Roehrig e Soares: A retroatividade da lei penal

Em recente texto publicado na **ConJur**, defendeu-se a posição de que a lei "anticrime" (Lei 13.964/19) estabeleceu a reincidência específica para o recrudescimento da fração no tocante à progressão de regime, superando a visão clássica criada a partir do revogado artigo 2º, §2º, da Lei 8.072/90, segundo a qual bastava a reincidência genérica para que a progressividade fosse exercida no crime considerado

Na mesma oportunidade sustentou-se naturalmente a retroatividade da lei penal quando favorecer o condenado. Porém, surgiram discussões sobre a possível ocorrência de *lex tertia*, isto é, a combinação de diplomas legais de tempos diferentes, tendo em vista a possibilidade de pontos positivos e outros negativos [2].

A título de exemplo, o Tribunal de Justiça de São Paulo, no acórdão prolatado nos autos nº 0005604-90.2020.8.26.0502, negou a retroatividade da lei penal mais benéfica referente à pena do tráfico de drogas porque o crime anterior de roubo circunstanciado pelo emprego de arma de fogo foi inserido no rol dos crimes hediondos com a Lei 13.964/2019, caracterizando, assim, reincidência específica em crime hediondo. Afirmou não poder *"aplicar o estatuto anticrime na parte em que beneficia o réu (…) e não o aplicar na parte em que o prejudica, qual seja, na que erige o crime antecedente à condição de hediondo. Ou a lei retroage como um todo ou não, devendo se optar por aplicá-la, ou não, conforme for mais benéfica ao acusado"* [3].

Como destacado anteriormente, a *lex tertia* (terceira lei) é caracterizada quando o operador do Direito, no exame da lei penal no tempo, realiza a combinação de duas ou mais leis visando beneficiar o agente, existindo tal possibilidade em razão das modificações operadas no âmbito da Lei de Execução Penal.

Desde a edição da Lei 7.210/84, ocorreu uma única inovação legislativa que fosse capaz de retroagir em benefício da pessoa condenada, operada com a inserção do §3º ao artigo 112 da LEP, que diminuiu para um oitavo o lapso temporal necessário para a progressão de regime de mulheres gestantes, mães ou responsáveis por crianças ou pessoas com deficiência. Porém, a aplicação retroativa dessa lei não possui um lado negativo, como a lei "anticrime", de modo que não se verificou a possibilidade de *lex tertia*.

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

Por outro lado, a prática na execução penal também cuida de aplicar inovações legislativas da ordem do Direito Penal, tais como a temporária extirpação da majorante do emprego de arma branca no cometimento do roubo (Lei 13.654/2018), a mitigação do aumento decorrente do envolvimento de crianças, adolescentes e armas de fogo nas atividades de uma organização criminosa (artigo 288, parágrafo único, do CP), e, finalmente, a causa especial de diminuição de pena inserida no §4º, do artigo 33 da Lei 11.343/06 [4].

Quando o juiz da execução penal retroagia a incidência das normas apontadas acima, o efeito gerado era exclusivo da pena correspondente à norma alterada. Porém, a possível retroatividade da lei penal mais benéfica tratada no âmbito deste artigo se apresenta um pouco mais complexa, pois opera em requisitos gerais da progressão de regime prisional em sede de execução penal, portanto, afastando-se do caráter específico das situações anteriores.

Nessa linha de raciocínio, sobreveio debate sobre a possibilidade de retroação da lei "anticrime" apenas em relação à pena favorecida, mantendo-se inalterada a fração das demais penas executadas se a norma for prejudicial.

Um primeiro argumento para a retroatividade da lei sobre todas as penas aplicadas se fundamenta na unificação e soma das penas à luz do artigo 111 da Lei 7.210/84, que torna as penas exigíveis em uma só, impedindo-se até mesmo a extinção parcial. Segundo o texto legal, quando houver condenação por mais de um crime, no mesmo processo ou em processos distintos, a determinação do regime de cumprimento será feita pelo resultado da soma ou unificação das penas, observada, quando for o caso, a detração ou remição. Ademais, havendo condenação no curso da execução, somar-se-á a pena ao restante da que está sendo cumprida, para determinação do regime.

Segundo esse entendimento, a execução penal é uma só, e uma vez unificada, não pode, em nenhuma hipótese, ser novamente fragmentada. A título de ilustração, faz-se referência aos institutos da extinção pelo cumprimento da pena, para o qual a unificação das penas veda a extinção parcial, e também ao limite da pena consoante artigo 75 do Código Penal, que impede o cumprimento em tempo superior a 40 anos, mesmo diante da pluralidade de condenações.

Contudo, a justificativa é pouco substancial. Ao se autorizar a execução simultânea de penas quando o cumprimento for permitido por condições fáticas e legais, tal como ocorre, por exemplo, com as penas restritivas de direito e privativa de liberdade, a unificação das penas conforme do artigo 111 da LEP não é empecilho para a extinção parcial.

A respeito do limite inserido no Código Penal, pode-se concluir que utilizá-lo como argumento para limitar direito ao cidadão preso é deturpar a finalidade do instituto, que surgiu como forma de restringir a perpetuação da prisão do condenado [5].

Diante dessa perspectiva, conclui-se que os novos parâmetros para a progressão de regime devem incidir tão somente sobre as penas cujo resultado for benéfico ao apenado, mantendo-se as frações da lei anterior quanto às demais que foram prejudiciais, sem que isso caracterize *lex tertia*.

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

Não se trata de retroagir uma lei somente apenas na parte que é benéfica ao condenado, ignorando seus malefícios. Na verdade, a lei incidirá em toda a sua plenitude, atendendo-se à individualização das penas de acordo com os critérios fixados pela nova legislação, mas também nos limites daquilo que era previsto pelo legislador.

Desde a edição da Lei 11.464/06, o cálculo da execução penal é individualizado, conferindo tratamento diferenciado às penas oriundas de crimes comuns, hediondos e equiparados, respeitando-se o princípio da individualização executiva das penas. É o que se observa no caso em questão, para além de se atender à coisa julgada.

Notoriamente a cláusula *rebus sic stantibus* demonstra toda sua eficácia na execução penal, pois dia após dia o cumprimento da pena sofre influências temporais, legislativas, administrativas, disciplinares, entre tantos outros. Ela, porém, não justifica a modificação da coisa julgada.

Trazendo a conclusão ao problema suscitado, constata-se imutável a fração exigida para a progressão de regime prisional quando for mais benéfica do que a estabelecida na nova legislação. Cite-se, por exemplo, o entendimento exarado na Súmula 471 do STJ, segundo a qual *"os condenados por crimes hediondos ou assemelhados cometidos antes da vigência da Lei n. 11.464/2007 sujeitam-se ao disposto no artigo 112 da Lei 7.210/1984 (Lei de Execução Penal) para a progressão de regime prisional"* . Em outras palavras, adotar entendimento diverso contrariaria a criação jurisprudencial até então construída.

A visualização da questão em termos práticos pode facilitar a compreensão do tema. Caso sejam executadas duas penas, quatro anos de reclusão oriundos de um crime de roubo, que exigia anteriormente o cumprimento de um sexto (atualmente 25%) para a progressão de regime e cinco anos de reclusão decorrentes do tráfico de drogas, cuja exigência atinge atualmente a ordem de 40%, pois considerado reincidente genérico (antigamente 60%, pela reincidência genérica), ter-se-ia o seguinte quadro:

	Antes da Lei "anticrime"	Retroatividade unificada	Retroatividade individualizada
Roubo - 4 anos	1/6 = 8 meses	25% = 1 ano	1/6 = 8 meses
Tráfico de drogas - 5 anos	3/5 = 3 anos	40% = 2 anos	40% = 2 anos
Soma - 9 anos	3 anos e 8 meses	3 anos	2 anos e 8 meses

Vislumbra-se, assim, que o quantum de 40% seria favorável ao condenado, em função da reincidência genérica de acordo com a nova lei, todavia, o montante de 25% lhe seria desfavorável. Dessa forma, deve prevalecer a fração que mais o favoreça, independentemente da necessidade de combinação de lei (incidência do antigo um sexto ao crime de roubo, que foi revogado com o atual 40% da lei vigente ao tráfico de droga do não reincidente específico).

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

No caso em questão a retroatividade será indispensável, independentemente da adoção do entendimento da retroatividade individualizada ou de retroatividade unificada, o montante necessário para se atingir a progressão de regime será diminuído. Porém, em razão de tudo o que foi exposto, por não caracterizar *lex tertia*, entende-se como melhor solução a retroatividade individualizada, pois somente ela conformaria os princípios da retroatividade da lei penal mais benéfica, da individualização das penas e da coisa julgada.

[1] Disponível em: https://www.conjur.com.br/2020-jul-15/soares-roehrig-reincidencia-progressao-regime. Acesso em 17/7/2020.

[2] De forma bem didático, Paulo Busato afirma que a lex tertia nada mais é do que *"na busca da retroatividade da lei mais benéfica, é possível a combinação entre aspectos positivos de uma lei e de outra, fazendo com que incida a retroação tão somente com referência ao aspecto que se afigura positivo"*. Direito penal: parte geral. São Paulo: Atlas, 2015, p. 133.

[3] TJ-SP; Agravo de Execução Penal 0005604-90.2020.8.26.0502; Relator (a): Xisto Albarelli Rangel Neto; Órgão Julgador: 3ª Câmara de Direito Criminal; Campinas/DEECRIM UR4 – Unidade Regional de Departamento Estadual de Execução Criminal DEECRIM 4ª RAJ; Data do Julgamento: 12/06/2020.

[4] Sobre a retroatividade da lei penal mais benéfica com o advento da do artigo 33, §4º, da Lei 11.343/06 a doutrina firmou-se pela possibilidade de retroação seletiva da redução (MELLO NETO, B. S. ; RODRIGUES, R. C. . Retroatividade Benéfica ou Lex Tertia? Um estudo sobre o conflito de leis no delito de tráfico de drogas. In: SANTIAGO, N. E. A.; SANTOS, N.; GUARAGNI, F. A.. (Org.). *Direito Penal e Criminologia*. 1ed. Florianópolis: FUNJAB, 2013, v. , p. 248-271). Por outro lado, a jurisprudência seguiu em sentido contrário, sedimentando entendimento na Súmula 501 do STJ: “É cabível a aplicação retroativa da Lei 11.343/2006, desde que o resultado da incidência das suas disposições, na íntegra, seja mais favorável ao réu do que o advindo da aplicação da Lei n. 6.368/1976, sendo vedada a combinação de leis”.

[5] Prática denunciada em: VALOIS, Luís Carlos. *Conflito Entre Ressocialização E O Princípio Da Legalidade Penal.* Dissertação. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2012. p. 237; também em VALOIS, Luís Carlos. Ressocialização versus legalidade: em prol de uma possível comunicação na execução penal. *Boletim IBCCRIM*. São Paulo, v. 21, n. 250, p. 10-12, set.. 2013.

Date Created
26/07/2020

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.