

A POLÊMICA ACERCA DA (IR) RETROATIVIDADE DA LEI Nº. 11.464/07 FRENTE À LEI Nº. 8.072/90 E O EFEITO TRANSCENDENTE

Carina Machado OCCHIENA¹
Luís Henrique de Moraes AFONSO²

RESUMO: O foco da presente pesquisa foi abordar a questão relacionada à polêmica da (ir) retroatividade acerca da modificação introduzida pela Lei nº. 11.464/07 nos crimes hediondos e equiparados frente aos inúmeros posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais mais atuais e qual a relação do efeito transcendente, proposto pelo Ministro Gilmar Mendes, com a corrente que se inclina em favor irretroatividade da referida lei. Tal objetivo só pôde ser atingido após um aprofundado estudo do tema proposto sob a ótica do Direito Penal, Direito Processual e do Direito Constitucional. Os resultados e a conclusão desta pesquisa acabaram por ser alcançados depois de demonstrada como é a progressão de regime nos crimes hediondos e equiparados (analisando, primeiramente o § 1º, do art. 2º da Lei nº. 8.072/90, na qual vedava a progressão; o crime de tortura [Lei nº. 9.455/97, onde a pena deve ser cumprida em *regime inicialmente fechado*]; a progressão prevista no art. 112 da LEP, que foi estendida e utilizada como fundamento do HC 82.959-7/SP), desencadeando na permissão da progressão de regime disposta na Lei nº. 11.464/07, motivo de várias controvérsias na doutrina e jurisprudência. Finalmente, na conclusão, os autores demonstraram o seu posicionamento a respeito da progressividade das penas dos crimes hediondos e equiparados.

Palavras-chave: Crime Hediondo. Progressão de Regime. Retroatividade. Irretroatividade. Efeito Transcendente.

¹ Discente do 5º ano do curso de Direito das Faculdades Integradas “Antonio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente. carina_occhiena@hotmail.com.

² Discente do 5º ano do curso de Direito das Faculdades Integradas “Antonio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente. chacalbox@hotmail.com.

1 INTRODUÇÃO

Antes de tudo, é preciso ter em mente que o instituto da progressão de regime tem previsão no Código Penal (art. 33, § 2º), na Lei nº. 7.210/84 (Lei de Execução Penal, em seu art. 112), na Lei nº. 9.455/97 (Lei de Tortura, no art. 1º, § 7º) e na Lei nº. 8.072/90 (Lei de Crimes Hediondos). Este último diploma legal, desde a sua criação à modificação introduzida pela Lei nº. 11.464/07, sempre gerou grande polêmica acerca da (in) constitucionalidade da norma, principalmente no que tange a progressão de regime nos crimes hediondos e equiparados.

De uma maneira bem sucinta, a Lei nº 8.072/90 (Lei de Crimes Hediondos e Equiparados) surgiu para combater aqueles crimes considerados “brutais” (que causam repúdio pela extrema violência com que são cometidos), visto que a reforma de 1984 não foi o suficiente para adequar a legislação penal às necessidades brasileiras.

Sobre esse prisma que foi necessário criar uma legislação rígida o suficiente para, além de intimidar, reduzir de forma efetiva tais delitos.

A Constituição Federal, em seu art. 5º, XLIII, não elencou quais seriam os crimes considerados hediondos. Esse mesmo dispositivo deixou tal tarefa a cargo do legislador infraconstitucional que, objetivando uma solução, editou a Lei nº. 8.072/90. Assim, os crimes hediondos e os equiparados a eles são apenas aqueles tipificados nos arts. 1º e 2º, da Lei³, respectivamente.

No entanto, a maior deficiência da criação da Lei de Crimes Hediondos foi a precipitação do legislador ordinário, haja vista que o problema da criminalidade não teve o adequado e efetivo tratamento sóciopolítico e jurídico. Esse fato é de extrema gravidade, pois além da Lei nº. 8.072/90 não atingir seus objetivos (redução da criminalidade), ela fere gravemente - em seu § 1º do art. 2º - o princípio da individualização da pena, o que gerou intermináveis discussões sobre a (in) constitucionalidade daquele artigo frente à doutrina e jurisprudência.

³ Vide anexo, página 12.

Seguindo uma ordem lógica, fundada no método dedutivo, num primeiro momento, o § 1º do art. 2º da Lei nº. 8.072/90 vedava a progressão de regime nos crimes hediondos (onde a pena tinha que ser cumprida em *regime integralmente fechado*). Dessa forma, a única maneira de o condenado obter a liberdade era através do livramento condicional (art. 83, V, CP). Embora considerado inconstitucional pela maioria da doutrina (que alegava estar sendo ferido o princípio da individualização da pena), o § 1º do art. 2º da LCH foi encarado como sendo constitucional pelo Supremo Tribunal Federal por 16 (dezesseis) anos, até o julgamento do HC 82.959-7/SP.

Em um segundo momento, a Lei nº. 9.455/97, em seu art. 1º, § 7º, passou a permitir a progressão com a seguinte redação: *iniciará o cumprimento da pena em regime inicialmente fechado*. Logo, originou-se uma discussão referente à lei de tortura, por ela ser posterior e mais benéfica, deveria retroagir e revogar a regra do regime integralmente fechado da lei anterior (Lei nº. 8.072/90). Essa discussão foi pacificada pelo STF com a Súmula nº. 698, prevendo que “*não se estende aos demais crimes hediondos a admissibilidade da progressão no regime de execução da pena aplicada ao crime de tortura*”.

Posteriormente, num terceiro momento, o STF julgou, finalmente, no HC 82.959-7/SP, a inconstitucionalidade do § 2º do art. 1º da Lei nº. 8.072/90, estendendo a aplicabilidade do art. 112 da LEP naquele caso concreto. A avalanche de recursos no mesmo sentido em razão daquele novo posicionamento (agora em consonância com a maioria da doutrina e adequando-se aos preceitos constitucionais), que se deu em controle difuso de constitucionalidade (não tendo efeito *erga omnes*, ficando a eficácia restrita às partes que litigaram), foi o fato gerador para a criação da Lei nº. 11.464/07.

Por fim, a Lei nº. 11.464/07 gerou um recente debate na doutrina e jurisprudência no que tange a sua (ir) retroatividade em relação ao HC 82.959-7/SP. Sobre esse assunto, o STF, no HC 91.631-7/SP, pacificou seu entendimento, encerrando a divergência acerca da aplicação da nova lei.

Nesse contexto, o objetivo do presente trabalho procurou demonstrar o a polêmica gerada acerca da (ir) retroatividade da modificação introduzida pela Lei

nº. 11.464/07 na LCH⁴, analisando, principalmente, a proposta do Ministro Gilmar Mendes acerca do Efeito Transcendente, utilizado para se posicionar em favor da corrente da irretroatividade.

Para a realização da presente pesquisa para iniciação científica foi necessário realizar pesquisas bibliográficas em livros, monografias, doutrinas e *internet*.

2 DA CRIAÇÃO DA LEI N° 8.072/90 À LEI N° 9.455/97.

O primeiro ponto a ser considerado são os fatores que levaram à criação da Lei nº. 8.072/90 (Lei de Crimes Hediondos - LHC). Como dito na introdução, a Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º, XLIII⁵, além de prever um tratamento diferenciado para os autores de crimes hediondos, deixou a cargo do legislador ordinário enumerar tais delitos. Somado a isso, os períodos anteriores à criação da referida lei foram de extrema insegurança, pois o índice de crimes considerados “hediondos” mostrava-se absurdamente alto. Toda essa situação “forçou”, de certa forma, o legislador infraconstitucional a criar a Lei nº. 8.072/90.

Ainda sobre a criação da LCH, o seu § 1º do art. 2º vedava a progressão de regime nos crimes considerados hediondos e aos equiparados a estes. Com isso, surgiram vários argumentos doutrinários demonstrando sua inconstitucionalidade, dentre eles, o principal era o de ferir o princípio da individualização da pena, previsto no art. 5º, XLVI, CF.

Assim, se fosse considerado que o art. 5º, XLIII, CF deixou a livre escolha do legislador infraconstitucional enumerar, taxativamente, os crimes considerados hediondos e assemelhados, além de dar um tratamento diferenciado (mais rigoroso) aos autores desses crimes, a vedação da progressão de regime

⁴ Vide anexo, página 12.

⁵ **Art. 5º, XLIII, CF/88:** “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”;

(...)

nesses delitos (ou seja, o cumprimento da pena em *regime integralmente fechado*) não feriria o princípio da individualização da pena, pois o legislador ordinário estaria apenas seguindo o mandamento constitucional. Esse era o entendimento do Supremo Tribunal Federal, que perdurou por 16 (dezesesseis) anos, isto é, a Corte maior entendia ser constitucional o § 1º do art. 2º da LCH. Com isso, a única forma do condenado obter a liberdade era através do instituto do livramento condicional (art. 83, V, CP).

Porém, não é esse o melhor entendimento, visto que a argumentação no sentido da constitucionalidade mostra-se inaceitável, pois uma coisa é o texto constitucional deixar a cargo do legislador ordinário formular critérios diversificados de individualização da pena; outra, e completamente distinta, é que ele obste a própria individualização. Uma posição mais adequada do legislador infraconstitucional seria formular critérios diversos de mensuração para o regime progressivo - já que a própria Carta Magna prevê isso – sem, no entanto, suprimi-los do sistema prisional. Além disso, a opção infeliz do legislador ordinário estaria indo na contramão de séculos de história e atentando os princípios que fundamentam e orientam o Direito Penal contemporâneo. Sobre esse prisma, o § 1º do art. 2º seria inconstitucional. Esse era o entendimento da doutrina majoritária e, que batia de frente, até então, com o posicionamento do STF.

O segundo ponto a ser analisado é a criação da Lei nº. 9.455/97 (Lei de Tortura), na qual permite, em seu art. 1º, § 7º, que o condenado inicie o cumprimento da pena em *regime inicialmente fechado*. Essa lei acirrou ainda mais a discussão sobre a (in) constitucionalidade do regime integralmente fechado. Percebe-se, que mesmo a tortura sendo um crime equiparado aos hediondos, o legislador descuidou-se da regra contida no ordenamento jurídico-penal e contrariou o disposto no § 1º do art. 2º da Lei nº. 8.072/90. Mais uma vez, inevitavelmente, surgiu nova discussão sobre a (ir) retroatividade da lei posterior em relação à lei anterior (LCH), por ser aquela mais benéfica.

O entendimento no sentido da retroatividade mais benéfica começou a se difundir. Nesse sentido, o próprio STF chegou a se posicionar em favor da progressão de regime nos crimes de tortura, por ser a nova lei mais favorável ao condenado que a LCH. No entanto, mesmo outras Cortes adotando a retroatividade mais benéfica, este posicionamento liberal não vingou, e acabou por ser majoritária

a posição de que o § 7º do art. 1º da Lei nº. 9.455/97 não derogou o § 2º, do art. 1º da LCH, devido às naturezas e diferenciações dos diversos crimes hediondos. Finalizando e pacificando esse tema, o STF editou a Súmula nº. 698, segundo a qual *“não se estende aos demais crimes hediondos a admissibilidade da progressão de execução da pena aplicada ao crime de tortura”*.

Ainda, nesse período, o STF insistia em posicionar-se a favor da constitucionalidade do § 1º do art. 2º da LCH. Porém, vê-se que ainda ocorria um grande equívoco daquela Corte em continuar desrespeitando a Carta Magna, vez que a Lei de Tortura tentou restabelecer a racionalidade e o caráter sistemático do ordenamento penal em fina sintonia com o texto constitucional.

2.1 O HABEAS CORPUS 82.959-7/SP E SEU ASPECTO CONSTITUCIONAL.

O terceiro ponto merece um destaque especial, pois foi um marco radical na mudança de pensamento do STF em relação à (in) constitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei nº. 8.072/90. Dentro disso, com o HC 82.959-7/SP, a Suprema Corte passou a posicionar-se em favor da inconstitucionalidade daquele dispositivo legal, rompendo com quase 17 (dezessete) anos de um posicionamento diverso. No entanto, como não havia previsão legal sobre a progressão de regime nos crimes hediondos e equiparados, foi aplicada, analogicamente, a progressão prevista no art. 112 da Lei de Execução Penal (Lei nº. 7.210/84), que contém a seguinte redação: *“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”*.

A decisão no HC 82.959-7/SP se deu em controle difuso de constitucionalidade e em caráter incidental (*incidentum tantum*, produzindo apenas efeitos *inter partes* naquele caso concreto). Sobre isso, surgiu uma questão peculiar, porque embora a decisão se tratasse de uma declaração incidental de inconstitucionalidade, no julgamento da reclamação nº. 43355-AC o Min. Gilmar

Mendes sustentou a existência de efeito *erga omnes* também no controle difuso de constitucionalidade, o que é característico do controle abstrato. Essa posição do Min. Gilmar Mendes é a de que a decisão do *habeas corpus* 82.959-7/SP teria efeitos “transcendentais”.

Por essa proposta do ministro, ocorreria uma “mutação” no texto constitucional (uma autêntica reforma da Constituição sem expressa modificação do texto), no sentido de estender a aplicação do efeito *erga omnes* também no controle difuso. Acontece que essa visão diferenciada do Ministro esbarrou na previsão disposta no art. 52, X, CF, na qual compete privativamente ao Senado Federal suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do STF. Mas, a teoria dos efeitos transcendentais será de suma importância para entender a eficácia temporal da nova Lei nº. 11.464/07.

No desfecho desse assunto, vale ressaltar que a decisão referente ao HC 82.959-7/SP serviu de base para inúmeros recursos constitucionais idênticos, assim sendo, era pleiteada a progressão de regime nos crimes hediondos e equiparados com base na previsão do art. 112 da LEP. A jurisprudência acabou indo, definitivamente, no mesmo sentido em que a doutrina seguia há tempos, isto é, em vislumbrar a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei nº. 8.072/90 e aplicar, mesmo que analogicamente, a progressão naqueles delitos.

2.1.1 A POLÊMICA ACERCA DA (IR) RETROATIVIDADE DA LEI Nº. 11.464/07 FRENTE À LEI nº. 8.072/90 E O EFEITO TRANSCEDENTE

O quarto e último ponto dessa pesquisa científica envolve o fator que desencadeou a criação da Lei nº. 11.464/07.

Após a reviravolta causada pelo HC 82.959-7/SP, a fim de impedir que os autores de crimes hediondos e equiparados tivessem o mesmo tratamento dado aos condenados por crimes de outra natureza (aplicar a progressão prevista no art. 112 da LEP), o legislador viu-se, mais uma vez, “pressionado” a publicar uma lei que proporcionasse uma progressão mais rígida para delitos mais graves. Surgiu, assim,

a Lei nº. 11.464/07, permitindo prazos diferenciados - em relação ao concedido no HC 82.959-7/SP - para a progressão de regime nos crimes hediondos e equiparados. Colocou-se, de vez, fim ao debate em torno da (in) constitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei nº. 8.072/90.

Pela nova redação, os condenados por crimes hediondos e assemelhados passaram a ter períodos mais extensos para adquirir a progressão. Nessa hipótese, 2/5 (40%) no caso de primariedade e, 3/5 (60%) em sendo reincidente. Percebe-se, com isso, que são requisitos mais severos que aqueles elencados no art. 112 da LEP⁶. Partindo dessa situação, surgiram duas questões: 1ª) será a lei nova mais gravosa – portanto, irretroativa – já que fora editada posteriormente à declaração da inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei nº. 8.072/90?; 2ª) Ou, ao contrário, considerando que aquele artigo de lei ainda permanecia vigente e aplicável, a nova Lei é *novatio legis in melius* e, portanto, retroativa? Essa dúvida fez surgir três correntes doutrinárias sobre o tema, segundo lecionam Renato Flávio Marcão e Luiz Flávio Gomes (OLIVEIRA, 2007, s.p.):

- 1) **Retroatividade:** A decisão do STF valeu apenas para o paciente do “Habeas” 82.959/SP; logo, a Lei nº. 8.072/90 permaneceu vigente posto que não houve a Resolução do Senado para suspender-lhe a executividade; corolário disso é que a Lei nº. 11.464/07 é a melhor ao permitir a progressão e retroage para condenações anteriores à sua vigência;
- 2) **Irretroatividade:** A decisão do STF, embora em controle incidental, possui “efeitos transcendentais”⁷ e alcança não apenas o paciente do “Habeas”

⁶ 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, respeitadas os prazos previstos nas normas vigentes.

⁷ A Teoria da transcendência é uma nova tendência do STF (ainda não pacificada) de se aplicar a chamada **teoria da transcendência dos motivos determinantes (*ratio decidendi*) da sentença** também para o controle difuso. “[...] o sistema de controle de constitucionalidade no Brasil é o jurisdicional misto, tanto pela via difusa como pela via concentrada. [...] No controle difuso, a arguição de inconstitucionalidade se dá de modo **incidental**, constituindo **questão prejudicial**. [...] A doutrina sempre sustentou, com Buzaid e Grinover, que, ‘se a declaração de inconstitucionalidade ocorre incidentalmente, pela acolhida da questão prejudicial que é fundamento do pedido ou da defesa, a decisão não tem autoridade de coisa julgada, nem se projeta, mesmo *inter partes* – fora do processo no qual foi proferida. **Contudo**, respeitável parte da doutrina e alguns julgados do STF [...] e do STJ rumam para uma **nova interpretação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade no controle difuso** pelo STF. Na doutrina, em importante estudo, Gilmar Mendes afirma ser ‘...possível, sem qualquer exagero, falar-se aqui em uma **autêntica mutação constitucional** em razão da completa **reformulação do sistema jurídico** e,

82.959/SP; logo, com a declaração de inconstitucionalidade a Lei nº. 8.072/90, no que tange ao regime fechado, foi revogada e, portanto, o cálculo da pena para progressão deve observar a norma geral, qual seja 1/6 de cumprimento da pena. Dessa maneira, a Lei nº. 11.464/07 é mais gravosa ao aumentar o “quantum” exigível para 2/5, ou 3/5, e somente vale da data da sua publicação em diante;

- 3) **Retroatividade com limites** (Renato Flávio Marcão): a Lei nº. 8.072/90 era constitucional até fevereiro de 2006, quando passou a ser inconstitucional após a decisão plenária do STF. Depois dessa decisão a lei deixou de existir no mundo jurídico. Logo, para os crimes cometidos antes de 23 de fevereiro de 2006, a Lei nº. 11.464/07 é mais favorável e deve retroagir. Para os crimes praticados entre 23 de fevereiro de 2006 e o início da vigência da Lei nº. 11.464/07, a lei nova não deve retroagir.

por conseguinte, da **nova compreensão que se conferiu à regra do art. 52, X**, da Constituição de 1988. Valendo-nos dos subsídios da doutrina constitucional a propósito da mutação constitucional, poder-se-ia cogitar de uma autêntica **reforma da Constituição sem expressa modificação do texto**. Nessa mesma linha, Teori Albino Zavascki, também em sede doutrinária, sustenta a transcendência, com caráter vinculante, de decisão sobre a constitucionalidade da lei, **mesmo em sede de controle difuso**. Os principais argumentos a justificar esse novo posicionamento podem ser assim resumidos: força normativa da Constituição; princípio da supremacia da Constituição e sua aplicação uniforme a todos os destinatários; o STF enquanto guardião da Constituição e seu intérprete máximo; dimensão política das decisões do STF. [...] Essa tendência sempre foi veementemente criticada por Alfredo Buzaid, que não admitia a qualidade da imutabilidade para as questões prejudiciais decididas incidentalmente no processo (art. 496, III, CPC). Por todo exposto, muito embora a tese da transcendência decorrente do controle difuso pareça bastante **sedutora, relevante e eficaz**, inclusive em termos de **economia processual**, de **efetividade do processo**, de **celeridade processual** (art. 5º, LXXVIII – **Reforma do Judiciário**) e de implementação do princípio da **força normativa da Constituição** (Konrad Hesse), parecem faltar, ao menos em sede de controle difuso, dispositivos e regras, sejam processuais ou constitucionais, para a sua implementação. O **efeito erga omnes** da decisão foi previsto somente para o **controle concentrado** e para a **súmula vinculante** (EC n. 45/04) e, em se tratando de controle difuso, nos termos da regra do **art. 52, X, CF/88**, somente após atuação discricionária e política do Senado Federal. Portanto, no controle difuso, não havendo suspensão da lei pelo Senado Federal, a lei continua válida e eficaz, só se tornando nula no caso concreto, em razão de sua não aplicação. Assim, na medida em que a análise da constitucionalidade da lei no controle difuso pelo STF não produz efeito vinculante, parece que somente mediante necessária **reforma constitucional** (modificando o art. 52, X, e a regra do art. 97) é que seria possível assegurar a constitucionalidade dessa nova tendência – repita-se, **bastante “atraente”** – da transcendência dos motivos determinantes no controle difuso, com caráter vinculante. Se aceita nos parâmetros propostos, a transcendência, com caráter *erga omnes*, dos motivos determinantes da sentença no controle difuso autorizaria, inclusive, o uso da reclamação em caso de descumprimento da tese de constitucionalidade resolvida enquanto questão prejudicial. Outra não poderia ser a interpretação. (LENZA, 2007, p. 182-186).

Segundo Novelino (2008, p. 128), “a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem admitido a possibilidade de reconhecimento do fenômeno da ‘transcendência dos motivos’ que embasaram a sua decisão, proclamando que o *efeito vinculante* se projeta para além do dispositivo, estendendo-se à própria *ratio decidendi*. Ocorre, nesta hipótese, uma transcendência, sobre a parte dispositiva, dos *motivos* que embasaram o aresto – seja em sede de liminar, seja na decisão de mérito -, assim como dos *princípios* por ele consagrados. As questões *obiter dicta*, que correspondem às teses secundárias do julgado, não são vinculantes.

O fenômeno da transcendência reflete uma preocupação doutrinária com *força normativa da constituição*, cuja preservação, em sua integralidade, necessita do reconhecimento de que a eficácia vinculante se refere não apenas ao dispositivo, mas estende-se também aos próprios fundamentos determinantes da decisão proferida pela Corte Suprema, especialmente quando consubstanciar uma declaração de inconstitucionalidade em sede de controle abstrato.

A 1ª corrente, no sentido da nova lei ser *retroativa*, valeu apenas para o paciente do HC 82.959-7/SP a decisão do STF. Logo, a Lei nº. 8.072/90 permaneceu vigente já que não houve Resolução do Senado para suspender-lhe a executividade; conseqüência disso, é que a Lei nº. 11.464/07 é mais benéfica ao permitir a progressão e retroage para condenações anteriores à sua vigência.

Para a 2ª corrente, onde vale a regra da *irretroatividade*, embora em controle incidental, possui “efeitos transcendentais” e alcança não apenas o paciente do HC 82.959-7/SP. Logo, com a declaração de inconstitucionalidade, a Lei nº. 8.072/90, no que tange ao regime fechado, foi revogada e, portanto, o cálculo da pena para a progressão deve obstar a norma geral, qual seja 1/6 de cumprimento da pena. Dessa maneira, a Lei nº. 11.464/07 é mais gravosa ao aumentar o “quantum” exigível para 2/5, ou 3/5, e somente vale da data da sua publicação em diante.

A 3ª corrente é uma *retroatividade “temperada”* (ou mista), pois a lei nº. 8.072/90 era constitucional até 23 de fevereiro de 2006, quando passou a ser inconstitucional após a decisão plenária do STF. Depois dessa decisão a lei deixou de existir no mundo jurídico. Logo, para os crimes cometidos antes de 23 de fevereiro de 2006, a Lei nº. 11.464/07 é mais favorável e deve retroagir. Para os crimes praticados entre 23 de fevereiro de 2006 e o início da Lei nº. 11.464/07, a lei nova não deve retroagir, por ser mais gravosa que a aplicabilidade do HC 82.959-7/SP.

3 CONCLUSÃO

Entende-se não ser a 2ª corrente a mais adequada porque como não houve Resolução do Senado; assim sendo, a Lei nº. 8.072/90 continuou vigendo até a entrada em vigor da Lei nº. 11.464/07. E, para sustentar o efeito *erga omnes* da decisão conferida no HC 82.959-7/SP também no controle difuso, o Min. Gilmar Mendes sustentou a *teoria dos efeitos transcendentais*, que além de recente, não tem nenhuma base processual ou mesmo constitucional para sua implementação, o que demonstra uma fundamentação – mesmo que interessante - inconsistente. Além do mais, se fosse considerado que depois da decisão do HC 82.959-7/SP a Lei nº.

8.072/90 deixou de existir do mundo jurídico, estaria sendo ofendido o art. 52, X, da CF, o que seria um retrocesso no avanço obtido até aqui com o novo posicionamento do STF. Essa é a corrente adotada pela grande maioria da doutrina (exemplo: Luiz Flávio Gomes) e que foi recentemente pacificada pelo STF no HC 91.631-7/SP.

Já a 3ª corrente, na qual é uma mistura das duas anteriores, é facilmente observado que ela peca justamente na parte em que é aplicada a irretroatividade da Lei nº. 11.464/07, embasando-se, de forma idêntica à 2ª corrente. Por isso tal posicionamento, embora correto, fere o disposto no art. 52, X, CF, sendo, portanto, inconstitucional.

Conclui-se, então, ser a 1ª corrente a mais adequada para a situação em debate, pois como não houve Resolução do Senado, a Lei nº. 8.072/90 permaneceu vigente até a entrada em vigor da Lei nº. 11.464/07. E, por ser esta última norma de caráter processual e mais benéfica em relação à primeira, a nova lei é retroativa e tem aplicabilidade imediata, estando, assim, em plena sintonia com os preceitos constitucionais. Desse raciocínio, o HC 82.959-7/SP teve validade somente no caso do pastor Oséas de Campos, pela via difusa incidental.

BIBLIOGRAFIA

AFONSO. Luís Henrique de Moraes. **A Progressão de regime nos crimes hediondos e equiparados: A Evolução Jurídico Processual à Luz da Doutrina e Jurisprudência.** 2008. Monografia (Bacharelado em Direito). Faculdades Integradas “Antônio Eufrásio de Toledo”, Presidente Prudente, 2008, 204p.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado.** 11. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Método, 2007.

NOVELINO. Marcelo. **Direito constitucional.** 2ª Edição, revista, atualizada e ampliada. Editora Método. São Paulo 2008.

OCCHIENA. Carina Machado. **A Progressão de regime nos crimes hediondos**. 2008. Monografia (Bacharelada em Direito). Faculdades Integradas “Antônio Eufrásio de Toledo”, Presidente Prudente, 2008, 65p.

ANEXO A - LEI Nº. 8.072, DE 25 DE JULHO DE 1990.

Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências.

(Alterada pelas Leis nº. 8.930/94 e nº. 9.695/98, Lei nº. 11.464/ 28.03.2007 já inseridas no texto)

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA, faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte lei:

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 e sua combinação com o art. 223, caput e parágrafo único);

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

VII - epidemia com resultado morte (art. 267, § 1º). **(artigo e incisos alterados pela Lei nº 8.930, de 6 de setembro de 1994).**

VII - A - (Vetado)

VII - B - falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais (art. 273, caput e § 1º - A e § 1º - B, com a redação dada pela Lei nº. 9.677, de 2 de julho de 1998). **(inserido pela Lei nº. 9.695, de 20 de agosto de 1998).**

Parágrafo único. Considera-se também hediondo o crime de genocídio previsto nos arts. 1º, 2º e 3º da Lei nº. 2.889, de 1º de outubro de 1956, tentado ou consumado. **(parágrafo único alterado pela Lei nº. 8.930, de 6 de setembro de 1994).**

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 inicialmente em regime fechado. **(Redação da LEI Nº. 11.464 / 28.03.2007).**

§ 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. **(Redação da Lei nº. 11.464 / 28.03.2007).**

Brasília, 25 de julho de 1990; 169º da Independência e 102º da República.

FERNANDO COLLOR

Bernardo Cabral