

4.2.2 A retroatividade da Lei 11.464, de 29/03/2007



Marina Kattah

A Constituição da República, em seu art. 5º, inc. XLIII e XLVI, impõe aos condenados pela prática de crimes hediondos e de delitos a estes equiparados um tratamento mais rigoroso, em razão da acentuada gravidade que ostentam e do sério comprometimento que geram ao desenvolvimento de uma ordem democrática, criando, assim, um sistema de maior dureza penal. Ademais, estabelece que a lei regule a individualização da pena à luz de seus preceitos.

tema de maior dureza penal. Ademais, estabelece que a lei regule a individualização da pena à luz de seus preceitos.

Marina Kattah

Técnica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais

Sob o enfoque da determinação constitucional, a Lei nº 8.072/1990, art. 2º, § 1º, dispunha que suas penas privativas de liberdade deveriam ser cumpridas em regime integralmente fechado, vedando-lhes, assim, a possibilidade de progressão carcerária.

Entretanto, o Supremo Tribunal Federal, ao julgar o *Habeas Corpus* de nº 82959, no exercício do controle difuso de constitucionalidade, reconheceu a inconstitucionalidade do referido dispositivo legal, por entender ser possível o deferimento da progressão, em favor dos condenados pela prática de crimes hediondos e de delitos a estes equiparados, preenchidos os requisitos dispostos no art. 112 da Lei de Execução Penal – utilizado como

norma subsidiária por falta de uma regra jurídica diferenciadora capaz de manter o equilíbrio do sistema penal.

Aos 29 de março de 2007, entrou em vigor a Lei nº 11.464, alteradora do art. 2º, da Lei nº 8.072/1990, passando a admitir, nos crimes em voga, a progressão de regime carcerário após o cumprimento de 2/5 (dois quintos) da pena, pelo sentenciado primário, e de 3/5 (três quintos), pelo reincidente.

Logo, até a vigência dessa lei, a regra era a proibição da progressão de regime carcerário, no caso em comento. A não aplicação da Lei de Crimes Hediondos, segundo o entendimento jurisprudencial, dava-se apenas por razões de técnica e em privilégio à falta de previsão de critérios pertinentes a uma correta política criminal na negativa de progressão, que ora não mais se justifica em face da nova previsão legal.

É cediço que o instituto jurídico da revogação de leis ocorre quando uma lei é extirpada do mundo jurídico, em razão da vigência de outra, de hierarquia igual ou superior àquela, sendo sabido também que a hierarquia entre as leis é aferida a partir da análise do fundamento de validade de cada uma delas.

Observa-se que as Leis nº 8.072/1990 e 11.464/2007 constituem atos normativos primários, eis que possuem como fundamento imediato de validade a Constituição da República, e, por conseguinte, apresentam a mesma densidade normativa. Logo, a Lei 11.464/2007, ao alterar os preceitos legais daquela concernentes à progressão de regime, derogou-a, ao apresentar um conteúdo mais benéfico, eis que passou a permitir a progressão carcerária, rompendo com a vedação anteriormente vigente.

Trata-se, pois, da hipótese de *novatio legis in melius*, devendo ser aplicada a Lei nº 11.464/2007 imediatamente a todos processos de execução em curso relativos a delitos hediondos e a estes equiparados, em atenção ao princípio da retroatividade penal da *novatio legis in melius* ou da lei penal mais benigna.

É mister ressaltar que a decisão da Supremo Tribunal Federal supra-referida, apresenta apenas eficácia *inter partes* e é despida de eficácia revogatória, não sendo tal declaração de inconstitucionalidade um meio válido para banir a regra da vedação de progressão de regime do ordenamento jurídico. Ademais, embora haja, no segundo grau de jurisdição, o princípio da reserva de plenário, em regra, não há obrigatoriedade de aplicação da lei nos graus jurisdicionais inferiores.

O mesmo não ocorreria se o Senado Federal, por meio de Resolução, suspendesse a eficácia do art. 1º, § 2º, da Lei de Crimes Hediondos; se fosse aprovada uma súmula vinculante

nesses termos; se fosse objeto de uma ação declaratória de inconstitucionalidade julgada procedente em decisão definitiva, ou de uma declaratória de constitucionalidade julgada improcedente em decisão definitiva, ante o caráter ambivalente dessas ações constitucionais. Porém, nenhuma dessas hipóteses ocorreu.

Cumprir noticiar que, no sistema constitucional brasileiro, não vige o *stare decisis* aplicado no Direito Americano, segundo o qual as decisões de Tribunais Superiores têm força vinculativa, obrigatória às esferas jurisdicionais inferiores. No Brasil, o efeito vinculante só se aplica a situações excepcionais. Aqui a força vinculante é exceção; lá, é regra.

A discussão em tela passa, outrossim, pela concepção da proibição de insuficiência penal, ou princípio da vedação da proteção deficiente dos direitos fundamentais de proteção.

O princípio constitucional da proporcionalidade possui dupla face como resultado da vinculação estatal ao conteúdo da Constituição, ao consagrar o garantismo positivo e o negativo. Isso significa que a inconstitucionalidade pode decorrer de excesso da atuação estatal (garantismo negativo); ou de proteção insuficiente de um direito fundamental social, como ocorre quando o Estado abre mão do uso de determinadas sanções penais para proteger determinados bens jurídicos, no caso, a paz social e a segurança pública. O sistema penal, assim, está condicionado por preceitos constitucionais que o colocam como a instância mais radical de controle, devendo ser utilizado quando imprescindível para assegurar a tutela efetiva de determinados direitos fundamentais.

Tem-se, pois, que o garantismo não desponta apenas como limite do sistema punitivo (proteção contra o Estado), mas, igualmente, como garantismo positivo, a requerer do Estado, em certos casos, a irrenunciabilidade da proteção penal. E as consequências do não-atendimento, pelo legislador, a esse conjunto de ordens emanadas da Constituição trazem nova problemática, concernentes ao controle de constitucionalidade.

Em suma, conceder a progressão de regime, nos termos da Lei nº 8.072/1990, ignorando a Lei 11.464/2007 – esta editada em estrita consonância com os preceitos constitucionais –, é o mesmo que proteger insuficientemente os bens jurídicos da segurança pública e da paz social. Os benefícios para condenados por crimes hediondos e equiparados a estes não de exigir interregno maior de cumprimento de pena, a fim de que o Direito Penal dispense a proteção necessária e eficiente à sociedade, observando os princípios constitucionais da proporcionalidade, da isonomia, da retroatividade da lei penal mais benigna e da individualização da pena.