

# **DIREITOS HUMANOS E APLICABILIDADE TEMPORAL DA LEI 11.464/07: UM ESTUDO SOB A ÓTICA DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA**

Nilton Carlos de Almeida COUTINHO<sup>1</sup>

**RESUMO:** A lei dos crimes hediondos sempre foi questionada em razão de obrigar o condenado por crimes dessa natureza a cumprir pena em regime integralmente fechado. Para muitos, tal lei violava o princípio da individualização da pena e da dignidade da pessoa humana. A lei 11.464/07 permitiu, expressamente, que os condenados por crimes hediondos tenham direito à progressão, estabelecendo requisitos específicos. O presente artigo faz uma análise acerca da aplicabilidade temporal da referida lei, tendo como fundamento o princípio constitucional da dignidade humana e os princípios que regem a aplicação da lei penal.

**Palavras-chave:** Progressão de regimes. Direitos fundamentais. Dignidade da pessoa humana. Aplicação da lei penal no tempo.

## **1 INTRODUÇÃO**

Como sabemos, o art. 2º, § 1º, da Lei no 8.072, de 25 de julho de 1990, estabelecia, em sua redação original, que a pena por crime hediondo deveria ser cumprida integralmente em regime fechado.

Tal regra, contudo, segundo parcela considerável do meio jurídico, encontrava-se maculada pelo vício da inconstitucionalidade, eis que impedia a aplicação do princípio constitucional da individualização da pena (art. 5º, XLVI da CF) aos condenados por crimes hediondos.

---

<sup>1</sup>O autor é Procurador do Estado de São Paulo e ex-coordenador da Assistência Judiciária aos Presos e Egressos na região de Presidente Prudente. Especialista em Direito Penal pela Escola Superior do Ministério Público de São Paulo e mestrando em Direito pelo Centro Universitário de Maringá – CESUMAR/PR. Professor de direito processual. Email: niltonpge@gmail.com

Desde a entrada em vigor da referida lei, muito se discutiu acerca da constitucionalidade (ou não) do referido dispositivo, sendo possível encontrar decisões jurisprudenciais em ambos os sentidos.

Em 23 de fevereiro de 2006, o STF ao julgar o HC nº 82.959-7, decidiu pela inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei 8.072/1990, por violação da garantia constitucional da individualização da pena.

Consoante lição de LUISI<sup>2</sup>, o princípio da individualização da pena ocorre em três níveis: o legislativo, o judicial e o executório ou administrativo, sendo importante lembrar que a individualização da pena não se encerra no momento em que o juiz do processo de conhecimento profere sentença condenatória e esta transita em julgado. Ao juiz da execução cabe acompanhar o cumprimento da pena imposta, sendo-lhe possível (desde que observados os critérios legais) promover adequações a fim de garantir ao condenado a obediência ao princípio da individualização da pena.

Deste modo, na terceira fase (executiva) caberá ao juiz atuante na vara criminal sob cuja jurisdição esteja submetido o reeducando, verificar se este preenche os requisitos necessários para a obtenção dos benefícios disponibilizados pela Lei de Execuções Penais.

Após esse importante julgamento, e com o objetivo de dirimir definitivamente tal questão, o Congresso Nacional tentou corrigir o equívoco cometido naquela época, alterando a redação do referido artigo, a fim de - expressamente - permitir a progressão de regime para os condenados por crimes hediondos.

Neste sentido, veja-se o texto da Lei nº 11.464, de 28 de março de 2007, a qual deu nova redação do art. 2º da Lei no 8.072, de 25 de julho de 1990:

Art. 1º O art. 2º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, passa a vigorar com a seguinte redação:

§ 1º A pena por crime previsto neste artigo será cumprida inicialmente em regime fechado. (grifos nossos)

---

<sup>2</sup> LUISI, Luiz. **Os princípios constitucionais penais**. 2ª ed. Porto Alegre: Antonio Fabris Editor, 2006, p. 52

Contudo, tal lei acabou criando uma nova dúvida em relação ao requisito objetivo para obtenção de tal benefício, isto é: qual o lapso temporal de cumprimento de pena exigido para que os condenados por crime hediondo possam ter direito à progressão de regime?

Tal discussão é altamente relevante tanto para operadores do direito quanto para a própria sociedade, eis que, a depender do lapso temporal exigido, o condenado deverá cumprir mais (ou menos) tempo de pena para fazer jus à progressão

Para a realização desse trabalho procuramos analisar os princípios e regras que tratam da aplicação da lei no tempo, bem como os princípios fundamentais de nosso Estado Democrático de Direito, com ênfase no princípio da dignidade da pessoa humana.

## **2 DO REQUISITO OBJETIVO, SEGUNDO A LEI Nº 11.464/07**

Por meio da lei 11.464/07, o direito à progressão passou a ser expressamente reconhecido por nosso ordenamento jurídico infraconstitucional, uma vez que o regime fechado será o regime *inicial* no cumprimento da pena decorrente da prática de crime considerado hediondo.

Neste sentido, afirma NUCCI (2006, p. 308):

O regime inicial para os crimes hediondos e assemelhados deve ser o fechado (...). No entanto, não mais se pode determinar que o sentenciado se mantenha nesse regime até o final de sua pena privativa de liberdade.

Frise-se ainda, que as penas privativas de liberdade devem ter “finalidade essencial a ressocialização dos condenados”.<sup>3</sup>

A dúvida acerca do lapso temporal exigido para obtenção da progressão surgiu em razão do fato de que, além de ter expressamente permitido a

---

<sup>3</sup> Neste sentido, vide TORON, Alberto Zacharias. **Crimes hediondos: o mito da repressão penal**. São Paulo; Ed. RT. 1996, p. 52-53.

progressão de regime aos condenados por crime hediondo, a nova lei estabeleceu que *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.*

Nota-se, assim, que a nova lei diverge da Lei de Execução Penal (art. 112), a qual exige somente o cumprimento de 1/6 da pena para a progressão de regime.

Para muitos, a vedação do direito à progressão sempre foi tida como uma norma inconstitucional. Acresça-se, ainda que, a progressão de regime já era expressamente admitida para outros crimes hediondos, tais como o crime de tortura. O próprio Ministro Carlos Ayres Britto, aliás, na apreciação do Habeas Corpus 82.959-7/SP assim se manifestou:

Em síntese, também voto pela inconstitucionalidade da incidência da regra geral de 1/6 aos condenados por crimes hediondos. Mas tenho por imperioso prostrar-se a eficácia e aplicabilidade da LEP (art. 112), no ponto, até que norma legal específica venha a ser editada. Norma que, agora sim, cuide de forme particularizada o tema da progressão no regime de cumprimento de pena pela prática de crime hediondo.

Por outro lado, a nova redação trazida ao artigo 2º, § 1º, da Lei no 8.072/90 é mais benéfica do que a anterior, eis que, até sua entrada em vigor, nossa legislação determinava que os condenados por crime hediondo deveriam cumprir sua pena integralmente no regime fechado.

### **3. DO DISPOSTO NA LEI DE EXECUÇÃO PENAL:**

Conforme mencionado anteriormente, a lei de Execução Penal, estabelece em seu artigo 112 que:

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.

Assim, a Lei 7.210/84 exige como requisito para a progressão de regime o cumprimento de, ao menos, um sexto da pena no regime anterior.

Do mesmo modo, a referida lei não faz qualquer restrição quanto à natureza do crime cometido, de tal forma que, até a entrada em vigor da Lei nº 11.464/07, pode-se concluir que deve ser observado o requisito referente ao cumprimento de um sexto da pena no regime anterior.

Sob essa perspectiva tem-se que a aplicação do novo período imposto (2/5 e 3/5) acarreta aumento no tempo de permanência do condenado no cárcere, tratando-se, inequivocamente, de *novatio legis in pejus*.

Neste sentido, preleciona LEAL (1998, p. 122): “a regra da não-retroatividade se aplica a todo e qualquer caso de lei que, de qualquer modo, se revelar mais severa para o indivíduo infrator”.

A nova realidade trazida pela Lei 11.464/2007, não pode permitir uma interpretação distanciada da base constitucional, no sentido de que as regras malélicas alcancem indistintamente aqueles que assim não deveriam ser tratados ou considerados e que a regra benéfica só possa ser adotada se trazer o guizo da severidade. Para os crimes hediondos verificados antes da vigência da lei nova, o regime deve ser o inicialmente fechado, possibilitando a progressão pelo cumprimento de 1/6 da pena e demais requisitos exigidos pela LEP.

A exigência de maior período em cárcere (2/5 da pena para os primários e 3/5 para os reincidentes) só será tolerável se o fato criminoso tiver ocorrido a partir da entrada em vigor do novo texto legal.

Neste sentido, destacamos o HC 01095721.3/3-00 TJ/SP – Desembargador Relator: Márcio Bártoli.

o crime imputado [...] ocorreu em 11 de novembro de 2005, sendo, portanto, anterior à edição da Lei 11.464/07, a qual não pode retroagir no que tange aos lapsos de pena a serem cumpridos pelos condenados por prática de crimes hediondos para a obtenção do benefício em questão, por ser-lhe mais gravosa. A progressão de pena privativa de liberdade aplicada

para casos como o presente está submetida aos parâmetros estabelecidos no artigo 112 da Lei de Execução Penal, que exige o cumprimento de um sexto, como condição objetiva.

E, no mesmo sentido:

EXECUÇÃO PENAL - Crime hediondo, assemelhado ou equiparado - incidência das frações previstas na lei n. 11.464/2007 aos casos pretéritos - impossibilidade - irretroatividade absoluta da *lex gravior* - vedação incidente sobre normas penais de caráter material - aplicação restrita aos crimes cometidos a partir da publicação do novo diploma legal - prevalência da regra contida no art. 112 da lei de execução penal - ordem concedida. (Habeas corpus n. 2007.015076-0, SC. Relator: Des. Irineu João da Silva. data da decisão: 29/05/2007)

Tal posicionamento, contudo, não é pacífico, havendo posição defendendo a aplicabilidade restrita da lei dos crimes hediondos.

EMENTA: agravo em execução. progressão de regime. crimes hediondos. possibilidade. a lei 11.464/07 deu nova redação ao art. 1º, § 2º, da lei 8.072, estabelecendo o regime inicial fechado para condenados por delitos hediondos. Tendo a nova lei entrado em vigor em 29 de março de 2007, deve ser considerado implementado o requisito objetivo para os apenados que cumpriram 1/6 até 28 de março de 2007, em obediência a lei vigente à época, mais favorável ao apenado. Negaram provimento ao agravo do Ministério Público. (Agravo Nº 70019433036, Primeira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Marcel Esquivel Hoppe, Julgado em 23/05/2007)

Para os defensores desse entendimento, a lei n. 11.464/07 (a qual estabeleceu lapso maior à progressão de regime em crimes hediondos), possui natureza jurídica de norma de matéria processual penal, devendo-se aplicar o princípio *tempus regit actum*, segundo o qual “aplica-se a norma vigente naquele momento”.

Discorrendo acerca do princípio *tempus regit actum*, MIRABETE (2006, p. 40) relembra que, em tese, uma lei não pode alcançar fatos ocorridos em período anterior ao início de sua vigência.

Assim, tendo entrado em vigor dia 29.3.2007, e, portanto, não pode retroagir para prejudicar aqueles que haviam preenchido o requisito do artigo 112 da Lei de Execuções Penais, de 1/6 (um sexto) da pena até aquela data.

Segundo BITENCOURT (2004, p. 154) entende-se como lei processual “aquela que disciplina o processo e o procedimento, sem relação direta com o direito de punir do Estado.

Discorrendo acerca da aplicação temporal da lei dos crimes hediondos, MONTEIRO (2002, p. 151) defende que, por não criar ou alterar tipos penais, as regras que disciplinam os regimes de cumprimento de pena não se submetem aos princípios de direito penal substantivo.

Com todo respeito, temos que essa decisão intermediária não se adequa os princípios norteadores de aplicação da lei penal, consoante passam a descrever:

#### **4. DOS PRINCÍPIOS QUE REGEM A APLICAÇÃO DA LEI PENAL**

O Código Penal Brasileiro abre o capítulo referente à aplicação da lei penal consagrando o princípio da anterioridade da lei. Preconiza o art. 1º do referido diploma legal que *não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal.*

Tal regra foi elevada à categoria de princípio constitucional pela nossa Carta Magna, a qual preconiza, em seu art. 5º, XXXIX que *“não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”*.

Do mesmo modo, tem-se que, segundo o parágrafo único do art. 2º do Código Penal (com a redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984) *“a lei posterior, que de qualquer modo favorecer o agente, aplica-se aos fatos anteriores, ainda que decididos por sentença condenatória transitada em julgado”*.

Tal princípio também foi elevado ao status de direito fundamental pela Constituição Federal de 1988, a qual estabeleceu que *“a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu”* (Art. 5º, XL)

No nosso entender, a lei 11.464/07 possui inequivocadamente, natureza penal.

Conjugando-se ambos os princípios há de se concluir que somente para os fatos ocorridos a partir da entrada em vigor da Lei 11.464/07 poder-se-á aplicar o novo quorum estabelecido pela referida lei. Destacamos mais uma vez: a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu.

Nossa Carta Magna como sabemos, dotada de supremacia formal e material, funcionando como parâmetro de validade para a ordem infraconstitucional e, também como vetor de interpretação de todas as normas do ordenamento jurídico.

Nesse sentido está sedimentado o entendimento dos Tribunais Superiores:

EMENTA: AGRAVO. BENEFÍCIO DA PROGRESSÃO DE REGIME. REQUISITO TEMPORAL. LEI Nº 11.464/07. Em que pese a lei 11.464/07, tenha fixado o percentual de 2/5 para a progressão de regime, no que tange aos crimes hediondos e equiparados, preservou o princípio da retroatividade da lei penal, que só ocorrerá em favor do réu (art. 5º, inciso XL da CF). Assim, tratando-se de lei mais gravosa, resta mantido o prazo comum do artigo 112 da Lei de Execução Penal, ou seja, 1/6. AGRAVO PARCIALMENTE PROVIDO EM DECISÃO MONOCRÁTICA. (Agravo Nº 70019281799, Terceira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: José Antônio Hirt Preiss, Julgado em 10/05/2007)

É certo, todavia, que, em razão de sua gravidade, não basta – na hipótese de crimes hediondos - o mero atestado de conduta carcerária e o preenchimento do requisito objetivo, sendo necessário que o magistrado apóie sua decisão em elementos mais sólidos, sendo possível, em alguns casos, a determinação de exame criminológico para melhor avaliar o mérito do condenado à progressão de regime.

Contudo, em obediência ao princípio da legalidade, é necessário que haja lei específica tratando do tema, o que inexistente até o momento. Desta forma, deve a Lei de Execuções Penais traçar as regras necessárias para a obtenção do benefício da progressão de regime, as quais, atualmente, limitam-se à presença do requisito objetivo e comprovação de boa conduta carcerária, atestada pelo diretor da unidade.

## 5. DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Dessa forma, nossa Carta Magna estabeleceu em seu artigo primeiro que a República Federativa do Brasil possui como um de seus fundamentos a dignidade da pessoa humana.

Aliás, a própria declaração universal dos direitos do homem estabelece que “*todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos*”

Segundo REGIS PRADO (2002, p. 116), “toda lei que viole a dignidade da pessoa humana deve ser reputado como inconstitucional”

E, para garantir a dignidade é necessário que outros direitos inerentes à pessoa humana também sejam respeitados, sendo certo que a liberdade enquadra-se nesse conjunto.

Conforme assevera BITTAR <sup>(1995, p. 1)</sup>

*[...] direitos da personalidade são os direitos reconhecidos à pessoa humana tomada em si mesma e em suas projeções na sociedade, previstos no ordenamento jurídico exatamente para a defesa de valores inatos no homem, como a vida, a higidez física, a intimidade, a honra, a intelectualidade e outros tantos*

Tais direitos devem ser protegidos pelo Estado por meio de normas e a obediência ao princípio que devem reger um Estado democrático e de direito. Aliás, consoante FRAGOSO (1977, p. 130): “não pode haver efetiva proteção e tutela dos direitos humanos, senão no Estado de direito, onde o primado da lei ponha as liberdades fundamentais a salvo do arbítrio e da prepotência dos governantes”.

A liberdade de uma pessoa constitui-se em um direito fundamental do indivíduo, o qual deve ser protegido, sendo certo que assim, temos a supressão de tal direito só será possível quando a ordem jurídica assim o autorizar, a fim de proteger o interesse da coletividade. É a chamada supremacia do interesse público sobre o privado.

A progressão de regime, mais do que exigência da sistemática legal de execução da pena no Brasil, é direito inafastável de todos os sentenciados, por ser, em última análise, a concretização do direito ao respeito à dignidade da pessoa humana.

## **6 CONCLUSÃO**

Para os que defendem a inconstitucionalidade do regime integralmente fechado, a progressão de regimes é um direito inerente àqueles que cumprem pena, sob pena de violar-se o princípio da individualização da pena e da dignidade da pessoa humana.

A lei 11.464/07, a seu turno, procurou corrigir a falha cometida pelo legislador da lei 8.072/90, o qual tentou vedar o direito à progressão aos condenados por crimes hediondos.

*Do mesmo modo, representou um considerável avanço da legislação penal nacional, pois garantiu, de maneira explícita, o direito à progressão de regime aos condenados por crimes hediondos, além de estabelecer um lapso temporal específico para que os condenados por este tipo de delito possam fazer jus à progressão de regime.*

Contudo, em razão dos *princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da individualização da pena, bem como dos demais princípios norteadores da aplicação da lei penal (e, em especial, os princípios da legalidade, anterioridade, retroatividade in melius e irretroatividade in pejus)* temos que a exigência de maior período em cárcere (2/5 da pena para os primários e 3/5 para os reincidentes) só será tolerável se o fato criminoso tiver ocorrido a partir da entrada em vigor do novo texto legal.

A obrigação de permanência de um período de tempo maior no cárcere resulta em uma condição desfavorável para todos aqueles que estão no sistema penal, razão pela qual a lei 11.464 traduz-se em uma *novatio legis in pejus*.

Assim, tem-se que cumprido 1/6 (um sexto) da pena e, comprovado o requisito subjetivo pelo mérito do sentenciado (atestado de conduta/bom comportamento), deve-se conceder a ele o direito à progressão de regime.

## **REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

BITENCOURT Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. 9<sup>a</sup> Ed. São Paulo. Editora Saraiva. 2.004

BITTAR, Carlos Alberto. **Os Direitos da Personalidade**. 2.<sup>a</sup> ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995

FRAGOSO Heleno. **Direito Penal e Direitos humanos**. Rio de Janeiro. Ed. Forense, 1977

LEAL, João José. **Direito Penal Geral**. São Paulo: Atlas, 1998

LUIZI, Luiz. **Os princípios constitucionais penais**. 2 ed. Porto Alegre: Antonio Fabris Editor, 2006

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de Direito Penal. Parte Geral**. 23 ed. São Paulo: Atlas, 2006

MONTEIRO, Antonio Lopes. **Crimes Hediondos**. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2002

NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis penais e processuais penais comentadas**. São Paulo: Ed. RT. 2.006

REGIS PRADO, Luiz. Curso de **Direito Penal Brasileiro**. Vol. 1. Parte Geral. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 200

TORON, Alberto Zacharias. **Crimes hediondos: o mito da repressão penal**. São Paulo; Ed. RT. 1996