



**UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ
FACULDADE DE DIREITO**

RAFAELLA OLIVEIRA DE LIMA

**EVOLUÇÃO LEGISLATIVA E JURISPRUDENCIAL DOS REQUISITOS PARA A
PROGRESSÃO DE REGIME**

FORTALEZA
2014

RAFAELLA OLIVEIRA DE LIMA

EVOLUÇÃO LEGISLATIVA E JURISPRUDENCIAL DOS REQUISITOS PARA A
PROGRESSÃO DE REGIME

Monografia submetida à Coordenação do Curso de Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará, como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito.

Área de concentração: Direito Processual Penal

Orientador: Professor Me. Sérgio Bruno Araujo Rebouças

FORTALEZA
2014

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação
Universidade Federal do Ceará
Biblioteca Setorial da Faculdade de Direito

-
- L733e Lima, Rafaella Oliveira de.
Evolução legislativa e jurisprudencial dos requisitos para a progressão de regime / Rafaella Oliveira de Lima. – 2014.
66 f. : enc. ; 30 cm.
- Monografia (graduação) – Universidade Federal do Ceará, Faculdade de Direito, Curso de Direito, Fortaleza, 2014.
Área de Concentração: Execução Penal.
Orientação: Prof. Me. Sérgio Bruno de Araújo Rebouças.
1. Pena (Direito) - Brasil. 2. Crime hediondo - Brasil. 3. Direito penal - Brasil. I. Rebouças, Sérgio Bruno de Araújo (orient.). II. Universidade Federal do Ceará – Graduação em Direito. III. Título.

RAFAELLA OLIVEIRA DE LIMA

EVOLUÇÃO LEGISLATIVA E JURISPRUDENCIAL DOS REQUISITOS PARA A
PROGRESSÃO DE REGIME

Monografia submetida à Coordenação do
Curso de Graduação em Direito da
Universidade Federal do Ceará, como requisito
parcial para a obtenção do grau de Bacharel
em Direito.

Área de concentração: Direito Penal

Aprovada em __/__/__

BANCA EXAMINADORA

Professor Me. Sérgio Bruno Araujo Rebouças (Orientador)
Universidade Federal do Ceará (UFC)

Professor Dr. Samuel Miranda Arruda (Orientador)
Universidade Federal do Ceará (UFC)

Mestrando Tonny Italo Lima Pinheiro
Universidade Federal do Ceará (UFC)

Dedico este trabalho a Suzete, Odilon, Rachel, Geska, Germanna e Renata, por acreditarem em mim até mesmo quando eu não acreditei.

AGRADECIMENTOS

A Deus e a Nossa Senhora de Fátima por terem me dado forças para alcançar os meus objetivos.

Ao meu orientador, Professor Sergio Rebouças, exemplo de humildade apesar de seu vasto conhecimento, por ter me auxiliado na elaboração desta monografia com profissionalismo e dedicação.

Ao Professor Samuel Miranda e ao mestrando Tonny Italo Pinheiro que aceitaram gentilmente meu convite para compor a banca.

À minha família: as minhas irmãs que sempre me apoiaram e sempre estiveram comigo, nos momentos bons e nos ruins. Com elas, por terem personalidades fortes e diferentes, aprendi a conviver e a respeitar todos os estilos de pessoas. Ao meu pai, por sempre ter sido um homem bom e carinhoso. Além de, ter se preocupado com minha educação e ter sempre me alegrado nas idas ao colégio. Principalmente, a minha mãe, mulher forte e resiliente, que sempre foi meu exemplo de vida. Por ter se sacrificado para me dar uma boa educação e por ter me ensinado que estudando e trabalhando honestamente é a forma mais digna de se realizar meus sonhos.

Às minhas amigas de faculdade que tornaram as aulas enfadonhas mais divertidas, que me auxiliaram na hora dos estudos, que escutaram minhas reclamações e suportaram meu desespero em período de prova. Acredito que são pessoas brilhantes e com um futuro de sucesso.

À Amanda, por ter sido além de uma amiga também uma irmã, tornando-se uma das pessoas mais importantes na minha vida. Por ter me mostrado que ainda existem pessoas boas que nos ajudam sem qualquer tipo de interesse.

À Alene, quem me tornei amiga na fila de matrícula, por ter sempre me escutado sem me julgar. Por ter mostrado que ainda existem pessoas puras, cujo sorriso mostra toda a alegria de sua alma.

À Meline, cuja personalidade é mais doce que seu apelido, por ter sido minha companheira de CORETUR e por ter sempre se mostrado solícita a me ajudar quando precisei.

À Thamyres, que se aproximou mais de mim no fim da faculdade, mas conseguiu me cativar facilmente.

Ao Yuri, por ter me ajudado a fazer esta monografia, por ter escutado minhas reclamações, por ter lido e relido o meu trabalho e por ter sido um companheiro para todos os momentos.

Aos meus colegas estagiários e aos defensores do NUDEP, por terem me ajudado no meu aprendizado jurídico, sendo a razão para escolha do tema desta monografia.

Aos colegas de turma, que encerrarão este ciclo comigo.

A todos os amigos, que me acompanharam desde o princípio.

“Queda prohibido no sonreír a los problemas,
No luchar por lo que quieres,
Abandonarlo todo por miedo,
No convertir en realidad tus sueños.” (Pablo
Neruda)

RESUMO

A presente monografia visa a esclarecer os fatores que proporcionaram a evolução legislativa e jurisprudencial dos requisitos da progressão de regime. Por meio de um estudo comparado entre os dispositivos da LEP e da Lei de Crimes Hediondos, antes e após alterações instituídas por decisões jurídicas, concretizadas por meio de súmulas, e pelo advento de leis como a Lei nº 10.792/2003 e a Lei nº 11.464/2007, faz-se uma análise dos requisitos da Progressão de Regime, bem como o sistema penitenciário progressivo adotado no Brasil, que tem por escopo verificar se o condenado tornou-se apto a retornar a conviver em sociedade sem atentar contra direitos de outrem. Ainda, ressalta-se a influência do princípio constitucional da individualização da pena na fase de execução da pena e o modo como esse princípio afetou nos atuais posicionamentos jurisprudenciais e na nova legislação acerca do instituto da Progressão de Regime, dando ênfase a seus requisitos. Por fim, visualiza-se que essa evolução decorreu em razão de uma legislação ainda imatura em relação à execução da pena e destoante da realidade carcerária brasileira, mostrando-se ineficaz quanto aos objetivos perseguidos pelo sistema penitenciário adotado no Brasil. A metodologia utilizada foi dedutiva e qualitativa, na qual se realizou pesquisa bibliográfica e documental, abordando-se jurisprudências e súmulas referentes ao tema.

Palavras-chave: Requisitos. Progressão de Regime. Individualização da Pena.

ABSTRACT

This monograph aims to clarify the factors contributing to the legislative and jurisprudential evolution of the regime progression requirements. Through a comparative study between devices LEP and Heinous Crimes Act, before and after changes instituted by legal decisions, implemented through overviews, and the advent of laws such as Law nº 10.792 / 2003 and Law nº. 11 464 / 2007, makes an analysis of the requirements of Progression Regime as well as the progressive prison system adopted in Brazil, which has the purpose to verify if the offender became able to return to live in society without infringing the rights of others. Also emphasizes the influence of the constitutional principle of individualization of the penalty phase of execution of the sentence and how this principle has affected the current jurisprudential positions and the new legislation regarding the institute of Progression Regime, emphasizing their requirements. Finally, it displays that this evolution took place because of a still immature legislation for the enforcement of sentences and jarring reality of Brazilian prison, proving ineffective as the objectives pursued by the prison system adopted in Brazil. The methodology was qualitative and deductive, which was held bibliographic and documentary research, approaching jurisprudence and precedents on the subject.

Key-Words: Requirements. Regime Progression. Individualization of the Penalty.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO.....	11
2	EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA EXECUÇÃO PENAL NO BRASIL.....	13
2.1	Histórico das Leis de Execução Penal.....	16
3.	PROGRESSIVIDADE DE REGIMES EM CRIMES COMUNS.....	19
3.1	Princípio Constitucional da Individualização da Pena.....	19
<i>3.1.1</i>	<i>Etapas do Processo de Individualização da Pena.....</i>	<i>21</i>
<i>3.1.2</i>	<i>Individualização Executória da Pena.....</i>	<i>24</i>
3.2	Sistema Progressivo No Brasil.....	26
3.3	Requisitos para a Progressão de Regime.....	31
<i>3.3.1</i>	<i>Requisito Objetivo.....</i>	<i>31</i>
<i>3.3.2</i>	<i>Requisito Subjetivo.....</i>	<i>35</i>
4.	PROGRESSIVIDADE DE REGIMES EM CRIMES HEDIONDOS E EQUIPARADOS.....	42
4.1	Crimes Hediondos e a Constituição Federal de 1988.....	43
4.2	Progressão de regime para crimes hediondos consoante a redação original do art. 2º, §1º da Lei nº 8.072/1992.....	43
4.2.1	Da (in) constitucionalidade do art. 2º, §1º da Lei nº 8.072/1992.....	45
<i>4.2.1.1</i>	<i>Argumentos favoráveis à constitucionalidade do art. 2º, §1º da Lei nº 8.072/1992.....</i>	<i>47</i>
<i>4.2.1.2</i>	<i>Da progressão de regime em relação ao crime de tortura.....</i>	<i>48</i>
<i>4.2.1.3</i>	<i>Argumentos Favoráveis à Inconstitucionalidade do Art. 2º, §1º da Lei nº 8.072/1992 segundo o STF.....</i>	<i>53</i>
4.3	Do Advento da Lei 11.464/2007.....	
<i>4.3.1</i>	<i>Requisitos para a Progressão de Regime por Crimes Hediondos e Equiparados.....</i>	<i>54</i>
5	CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	60
6	REFERÊNCIAS.....	62

1 INTRODUÇÃO

O estudo proposto nesta monografia tem por escopo a análise dos requisitos para a concessão do benefício da progressão de regime em face das penas privativas de liberdade, vislumbrando as alterações ocasionadas pela evolução legislativa e jurisprudencial do ordenamento jurídico pátrio.

Diante disso, é salutar destacar-se que, decorrente do contexto histórico, houve alterações referentes às penas e ao modo como se desenvolvia a execução dessas sanções, levando em consideração o sistema penitenciário vigente.

As penas privativas de liberdade, como a pena de prisão e de detenção, são vistas como fator preponderante na humanização da pena, na qual foram de modo progressivo, banidas as penas cruéis e desumanas. Destarte, as sanções penais deixam de ter por objetivo apenas o simples castigo e passam a visar também à recuperação do infrator, sendo o sistema penitenciário adotado, elemento relevante para alcançar o objetivo ressocializador das penas privativas de liberdade.

Diante dessas mudanças, foram desenvolvidos sistemas penitenciários que não visavam somente à punição do condenado, mas também fazer o apenado deixar de cometer delitos. Os três sistemas penitenciários que se destacaram foram o sistema de Filadélfia, predominante na Europa, o sistema de Auburn, desenvolvido principalmente nos EUA, e o sistema progressivo, que foi implantado, com algumas características próprias no Brasil.

Apesar de serem notórios, no Código Penal de 1890, os primeiros traços da adoção do sistema progressivo, somente o Código Penal brasileiro de 1940 passou a prever o cumprimento da pena de forma progressiva. Contudo, apesar de várias tentativas de codificação das leis referentes à execução penal, somente, em 1984, foi promulgado a Lei de Execução Penal (LEP), que sofreu diversas alterações com decorrer dos anos pela promulgação de novas leis que estavam mais de acordo com o contexto sócio-jurídico do Brasil.

Destarte, seguindo os ditames do princípio constitucional de individualização da pena, o legislador, principalmente durante a fase de individualização executória, a LEP, em consonância com o art. 33 do Código Penal, em seu art.112, estabelece o sistema penitenciário adotado no Brasil, bem como os requisitos legais, de caráter subjetivo e objetivo, para progressão para regime mais brando.

Nesse sentido, explana-se de modo mais breve, no primeiro capítulo, como se desenvolveu o instituto da Execução Penal no Brasil, fazendo referência ao contexto histórico, além de como decorreu a vigente legislação que o regula.

No capítulo posterior, aborda-se a progressão de regime, fazendo menção à repercussão que o princípio da individualização da pena tem sobre esse instituto. Ainda se faz salutar uma análise dos principais sistemas penitenciários e das características do sistema progressivo brasileiro, ressaltando-se os requisitos para a concessão da progressão de regime. Em seguida, há um estudo minucioso das evoluções legislativas e jurisprudencial desses requisitos, em relação aos crimes comuns, principalmente tendo por enfoque a Lei nº 10.792/2003 que alterou o art.6º e 112 da LEP.

No último capítulo, há um estudo da progressão de regime, ressaltando-se as peculiaridades dos crimes hediondos, fazendo-se menção à Lei nº 8.072/1992, e as alterações decorrentes dos avanços jurisprudenciais, com análise do HC 82.959, que propiciaram o advento da Lei nº 11.464/2007, que regulou os requisitos específicos para a concessão da progressão de regime em relação aos crimes hediondos e equiparados.

Devido o estudo desenvolvido nesta monografia tratar principalmente da evolução legislativa e jurisprudencial da progressão de regime, a metodologia utilizada foi qualitativa e dedutiva, cuja pesquisa foi bibliográfica e documental, havendo consultas aos livros especializados e às produções acadêmicas sobre o assunto, tais como artigos (científicos e jornalísticos), teses e dissertações, outrossim, foi abordada jurisprudências, citando-se ementas de julgados relevantes e súmulas referentes ao tema, além de mencionar dispositivos do Código Penal, da Lei de Execuções Penais e de outras legislações extravagantes.

2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA EXECUÇÃO PENAL NO BRASIL

Nas palavras de Bitencourt (2000, online), “a história da prisão não é a de sua progressiva abolição, mas a de sua permanente reforma”. Percebe-se que o autor ressalta as alterações referentes ao sistema prisional brasileiro que repercutem nas leis que compõem o histórico da Execução Penal brasileira.

A pena de prisão tem aparecimento tardio na história do Direito Penal. Assim, de início, a prisão não era utilizada como sanção, mas sim como forma de custódia, sendo o cárcere o local onde os acusados esperavam por seus julgamentos e pela execução das suas condenações. Segundo Carvalho Filho (2002, p.21), “o encarceramento era um meio, não era o fim da punição.”.

Nesse panorama, como até o início do século XVIII, eram comuns as punições cruéis e desumanas, inclusive a pena de morte, Bitencourt (2000, online) afirma que a pena de prisão representava, paradoxalmente, “um marco de humanização da sanção penal”.

Entretanto, somente, no século XIX, conforme Oliveira (2006, online), visualizou-se o apogeu da pena privativa de liberdade, quando a prisão começa a ter caráter de sanção disciplinar, bem como o objetivo de melhorar o modo como o apenado iria cumprir sua pena; pois, até então, as prisões não eram reguladas por quaisquer normas penitenciárias, tampouco possuíam o intuito reeducativo-penal.

Nesse sentido, nota-se o posicionamento de Bitencourt:

Quando a prisão se converteu na principal resposta penológica, especialmente a partir do século XIX, acreditou-se que poderia ser um meio adequado para conseguir a reforma do delinqüente. Durante muitos anos, imperou um ambiente otimista, predominando a firme convicção de que a prisão poderia ser um meio idôneo para realizar todas as finalidades da pena e que, dentro de certas condições, seria possível reabilitar o delinqüente. (BITENCOURT, 2000, online).

Essa evolução do sistema prisional também foi notória no contexto brasileiro; visto que no princípio, quando vigoravam as Ordenações (afonsinas, manuelinas e filipinas), as penas eram cruéis, não se podendo falar em sistema carcerário, contudo, como discorre Amaral (2013, online), o regime jurídico do Brasil-Colônia que predominava era aquele instituído pelos donatários que possuíam poder absoluto sobre sua capitania hereditária, estatuidando arbitrariamente o direito a ser aplicado.

Destaque merece as ordenações Filipinas, em razão de, em seu Livro V, visualizar-se o modelo do sistema penal que se adotava naquele período. Ainda, conforme Amaral (2013,

online), aplicava-se "penas desproporcionais em relação ao delito, cruéis e injustas, além de continuar fazendo pena de morte para alguns crimes."

Ainda o tratamento penal aplicado estava em desacordo com o sexo do apenado, não havendo isonomia, em relação às punições, entre homens e mulheres e indivíduos de posição social distintas, tal análise, pode ser depreendida da previsão, retirada do Título XXXVIII das Ordenações Filipinas, "achando o homem casado sua mulher em adultério, licitamente poderá matar, assi a ella, como o adúltero, salvo se o marido for peão e o adultero Fidalgo ou nosso Desembargador, ou pessoa de maior qualidade."

Na vigência ainda das Ordenações Filipinas, foi outorgada a Constituição Imperial de 1824, na qual já é possível observar-se as influências liberais, resultado do movimento Iluminista.

Nessa Constituição, que se preocupava com as garantias e direitos individuais do cidadão, há o surgimento da prisão como pena, em seu art. 79, inciso IX, resultando numa legislação penal mais humana.

IX. Ainda com culpa formada, ninguém será conduzido á prisão, ou nella conservado estando já preso, se prestar fiança idonea, nos casos que a lei admite: e em geral nos crimes, que não tiverem maior pena, do que a de seis mezes de prisão, ou desterro para fóra da Comarca, poderá o Réo livrar-se solto".

Ademais, com o advento da Constituição liberal de 1824, surge a nível constitucional, uma preocupação com dignidade humana do preso, conforme nota-se na leitura do art. 179, inciso XXI que assegurou que "as Cadêas serão seguras, limpas, o bem arejadas, havendo diversas casas para a separação dos Réos, conforme circunstancias, e natureza dos seus crimes."

Sob a vigência dessa Carta Magna, deu-se início a elaboração do primeiro Código Criminal que foi aprovado e sancionado em 1830. De acordo com Engbruch e Santis (2012, online), a pena de prisão é introduzida de duas maneiras: a prisão simples e a prisão com trabalho, sendo agora uma pena de grande relevo, contudo não foram abolidas as penas de morte nem as cruéis plenamente, as quais os escravos ainda estavam sujeitos. Ademais, não houve escolha por um sistema penitenciário específico, o Código Criminal do Império deixa livre a escolha do sistema e da regulamentação a ser estabelecida pelos governos provinciais.

Amaral (2013, online) disserta sobre a execução das penas durante esse período:

Não havia previsão de qualquer sistema progressivo no Código Criminal do Império. O Código de 1830 se preocupava mais com a arquitetura das prisões (o tipo de prisão) que o tratamento penitenciário a ser ministrado ao condenado. Aquele

estatuto penal espelhava um compromisso com a Ciência das Prisões e não com o indivíduo que nela se encontra cumprindo pena. No Brasil, ainda não era tempo de uma Ciência Penitenciária.

Ainda é visível pela leitura do artigo 49 desse *Codex* que a implantação da prisão com trabalho não estava disponível a todos os réus:

Art. 49. Enquanto se não estabelecerem as prisões com as commodidades, e arranjos necesarios para o trabalho dos réos, as penas de prisão com trabalho serão substituidas pela de prisão simples, acrescentando-se em tal caso á esta mais a sexta parte do tempo, por que aquellas deveriam impôr-se.”

O Código Criminal exibia um ritual para execução da pena de morte, conforme artigo 40, no qual o condenado era executado utilizando a força e impedia-se o enterro “com pompa”. Essa pena foi revogada tacitamente, em 1855, por D. Pedro II em razão de um erro judicial que ocorreu em Macaé, conforme narra Silva (1998, p.28):

O que ocorreu foi o seguinte: Manuel da Mota Coqueiro, condenado pela morte de Francisco Benedito da Silva, sua mulher e seis filhos, foi enforcado, embora protestasse inocência. De fato, mais tarde, um caboclo de nome Herculano, em seu leito de morte, confessou ao filho a autoria do homicídio, comprovando a aclamada e ignorada inocência de Mota Coqueiro.

Com a abolição da escravatura e a proclamação da República, ao final do século XIX, houve necessidade de reforma na legislação penal. Segundo Oliveira (2006, online), o Código Penal de 1980 aboliu a pena perpétua, as penas coletivas e a pena capital, limitando-se a pena restritiva de liberdade individual. Ademais, foi estabelecido o limite máximo de 30 anos para as penas e ainda tinha por escopo buscar a proporcionalidade entre as sanções e a natureza do delito cometido.

Para as penas privativas de liberdade o Código Penal de 1890 previu a prisão celular, a reclusão, prisão com trabalho obrigatório e a prisão disciplinar.

Nesse código, foram visíveis, em seu artigo 50, os primeiros traços do sistema progressivo. Para Silva (1998, p.35), adotou-se “o sistema de Filadélfia, ou de Pensilvânia combinado com o auburniano e modificado pelo método irlandês”, assim num primeiro momento havia segregação absoluta do apenado e futuramente poderia ocorrer sua progressiva emancipação. Ainda visou estimular o bom comportamento, quando possibilitou a suspensão condicional da pena e o livramento condicional.

Como afirma Amaral (2013, online), apesar de a Constituição de 1937 ser vista como um retrocesso penal, por restabelecer a pena de morte, o Código Penal de 1940, que

buscou moderar o poder punitivo do Estado, não fez previsão da pena capital e manteve o sistema progressivo no cumprimento de penas privativas de liberdade.

Segundo Silva (1998, p. 40), esse código tinha por escopo a recuperação e a reinserção social do apenado, dessa forma, adotou o sistema penitenciário progressivo, o qual se subdividia em quatro fases, e o trabalho remunerado.

Ademais, ainda houve a diferenciação da pena de reclusão e a pena de detenção, nas quais os condenados a esta deveriam ser manter isolados dos daquela, bem como as mulheres também iriam cumprir sua pena em estabelecimento penitenciário específico.

Objetivando a substituição do Código de 1940, promulgou-se o Código Penal de 1969, elaborado por Nelson Hungria, no qual manteve o conteúdo repressivo do código anterior, contudo foi revogado pela Lei nº 6.578/1978. Houve ainda alterações significativas do Código Penal e do Código de Processo Penal, em 1977, pela promulgação da Lei nº 6.416. Nesse sentido, Prado e Bitencourt (1995, p.163) ressaltam as alterações promovidas pela Lei nº 6.416/1977:

Introduziu importantes modificações ao instituto do Livramento Condicional reduzindo para dois anos o limite da pena aplicada, permitiu a soma de penas correspondente a infrações distintas, afastou a possibilidade de o juiz modificar as condições estabelecidas na sentença.

Após várias mudanças legislativas em relação à execução das penas, ainda não se tinha instituído uma regulamentação específica para esse instituto, o que somente ocorreu com a promulgação da Lei de Execução Penal em 1984.

2.1 Histórico das Leis de Execução Penal

Antes mesmo da promulgação do Código Penal de 1940, segundo Mirabete (2004, p.23), houve a primeira tentativa, em 1933, de realizar uma codificação das normas a respeito da execução penal, contudo o projeto do Código Penitenciário da República foi abandonado quando se mostrou discrepante com o projeto desse Código Penal. Ainda para esse autor, desde essa época, mostrava-se necessário a regulamentação da execução penal, por acreditar que o Código Penal nem o Código de Processo Penal eram "lugares adequados para um regulamento da execução das penas e medidas privativas de liberdade".

Em 1951, o deputado Carvalho Neto elaborou um projeto que dispunha sobre direito penitenciário, estabelecendo normas gerais, entretanto não passou a vigorar, pois, conforme Mirabete (2004, p.24), "tal diploma legal, carecia de eficácia por não prever

sanções para o descumprimento dos princípios e das regras contidas na lei, o que a tornou letra morta no ordenamento jurídico do país".

Diante da carência de uma legislação sobre matéria penitenciária, em 1957, a pedido do ministro da Justiça, foi elaborado pelo professor Oscar Stevenson o projeto de um novo código penitenciário. De acordo com Assis (2007, online), "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."

Em 1963, foi redigido por Roberto Lyra o primeiro anteprojeto de um Código de Execuções Penais que trazia inovações sobre questões relativas às detentas e se preocupava que as penas privativas de liberdade fossem executadas de forma humanitária e conforme a legalidade. Esse *codex* não foi promulgado devido à eclosão do movimento político de 1964.

Ainda foram realizados dois projetos para o Código de Execuções Penais, um elaborado, em 1970, por Bejamim Moraes Filho, de acordo com Assis (2007, online), inspirado em uma Resolução das Nações Unidas que tratava sobre Regras Mínimas para Tratamento de Reclusos, seguido pelo projeto de Cotrim Neto que visava à assistência, à educação, ao trabalho e à disciplina do apenado. Entretanto, nenhum desses projetos lograram êxito, não sendo convertidos em lei.

Finalmente, em 1983, foi aprovado o projeto de lei do Ministro da Justiça Ibrahim Abi Hackel, que se converteu na Lei nº 7.210/1984, a qual vigora até os dias atuais com a denominação de Lei de Execução Penal (LEP). Essa lei foi publicada juntamente com a reforma da Parte Geral do Código Penal em 13 de janeiro de 1985.

Para Assis (2007, online), "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 o delito à comunidade".

Nesse sentido, Dotti (1985, p.99) sustenta que "a Lei de Execução Penal adotou os postulados da Nova Defesa Social, aliando a esta a prevenção criminal e a humanização da execução da pena e afastando o "tratamento" reformador, na esteira das mais recentes legislações a respeito da matéria."

Ainda, com a promulgação da Constituição brasileira de 1988, o direito executivo penal foi elevado ao status de ciência autônoma, dispondo no art.24 da CRFB, que a União tem competência para legislar sobre suas normas.

Destarte, como disserta Mirabete (2004, p.23), é inviável que a LEP discipline todas as situações jurídicas decorrentes das relações estabelecidas pela matéria, tendo a

Constituição Federal, o Código Penal e as legislações espaciais, como a Lei de Crimes Hediondos, o escopo de consagrar as regras características da execução penal. Assim fazendo-se salutar uma análise sistemática do sistema progressivo vigente no Brasil com as normas que regem o direito executivo penal, não se distanciando dos princípios constitucionais e penais.

3. PROGRESSIVIDADE DE REGIMES EM CRIMES COMUNS

Conforme se pode deduzir do art.112 da LEP, o sistema penitenciário adotado no Brasil, baseado no modelo irlandês, visa dirigir a execução de forma progressiva, ou seja, havendo transferência do condenado de regime mais rigoroso para mais brando, quando o apenado se demonstrar apto ao novo regime, fazendo-se uma análise dos requisitos objetivos e subjetivos de acordo com o estipulado em lei.

Assim, o sistema progressivo, buscando efetivar o princípio constitucional da individualização da pena, segundo Mirabete (2004, p.387), “[...] impõe a classificação dos condenados, faz cumprir as penas privativas de liberdade em estabelecimentos penais diversificados (penitenciárias, colônia e casa do albergado), conforme o regime (fechado, semi-aberto ou aberto), e tem em vista a progressão o mérito do condenado”.

Dessa forma, faz necessário analisar os requisitos para a concessão da progressão de regime sob a ótica do princípio da individualização da pena.

3.1 Princípio Constitucional da Individualização da Pena

A fase do processo penal que se denomina Execução Penal, no qual irá se valer do comando contido na sentença condenatória penal que transitou em julgado, é regido por princípios e normas que irão regular a relação entre o Estado, detentor do *jus puniendi*, e o condenado.

Devido ao caráter autônomo da Execução Penal, há uma diferenciação entre seus princípios norteadores e os princípios que regem o Direito Penal e o Direito Processual Penal, contudo não vão de encontro às máximas constitucionais que direcionam todo o Direito.

Assim esse ramo do Direito possui princípios próprios, embora nunca deixando de se vincular aos princípios do Direito Penal e do Direito Processual Penal, como: princípio do devido processo legal, princípio do juízo competente, princípio da individualização da pena, princípio da personalização da pena, princípio da legalidade e irretroatividade, princípio do duplo grau de jurisdição, princípio da humanização e princípio da isonomia. Ainda para aperfeiçoar o estudo dos princípios da Execução da Pena é necessário ser observado o que defende Paulo Lúcio Nogueira:

Estabelecida a aplicabilidade das regras previstas no Código de Processo Penal, é indispensável a existência de um processo, como instrumento viabilizador da própria execução, onde devem ser observados os princípios e as garantias constitucionais a saber: legalidade, jurisdicionalidade, devido processo legal, verdade real, imparcialidade do juiz, igualdade das partes, publicidade, oficialidade e duplo grau de jurisdição, entre outros. (NOGUEIRA, 1993, p.7)

Segundo Coêlho (2011), como todas as normas do Direito brasileiro devem estar em consonância com os fundamentos, as garantias e os princípios, explícitos e implícitos, constitucionais, não ocorre distinção com os princípios que norteiam as normas da Execução Penal. Destarte, conhecendo a importância dos princípios constitucionais, faz-se necessário que as normas que irão regular a fase da execução da pena do condenado sejam elaboradas, aplicadas e interpretadas de acordo com estes princípios, caso contrário, deverão ser banidas do ordenamento jurídico pátrio.

No estudo da progressividade de regime no cumprimento da pena, é salutar ressaltar o princípio constitucional da individualização da pena. Esse princípio está previsto no art.5º, XLVI da Carta Magna vigente :

Art. 5º[...]

XLVI- a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes:

- a)privação ou restrição da liberdade;
- b)perda de bens;
- c)multa;
- d)prestação social alternativa;
- e)suspensão ou interdição de direitos;

Esse princípio constitucional é uma forma de materializar a isonomia material, ou seja, atribuindo tratamento diverso aos condenados, no que toca ao modo de cumprimento, tratando os desiguais desigualmente na medida de sua desigualdade, objetivando a efetiva justiça.

Assim a lei que irá dispor sobre a individualização da pena deverá levar em consideração a culpabilidade e os méritos pessoais do acusado, bem como o caráter retributivo da pena e o seu objetivo ressocializador, visando a não padronização da pena. Nesse sentido, explana Guilherme de Souza Nucci:

Individualização da pena tem o significado de eleger a justa e adequada sanção penal, quanto ao montante, ao perfil e aos efeitos penderes sobre o sentenciado, tornando-o único e distinto dos demais infratores, ainda que co-autores ou mesmo co-réus.(NUCCI,2005,p.31)

Ainda, na aplicação da individualização da pena, deve-se ter em mente o princípio da dignidade da pessoa humana que compreende ao valor dado a pessoa humana no momento

da aplicação da pena, independentemente se o ato cometido pelo indivíduo tenha sido cruel ou não cruel.

Deve-se ressaltar que, quando magistrado for estabelecer a pena ao acusado, caberá a ele eleger o *quantum* penal que deverá ser aplicado à relação *in casu*; mas tal conduta não é totalmente discricionária, pois esse *quantum* penal estará entre o valor mínimo e máximo pré-estabelecido em lei penal, bem como cabe ao magistrado, na sentença condenatória que formará o título executivo judicial, especificar, na fundamentação, o raciocínio do juiz em relação à fixação da pena, sendo este direito público subjetivo do condenado.

Para demonstrar a relevância e a observância do princípio constitucional da individualização da pena, faz-se mister trazer o entendimento do STF fixado no HC 82.959, do qual decorreu a Súmula Vinculante nº26.

EMENTA: PENA - REGIME DE CUMPRIMENTO - PROGRESSÃO - RAZÃO DE SER. A progressão no regime de cumprimento da pena, nas espécies fechado, semi-aberto e aberto, tem como razão maior a ressocialização do preso que, mais dia ou menos dia, voltará ao convívio social. PENA - CRIMES HEDIONDOS - REGIME DE CUMPRIMENTO - PROGRESSÃO - ÓBICE - ARTIGO 2º, § 1º, DA LEI Nº 8.072/90 - INCONSTITUCIONALIDADE - EVOLUÇÃO JURISPRUDENCIAL. **Conflita com a garantia da individualização da pena - artigo 5º, inciso XLVI, da Constituição Federal** - a imposição, mediante norma, do cumprimento da pena em regime integralmente fechado. **Nova inteligência do princípio da individualização da pena**, em evolução jurisprudencial, assentada a inconstitucionalidade do artigo 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90. (STF - HC: 82959 SP, Relator: MARCO AURÉLIO Data de Julgamento: 23/02/2006, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJ 01-09-2006 PP-00018 EMENT VOL-02245-03 PP-00510).

Foi esclarecedor o voto do Ministro Eros Grau que se posicionou afirmando que a imposição integral do regime fechado aos condenados a crimes hediondos ia de encontro ao princípio da individualização da pena, pois sustentou que o magistrado não pode ser impedido pelo legislador de individualizar a pena caso a caso.

Ainda sendo pertinente o posicionamento do Ministro Sepúlveda presente, no julgamento do *Habeas Corpus* supracitado:

(...) Individualização da pena, Senhor Presidente, enquanto as palavras puderem exprimir idéias, é a operação que tem em vista o agente e as circunstâncias do fato concreto e não a natureza do delito em tese.

Estou convencido também de que esvazia e torna ilusório o imperativo constitucional da individualização da pena a interpretação que lhe reduza o alcance ao momento da aplicação judicial da pena, e o pretende, de todo, impertinente ao da execução dela.

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 à sua efetiva execução. (RTJ 147/608)

Nesse julgado o Ministro Celso de Melo se manifestou afirmando que o princípio da individualização da pena tem aplicabilidade restrita, tendo como único destinatário o legislador, contudo o posicionamento doutrinário é divergente, dividindo o processo de individualização da pena em três momentos, individualização legislativa, individualização judicial e individualização executória, os quais terão destinatários diferentes.

3.1.1 Etapas do Processo de Individualização da Pena

Conforme Távora e Alencar (2014, p.1401), o processo de individualização da pena, como já mencionado, divide-se em três etapas fundamentais e respectivas: individualização legislativa (na qual o legislador irá fixar o mínimo e máximo da pena em abstrato quando a norma penal estiver sendo criada), individualização judicial (tendo como destinatário o juiz que deverá aplicar à pena, tendo como limite a norma penal, na sentença condenatória) e individualização executória (tendo como destinatário o juiz responsável pela execução da pena, refere-se ao momento que a pena imposta será cumprida e que possibilitará ao condenado, que a cumprir de modo adequado, a sua ressocialização, por meio da progressão de regime, bem como de outros benefícios, como o livramento condicional e remição da pena).

No momento legislativo, o legislador, na figura do Congresso Nacional, ao elaborar o dispositivo legal, tendo em vista os princípios da legalidade, da necessidade e da proporcionalidade, irá descrever a infração penal, determinar os limites mínimos e máximos do preceito secundário do tipo e o regime de cumprimento. (NUCCI, 2014, p.409) As penas, bem como seus respectivos regimes e os fatores para sua progressividade, devem ser penas proporcionais a importância do bem tutelado e a gravidade da ofensa. A lei penal não deve se limitar apenas às previsões normativas, mas a fixar normas que irão permitir as individualizações futuras.

Nesse sentido, vislumbra-se o posicionamento de Sérgio Salomão Schecaria e Alceu Corrêa Junior (1995 p.30-31):

Para que ocorra uma efetiva individualização, é mister que o quantum da pena não seja fixo, ou seja, ele deve variar entre um mínimo e um máximo que permitirá ao juiz, analisando as condições e circunstâncias do crime; assim a culpabilidade do agente (art.59, CP), determinar a quantidade e a qualidade da pena a ser aplicada.

Portanto, a pena deve ser determinada, explícita e precisa, mas nunca fixa em sua quantidade. Do contrário, ficaria seriamente comprometido o princípio da individualização da pena.

A fixação dos limites mínimos e máximos abstratos da pena deve estar em conformidade ao princípio da legalidade, implicando que o legislador se atente no momento de elaboração da norma penal estabelecer penalidades que não vão de encontro aos princípios e garantias constitucionais. Ademais, a sanção penal deve ser descrita com precisão e deve visar adequar a pena à gravidade do delito, não devendo ninguém ser punido a mais do que fez. Assim, observa-se que a liberdade do legislador não é em absoluta, sendo restringida pelos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, tendo critérios objetivos para estabelecer a sanção penal, como natureza da infração, bem jurídico tutelado e a necessidade social da repressão do fato.

A individualização judicial se perfaz quando o magistrado estabelece a sanção penal adequada ao caso concreto, com base nos elementos disposto pelo Código Penal no arts. 59 e 68, contemplando os limites máximos e mínimos da pena já estipulados pelo legislador. (NUCCI, 2005, p.925).

Quando averiguada a infração penal, o juiz determina a dosagem da pena, levando em consideração as características do infrator, bem como o fato por ele praticado. Como somente a lei pode estabelecer as penas para cada infração penal, o magistrado, independentemente de qualquer motivação, estabelecer um *quantum* penal que não pode ultrapassar os limites descritos em lei, caso contrário, o princípio da legalidade será ferido.

Corroborando com esse entendimento Luisi (1991, p.38):

É de entender-se que na individualização judiciária da sanção penal estamos frente a uma “discricionariedade juridicamente vinculada”. O Juiz está preso aos parâmetros que a lei estabelece. Dentro deles o Juiz pode fazer as suas opções, para chegar a uma aplicação justa da lei penal, atento às exigências da espécie concreta, isto é, as suas singularidades, as suas nuances objetivas e principalmente à pessoa a que a sanção se destina.

O art. 59 do Código Penal disciplina a individualização judiciária, sendo as circunstâncias judiciais estabelecidas, nesse artigo, salutar na análise do perfil do infrator no momento da determinação do *quantum* penal.

Art. 59- 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 inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade;
- IV- a substituição da pena privativa da liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível.

Quando o magistrado for dosar a pena necessária para a devida reprovação da infração penal, o conjunto de elementos previstos no artigo supracitado, fazer-se-á mister na formação de um juízo de censura maior ou menor, ou seja, se todas as circunstâncias judiciais pré-estabelecidas forem favoráveis ao apenado, a pena adotada deverá ser a mínima; contudo, caso as circunstâncias sejam todas desfavoráveis, em razão da culpabilidade estar no patamar máximo, a pena-base também deverá ser estabelecido no seu limite máximo.(FARIA, 2006, p.45)

Após esse momento, seguindo a teoria trifásica adotada pelo Código Penal brasileiro, preconizado por Nelson Hungria, estabelecido, no art.68 do CP, deverão ser analisadas as circunstâncias legais genéricas, atenuantes e agravantes, logo em seguida, as causas de aumento ou de diminuição. Essas fases, apesar de distintas, são interligadas e fundamentais para que seja efetivado o princípio da individualização da pena.

A pena final será aquela que passar por essas três fases. O processo que foi utilizado pelo magistrado deverá estar descrito na fundamentação da sentença condenatória de modo que permita ao condenado ter conhecimento de como foi estabelecido o *quantum* da sua pena concreta, assim individualizando-a frente aos demais acusados do mesmo delito, bem como dos co-autores.

3.1.2 Individualização Executória da Pena

Consoante Lyra (1944, p.8) “é pela execução, em última análise, que vive a lei penal”. A fase executória se dará, após ser prolatada a sentença condenatória, na qual o magistrado fixou a pena final, bem como o regime inicial de cumprimento de pena. Nesse estágio, o condenado, como supracitado, “viverá” a pena resultante da aplicação da lei penal ao caso concreto.

É notória a importância da concretização do princípio da individualização da pena na execução da pena, ao se ter por escopo a efetivação dos objetivos proposto pela Lei de Execução Penal (LEP) de ressocialização do apenado. (AMORIM, 2008, p.78)

De tal modo, é necessária a análise do modo como está transcorrendo o cumprimento da pena fixada, levando-se em consideração a personalidade do sentenciado, bem como seus antecedentes, para que o regime inicialmente fixado se agrave ou se amenize.

Visualiza-se tal situação na progressão de regime (art.112, da LEP) e na regressão de regime (art.118, da LEP).

Ademais, a individualização visa amoldar a pena às características singular do apenado, de forma que o modo de cumprimento propicie a ressocialização do sentenciado, conforme seu merecimento.

É notória essa visão nas palavras de Rosa (1995 p.74-75):

Numa sociedade em que a pena não tem apenas o caráter retributivo, mas visa, também- e sobretudo- a ressocialização do condenado, impõem-se a individualização, para que se verifique a capacidade de readaptação, a possibilidade de ser feita distinguindo-se os incapazes de ressocialização ou readaptação.

Os institutos da progressão, regressão, remição, livramento condicional, dentre outros, demonstram que a execução tem caráter variante, no qual a sentença condenatória está sujeita a cláusula *rebus sic stantibus*. Essa cláusula tem sua origem no direito contratual, contudo, é visível, como neste caso, sua aplicação no Direito Processual Penal. Na situação na qual as circunstâncias que envolveram a formação da sentença condenatória penal se modificam no transcorrer da execução, é salutar fazer ajustes, de modo que o cumprimento da sanção penal se adeque a nova realidade do apenado.

Assim discorre Grinover (1987, p.9):

Sentença penal condenatória penal contém implícita cláusula *rebus sic stantibus*, como sentença determinativa que é: o juiz fica, assim, autorizado, pela natureza mesma da sentença, a agir por equidade, operando a modificação objetiva da sentença sempre que haja mutação nas circunstâncias fáticas.

Com a aplicação dessa cláusula, efetiva-se o princípio da individualização da pena, visto que os apenados que tiverem condutas, durante o processo de execução, diferentes; mas que tiveram sentenças condenatórias semelhantes, referente ao quantum penal e ao regime de cumprimento, terão revisão do conteúdo das suas sentenças feito de modo distinto, conforme a expressa autorização legal.

É visível esse posicionamento no entendimento jurisprudencial abaixo:

PENAL. EXECUÇÃO PENAL. RECURSO DE AGRAVO. REGRESSÃO A REGIME MAIS SEVERO QUE O IMPOSTO NA SENTENÇA CONDENATÓRIA. ADMISSIBILIDADE. PRÁTICA DE NOVO CRIME E DE FALTA GRAVE (ART. 118, I, DA LEP). INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA. INTELIGÊNCIA DO ART. 5º, XLVI, DA CF. INADAPTAÇÃO DO CONDENADO AO REGIME FIXADO. CLÁUSULA REBUS SIC STANTIBUS. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. PRECEDENTES DO STF. RECURSO DESPROVIDO. a) A execução da pena é flexível e respeita a individualidade de cada condenado e, portanto, havendo merecimento, a tendência é a finalização da

pena no regime mais brando, que é o aberto. Todavia, se foram cometidas faltas, demonstrando a inadaptação do condenado ao regime no qual está implantado, poderá haver a regressão. b) **A sentença penal condenatória transita em julgado, quanto à forma de execução, com a cláusula rebus sic stantibus, isto é, ela é imutável enquanto os fatos permanecerem os mesmos. Havendo alteração no quadro fático, no curso da execução, deve o juiz adotar as medidas necessárias para adequar a decisão à nova realidade.** (TJ-PR - RECAGRAV: 7097423 PR 0709742-3, Relator: Rogério Kanayama, Data de Julgamento: 21/10/2010, 3ª Câmara Criminal, Data de Publicação: DJ: 503)

O art.5º da Lei de Execução Penal afirma que os antecedentes e a personalidade do apenado deverão ser analisados com o intuito de orientar a individualização da execução penal. A personalidade do apenado, condenado à pena privativa de liberdade, tem grande possibilidade de se modificar, fator dinâmico, em razão do novo meio onde o apenado é inserido, podendo ocorrer melhora ou piora. Esse fator deve ser apreciado pelo o magistrado competente pela fase de execução penal.

Segundo Nucci (2005, p.928), a Comissão Técnica de Classificação tem por função elaborar o programa individualizador da pena privativa de liberdade, no qual se averigua os antecedentes e a personalidade do condenado, emitindo parecer que, apesar de não ser mais obrigatório, auxiliará o juiz na apreciação do merecimento do sentenciado no processo de avaliação da possibilidade da progressão de regime.

O merecimento do apenado é um fator de extrema importância para a obtenção dos benefícios propostos na execução penal, como a progressão de regime. Tal fato é notório, no art. 33 do Código Penal, §2º, no caso da progressão de regime, destarte, a avaliação desse merecimento deve ser feito por profissionais qualificados, por meio do parecer elaborado pela Comissão Técnica de Classificação e o exame criminológico.

Art. 33-[...]

§ 2º- As penas privativas de liberdade deverão ser executadas em forma progressiva, segundo o mérito do condenado, observados os seguintes critérios e ressalvadas as hipóteses de transferência a regime mais rigoroso.

Nas palavras de Pitombo (1999, p.153), observa-se por que meios deve-se analisar o merecimento:

O mérito apura-se, em resumo, mediante: a) parecer da Comissão Técnica de Classificação; b)exame criminológico; c)comprovação de comportamento satisfatório, ou não, do condenado, no andar da execução; d) bom, ou não, desempenho no trabalho, que lhe foi atribuído; e) verificação de condições pessoais, compatível ou não com o novo regime: semiaberto ou aberto.

Assim, vislumbra-se o modo como se desenvolve o princípio constitucional de individualização da pena durante o a fase executória da pena, notando-se, enfim, uma ação conjunta do Poder Judiciário e do Poder Executivo.

3.2 Sistema Progressivo No Brasil

Diante das deficiências apresentadas pelos estabelecimentos penais e da irracionalidade na forma de cumprimento da pena privativa de liberdade, a partir do século XVIII, procurou-se uma nova filosofia penal, propondo-se, afinal, sistemas penitenciários que correspondessem a essas novas ideias. (MIRABETE, 2004, P.386).

Assim, surgiram três sistemas prisionais de grande relevância voltados à execução das penas privativas de liberdade: o sistema de Filadélfia ou Belga; o sistema de Auburn e o sistema Progressivo (inglês ou irlandês).

O sistema de Filadélfia predominou na Europa, preconizando que os condenados deveriam ser mantidos isolados de qualquer indivíduo, não sendo permitidos visitas nem trabalho, visando não haver corrupção entre os apenados. Todo o tempo e energia dos sentenciados eram voltados para instruções escolásticas e serviços religiosos.

Esse sistema evoluiu para o sistema de Auburn, desenvolvido nos EUA, no qual permitia que os condenados pudessem trabalhar juntos, durante o período diurno, contudo não poderia haver qualquer tipo de comunicação entre eles, a regra era o silêncio absoluto.

Durante o século XIX, com a imposição das penas privativas de liberdade, o surgimento do sistema progressivo foi salutar na tentativa da ressocialização do apenado, visando sua reinserção na sociedade. (AMORIM, 2008, p.25).

Bittencourt aponta as características desse regime:

A essência deste regime consiste em distribuir o tempo de duração da condenação em períodos, ampliando-se em cada um os privilégios que o recluso pode desfrutar de acordo com sua boa conduta e o aproveitamento demonstrado do tratamento reformador. Outro aspecto importante é o fato de possibilitar ao recluso reincorporar-se à sociedade antes do término da condenação. A meta do sistema tem dupla vertente: de um lado pretende constituir um estímulo à boa conduta e à adesão do recluso ao regime aplicado, e, de outro, pretende que este regime, em razão da boa disposição anímica do interno, consiga paulatinamente sua reforma moral e a preparação para a futura vida em sociedade. (BITENCOURT, 2000; p. 98.)

Diverso dos sistemas supracitados que, por meio de isolamento, objetivava a correção e a não contaminação moral dos condenados, o sistema progressivo tem como escopo precípua a readaptação social gradual do apenado, por meio de mecanismos institucionais que incentivassem hábitos probos e lícitos. (AMORIM, 2008, p.25)

Nas palavras de Bitencourt, podemos observar a diferenciação entre o sistema progressivo e outros sistema que o antecedeu:

Os sistemas progressivos, em seus diversos matizes, procuram corresponder ao inato desejo de liberdade dos reclusos, estimulando-lhes a emulação que haverá de conduzi-los à liberdade. E exatamente aí está a grande diferença com os sistemas Pensilvânicos e Auburniano que somente pretendiam disciplinar o regime interior das prisões e a eventual correção dos reclusos no transcurso de tempo prefixado na sentença. (BITENCOUR, 2004, p.84)

O sistema progressivo se divide em Inglês e Irlandês, que se distinguem na sua forma de aplicação, no qual aquele se subdividia em três fases (isolamento celular diurno e noturno trabalho, em comum sob regra de silêncio, e liberdade condicional) e este em quatro fases (reclusão celular diurna e noturna, reclusão celular noturna e trabalho diurno em comum, período intermediário e liberdade condicional).

Durante o século XIX, com a imposição das penas privativas de liberdade, o surgimento do sistema progressivo foi salutar na tentativa da ressocialização do apenado, visando sua reinserção na sociedade.

No sistema progressivo inglês foi desenvolvido o Mark system, pelo qual o condenado deveria somar um determinado número de marcas ou vales para adquirir o direito a cumprir o resto da pena em liberdade condicional. Essa medida era proporcional a gravidade do delito praticado, assim quanto mais grave o delito maior o número de marcas o apenado deveria obter por meio do seu bom comportamento e da realização do trabalho imposto.

Esse sistema foi aperfeiçoado por Walter Crofton, que criou o sistema progressivo inglês, ao introduzir a fase intermediária. Nessa fase, era verificado se o apenado já possuía condições para viver em liberdade na sociedade. O trabalho era realizado na área externa da penitenciária, exercendo atividades agrícolas ou industriais, e o apenado ainda podia ser recompensado monetariamente por essa atividade.

Neuman (1965, p.135), ao abordar sistema progressivo, esclarece que “a finalidade altamente moralizadora e humanitária deste regime ficou comprovada ao fazer o recluso compreender que a sociedade que o condenou está disposta a recebê-lo sem reticências, sempre que demonstre encontrar-se em recuperação.”

Apesar dos avanços proporcionados pelo sistema progressivo, em relação à readaptação do condenado a sociedade e desenvolvimento de um sistema penitenciário mais humanitário, esse sistema sofreu diversas críticas. O sistema progressivo clássico era visto como um sistema estereotipado, no qual, segundo Mirabete (2004, p.386) o “método de tratamento era único para todos os condenados”, sendo tido como uma ilusão acreditar que os condenados teriam mudanças progressivamente automáticas, por demonstrarem em determinado momento uma boa conduta. Com a crise desse sistema, tal método está sendo substituída por uma individualização penitenciária, na qual há uma classificação científica dos condenados a serem distribuídos em pequenos estabelecimentos segundo sua natureza, e que prevê para cada um deles regime diverso. Procura-se eliminar o automatismo normativo na execução da pena privativa de liberdade embora nesses vários regimes se adotem elementos do sistema progressivo. (MIRABETE, 2004, p.387).

Não obstante, o Brasil ter adotado o sistema penitenciário progressivo irlandês, inúmeras mudanças foram implantadas para que esse sistema fosse aperfeiçoado a realidade socioeconômica do País, bem como ao ordenamento jurídico pátrio, destarte, desde sua implantação, no Código Penal de 1940, houve evolução legislativa e jurisprudência relevante.

No Código Penal de 1940, o modelo prisional se subdividia em quatro fases, conforme o sistema irlandês, contudo excluindo o uso de marcas e vales. Essa progressividade somente era permitida para os reclusos, tendo os detentos um regime diferenciado, no qual alguns estágios eram suprimidos.

Na fase inicial, era previsto no código supracitado, que o recluso ficasse em isolamento absoluto por um período não superior a três meses. Em seguida, o apenado passava a trabalhar, durante o período diurno, com os demais reclusos, sendo ainda extinto a regra do silêncio absoluto. Quando o apenado tivesse cumprido a metade da pena imposta, no caso da pena não ser superior a três anos, ou um terço, se a pena tiver sido superior a três anos, e se possuísse um bom comportamento, era permitido à transferência para colônias penais ou estabelecimentos similares. Finalmente, era possível a liberdade condicional, quando o indivíduo cumprisse os requisitos impostos pelo art. 60 do Código Penal de 1940.

Art.60. O juiz pode conceder livramento condicional ao condenado a pena de reclusão ou de detenção superior a três anos, desde que:

I-cumprida mais da metade da pena, se o criminoso é primário, e mais de três quarto, se reincidente;

II- verificada a ausência ou a cessação da periculosidade, e provados bom comportamento durante a vida carcerária e aptidão para prover a própria subsistência mediante trabalho honesto.

III- satisfeitas as obrigações civis resultantes do crime, salvo quando provada a insolvência do condenado.

Parágrafo único- As penas que correspondem a crimes autônomos podem somar-se, para o efeito do livramento, quando qualquer delas é superior a três anos.

A Lei nº 6. 416/1977 foi salutar na evolução do sistema penitenciário progressivo, no Brasil, ao introduzir a progressão de regime no cumprimento da pena, segundo os ensinamentos de Luis Regis Prado, abaixo:

“A Lei 6.416/1977 introduziu substanciais alterações no sistema progressivo, a saber: a) foi facultado o isolamento celular inicial para os reclusos; b) foram criados os regimes de cumprimento de pena (fechado, semi-aberto e aberto); c) o início do cumprimento da pena poderia dar-se em regime menos rigoroso, observados o tempo de duração daquela e a periculosidade do réu; d) o livramento condicional poderia ser concedido ao condenado à pena privativa de liberdade (reclusão ou detenção) igual ou superior a dois anos.” (PRADO, 2006, p.545).

Por fim, com a reforma de 1984 e a elaboração da Lei de Execução Penal, há a exclusão do período de total isolamento e a consagração do sistema de execução em três regimes (fechado, semiaberto e aberto), surgindo o atual sistema penitenciário adotado no Brasil, no qual se baseia no merecimento do condenado e em requisitos formais, como exame criminológico quando for indispensável, oitiva prévia do ministério público e motivação da decisão pelo juiz responsável pela execução.

Em consonância com o art. 33 do Código Penal, a Lei de Execução Penal disciplina em seu art.112, o sistema progressivo de pena adotado pelo Brasil que, apesar de baseado no sistema penitenciário irlandês, tem características próprias.

Art. 112. A pena privativa de liberdade será executada em forma progressiva com a transferência para regime menos rigoroso, a ser determinada pelo juiz, quando o preso tiver cumprido ao menos um sexto da pena no regime anterior e ostentar bom comportamento carcerário, comprovado pelo diretor do estabelecimento, respeitadas as normas que vedam a progressão. (Redação dada pela Lei nº 10.792, de 2003)

Observa-se, na análise do artigo supracitado, que o modo adotado pelo ordenamento jurídico pátrio para desenvolver a execução da pena será pela forma progressiva, no qual pode haver a transferência do condenado do regime mais severo para o brando, de modo que o apenado seja reinserido gradualmente a sociedade. Essa transferência de regime é condicionada a requisitos impostos pela lei.

Esses requisitos são subdivididos em subjetivo e objetivo, no qual haverá apreciação do comportamento e do intervalo de tempo que o apenado permaneceu em cada regime.

Conforme Aguiar (2007), para ocorrer à progressão de regime será necessário que o apenado cumpra os dois requisitos de forma concomitante, ou seja, caso somente um dos requisitos seja preenchido, o magistrado não poderá permitir a transferência de regime, pois não restarão cumprido os objetivos da pena que são o da retribuição, afirmação da validade da norma jurídica, e o da prevenção.

A progressão de regime prisional foi considerada pela jurisprudência um direito público subjetivo do condenado, quando forem satisfeitos os requisitos previstos em lei, sendo incluso ao rol de direitos materiais penais. Não podendo, assim, que a natureza do delito que ocasionou a condenação seja motivo para impedir ou dificultar a concessão desse benefício.

Esse entendimento é visível na obra de Julio Fabbrini Mirabete:

A natureza do delito do qual resultou a condenação não pode ser alegada como óbice a pedido de progressão de regime, pois é inadmissível argüir motivo extralegal em desfavor do sentenciado que preenche os requisitos temporais e subjetivos previstos no art. 112 da Lei de Execução Penal. Pela mesma razão, não podendo ser indeferido o pedido de progressão fundamentado na longa pena a ser cumprida pelo sentenciado ou na inexistência de estabelecimento adequado para o regime semi-aberto ou aberto. (MIRABETE, 2004, p.416)

Destarte, faz-se salutar um minucioso estudo dos requisitos, objetivo e subjetivo, necessários para que o condenado faça jus a progressão de regime, pois esses devem ser os únicos fatores analisados para a concessão desse benefício de modo a limitar os abusos que podem ocasionar em uma execução arbitrária.

3.3 Requisitos para a Progressão de Regime

A evolução legislativa e jurisprudência, em relação à progressão de regime, são mais atinentes quando se menciona os requisitos para obtenção desse benefício. Mudanças mais pertinentes foram observadas, após entrar em vigor a Lei nº 10.792/2003, que alterou a legislação penal, consoante a Lei de Execução Penal e o próprio Código Penal que consequentemente propiciaram uma variação na interpretação jurisprudencial.

3.3.1 Requisito Objetivo

No tocante ao requisito objetivo, o magistrado responsável pela execução penal irá observar o lapso temporal que o sentenciado permanece em cada regime prisional. O art.112 da LEP exige que o apenado cumpra no mínimo um sexto da pena para poder pleitear regime mais brando. Essa fração poderá sofrer variações em relação à natureza do delito, bem

como nos casos em que o condenado for primário ou reincidente, ou quanto à data em que ocorrer a infração penal. O juiz da execução penal obterá, por meio de Certidão Carcerária, informações sobre o período que o apenado permaneceu cumprindo pena em cada regime.

A análise desse requisito, na prática, mostra-se bastante complexa, pois diversos fatores, além dos supracitados, como se ocorreu quebra de regime, se cometeram falta grave, se foi condenado por outro crime ou se tem direito à remição da pena, devem ser analisados conjuntamente para obtenção correta do lapso temporal que a fração deverá incidir.

Destarte, inicialmente, deve-se verificar a soma das penas das condenações do apenado, por meio da unificação de penas, hipótese criada pela Lei nº 7.209/84, a qual possibilitou nova interpretação do art. 75 do Código Penal (MIRABETE, 2004, p.415), ou seja, que não há limite de 30 (trinta) anos para unificação, dessa forma, se o apenado possui mais de uma condenação, cuja soma das penas tem valor superior a trinta anos, a fração referente à concessão de benefícios da execução penal incidirá sobre o quantum total.

Essa posição foi pacificada pela jurisprudência, após a edição da Súmula 715 do STF que dispõe:

Súmula nº 715-A pena unificada para atender ao limite de trinta anos de cumprimento, determinado pelo art. 75 do Código Penal, não é considerada para a concessão de outros benefícios, como o livramento condicional ou regime mais favorável de execução.

Segundo Mirabete (2004, p.415), divergência no âmbito do judiciário há, em relação ao lapso temporal que deve recair a fração de um sexto, no caso de condenação por infração a crime comum, quando fizer jus, novamente, à progressão de regime.

O Supremo Tribunal Federal (STF) havia adotado o posicionamento de que a fração deveria, quando fosse averiguar o tempo necessário para obter novamente esse benefício, incidir sobre a pena total, julgando dessa forma no HC 69.975:

Ementa:- "Habeas corpus". Progressão de regime de cumprimento de pena. Interpretação da parte final ao artigo 112 da Lei de Execução Penal (Lei 7.210, de 11 de julho de 1984). - O cálculo de 1/6 da pena a que, para fins de progressão de regime de seu cumprimento, se refere à parte final do artigo 112 da Lei de Execução Penal tem como base a pena imposta na sentença que se está executando, e não o tempo que resta da pena. Inadmissibilidade, no caso, de aplicação analógica do artigo 113 do Código Penal. "Habeas corpus" indeferido.

Esse posicionamento se sustenta na interpretação literal do artigo 112 da LEP, ou seja, que quando esse dispositivo menciona o termo “pena” faz referência à pena total imposta

na sentença condenatória, assim não havendo lacuna legal nem sendo necessária interpretação analógica com o art. 113 do Código Penal.

Destarte, de acordo com Santos (2009, online), caso a fração fosse incidir sobre o restante da pena, estaria expressamente disposto na lei, como ocorre nos artigos 111 e 118, II da LEP, bem como no artigo 113 do Código Penal, ou seja, no caso de adotar o outro entendimento, seria dada a expressão “pena” dois sentidos no mesmo comando penal, assim ocorrendo violação do princípio de contradição (*principium contradictionis*), sendo entendido resumidamente como “nada pode ser e não ser simultaneamente”.

Contudo, atualmente, o posicionamento do STF sofreu modificação (HC 94.820, HC 99.093, HC 102.705, HC 102.3650), coadunando com o entendimento majoritário da doutrina, que defende que a fração deverá incidir sobre o tempo restante da pena.

Os favoráveis a esse entendimento, como Marcão (2008, p.117), afirmam que pena cumprida é pena extinta, até mesmo para o efeito de unificação da pena (art.111 da LEP), ou seja, se durante o cumprimento da pena, o sentenciado for condenado novamente a soma será feita desta forma: soma-se a pena da nova condenação com o restante de pena ainda não cumprida da outra condenação. Assim que se determinará o regime que o apenado deve cumprir.

Destarte, o entendimento predominante atualmente é que, para efeito de reanálise do benefício da progressão de regime, o cálculo deverá ser realizado sob o restante da pena a cumprir. Assim dispõe Damásio de Jesus:

Imagine-se a hipótese de réu condenado a doze anos de reclusão, iniciando o seu cumprimento em regime fechado (art.33,§2º, ”a”). Cumprido um sexto (dois anos), passa para o regime semi-aberto (art.112 da LEP). Para ser transferido para o regime aberto, deverá cumprir mais dois anos (um sexto) da pena total (doze anos) ou da pena restante (dez anos)? Ocorre que o cumprimento da pena extingue a punibilidade. Ora, se cumpriu os dois anos iniciais, no tocante a eles extingue-se a punibilidade. Extinta a pretensão executória em relação a eles (dois anos), não podem subsistir para prejudicar o condenado. Assim, o segundo sexto deve recair sobre os dez anos. Acorde por analogia, o disposto no artigo 113 do Código Penal. Cumprida parcialmente a pena, havendo fuga do condenado, a pretensão executória é regulada pelo restante e não pelo total. (JESUS, 2010, p.178).

Mirabete (2004, p.416), quando defende esse posicionamento, traz à baila os ensinamentos de prescrição, afirmando que, nos termos do art.113 do Código Penal, no caso de evasão do condenado, 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.

Indo de encontro a esse argumento, Santos (2009, online) sustenta que a prescrição deverá ser aplicada a pena determinada em sentença condenatória, exceto quando ocorrer interrupção da pena ou revogação do livramento condicional. Em relação à progressão de regime, como não há interrupção da execução, não se deverá utilizar a aplicação analógica do art. 113 do Código Penal, visto que, quando a pena estiver sendo cumprida regularmente, a prescrição será regulada pela pena total estipulada em sentença, então não há existência de fatos semelhantes que fundamentassem o mesmo tratamento jurídico.

Outra discussão referente a esse requisito é se deve ou não, após a prática de falta grave, art.50 da LEP, interromper o prazo para obtenção de futura progressão de regime.

O artigo 118 da LEP penaliza aquele que comete falta grave a regressão de regime, após ser devidamente apurada em procedimento administrativo disciplinar. A falta grave terá repercussão na análise do requisito subjetivo, em relação ao comportamento carcerário, e também do objetivo.

Ainda, atualmente, o entendimento jurisprudencial majoritário é de que tal situação ocasionaria um efeito secundário, quando o apenado encontra-se em regime fechado, que seria a interrupção do prazo para obtenção de progressão de regime, havendo assim a estipulação de nova data-base para a contagem do novo período aquisitivo para pleitear a ida para regime mais brando, computando o período restante da pena a ser cumprida. (MARCÃO, 2008, p.124).

Mesmo não havendo previsão legal dessa interrupção, tal posicionamento decorreria de interpretação lógica e sistemática do art. 118 da LEP, devido ao fato de como o apenado não poderá regredir de regime, pois já se encontra no regime mais severo, a única forma de apenação seria que o faltoso perde-se o tempo já cumprido de pena e recomeçasse a contagem do lapso temporal para a concessão do benefício, dessa forma, o princípio da igualdade de tratamento dos condenados não seria violado.

Vislumbra-se esse posicionamento jurisprudencial no HC 101.915/RS que recorrentemente é citado em outros julgados:

EMENTA: DIREITO PENAL. HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO DA PENA. FUGA DO ESTABELECIMENTO PRISIONAL. FALTA GRAVE. RECONTAGEM DO PRAZO PARA CONCESSÃO DE BENEFÍCIOS PREVISTOS NA LEI DE EXECUÇÕES PENAIS. POSSIBILIDADE. DENEGAÇÃO. 1. O tema em debate neste habeas corpus se relaciona à possibilidade de recontagem do requisito temporal para obtenção de benefícios previstos na LEP, quando houver a prática de falta grave pelo apenado. 2. Orientação predominante no Supremo Tribunal Federal

no sentido de que o cometimento de falta grave, durante a execução da pena privativa de liberdade, implica a regressão de regime e a necessidade de reinício da contagem do prazo para obtenção da progressão no regime de cumprimento da pena (RHC 85.605, rel. Min. Gilmar Mendes, DJ 14.10.2005). 3. Em tese, se o réu que cumpre pena privativa de liberdade em regime menos severo, ao praticar falta grave, pode ser transferido para regime prisional mais gravoso (regressão prisional), logicamente é do sistema jurídico que o réu que cumpre pena corporal em regime fechado (o mais gravoso) deve ter reiniciada a contagem do prazo de 1/6, levando-se em conta o tempo ainda remanescente de cumprimento da pena. 4. O cômputo do novo período aquisitivo do direito à progressão de regime, considerando-se o lapso temporal remanescente de pena, terá início na data do cometimento da última falta grave pelo apenado ou, no caso de fuga do estabelecimento prisional, de sua recaptura. 5. A recontagem e o novo termo inicial da contagem do prazo para a concessão de benefícios, tal como na progressão de regime, decorrem de interpretação sistemática das regras legais existentes, não havendo violação ao princípio da legalidade. Precedente. 6. Habeas corpus denegado. (HC 101915 / RS - RIO GRANDE DO SUL; Relator (a): Min. Ellen Gracie; Julgamento: 04/05/10 Órgão Julgador: Segunda Turma do STF).

Fazendo frente a essa compreensão, há entendimento jurisprudencial, segundo Marcão (2008, p.125), que afirma que o cometimento de falta grave não tem efeito de interromper o lapso temporal para a aquisição de benefícios prisionais, pois haveria violação do princípio constitucional da legalidade, já que não há previsão legal dessa penalidade, e o juiz não poderia substituir o legislador, assim não admitindo interpretação extensiva do art. 118 da LEP, *in mallam partem*. Ainda argumenta-se que a transgressão do faltoso deverá apenas incidir sob o critério subjetivo, ou seja, para aferição do mérito.

No que se refere ao critério objetivo, críticas pertinentes são feitas em relação ao tempo que o apenado permanece de fato cumprido pena, em razão de falta de estabelecimentos prisionais e de fiscalização, como explica Kuehne *apud* Mirabete (2004, p.417) que “um condenado a qualquer pena de reclusão superior a 04 (quatro) anos poderá cumprir a reprimenda, computando-se o tempo remido de trabalho, na seguinte proporção, por regime: em fechado, 16,66%; em semi-aberto, 13,89%; em aberto, 69,45%.”

Destarte, deve-se haver uma criteriosa análise dos fatores elencados, neste tópico, para que o objetivo de ressocialização do apenado visado na Lei de Execução Penal e no instituto da progressão de regime, bem como do direito repressivo, não se tornem sem efeito.

3.3.2 Requisito Subjetivo

Apesar da alteração realizada no art. 112 da LEP, a constatação de que o apenado possui mérito para fazer jus à progressão de regime ainda persiste. As mudanças desse dispositivo promoveram discussões no atual âmbito jurídico.

Antes de serem abordadas as questões polêmicas sob o requisito subjetivo, faz-se necessário conceituar o termo mérito utilizado, no art. 33 do CP, que também, antes da reforma efetuada pela Lei nº 10.792/2003, também estava presente, no art. 112 da LEP, como condição para obter os benefícios da execução penal.

Renato Marcão define mérito desta forma:

Por mérito, entenda-se: aptidão psicológica; o resultado favorável de uma avaliação voltada à apuração de valores subjetivos para a concessão de um benefício no cumprimento da pena. (MARCÃO, 2008, p.16).

Julio Fabbrini Mirabete também conceitua esse termo:

Mérito, no léxico, significa aptidão, capacidade, superioridade, merecimento, valor moral. Em sua concepção filosófica, mérito é o título para se obter aprovação, recompensa, prêmio. Deve ser demonstrado pelo condenado, no curso da execução, para merecer à progressão. O mérito, nos termos da exposição de motivos, é “critério que comanda a execução progressiva”. (MIRABETE, 2004, p. 423).

Pode-se observar que, para Nucci (2014, p.407), quando se for averiguado que o condenado possui mérito, ou seja, demonstrou disciplina, senso crítico sobre si mesmo, perspectiva sobre si mesmo, perspectiva quanto ao futuro e ausência de periculosidade, jamais se deve levar em consideração o crime pelo qual foi condenado, nem a pena aplicada, pois o apenado não poderá ser penalizado novamente, durante a execução, pela infração a qual já foi condenado.

É mister, na análise da evolução legislativa da progressão de regime, a reprodução do art. 112 da LEP, antes e após a Lei nº 10.792/2003, para a constatação das mudanças providas por essa lei.

Artigo 112 da LEP antes da Lei nº 10.792/2003:

Art. 112. A pena privativa de liberdade será executada em forma progressiva, com a transferência para regime menos rigoroso, a ser determinada pelo juiz, quando o preso tiver cumprido ao menos um sexto da pena no regime anterior e seu mérito indicar a progressão.

Parágrafo único. A decisão será motivada e precedida de parecer da Comissão Técnica de Classificação e do exame criminológico, quando necessário.

Após a Lei nº 10.792/2003:

Art. 112. A pena privativa de liberdade será executada em forma progressiva com a transferência para regime menos rigoroso, a ser determinada pelo juiz, quando o preso tiver cumprido ao menos um sexto da pena no regime anterior e ostentar bom comportamento carcerário, comprovado pelo diretor do estabelecimento, respeitadas as normas que vedam a progressão.

§ 1º A decisão será sempre motivada e precedida de manifestação do Ministério Público e do defensor.

§ 2º Idêntico procedimento será adotado na concessão de livramento condicional, indulto e comutação de penas, respeitados os prazos previstos nas normas vigentes.

Pode-se observar que, apesar da supressão do termo mérito no art.112 da LEP, ainda é salutar a observância desse requisito de caráter subjetivo para obtenção da progressão de regime. Nota-se ainda que o termo mérito engloba o novo termo utilizado no dispositivo supracitado, pois, ao ser atestado bom comportamento carcerário, quer se demonstrar a aptidão subjetiva do condenado para fazer jus ao benefício, ou seja, a existência ou não do mérito.

Na aferição do mérito, atualmente, verifica-se como obrigatório a emissão de documento pelo diretor do presídio atestando sobre o comportamento do encarcerado. Somente com atestado de bom comportamento poderá o preso progredir para regime mais brando. Contudo, questão polêmica surge quando se examina o que é bom comportamento carcerário.

Bom comportamento carcerário quer dizer que o apenado comporta-se adequadamente ao ambiente prisional, ou seja, ajusta-se aos regramentos de disciplina do local onde está preso. (MARCÃO, 2008, p.17). Mas, será que apenas com esse atestado pode-se averiguar que o apenado não irá reincidir no crime ou que tem consciência e se arrepende da infração pela qual foi punido ou que está apto a reingressar à sociedade?

De modo contrário ao atestado de bom comportamento carcerário, trazido pela Lei nº 10.792/2003, disserta Manoel Pedro Pimentel (1983, p.158):

Ingressando no meio carcerário o sentenciado se adapta, paulatinamente, aos padrões da prisão. Seu aprendizado nesse mundo novo é peculiar, é estimulado pela necessidade de se manter vivo e, se possível, ser aceito no grupo. Portanto, longe de estar sendo ressocializado para a vida livre, está, na verdade, sendo socializado para viver na prisão, é claro que o preso aprende rapidamente as regras disciplinares da prisão, pois está interessado em não sofrer punições. Assim, um observador desprevenido pode supor que um preso de bom comportamento é um homem regenerado, quando o que se dá é algo inteiramente diverso: trata-se apenas de um homem *prisonizado*.

Assim, acreditasse que o sistema penitenciário adotado no Brasil preocupasse, teoricamente, com o modo que o apenado será reinserido na sociedade e não, somente, como era seu comportamento carcerário. Destarte, mostra-se controversa a mudança, no texto do art. 112 da LEP que eliminou a obrigatoriedade de laudos (exame criminológico e parecer da Comissão Técnica de Classificação), nos quais eram averiguados aspectos psicológicos do apenado, bem como histórico familiar e sociológico.

Faz-se relevante para a correta apreciação da alteração vinculada à Lei nº 10.792/2003, referente ao art. 112 da LEP, quanto à aferição do mérito do condenado, que se mostre a importância do exame criminológico e do parecer elaborado pela Comissão Técnica de Classificação, assim como, a precariedade na composição desses laudos.

Esses laudos tinham o escopo de fornecer ao magistrado informações sobre a personalidade e a tendência do apenado a voltar a delinquir, de forma que lhe permitisse decidir se o apenado possui condições para progredir de regime, além de permitir uma execução da pena em consonância com o princípio constitucional de individualização da pena.

Papel fundamental possuía a Comissão Técnica de Classificação, composta pelo diretor do presídio, dois chefes de serviço, um psiquiatra, um psicólogo e um assistente social, que por meio dessa equipe interdisciplinar, produzia parecer obrigatório no qual propunha ao magistrado a concessão ou não de benefícios do processo de execução penal, como a progressão de regime e também a regressão de regime. (NUCCI, 2005, p.928).

Vislumbra-se como foi reduzida a atuação da Comissão Técnica de Classificação, quando se compara o art. 6º da LEP, antes e após entrar em vigor a Lei nº 10.792/2003, abaixo exposto respectivamente:

Art. 6º A classificação será feita por Comissão Técnica de Classificação que elaborará o programa individualizador e acompanhará a execução das penas privativas de liberdade e restritivas de direitos, devendo propor, à autoridade competente, as progressões e regressões dos regimes, bem como as conversões. **(Redação anterior)**

Art. 6º A classificação será feita por Comissão Técnica de Classificação que elaborará o programa individualizador da pena privativa de liberdade adequada ao condenado ou preso provisório. (Redação dada pela [Lei nº 10.792, de 1º.12.2003](#))

Apesar de permanecer a função de elaborar o programa individualizador da pena, foi suprimida a obrigatoriedade do parecer para avaliar a possibilidade de progressão e regressão de regime. Nucci (2014, p.410) defende essa alteração da legislação, ao afirmar que tal atitude adotada pelo legislador foi visando evitar justamente a padronização, assim leciona:

Afastar a realização de laudos ou pareceres idênticos para casos similares, por excesso de serviço e falta de pessoal. Agora, reservando-se o trabalho dessa Comissão e de outros profissionais do presídio (como o psiquiatra) para nos casos graves, pode-se melhor tecer pareceres para enaltecer o *merecimento* do preso, *individualizando* a execução da pena. (NUCCI, 2004, p.410).

Deve-se ainda lembrar, que a Comissão Técnica de Classificação, tendo apenas como função obrigatória a elaboração de parecer individualizador da pena privativa de liberdade, (MARCÃO, 2008, p.12), ainda possui grande relevância para se atingir os

objetivos do procedimento executório, prevenir e reprimir delitos, bem como a reincorporação do apenado à sociedade, ao se elaborar a classificação do apenado de modo que receba o tratamento penitenciário adequado.

Ainda, em relação à aferição de merecimento para a progressão de regime, assim como, na ótica da reinserção do sentenciado a pena privativa de liberdade à comunidade sob o prisma do princípio da individualização da pena, faz-se indispensável o estudo sobre o exame criminológico.

Para Marcão (2008, p.12), “o exame criminológico é uma perícia que busca aferir o estado de temibilidade do delinquente”. Visa-se, por meio desse laudo, fazer uma análise psicológica e psiquiátrica, na qual irá verificar-se o grau de agressividade e periculosidade e a tendência em reincidir na prática de crimes por parte do apenado. No tópico 34 da Exposição de Motivos à Lei de Execução Penal verifica-se a distinção feita entre exame criminológico e exame de personalidade:

34. O Projeto distingue o exame criminológico do exame da personalidade como a espécie do gênero. A primeira parte do binômio delito-delinquente, numa interação de causa e efeito, tendo como objetivo a investigação médica, psicológica e social, como o reclamavam os pioneiros da Criminologia. O segundo consiste no inquérito sobre o agente para além do crime cometido. Constitui tarefa exigida em todo o curso do procedimento criminal e não apenas elemento característico da execução da pena ou da medida de segurança. Diferem também quanto ao método esses dois tipos de análise, sendo o exame de personalidade submetido a esquemas técnicos de maior profundidade nos campos morfológico, funcional e psíquico, como recomendam os mais prestigiados especialistas, entre eles DI TULLIO (*Principi di criminologia generale e clínica*. Roma: V. Ed., p. 213 e ss.).

Esses exames têm função imprescindível no acompanhamento individualizado do preso que só será desenvolvido de maneira adequada quando forem analisados os identificadores da personalidade, do caráter e dos valores do apenado. (NUCCI, 2005, p.926).

A Lei nº 10.792/2003, ao modificar o art.112 da LEP, também deixou de condicionar a progressão de regime à perícia realizada por meio de exame criminológico, passando a ser somente obrigatório esse exame, quando o sentenciado for cumprir pena no regime fechado, ou seja, não houve alteração no art. 8º da LEP.

Assim, o magistrado competente pela execução da pena não está mais obrigado a exigir a realização do exame criminológico para conceder o benefício da progressão de regime, isto é, esse exame que antes deveria ser realizado em dois momentos, quando o apenado era condenado a pena privativa de liberdade em regime fechado e, conseqüentemente, inserido no sistema prisional e quando se aferia a possibilidade de progressão de regime.

Os contrários a mudança legislativa supracitada afirmam que o exame criminológico deveria permanecer sendo realizado nesses dois momentos, visto que, desse modo haveria uma aferição, no caso concreto, da evolução na “recuperação” do preso que o possibilitaria a progredir para regime mais brando e sucessivamente ser reinserido à sociedade, além de permitir que o magistrado tenha mais subsídios para fundamentar a decisão que irá ou não conceder os benefícios pertinentes a execução penal.

Em posição contrária, como Nucci (2014, p.410), a alegação é de que o exame criminológico, assim como o parecer da Comissão Técnica de Classificação, são mal elaborado, em razão alta demanda e da falta de profissionais qualificados, ademais eram realizados sem observância da imparcialidade, ou seja, tendentes a manutenção do preso em regime mais severo, superlotando os presídios. Ainda, não poderia o juiz ter sua decisão que determinaria a obtenção da progressão de regime precedida desses laudos, “quando o Estado não se mostra eficiente na sua realização tempestiva” (TÁVORA e ALENCAR, 2014, p.1140).

Para temperar a divergência doutrinária e jurisprudencial, o STJ editou a súmula nº439 que não elimina a possibilidade de requisição do exame criminológico por parte do juiz quando achar necessário.

Súmula nº 439 do STJ: Admite-se o exame criminológico pelas peculiaridades do caso, desde que em decisão motivada.

Assim, a tendência majoritária da jurisprudência atualmente é de que o juiz, diante da sua independência funcional, poderá, ao analisar o caso concreto, pedir a elaboração do exame criminológico quando achar insuficiente o atestado de conduta carcerária para apreciar se o apenado faz jus à progressão de regime.

Destarte, uma análise superficial e literal das mudanças ocasionadas pela Lei nº 10.792/2003 poderia dar a impressão de que o parecer da Comissão Técnica de Classificação e o exame criminológico foram eliminados, ao ser apreciado o requisito subjetivo para a obtenção da progressão de regime. (NUCCI, 2014, p. 409).

Por meio de uma interpretação sistemática dos artigos 6º e 112, após a Lei nº 10.792/2003, e 8º da LEP e o art.33,§2º do CP, poder-se-á concluir que, conforme Filho (2006, p.1) “o magistrado tem o poder-dever de requisitar o laudo de exame criminológico e o parecer da Comissão Técnica de Classificação para fazer uma análise mais profunda da personalidade do apenado, afastando, assim, o teor do atestado de boa conduta carcerária, mesmo sob a égide da Lei nº.10.792/03.”.

Se caso somente fosse possível análise do requisito subjetivo pelo laudo de conduta carcerária, o juiz teria sua avaliação adstrita a percepção do diretor do estabelecimento prisional, ou seja, não havendo autonomia do Poder Judiciário frente ao Poder Executivo. Contudo, Mirabete (2004, p.424), dispõe sobre os poderes que o magistrado possui durante a execução da pena:

Além disso, não estando adstrito o juiz da execução às conclusões do atestado, parecer ou laudo técnico (art.182 do CPP), podendo apreciar livremente a prova para a formação de sua convicção (art.157 do CPP) e ordenar diligência e produção de prova, inclusive pericial (art.196, §2º, da LEP e 156 do CPP), deverá negar a progressão, mesmo quando favorável o atestado ou parecer do diretor do estabelecimento, se convencido por outros elementos de que o condenado não reúne condições pessoais para o cumprimento da pena em regime brando.

O entendimento jurisprudencial majoritário, inclusive pelo STF, HC 103733¹, sumulado pelo STJ demonstra que a Lei nº 10.792/2003, referente à alteração da avaliação do requisito subjetivo para a concessão da progressão de regime, vem como um paliativo a deficiência estrutural do Estado na análise do comportamento do condenado, durante a execução da pena privativa de liberdade, e da personalidade do apenado ao se elaborar pareceres e laudos técnicos. Ou seja, diante da realidade do sistema carcerário do Brasil, que dá sinais de falência, em razão da falta de infra-estrutura e de profissionais, em quantidade e qualidade, que supram a demanda dos presídios, o legislador, de modo objetivo e consciente dessa situação, afasta a obrigatoriedade do parecer da Comissão Técnica de Classificação e do exame criminológico.

¹ “prevalece nesta Corte o entendimento de que a alteração do artigo 112 da LEP pela Lei 10.792/2003, de fato, não proibiu a realização de exame criminológico, quando necessário para a avaliação do sentenciado, tampouco vedou a sua utilização para o convencimento do magistrado”. STF- Primeira Turma-HC103733, Rel. Min. Riacardo Lewandowski-dj: 18/11/2010.

4. PROGRESSIVIDADE DE REGIMES EM CRIMES HEDIONDOS E EQUIPARADOS

A análise dos requisitos para a concessão da progressão regime em relação aos crimes hediondos e equiparados se diferencia dos crimes comuns, principalmente em relação ao requisito objetivo, devido a esses delitos irem de encontro a bens jurídicos considerados de mais valia, tutelados pelo Estado, assim possuindo reprobabilidade ímpar frente à sociedade.

Ainda mostra-se relevante elucidar a evolução legislativa da Lei de Crimes Hediondos, referente à progressão de regime, ocasionada em razão da mudança de entendimento do Supremo Tribunal Federal (STF), da qual decorreu a edição da Lei nº11.464/2007.

4.1 Crimes Hediondos e a Constituição Federal de 1988

A Constituição brasileira de 1988 menciona os crimes hediondos, no rol de direitos e garantias fundamentais, suprimindo-lhes algumas garantias processuais que estão dispostas no art. 107, II do CP. O constituinte originário, ao reconhecer as especificidades desses delitos, deu-lhes tratamento diferenciado, como pode ser observado no art.5º, XLIII da CRFB:

ART.5º[...] XLIII - 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, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem;

Contudo, a Carta Magna vigente não conceituou nem especificou quais seriam esses crimes, transferindo essa função para o legislador ordinário.

O legislador ordinário, ao elaborar a Lei nº 8.072/1990 (Lei de Crimes Hediondos), também não conceituou o que seria Crimes Hediondos, apenas, selecionou alguns tipos penais do Código Penal e da legislação extravagante, os quais considerou mais graves e conseqüentemente os que mereciam uma resposta punitiva mais severa, e os classificou com o *nomen juris* de crimes hediondos. Assim, nota-se que foi usado um critério puramente formal e discricionário para estipular os crimes eivados de *hediondez*, acreditando-se que a política criminal teve papel salutar nessa especificação.

Leal (2011, online), critica o modo como foram selecionados os Crimes Hediondos:

A LCH não criou novos tipos penais, assim caracterizados por sua natureza hedionda. Também não conceituou o que é um crime hediondo. Fundamentada num critério de política criminal bastante discutível, a lei em exame apenas selecionou determinadas infrações da tipologia criminal preexistente para qualificá-las com a marca legal da hediondez. Tipos penais que, conforme as circunstâncias podem apresentar um elevado grau de repugnância, mas nem sempre (como, por exemplo, o homicídio, o latrocínio ou o estupro praticado com extrema violência), foram igualados a outros de menor gravidade (como é o caso do tráfico de pequena quantidade de maconha ou de um atentado ao pudor causado por um beijo na boca da vítima ou por outros atos de libidinagem sem maior violência). Foram todos nivelados pela cota mais elevada do critério de reprovabilidade de uma conduta, para receberem a denominação legal de crimes hediondos. Houve, na verdade, uma banalização do caráter de gravidade dessas infrações.

Assim, o rol de crimes hediondos é taxativo, e está descrito no art. 1º da Lei nº 8.072/1992 :

Art. 1º São considerados hediondos os seguintes crimes, todos tipificados no Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, consumados ou tentados:

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

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

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

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

V - estupro (art. 213, **caput** e §§ 1º e 2º);

VI - estupro de vulnerável (art. 217-A, **caput** e §§ 1º, 2º, 3º e 4º);

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

VII-A – (VETADO)

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).

VIII - favorecimento da prostituição ou de outra forma de exploração sexual de criança ou adolescente ou de vulnerável (art. 218-B, **caput**, e §§ 1º e 2º).

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.

Esse rol sofreu diversas alterações após a publicação dessa lei. Na redação inicial do art. 1º da Lei nº 8.072/1992, caracterizava como hediondo o crime de envenenamento de água potável ou de substância alimentícia ou medicinal qualificada pela morte, que foi suprimido com a aprovação da Lei nº 8.930 de 06 de setembro de 1994, a qual ainda introduziu o homicídio simples quando executado em atividade típica de grupo de extermínio e o qualificado. Com a Lei nº 9.695/1998, acrescentou ao art. 1º da Lei de Crimes Hediondos o crime descrito no artigo 273 do CP.

Ademais, com a elaboração desse dispositivo, houve a diferenciação entre crimes hediondos constitucionais e crimes hediondos ordinários, estes se referem aos crimes elencados no art. 1º da Lei nº 8.072/1992, enquanto que aqueles são os que estão presentes no texto constitucional, art. 5º, LXIII da CRFB- tortura, terrorismo, tráfico ilícito de drogas- também sendo mencionado no art. 2º da Lei nº 8.072/1992 e denominados como crimes equiparados aos crimes hediondos.

4.2 Progressão de regime para crimes hediondos consoante a redação original do art. 2º, §1º da Lei nº 8.072/1992

Diante do aumento da sensação da sociedade brasileira de insegurança e de impunidade frente aos delitos de maior gravidade e reprovação, o legislador ordinário, ao formular os textos normativos da Lei de Crimes Hediondos, tratou com maior severidade penal os que infringissem os tipos penais descritos nessa lei.

Observa-se esse tratamento mais rígido, ao se analisar a redação original do §1º do art. 2º da lei n. 8.072/1992 que estabelecia que os que praticassem crimes hediondos ou os crimes equiparados seriam condenados a cumprir toda a sua pena em regime mais rigoroso, ou seja, integralmente em regime fechado.

Art. 2º Os crimes hediondos, a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo são insuscetíveis de:
 § 1º A pena por crime previsto neste artigo será cumprida integralmente em regime fechado.

Destarte, foi suprimida aos condenados a esses crimes a possibilidade de progredirem de regime, caso preenchessem os requisitos objetivo e subjetivo, sendo apenas permitido o livramento condicional, “criando a Lei de Crimes Hediondos uma nova forma de execução de penas.” (MEDEIROS, 2004, p.40). Entretanto, Mirabete (2004) ressalta que a impossibilidade de progressão, à época, só poderia ser aplicada para os crimes praticados após o início da vigência dessa lei, pois é inadmissível, a retroatividade de lei mais severa.

Mirabete ainda quando vigorava esse dispositivo sustentou:

Por força do art.2º, §1º, da Lei nº 8.072, de 25-7-90, os autores dos crimes hediondos, do tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e de terrorismo devem cumprir a pena integralmente em regime fechado. Não ofende o referido dispositivo o princípio constitucional de individualização da pena, estabelecido pelo art. 5º, XLVI, da Carta Magna, já que a lei considerou tão grave tais delitos que seus autores devem ser considerados como de periculosidade ímpar, a merecer a segregação mais severa. Cabe à lei infraconstitucional determinar os termos e para quais os delitos

em que se permitirá, ou não, a progressão. O referido regime é obrigatório, ainda que na omissão da sentença a respeito do regime inicial. Não têm direito à progressão, portanto, o condenado por crimes hediondos ou equiparados. (MIRABETE, 2004, p. 388).

Durante 17 anos, prevaleceu a aplicação literal do dispositivo supracitado, sendo esse o entendimento jurisprudencial que prevalecia, apesar de muitos doutrinadores, desde a edição da Lei de Crimes Hediondos, fazerem severas críticas a proibição absoluta para progressão de regime para os condenados por crimes hediondos.

João José Leal mostra-se contrário ao rigor imposto por esse dispositivo:

A execução de longas penas privativas de liberdade em regime fechado representa um castigo insustentável, e que, por isso desmotiva o preso para quem desaparece qualquer perspectiva, qualquer esperança de retorno à liberdade. (LEAL, 2005. p.206)

Em fevereiro de 2006, o STF mudou de posicionamento, declarando a inconstitucionalidade desse texto normativo.

4.2.1 Da (in) constitucionalidade do art. 2º, §1º da Lei nº 8.072/1992

Ainda é importante mostrar os principais argumentos utilizados pelo Supremo Tribunal Federal que levaram a se posicionar pela constitucionalidade do cumprimento da pena integralmente em regime fechado por aqueles que tinham cometido crimes instituídos como hediondos ou equiparados, bem como, faz salutar ressaltar as alegações que ocasionaram na mudança de entendimento do Egrégio Tribunal.

4.2.1.1 Argumentos favoráveis à constitucionalidade do art. 2º, §1º da Lei nº 8.072/1992

Como já explanado, após a edição da Lei de Crimes Hediondos, durante vários anos, o posicionamento praticamente pacífico da jurisprudência, incluindo o entendimento do STF, foi de que a vedação à progressão de regime para os condenados por praticarem conduta tipificada no art. 1º da Lei nº 8.072/1992 era constitucional.

Notório o entendimento que predominava, até o início do ano de 2006, quando se analisa o julgado HC nº 69.657 que tinha por escopo precípua o controle difuso de constitucionalidade.

EMENTA: HABEAS CORPUS. LEI DOS CRIMES HEDIONDOS. PENA CUMPRIDA NECESSARIAMENTE EM REGIME FECHADO. CONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 2. PAR. 1. DA LEI 8072. TRAFICO ILICITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO, ONDE O ARTIGO 2. PAR. 1.

DA LEI 8072, DOS CRIMES HEDIONDOS, IMPÕE CUMPRIMENTO DA PENA NECESSARIAMENTE EM REGIME FECHADO. NÃO HÁ INCONSTITUCIONALIDADE EM SEMELHANTE RIGOR LEGAL, VISTO QUE O PRINCÍPIO DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA NÃO SE OFENDE NA IMPOSSIBILIDADE DE SER PROGRESSIVO O REGIME DE CUMPRIMENTO DA PENA: RETIRADA A PERSPECTIVA DA PROGRESSÃO FRENTE A CARACTERIZAÇÃO LEGAL DA HEDIONDEZ, DE TODO MODO TEM O JUIZ COMO DAR TRATO INDIVIDUAL A FIXAÇÃO DA PENA, SOBRETUDO NO QUE SE REFERE A INTENSIDADE DA MESMA. HABEAS CORPUS INDEFERIDO POR MAIORIA. (STF - HC: 69657 SP , Relator: Min. MARCO AURÉLIO, Data de Julgamento: 18/12/1992, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJ 18-06-1993 PP-12111 EMENT VOL-01708-03 PP-00410 RTJ VOL-00147-02 PP-00598)

Os argumentos favoráveis à constitucionalidade se respaldam principalmente, como visto no julgado supracitado, que não há infringência ao princípio da individualização da pena, devido ao fato de o constituinte originário ter permitido ao legislador ordinário tratamento mais severo aos crimes hediondos e equiparados, além daquele ter delegado competência a este de dispor sobre a individualização da pena, quando, no art. 5º, XLVI da CRFB, dispõe “a lei regulará a individualização da pena”.

Ademais, em defesa da constitucionalidade do dispositivo, ressalta-se que o princípio da individualização da pena foi aplicado na etapa da individualização judicial, quando o magistrado , aplicando o art. 59 do CP, analisando as circunstâncias judiciais ali dispostas, estabelece o *quantum* penal, sendo-lhe apenas suprimida a discricionariedade sobre o regime de cumprimento.

Nesse sentido, a Ministra Ellen Grace, HC 82.959, defendendo a constitucionalidade do cumprimento integral em regime fechado pelos condenados por crimes hediondos, disserta sobre a restrição dada pelo legislador ordinário referente à escolha do regime de cumprimento:

É difícil, portanto, admitir, dentro desse grande complexo de normas que constituem o arcabouço do instituto da individualização da pena e de sua execução, que a restrição na aplicação de uma única dessas normas, por opção de política criminal, possa afetar todo o instituto. E mais, que possa essa restrição representar afronta à norma constitucional que instituiu a individualização da pena, ou seja, imaginar que o todo ficaria contaminado porque uma determinada parcela foi objeto de restrição. Por isso, com a devida vênia, não considero eivada de inconstitucionalidade a norma que restringiu a aplicação da regra da progressividade no regime prisional.

Referente ao argumento de que a lei afasta a esperança do condenado de voltar à sociedade, refuta-se que a Lei de Crimes Hediondos permite o livramento condicional.

O Ministro Celso de Melo, no julgado supracitado, afirma que a lei de Crimes Hediondos elegeu “critérios cuja razoabilidade e legitimidade são inquestionáveis”, quando deu tratamento diferenciado, objetivamente mais rigoroso, para quem praticasse crimes que

ofendessem a bem jurídico de maior valia para a sociedade, como a vida e a dignidade sexual, como ocorrem com os crimes hediondos e os crimes a eles equiparados.

Esse é posicionamento adotado por Fernando Capez:

Não há que se falar em ofensa ao princípio constitucional da individualização da pena (art. 5º, XLVI), uma vez que o próprio constituinte autorizou o legislador a conferir tratamento mais severo aos crimes definidos como hediondos, ao tráfico ilícito de entorpecentes, ao terrorismo e à tortura, não excluindo desse maior rigor a proibição da progressão de regime. Tratamento mais severo é aquele que implica em maior, e não igual severidade. Trata-se de mandamento superior específico para esses crimes, que deve prevalecer sobre o princípio genérico da individualização da pena (CF, art. 5º, XLVI). O condenado pela prática de crime hediondo, terrorismo ou tráfico ilícito de entorpecentes teve direito à individualização na dosimetria penal, nos termos do art. 68 do CP, ficou em estabelecimento penal de acordo com seu sexo e grau de periculosidade e, ainda por cima, tem a possibilidade de obter livramento condicional após o cumprimento de 2/3 da pena. (CAPEZ, Crime Hediondo, 2006, online).

Ainda, no HC nº 69.657, que tinha por missão ser referência para outros julgados, o Ministro Francisco Rezek defende a constitucionalidade do tratamento dado pelo legislador ordinário, em relação à impossibilidade da progressão de regime, quando elaborou a Lei nº 8.072/1992, lembrando a tripartição dos poderes, afirmando que o STF, como órgão colegiado guardião da Constituição, “não somos casa legislativa. Não temos autoridade que tem o legislador para estabelecer a melhor disciplina. Nosso foro é corretivo, e só pode extirpar do trabalho do legislador ordinário- bem ou mal avisado, primoroso ou desastrado- aquilo que não pode coexistir com a Constituição.”.

Esse entendimento começou a perder força com a publicação da Lei de Crimes de Tortura que permitia a progressão de regime àqueles que praticassem o crime de tortura, sendo este equiparado a crime hediondo.

4.2.1.2 Da progressão de regime em relação ao crime de tortura

O crime de tortura é classificado como crime hediondo constitucional, ou crime equiparado a hediondo, contudo o legislador, de modo incoerente, ao editar o art.1º, §7º da lei nº 9.455/97, deu tratamento diferenciado para os condenados em razão desse delito, permitindo que progredissem de regime, ao estabelecer o cumprimento da pena inicialmente no regime fechado.

Em razão desse dispositivo penal, alguns autores passaram a interpretar que, como a Lei de Tortura e a Lei de Crimes Hediondos possuem mesma categoria de lei ordinária, sendo que aquela dispõe de forma mais benéfica sobre a progressividade de regime que esta,

deveria se estender esse benefício aos demais crimes hediondos, fazendo-se uma analogia *in bonam partem*, havendo derrogação do §1º do art. 2º da Lei nº 8.072/1992 em sua parte incompatível.

Esse argumento foi utilizado pelo Ministro Marcos Aurélio, no HC 76.371-0/SP², quando foram comparados os dois institutos legais:

Ora, quando duas leis infraconstitucionais, no espaço próprio que a Constituição confere-lhes dispor, dispõem diferentemente sobre o tratamento que a Constituição quer comum e idêntico às situações- infrações penais- que expressa, há de prevalecer a disposição normativa mais favorável ao réu, pena violar-se o tratamento constitucional isonômico.

Mirabete, em contramão afirma, que “tratando-se, porém, de regra especial para crimes de tortura, a possibilidade não se estende aos demais crimes hediondos ou equiparados.” (MIRABETE, 2004, p.388).

Desse modo, o STF editou súmula para fixar o entendimento da jurisprudência de que não caberia interpretação analógica entre os dispositivos da Lei de Crimes Hediondos e da Lei de Tortura, mantendo o entendimento de constitucionalidade da vedação do instituto da progressão de regime para crimes hediondos e os equiparados.

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

Essa súmula perdeu sua eficácia, havendo revogação tácita, com o advento da Lei nº 11.464/2007, que passou a disciplinar o modo como se ia dar a progressão de regime em relação aos crimes hediondos e aos equiparados.

² EMENTA: DIREITO CONSTITUCIONAL PENAL E PROCESSUAL PENAL. CRIME DE LATROCÍNIO. REGIME DE CUMPRIMENTO DE PENA: INTEGRALMENTE FECHADO. INAPLICABILIDADE DA LEI Nº 9.455, DE 07.04.1997, À HIPÓTESE. 1. A Lei nº 9.455, de 07.04.1997, no parágrafo 7º do art. 1º, estabeleceu que, nos casos de crime de tortura, o cumprimento da pena se inicie no regime fechado. 2. Tal norma não se aplica aos demais crimes hediondos, de que trata a Lei nº 8.072, de 26.7.1990 (art. 1º), e cuja pena se deve cumprir em regime integralmente fechado (art. 2º, parágrafo 1º), inclusive o de latrocínio, como é o caso dos autos. 3. Não há inconstitucionalidade na concessão de regime mais benigno, no cumprimento de pena, apenas inicialmente fechado, para o crime de tortura. E se inconstitucionalidade houvesse, nem por isso seria dado ao Poder Judiciário, a pretexto de isonomia, estender tal benefício aos demais crimes hediondos, pois estaria agindo desse modo, como legislador positivo (e não negativo), usurpando, assim, a competência do Poder Legislativo, que fez sua opção política. 4. Por outro lado, já decidiu o Plenário do S.T.F., no julgamento do "H.C." nº 69.657, que não é inconstitucional o parágrafo 1º do art. 2º da Lei nº 8.072/90, quando impõe o regime integralmente fechado, no cumprimento de penas por crimes hediondos, nela definidos. 5. "H.C." indeferido, por maioria, nos termos do voto do Relator. (STF - HC: 76371 SP, Relator: Min. MARCO AURÉLIO, Data de Julgamento: 25/03/1998, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJ 19-03-1999 PP-00009 EMENT VOL-01943-01 PP-00060 RTJ VOL-00168-02 PP-00577)

4.2.1.3 Argumentos Favoráveis à Inconstitucionalidade do Art. 2º, §1º da Lei nº 8.072/1992 segundo o STF

Com a edição da Lei de Crime de Tortura, as discussões sobre a constitucionalidade ou não do art. 2º, § 1º da Lei de Crimes Hediondos tornaram-se mais fervorosas, fazendo que o STF, em sede de controle difuso de constitucionalidade, julgando o HC 82.959, decidisse em relação à impossibilidade de progressão de regime para os condenados pela prática de crimes hediondos e equiparados.

É mister trazer à baila os argumentos ressaltados pelos ministros que julgaram o *Habeas Corpus* supracitado que ocasionou na inconstitucionalidade material do dispositivo da Lei de Crimes Hediondos que determinava o cumprimento integral da pena em regime fechado.

O argumento que preponderou foi de que havia conflito entre o art. 2º da Lei nº 8.072/90 e o princípio da individualização da pena, consagrado no art. 5º, XLVI, da CRFB, principalmente na etapa executória da pena.

Tal posição é notória, quando o Ministro Cezar Peluso lembrou o julgado do HC nº 69.657, ao afirmar que “a tese vencedora subtraiu ao âmbito do princípio da individualização da pena o momento da execução, limitando-o ao ato da dosimetria.”

Ainda quando ministro supracitado em seu voto cita Alberto Silva Franco:

Excluir, portanto, o sistema progressivo, também denominado “sistema de individualização científica”, da fase de execução é impedir que se faça valer, nessa fase, o princípio constitucional da individualização da pena. Lei ordinária que estabeleça regime prisional único, sem possibilidade nenhuma de progressão atenta, portanto, contra tal princípio, de indiscutível embasamento constitucional.

Também contrária à premissa de que o instituto da individualização da pena se reduziria apenas a fase judicial, quando o magistrado estabelece o *quantum* penal da condenação, o voto do Ministro Carlos Ayres Britto ao discorrer que “a garantia constitucional da individualização da pena, serviente que é do princípio também da dignidade da pessoa humana, não limita essa dignidade ao momento jurisdicional condenatório que atende pelo nome de cominação”.

O Ministro e também doutrinador Gilmar Mendes desenvolve a tese de que o constituinte originário, ao dispor sobre a garantia fundamental da individualização da pena, permitiu ao legislador ordinário fazer as distinções e qualificações que achasse necessária, sob influência do princípio da reserva legal, contudo sem que ocorresse a nulificação do direito fundamental.

Para defender o seu entendimento o Ministro Gilmar Mendes, julgando o HC 82.959, cita Hesse:

De ressaltar, porém, que, enquanto princípio expressamente consagrado na Constituição ou enquanto postulado constitucional imanente, o princípio da proteção do núcleo essencial destina-se a evitar o esvaziamento do conteúdo do direito fundamental decorrente de restrições descabidas, desmesuradas ou desproporcionais.

Karam (2003), como citado pelos Ministros Mendes e Peluso, leciona que, ao se vedar a progressão de regime, impondo-se regime único, como fez a Lei de Crimes Hediondos, atinge o núcleo do princípio da individualização da pena, suprimindo a eficácia do princípio constitucional.

Outros princípios foram suscitados, quando alegada a inconstitucionalidade, como princípio da isonomia, princípio da dignidade da pessoa humana e princípio da humanização da pena.

Em relação ao princípio da isonomia na Execução Penal, Távora e Alencar (2014, p. 1402) explanam que concerne ao tratamento igualitário que os apenados sejam submetidos. Ainda os autores argüem que o princípio deve ser vislumbrado não só formalmente, todavia “aplicando distintamente a lei quando se verifica situações dessemelhantes”, ou seja, substancialmente. Assim, além do art. 5º, I da CRFB, a LEP, em seu art. 3º, faz alusão a esse princípio.

Expõe-se que há afronta a esse princípio, quando foi suprimida a possibilidade de alguns apenados, ou seja, aqueles que praticaram crimes hediondos e equiparados, terem a possibilidade, durante o cumprimento da pena, de ser transferido para regime mais brando, tornando-se mais evidente com a edição da Lei nº 9.455/97 que permitiu que os condenados por crime de tortura, presente rol do art. 1º da Lei nº 8.072/1992, pleiteasse esse benefício.

Ainda no mesmo diapasão, no HC 82. 959, foram diversas as críticas ao texto normativo do art. 2º, § 1º da Lei de Crimes Hediondos, ao afirmar-se a permanência do apenado em regime mais rigoroso durante todo o cumprimento da pena, demonstrava-se desumano, em razão de o Estado querer punir “cruelmente” aqueles que praticaram conduta de gravidade ímpar.

Vislumbra-se tal reprimenda no voto do Ministro Relator Marco Aurélio que destaca “[...] 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 de progressão viabiliza”.

O Ministro Cezar Peluso invoca o dispositivo do Pacto de São José da Costa Rica para embasar seu voto, ao dissertar que art. 5, nº2 desse tratado internacional “veda a submissão de qualquer pessoa a penas desumanas ou degradantes”.

Ademais o Ministro Carlos Ayres Britto, seguindo o entendimento do ministro relator, afirma que o “Estado estará praticando a Lei do Talião: olho por olho, dente por dente”.

Desse modo, discorre de forma mais incisiva o Ministro Cesar Peluso:

Deveras, a aniquilação do sistema progressivo conflita com o princípio da humanidade da pena (art 5º, III, XLVII e LXIX, da CF), transformando-lhe a finalidade “numa resposta estatal que paga o mal causado com o mal, de igual ou superior intensidade, dela eliminando não apenas qualquer intento ressocializador (que pode ter expressão até na tentativa de evitar um processo dessocializador), mas também o mínimo ético que é exigível na execução penal.”.

Nesse sentido de análise, Marcão (2008, p.130), fazendo alusão a outros julgados que seguia a mesma linha argumentativa da possibilidade de progressão de regime para crimes hediondos e equiparados ao afirmar que “sustentava-se, ainda, que o regime integralmente fechado também feria o princípio da humanização da pena, e constituía tratamento cruel ao condenado”.

Outra alegação favorável à inconstitucionalidade do dispositivo do art. 2º, § 1º da Lei de Crimes Hediondos refere-se à contraditória opção do legislador ordinário que não permitiu a gradual reinserção do apenado à sociedade, mediante progressão de regime; contudo possibilitou-lhe o retorno abrupto, por meio do livramento condicional. Ou seja, após permanecer dois terços da pena em ambiente insalubre e desumano, como são em sua maioria os presídios brasileiros, sem esperança de passar para um regime menos rigoroso, volta subitamente à coletividade que terá que recebê-lo possivelmente mais embrutecido e agressivo.

Desse modo, defende esse posicionamento o Ministro Marco Aurélio quando em seu voto afirma que “a Lei em comento impede a evolução no cumprimento da pena e prevê, em flagrante descompasso, benefício maior, que é o livramento condicional.”

Assim também discorre Cezar Peluso em seu voto no HC 82.959:

Tão incongruente com o princípio da individualização da pena, na readaptação dos condenados, tão ilógica e irracional se desvela a disciplina instaurada pela chamada Lei dos Crimes Hediondos, que, hoje temos situação insólita: o condenado por crimes hediondos não podem progredir no regime, mas pode obter livramento condicional, tanto que cumpridos três quartos da pena (art. 83, V, CP- inciso acrescentado pela própria Lei nº 8.072/20.Ou seja, sem que possa avaliar o seu grau de ressocialização e/ou proporcionar ao condenado condições para sua harmônica

integração social por meio da progressão para regime menos severo (semi-aberto e aberto), sai ele diretamente de estabelecimento prisional de segurança máxima (art. 3º da Lei nº 8.072/90) para as ruas!

Ainda numa visão sistemática do ordenamento jurídico, os ministros STF ressaltaram que a Lei de Crimes Hediondos vai de encontro ao objetivo de proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado visado pela LEP em seu art.1º.

Por fim, verificou-se que o egrégio Tribunal, apesar de não ter concedido a progressão de regime no caso concreto, proferiu julgamento, decidindo, por maioria simples, 6³ x 5⁴ votos, no qual proclamou a inconstitucionalidade do art. 2º da Lei de Crimes Hediondos que não permitia a análise da progressão de regime para crimes hediondos e equiparados.

Assim, é notório que, como o STF reconheceu a inconstitucionalidade desse dispositivo da Lei de Crimes Hediondos no caso concreto, julgando um *Habeas Corpus*, tal decisão deveria ter efeito apenas *inter partes*, contudo, devido à abstratização do controle difuso de constitucionalidade, buscou-se, ao se decidir, não somente sobre a relação no caso concreto, mas também sobre a constitucionalidade de um dispositivo infraconstitucional, que a decisão tivesse efeito *erga omnes*.

Nesse diapasão, Gomes (2006, online) ressalta:

No caso do HC 82.959 acham-se presente todos os requisitos dessa nota “abstrativizadora” (ou generalizadora). Com efeito, a decisão foi do Pleno do referido Tribunal. De outro lado, cabe asseverar que a matéria (progressão de regime em crimes hediondos) não foi discutida só em relação ao caso concreto relacionado com o pedido do condenado, sim, o tema foi debatido e discutido olhando-se para a lei “em tese” (não se voltou unicamente para o caso concreto). Ademais, houve a preocupação de se definir a extensão dos efeitos da decisão, para disciplinar relações jurídicas pertinentes a todos (não exclusivamente ao caso concreto).

Com o julgamento em sede de controle difuso de constitucionalidade, a norma sobre a impossibilidade de progressão de regime para os crimes hediondos e equiparados perdeu eficácia, mas não deixou de vigorar.

Previendo a repercussão em relação aos efeitos dessa decisão frente aos casos ainda pendentes de progressão, o Ministro Gilmar Mendes, em seu voto, arguiu sobre a modulação dos efeitos do julgado no âmbito do controle difuso, afirmando que assim como o art.27 da Lei nº 9.868/1999 possibilita a limitação dos efeitos da inconstitucionalidade no

³ Ministros Sepúlveda Pertence, Marcos Aurélio, Gilmar Mendes, Cezar Peluso, Carlos Britto e Eros Grau.

⁴ Ministros Carlos Velloso, Joaquim Barbosa, Ellen Grace, Celso de Mello e Nelson Jobim.

controle incidental de constitucionalidade, assim deveria ser feito na decisão do HC 82. 959, dotando-lhe de efeito *ex nunc*, ou seja, prospectivo.

Deste modo, o Ministro Mendes argumentou:

Assim, pode-se entender que se o STF declarar a inconstitucionalidade restrita, sem qualquer ressalva, essa decisão afeta os demais processos com pedidos idênticos pendentes de decisão nas diversas instâncias. Os próprios fundamentos constitucionais legitimadores da restrição embasam a declaração de inconstitucionalidade com efeitos *ex nunc* nos casos concretos. A inconstitucionalidade da lei há de ser reconhecida a partir do trânsito em julgado. Os casos concretos ainda transitados em julgado hão de ter o mesmo tratamento (decisão com eficácia *ex nunc*) se e quando submetidos ao STF.

Como atenta Silva (2010, online), apesar de pacificado o entendimento no Supremo, alguns magistrados continuaram a questionar o efeito *erga omnes* que teria a decisão desse julgado, pois a lei continuava vigente e não havia resolução do Senado Federal, nos moldes do art. 52, X da CF.

Observa-se essa ressalva feita por Renato Marcão:

Diante de tal realidade, muitos serão os casos em que se sustentará que o regime integralmente fechado era constitucional; que a decisão do Plenário do Supremo Tribunal Federal, reconhecendo a inconstitucionalidade em 23 de fevereiro de 2006 (HC 82.959-SP), não teve efeito *erga omnes*. (MARCÃO, 2008, p.133).

Diante dessa realidade, fez-se salutar a edição da Súmula Vinculante nº 26 que tem como redação final a seguinte:

SV. Nº26-Para efeito de progressão de regime no cumprimento de pena por crime hediondo, ou equiparado, o juízo da execução observará a inconstitucionalidade do art. 2º da Lei 8.072, de 25 de julho de 1990, sem prejuízo de avaliar se o condenado preenche, ou não, os requisitos objetivos e subjetivos do benefício, podendo determinar, para tal fim, de modo fundamentado, a realização de exame criminológico.

Para regularizar ainda a situação referente à progressão de regime concernente a crimes hediondos e equiparados, principalmente quanto ao requisito objetivo, foi também elaborada a Lei nº 11.464/2007 que deu nova redação ao art. 2º, §1º, da Lei nº 8.072/1990.

4.3 Do Advento da Lei 11.464/2007

Após o julgamento do HC 82. 959, declarando a inconstitucionalidade do art. 2º da Lei 8.072/90, que passou a não ter mais eficácia, os crimes hediondos e equiparados voltaram a ter seu cumprimento regularizado pelo art. 112 da LEP, contudo, como já havia

sido ressaltado pelo Ministro Carlos Ayres Britto, tal situação passou a dar tratamento igual, em relação ao requisito objetivo da progressão de regime, para indivíduos que praticaram condutas de gravidade e reprovabilidade bastante diferentes.

Nesse sentido, Renato Marcão:

Após a decisão do Plenário do Supremo Tribunal Federal reconhecendo a inconstitucionalidade do regime integral fechado, era imprescindível dar nova regulamentação normativa à matéria, visto que estava ocorrendo desigualdade de tratamento quando da concessão de progressão de regime prisional, na exata medida em que o prazo de cumprimento de pena, requisito objetivo, era o mesmo em se tratando da prática de crime comum ou hediondo e assemelhados. Sempre 1/6, por força do art. 112 da LEP. (MARCÃO, 2008, p.131).

Contrário ao aumento da fração, achando-o desproporcional, tem-se o posicionamento de Ivan Luís Marques da Silva:

Em relação às novas frações (2/5 e 3/5), entendemos desproporcionais tendo em vista que 1/6 de uma pena aplicada para um crime hediondo representa, em anos e dias de prisão, uma pena proporcionalmente maior do que as aplicadas para delitos ordinários. Logo, a proporcionalidade, vetor principiológico previsto na Constituição estaria perfeitamente respeitado mantendo-se o 1/6 da pena cumprida para a progressão de regime no caso dos crimes hediondos, não havendo a necessidade de ampliar a quantidade de tempo de prisão para obtenção do benefício. Exemplificando: "A", condenado por latrocínio, recebe 24 anos de reclusão como pena individualizada. "B", condenado por roubo simples, recebe 6 anos de reclusão como pena individualizada. Para gozarem do direito de progredir de regime, "A" deverá cumprir 4 anos em regime fechado; e "B" deverá cumprir 1 ano. Com esse exemplo percebe-se, de forma cristalina, o respeito pela proporcionalidade entre o crime mais grave e o menos grave. Parece-nos que a decisão foi pura questão de política criminal, não se podendo utilizar como argumento a busca pela proporcionalidade da pena. Optou-se por deixar os responsáveis pela prática de crimes hediondos e assemelhados mais tempo afastados da sociedade. Apenas isso. (SILVA, 2008, online)

Assim com a decisão do Supremo Tribunal Federal, segundo Nucci (2014, p.408), consentindo a individualização executória da pena para delitos comuns quantos hediondos e assemelhados, o advento da Lei nº 11.464/2007, fez imprescindíveis modificações no artigo declarado inconstitucional da Lei de Crimes Hediondos.

Marcão (2008, p.131) elenca como alterações desse dispositivo que deixou de proibir expressamente a concessão de liberdade provisória (art.2º, II) para crimes hediondos e equiparados, sepultou com o regime integralmente fechado (art. 2º, §1º) e fixou novos lapsos temporais para a progressão de regime dos quais se refere (art. 2º, §2º).

4.3.1 Requisitos para a Progressão de Regime por Crimes Hediondos e Equiparados

A nova redação do art. 2º da Lei de Crimes Hediondos, só faz menção ao requisito objetivo para a concessão da progressão de regime para essa classe de crimes.

Assim, surgiu o questionamento se fazia necessário ainda o requisito subjetivo, ou seja, o mérito, para que o apenado fizesse jus a esse benefício. Interpretando-se sistematicamente, observa-se que, no caso de progressão para crimes hediondos e equiparados, ainda deverá ser aplicado o art.33, §2º, do CP, bem como o art.112 da LEP quando se referem ao merecimento por parte do apenado.

Pode-se ver esse posicionamento nas palavras de João José Leal:

Cremos que é preciso interpretar e aplicar o novo comando normativo contido no § 2º, do art. 2º, da LCH, em consonância com o disposto no art. 33, § 2º, do Código Penal, que condiciona a progressão de regime ao mérito do condenado. Portanto, a lei penal é expressa na exigência do merecimento, ou seja, do bom comportamento carcerário, para que o condenado tenha direito ao avanço no regime prisional. (LEAL, 2007, online).

Leal (2007, online) ainda sustenta que o art. 112 da LEP só foi derogado, consoante aos crimes hediondos e equiparados, no tocante ao lapso temporal, não havendo qualquer diferença, quanto ao requisito subjetivo, com os crimes comuns, inclusive em relação às reformas sobre a não mais obrigatoriedade da exigência de exame criminológico para o avanço da progressão, conforme alteração imposta pela Lei nº 10.792/2003 e reafirmada pela Súmula Vinculante 26.

Na análise dessa súmula vinculante, Távora e Alencar dissertam:

Como se depreende, ao afirmar a inconstitucionalidade referida pelo enunciado vinculante em tela, ao juiz é facultado determinar exame criminológico de acordo com as nuances do caso concreto e de modo fundamentado, não sendo tal procedimento uma consequência automática. (TÁVORA e ALENCAR, 2014, p.1441).

Desse modo, a mudança que imperou com a elaboração da Lei nº 11.464/2007 foi referente ao requisito objetivo, ademais, ainda fazendo distinção, quanto ao lapso temporal, para apenados primários e reincidentes.

Nova redação do art.2º, §2º da Lei de Crimes Hediondos:

Art.2º[...] § 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.

Ainda Nestor Távora e Rosama Alencar esclarecem:

Nos termos do art. 2º, §1º e 2º, da Lei nº 8.072/1990, com redação dada pela Lei nº 11.464/2007, quando se cuidar de crime hediondo ou equiparado, cuja pena deve ser cumprida no regime inicialmente fechado, a progressão de

regime só ocorrerá após o cumprimento de 2/5 (dois quintos) da pena, se o apenado for primário, e de 3/5 (três quintos), se reincidente. (TÁVORA e ALENCAR, 2014, p.1441).

Para alguns autores, o enunciado normativo ainda deixa dúvida no que se refere ao termo reincidência, se a reincidência vislumbra a prática do delito considerado crime comum ou crime hediondo, após sentença condenatória transitado em julgado em razão de crime hediondo ou equiparado.

Para Marcão (2008, p.131), no dispositivo “não há qualquer referência à reincidência específica”, ou seja, para ocorrer à reincidência não há necessidade que o novo delito seja crime hediondo ou equiparado, contudo João José Leal tem posicionamento divergente:

A nosso ver, o conceito de reincidência - para o fim de aplicação desta norma penal de maior rigor - não coincide com aquele descrito no art. 63, do Código Penal e aplicável ao condenado pelas demais infrações penais não hediondas. Cremos que somente poderá ser considerado reincidente e obrigado a cumprir três quintos da pena, antes do direito à progressão, o agente que cometer um novo crime hediondo, após ter sido condenado por crime desta mesma espécie, aí incluídos os crimes de tortura, de tráfico ilícito e o terrorismo. (LEAL, 2007, online).

Com a devida vênia, a meu ver, discordando do posicionamento de João José Leal, se o legislador quisesse que “reincidência” tivesse sentido diverso daquele descrito no art. 63 do CP, teria seguido o modelo do art. 5º da Lei de Crimes hediondos, quando veta o benefício do Livramento Condicional expressamente no caso de reincidência específica, quando dispõe “se o apenado não for reincidente específico em crimes dessa natureza”.

Ainda na análise do requisito objetivo, após o advento da Lei nº 11.464/2007, segundo LEAL (2007, online), em razão de não se ter esclarecido, na decisão do Excelso STF que julgou inconstitucional a impossibilidade do apenado progredir de regime quando condenado por crime hediondo e equiparado, a eficácia do julgado se seria *erga omnes* ou *inter partes*, restou, destarte, a dúvida da retroatividade da nova lei.

A retroatividade da lei, conforme interpretação teleológica do art. 5º XL da CRFB e art.2º, parágrafo único do CP, que abordam os princípios da irretroatividade e da retroatividade benigna, dependerá se a lei penal mais nova beneficiará ou não o apenado.

É notório ainda, como discorrem Távora e Alencar (2014, p.1402), “a execução penal é atividade que restringe garantia fundamental- o *status libertatis*-, ela é regulada de forma exauriente pelo legislador”, assim identifica-se o princípio da legalidade, decorrendo dele a idéia de irretroatividade da lei, pois não há pena sem lei anterior que a defina (*nulla poena sine iudicio*).

Para um exame mais completo das possibilidades da retroatividade da Lei nº 11.464/2007, faz-se necessário se referir a três momentos distintos: antes da decisão do STF que declarou a inconstitucionalidade do art. 2º, §1º, da Lei nº 8.072/1990, entre essa decisão e a data do início da vigência da Lei nº 11.464/2007 e após a vigência dessa lei.

Para parte da doutrina que acreditava que a impossibilidade de progressão para quem fosse condenado por crime hediondo ou equiparado era constitucional ou que a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, em fevereiro de 2006, no espaço hermenêutico-judicial de controle difuso, teria apenas eficácia *inter partes*, sem efeito vinculante, defende a retroatividade da Lei nº 11.464/2007.

Decorreria tal posicionamento, ao se analisar que até o dia 29 de março de 2007, quando a Lei nº 11.464/2007 passou a vigorar, a regra era a impossibilidade de progressão; visto que com a essa *novam legem*, seria possível, desde que cumprido 2/5 da pena, se o apenado fosse primário, e 3/5, se reincidente, e o requisito subjetivo, a passagem para regime mais brando, tal regramento era mais benéfico, assim alcançaria os casos pretéritos.

Nesse diapasão, Renato Marcão aborda:

Diante de tal realidade, muitos serão os casos em que se ainda se sustentará que o regime integralmente fechado era constitucional; que a decisão do Plenário do Supremo Tribunal Federal, reconhecendo a inconstitucionalidade em 23 de fevereiro de 2006 (HC 82.959-SP), não teve efeito *erga omnes*, e que as novas frações de cumprimento de pena, como requisitos objetivos para a progressão de regime, aplicam-se a todos os casos passados (e, é claro, também para o futuro, o que no particular, não se discute). (MARCÃO, 2008, p.133).

Ainda nessa abordagem, analisa João José Leal:

Em consequência, a norma contida na lei em exame deveria ser considerada mais favorável ao infrator, se comparada com a anterior, agora revogada e que não admitia a progressão de regime prisional. Sendo norma penal mais benéfica, está sujeita, portanto, à regra da retroatividade consagrada nos arts. 5º inciso XL e 2º, parágrafo único, do CP, devendo ser aplicada não somente aos casos futuros, mas também a todos os casos pretéritos. (LEAL, 2007, online).

Entre os posicionamentos existentes, verifica-se o adotado por Marcão (2008), que é o da retroatividade com limites. Segundo esse doutrinador, por acreditar que o regime integral fechado era constitucional, e reconhecendo o efeito *erga omnes* da decisão do Supremo em 2006, os novos prazos adotados pela Lei nº 11.464/2007 só retroagiriam para alcançar os crimes cometidos antes de 23 de fevereiro de 2006, uma vez que, após essa decisão, o prazo aplicado para o requisito objetivo era o que dispunha o art.112 da LEP, ou

seja, a fração de 1/6, destarte, sendo apenas mais benéficas as frações trazidas pela nova lei em relação ao período que era constitucional o art. 2º, §1º, da Lei 8.072/90.

De forma resumida, Marcão dispõe:

Em outras palavras:

- a) Em relação aos crimes cometidos antes de 23 de fevereiro de 2006, a Lei n. 11.464/2007 retroage para regular os novos prazos de progressão de regime;
- b) Para os crimes cometidos entre 23 de fevereiro de 2006 e 28 de março de 2007 ela não retroage, aplicando-se a fração de 1/6 (um sexto) do cumprimento da pena, como requisito objetivo. (MARCÃO, 2008, p.134).

Por fim, na hipótese, atualmente predominante, da irretroatividade da Lei nº 11.464/2007, entendimento adotado pelo STF (AI 757480)⁵, vislumbra-se que o regime integralmente fechado era norma inconstitucional, sendo dado efeito vinculante a decisão proferida pelo STF, no HC 82.959-SP.

Destarte, aos crimes hediondos praticados antes de 28 de março de 2007, data do início da vigência dessa nova legislação, o requisito objetivo que deveria ser cumprido, seria o imposto pelo art. 112 da LEP. Vislumbra-se que a fração estipulada, nesse artigo, refere-se a lapso temporal menor do que o estipulado pela Lei nº 11.464/2007, assim não podendo, *novam legem* menos benéficas retroagir para alcançar casos pretéritos.

Corroborando com esse entendimento, João José Leal:

Desta forma, parece-nos evidente que o STF, ao reconhecer – mesmo que de forma incidental - a inconstitucionalidade da norma proibitiva da progressão de regime, prevista na LCH, garantiu o direito dos condenados por crime hediondo a postular a obtenção deste benefício penal, após o cumprimento de mais de um sexto da pena. [...] Se isto é juridicamente verdadeiro, é preciso admitir que, até a vigência da Lei 11.464/07, prevalecia uma situação jurídica bem mais favorável aos condenados por crime hediondo, que tiveram o direito garantido de postular a progressão de regime, após cumprimento de um sexto da pena. [...] Assim sendo, cremos que a nova norma penal, aparentemente mais benéfica por reconhecer um benefício até então negado pela lei, agora formalmente revogada, é indiscutivelmente mais rigorosa. Por isso, não se pode reconhecer-lhe eficácia retroativa. Sua eficácia somente alcançará os condenados por crime hediondo praticado após a sua vigência, em data de 29.03.2007. (LEAL, 2007, online).

Ainda nessa esteira, Nestor Távora e Rosama Alencar:

O STF já reconheceu em reiterados julgados a incidência do princípio da irretroatividade da Lei no processo de execução penal, reconhecendo que quando se refere à aplicação (*rectius*: individualização), a lei que impõe prazos maiores para a progressão de regime de pena de crimes hediondos é lei material mais sever. Deveras, O STF aludiu à Lei nº 11.464/2007, que estabeleceu a necessidade de

⁵ “Quanto a crimes hediondos cometidos antes da entrada em vigor da Lei nº 11.464/2007, a progressão de regime está condicionada ao preenchimento dos requisitos do art. 112 da LEP.” (STF- PRIMEIRA TURMA- AI 757480- REL. Min. Ayres Britto- DJe 16/06/2011).

cumprimento de 2/5 (réu primário) e de 3/5 (acusado reincidente) da pena aplicada para fins de progressão. (TÁVORA e ALENCAR, 2014, p.1402).

Nesse mesmo diapasão, o STJ para pacificar o entendimento, editou a súmula nº471 que dispõe:

Súmula nº 471-Os condenados por crimes hediondos ou assemelhados cometidos antes da vigência da Lei n. 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.

Destarte, conclui-se que a decisão proferida pelo STF, mesmo em sede de controle difuso, aplicando-se a teoria da transcendência dos motivos determinantes da sentença (*ratio decidendi*), no qual dá efeito vinculante a declaração de inconstitucionalidade argüida incidentalmente, faz que o art. 2º,§1º, da Lei nº 8.072/1990, ao ser visto como inconstitucional, torna-se lei “natimorta”. Assim, sob a ótica do princípio da legalidade e da irretroatividade, aplica-se aos crimes hediondos praticados antes da vigência da Lei nº 11.464/2007, contudo sentenciados, após a decisão do Supremo que teve efeito prospectivo, *ex nunc*, os requisitos para progressão de regime estipulados pelo art. 112 da LEP, que em relação ao lapso temporal para a concessão do benefício, é mais favorável ao apenado, não podendo a nova lei retroagir.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Depreende-se que, em razão de a Lei de Execução Penal, publicada em 1985, ter sido a primeira legislação brasileira, a qual visava regulamentar a execução penal, que passou a vigorar, tendo por parâmetro o sistema penitenciário progressivo, essa lei ainda se mostrou imatura para concretizar as finalidades da pena, bem como o objetivo de harmônica integração do apenado à comunidade, diante da realidade estrutural do sistema carcerário brasileiro.

Destarte, visando efetivar os princípios constitucionais referente à Execução Penal e os objetivos visados pela LEP, fez-se salutares alterações contínuas nas legislações, por meio de novos dispositivos e reformados entendimentos jurisprudenciais, que regulamentam a fase de executar a sentença condenatória, principalmente referente à análise dos requisitos, subjetivos e objetivos, para o deferimento do pleito da progressão de regime e à possibilidade da concessão desse benefício, levando em consideração a natureza de determinados delitos.

De grande relevância mostrou-se o advento da Lei nº 10.792/2003 e da Lei nº 11.464/2007, decorrente do julgamento do HC 82.959 que também resultou na Súmula Vinculante nº 26, que tinham por escopo precípuo a efetivação do princípio constitucional da individualização da pena, em relação à apreciação dos requisitos para obtenção da progressão de regime.

A Lei nº 10.792/2003 teve caráter salutar, em relação à análise do critério subjetivo, ou seja, aferição do mérito, ao fazer alterações no art. 112 da LEP, afastando a obrigatoriedade do parecer da Comissão Técnica de Classificação e do exame criminológico. Essa alteração foi necessária, quando o legislador verificou a deficiência estrutural do Estado para elaboração desses pareceres e laudos técnicos. Assim, buscando amenizar tal situação, ao se reafirmar a autonomia funcional dos magistrados, não mais se vinculou a decisão da concessão da progressão de regime do juiz responsável pela Execução Penal à emissão de exame criminológico.

A Lei nº 11.464/2007, revogando o art.2º da Lei 8.072 que estabelecia o cumprimento integral da pena em regime fechado aos condenados por crimes hediondos e equiparado, ao regular o requisito objetivo para a concessão da progressão de regime, visa-se concretizar o princípio da isonomia material e da individualização da pena, pois determinou

que aqueles que cometerem esses delitos de gravidade ímpar deverão cumprir lapso temporal maior para obter esse benefício.

Contudo, apesar dos avanços proporcionados pela evolução legislativa e jurisprudencial referente à progressão de regime, que visa promover a aptidão do condenado a conviver novamente em sociedade sem afrontar direitos de outrem, é notório que o sistema penitenciário adotado no Brasil, bem como o modo como deve decorrer a execução da pena está em flagrante contradição à realidade carcerária brasileira, ocasionando um sentimento de insegurança por parte da sociedade.

6. REFERÊNCIAS

AMARAL, Cláudio do Prado. **Evolução histórica e perspectivas sobre o encarcerado no Brasil como sujeito de direitos.** Grupo de Estudos Carcerários aplicados da Universidade de São Paulo. 2013. Disponível em: <<http://www.gecap.direitorp.usp.br/index.php/2013-02-04-13-50-03/2013-02-04-13-48-55/artigos-publicados/13-artigo-evolucao-historica-e-perspectivas-sobre-o-encarcerado-no-brasil-como-sujeito-de-direitos>> Acesso em: 21 de out.2014.

AMORIM, Kelly Cristine de. **A individualização da Execução da pena como requisito para a ressocialização do preso.** 2008. Monografia. Curso de Direito. Universidade do Vale do Itajaí. Biguaçu. Disponível em: <<http://siaibib01.univali.br/pdf/Kelly%20Cristine%20de%20Amorim.pdf>> Acesso em: 12 de set. 2014.

ASSIS, Rafael Damaceno de. **As prisões e o direito penitenciário no Brasil.** 2007. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/3482/As-prisoos-e-o-direito-penitenciario-no-Brasil>> Acesso em: 19 de out.2014.

BRASIL. Presidência da República, Casa Civil, Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 19 set. 2014.

_____. _____. **Constituição Política do Império do Brazil, de 25 de março de 1824.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao24.htm>. Acesso em: 1 out. 2014.

_____. _____. **Decreto nº 847, de 11 de outubro de 1890.** Disponível em: <http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaNormas.Action?numero=847&tipo_norma=DEC&data=18901011&link=s>. Acesso em: 01 nov. 2014.

_____. _____. **Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17210.htm>. Acesso em: 03 set. 2014.

_____. _____. **Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/de12848.htm>. Acesso em: 03 set. 2014.

_____. _____. **Lei nº 8.072, de 11 de julho de 1990.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18072.htm>. Acesso em: 25 out. 2014.

_____. _____. **Lei nº 9.455, de 7 de abril de 1997.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19455.htm>. Acesso em: 25 out. 2014.

_____. _____. **Lei nº 10.792, de 1º de dezembro de 2003.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/110.792.htm>. Acesso em: 03 set. 2014.

_____. _____. **Lei nº 11.464, de 28 de março de 2007.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/Lei/L11464.htm>. Acesso em: 19 set. 2014.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Súmula Vinculante nº 26**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1271>>. Acesso em: 21 set. 2014.

_____. Superior Tribunal Federal. **Súmula nº 698**. Disponível em: <http://www.dji.com.br/normas_inferiores/regimento_interno_e_sumula_stf/stf_0698.htm> acesso em: 19 set. 2014.

_____. Superior Tribunal Federal. **Súmula nº 715**. Disponível em: <http://www.dji.com.br/normas_inferiores/regimento_interno_e_sumula_stf/stf_0715.htm> acesso em: 15 out. 2014.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula nº 471**. Disponível em: <http://www.dji.com.br/normas_inferiores/regimento_interno_e_sumula_stj/stj__0471.htm> acesso em: 16 de out. 2014.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula nº 439**. Disponível em: <http://www.dji.com.br/normas_inferiores/regimento_interno_e_sumula_stj/stj__0439.htm>. Acesso em: 25 de out. 2014.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Pena de Prisão Perpétua**. Portal de Publicações do CEJ. V.4.2000. Disponível em: <<http://www2.cjf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/issue/view/25>> . Acesso em: 20 de out.2014.

_____. **Manual de Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, 2000.

_____. **Falência da Pena de Prisão**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

CAPEZ, Fernando. **Crime Hediondo**. OAB São Paulo: artigos. 2006. Disponível em: <<http://www.oabsp.org.br/noticias/2006/07/05/3715>> Acesso em: 19 de out.

CARVALHO FILHO, Luiz Francisco. *A prisão*. São Paulo: Publifolha, 2002.

COELHO, Bruna Fernandes. **Considerações Sobre Os Princípios Que Regem A Execução Penal Como Ramo Autônomo E Jurisdicional Do Direito Brasileiro**. 2011. Disponível em: < <http://www.revistas.nifacs.br/index.php/redu/article/view/1498> > acesso em: 06 de nov. de 2014

ENGBRUCH, Werner; SANTIS, Bruno Morais di. **A evolução histórica do sistema prisional e a Penitenciária do Estado de São Paulo**. Revista Liberdades. n.11.2012. Disponível em: < http://www.ibccrim.org.br/revista_liberdades_artigo/145-HIST%C3%93RIA> Acesso em: 20 de out. 2014.

DOTTI, René Ariel. **O novo sistema de penas. Reforma Penal**. São Paulo: Saraiva, 1985.

Exposição de Motivos à Lei de Execução Penal. Disponível em: <<file:///C:/Documents%20and%20Settings/10621/Meus%20documentos/Downloads/EX%20MOT%20LEP%20Anexo%20II.pdf>> Acesso em: 1 de out de 2014.

FARIA, Tatiane Marques. **A Individualização da Pena na Fase Judicial**. 2006. Monografia. Graduação em Direito. Faculdade de Direito Antônio Prudente. Faculdades Integradas Antônio Eufrásio de Toledo. Presidente Prudente. Disponível

em: < <http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/Juridica/article/viewFile/459/453>> Acesso em: 07 de set. de 2014.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Natureza Jurídica da Execução Penal**. Execução Penal: mesas de processo penal, doutrina, jurisprudência e súmulas. São Paulo: Max Limonad, 1987

GOMES, Luiz Flávio. **STF admite Progressão de Regime nos Crimes Hediondos**. JusNavegandi: artigos.2006. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/8181/stf-admite-progressao-de-regime-nos-crimes-hediondos>> Acesso em: 19 out. de 2014

JESUS, Damásio E. de. **Código Penal Anotado**. 20. ed. São Paulo: Saraiva. 2010.

LEAL, João José. **A Impossível Figura do Homicídio Hediondo Simples e a Inaplicabilidade das Normas Previstas na Lei 8.072/90**. 2011. Revista Âmbito Jurídico. Disponível em: <<http://www.mj.gov.br/depen/publicacoes/homic%EDdiosimpleshediondo.pdf>> Acesso em: 21 out. de 2014

_____. **Progressão de Regime Prisional e Crime Hediondo: Análise da Lei 11.464/2007 à Luz da Política Criminal**. DireitoNet: artigos. 2007. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/3555/Progressao-de-regime-prisional-e-crime-hediondo-analise-da-Lei-11464-2007-a-luz-da-politica-criminal>> Acesso em: 22 out. 2014

LYRA, Roberto. **Comentários ao Código de Processo Penal**. vol. VI-São Paulo: Forense.1944.

LUIZI, Luiz. Os princípios constitucionais penais. Porto Alegre: Sete Mares. 1991.

MARCÃO, Renato. **Curso de Execução Penal**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MEDEIROS, Marjorie de. **Os Crimes Hediondos e a Progressão de Regime**. 2004. Monografia. (Graduação em Direito) – Centro de Educação Superior-CES VII, Universidade do Vale do Itajaí, São José, 2004. Disponível em: <<http://siaibib01.univali.br/pdf/Marjorie%20Medeiros.pdf>>. Acesso em: 19 set. 2014.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Execução Penal**. 11. ed. São Paulo: Atlas S.A, 2004.

NOGUEIRA, Paulo Lúcio. **Comentários à lei de execução penal**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1993.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo e Execução Penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

_____. **Manual de Direito Penal – Parte Geral**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

PRADO, Luis Regis. **Curso de direito penal brasileiro, volume 1: parte geral, arts. 1.º a 120**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006

PITOMBO, Sérgio Marcos de Moraes. **Conceito de Mérito, no Andamento dos Regimes Prisionais**. Revista Brasileira de Ciências Criminas. n.27.1999.

SANTOS, Flávio de Oliveira. **A Base de Cálculo para a Progressão de Regime.** JusNavegandi: Artigos. 2009. Disponível em: <[http:// jus.com.br/artigos/13526/a-base-de-calculo-para-a-progressao-do-regime#ixzz3Hw1B4xrl](http://jus.com.br/artigos/13526/a-base-de-calculo-para-a-progressao-do-regime#ixzz3Hw1B4xrl)> Acesso em: 12 de set. 2014.

SHECARIA, Sérgio Salomão e CORRÊA, Alceu Junior. **Pena e Constituição: aspectos relevantes para sua aplicação e execução.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

SILVA, Rita de Cássia Lopes da. **Breves Considerações sobre a História da Pena no Direito Brasileiro.** Revista Cesumar-Ciencias Humanas e sociais aplicadas. Vol.2. N.3.1998. Disponível em: <<http://www.cesumar.br/pesquisa/periodicos/index.php/revcesumar/article/viewArticle/155>> Acesso em: 21 de out. 2014.

SILVA, Ivan Luís Marques da. **Comentários à Súmula Vinculante N. 26.** 2010. Disponível em: <<http://www.lfg.com.br>> Acesso em: 25 de out. de 2014
_____. **Previsões sobre a Lei 11.464/2007: da resolução "indireta" do Senado Federal sobre a inconstitucionalidade da vedação à progressão de regime para os crimes hediondos.** 2008. Disponível em: <http://ww3.lfg.com.br/artigo/20081211095501400_blog-do-prof-ivan-luis-marques-da-silva_artigos-previsoes-sobre-a-lei-11464-2007-da-resolucao-quotindiretaquot-do-senado-federal-sobre-a-inconstitucionalidade-d.html> Acesso em: 22 de out. de 2014.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal.** 9. ed. Salvador: JusPODIVM, 2014.