência de Lei Nova.

Para solucionar o caso, é preciso levar a sério, em primeiro lugar, que a, no já citado artigo 5º, inciso XL, garante o efeito extra-ativo da Lei Penal mais favorável ao réu, esteja este em que fase do procedimento criminal estiver, dando àquele tipo de lei penal uma maior maleabilidade no tempo.

A regra contida no artigo 5º, XXXIX, da Constituição impõe que os efeitos da Lei Penal são sempre *pra frente*. Ou seja, a regra é a irretroatividade da lei penal. Dessa forma, somente pode-se dizer que há a prática do crime se a conduta houver sido realizada já na vigência da lei penal incriminadora. No entanto, esta imperatividade da irretroatividade cede face à presença de lei que seja mais favorável ao acusado, que terá caráter extra-ativo, significando que aquela pode retroagir ou ultra-agir.

Retroagir significa, em Direito Penal, que a lei nova lançará seus efeitos para condutas adrede realizadas, sob a vigência de outra regra legal, mais desfavorável ao réu. Isto é, poderão ser alcançados pela *novatio legis in melius* comportamentos criminalizados realizados antes mesmo da entrada em vigor da lei. Por outro lado, ultra-agir significa *agir pra frente*. Quer dizer que, se o crime houver sido praticado na vigência de certa lei que dá tratamento mais brando ao acusado, a superveniência de outra que trate de modo mais gravoso não o pode atingir. Assim, aplicar-se-ia a regra da época do fato, por ser aquela primeira benéfica em relação à segunda.

No caso em comento, a LEP tornou-se a regra aplicável e estabeleceu que a progressão para os hediondos e assemelhados dar-se-ia com o cumprimento de um sexto da pena no regime anterior – observados os mais requisitos exigíveis – sendo o sentenciado reincidente ou não. A Lei 11.464/07, por requerer o cumprimento de prazo maior de pena e por fazer diferença entre reincidentes e primários, é mais gravosa em relação àquela outra, tornando-se pois, inaplicável a situações anteriores à sua entrada em vigor.

Por fim, os crimes a partir de 29 de março de 2007 (inclusive), por força da regra geral insculpida, como já se disse, nos artigos 1º, do CP, e 5º, XXXIX, da Constituição, sujeitam-se à

aplicação da lei mais severa, exatamente como propõe o enunciado da súmula comentada nesta breve exposição e conforme já se tinha manifestado o STF, em outras oportunidades.

A Lei 8.072/90, em sua redação original, proibiu que houvesse progressão de regime de cumprimento da pena privativa de liberdade para os crimes hediondos e assemelhados, em visível obediência ao movimento de recrudescimento das normas penais que frequentava o pensamento criminológico do início dos anos de 1990.

Com o julgamento do HC 82.959/SP, o STF mudou o posicionamento que vinha adotando, declarando inconstitucional o dispositivo do parágrafo 1º, do artigo 2º, da Lei de Crimes Hediondos, por violar a garantia da individualização da pena, insculpida no artigo 5º, inciso XLVI, da Constituição, que requer uma análise concreta das situações específicas do caso, quando da aplicação e da execução da sanção penal.

A partir daí, passou-se a utilizar, para a progressão de regime de cumprimento de pena privativa de liberdade, a regra insculpida na Lei de Execução Penal, no seu artigo 112, qual seja, a necessidade de cumprimento de um sexto da pena no regime anterior para que o réu pudesse fazer jus ao benefício mencionado.

Com o advento da Lei 11.464/07, houve modificação no texto da Lei de Crimes Hediondos, regulamentando a progressão de regime de cumprimento da pena privativa de liberdade para tais delitos, exigindo que réu cumprisse, em sendo primário, dois quintos da pena; em sendo reincidente, três quintos, no regime anterior.

Por força da existência de dois regramentos sobre o mesmo assunto, surgiu a dúvida antinômica acerca da lei penal aplicável para os crimes hediondos e assemelhados praticados antes da entrada em vigor da citada lei nova: se a regra geral da LEP ou a específica da *novatio legis*. A jurisprudência do STF já se vinha manifestando pela aplicação da lei anterior, por ser mais benéfica, vista a garantia insculpida no artigo 5º, XL, da CR88, que estatui a extra-atividade da lei que seja mais favorável ao acusado.

O STJ pôs fim à discussão interna ao próprio tribunal com a edição da Súmula 471, estatuinto que, aos crimes praticados antes de 29 de março de 2007 – momento em que a Lei 11.464/07 entrou em vigor – aplica-se o disposto no artigo 112, da LEP e que a *lex gravior* tem aplicabilidade, apenas e tão-somente, para os crimes perpetrados a partir da data antes citada.

Referências bibliográficas

ALMEIDA, Gevan de Carvalho. **Modernos movimentos de política criminal e seus reflexos na legislação brasileira**. Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2004.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. Parte Geral. São Paulo : Saraiva, 2009.

FRANCO, Alberto Silva. **Crimes Hediondos**. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2005.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2009.



NUCCI, Guilherme de Souza. **Individualização da Pena**. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2005.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis penais e processuais penais comentadas**. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2006.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Tratado de Derecho Penal: Parte general. Vol V**. Buenos Aires: Ediar, 1998.

Fonte: <https://conjur.jumps.com.br/2011-abr-23/crime-hediondo-lei-execucoes-penal-benefica-reu/>