

05/03/2009

TRIBUNAL PLENO

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS 91.300-8 DISTRITO FEDERAL

RELATORA : MIN. ELLEN GRACIE
RECORRENTE(S) : JOILSON LUIS DOS SANTOS
ADVOGADO(A/S) : DEFENSORIA PÚBLICA DO DISTRITO FEDERAL
RECORRIDO(A/S) : SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

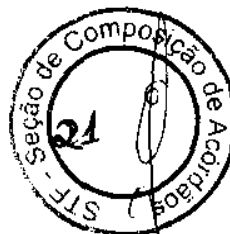
DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*. PROGRESSÃO DE REGIME PRISIONAL. FATO ANTERIOR À LEI 11.464/07. PRECEDENTES DESTA CORTE. PROVIMENTO PARCIAL.

1. A questão de direito versada nestes autos diz respeito à possibilidade (ou não) de progressão do regime de cumprimento da pena corporal imposta no período de vigência da redação originária do art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90.

2. O julgamento do Supremo Tribunal Federal em processos subjetivos, relacionados ao caso concreto, não alterou a vigência da regra contida no art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90 (na sua redação original).

3. Houve necessidade da edição da Lei nº 11.646/07 para que houvesse a alteração da redação do dispositivo legal. Contudo, levando em conta que – considerada a orientação que passou a existir nesta Corte à luz do precedente no HC 82.959/SP – o sistema jurídico anterior à edição da lei de 2007 era mais benéfico ao condenado em matéria de requisito temporal (1/6 da pena), comparativamente ao sistema implantado pela Lei nº 11.646/07 (2/5 ou 3/5, dependendo do caso), deve ser concedida em parte a ordem para que haja o exame do pedido de progressão do regime prisional do paciente, levando em conta o requisito temporal de 1/6 da pena fixada.

4. No mesmo sentido: HC 94.025/SP, rel. Min. Menezes Direito, 1ª Turma, DJ 03.06.2008. Neste último julgado, ficou expressamente consignado que “*relativamente aos crimes hediondos cometidos antes da vigência da Lei nº 11.464/07, a progressão de regime carcerário deve observar o requisito temporal previsto nos artigos 33 do Código Penal e 112 da Lei de Execuções*”



RHC 91.300 / DF

Penais, aplicando-se, portanto, a lei mais benéfica". O art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90 (na sua redação original) não pode ser utilizado como parâmetro de comparação com a Lei nº 11.464/07, diante da sua declaração de inconstitucionalidade, ainda que no exercício do controle concreto, no julgamento do HC nº 82.959/SP (rel. Min. Marco Aurélio).

5. Recurso ordinário em *habeas corpus* parcialmente provido e, assim, concedeu-se a ordem para considerar possível a progressão do regime prisional desde que atendido o requisito temporal de cumprimento de 1/6 da pena, cabendo ao juiz da execução da pena apreciar o pedido de progressão, inclusive quanto à presença dos demais requisitos, considerado o fator temporal acima indicado.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária, sob a Presidência do Senhor Ministro Cezar Peluso, na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, dar parcial provimento ao recurso de *habeas corpus*, nos termos do voto da Relatora.

Brasília, 5 de março de 2009.



Ellen Gracie

- Relatora

24/06/2008

SEGUNDA TURMA

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS 91.300-8 DISTRITO FEDERAL

RELATORA : MIN. ELLEN GRACIE
RECORRENTE(S) : JOILSON LUIS DOS SANTOS
ADVOGADO(A/S) : DEFENSORIA PÚBLICA DO DISTRITO FEDERAL
RECORRIDO(A/S) : SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RELATÓRIO

A Senhora Ministra Ellen Gracie: 1. Trata-se de recurso ordinário em *habeas corpus* interposto contra acórdão da 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça que denegou a ordem de *habeas corpus* anteriormente impetrada perante aquela Corte. O acórdão ficou assim ementado (fl. 87):

"HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. CRIME DE TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CRIME ASSEMELHADO A HEDIONDO. PROGRESSÃO DE REGIME PRISIONAL. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES DO STJ E DO STF.

1. O art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90, foi declarado constitucional pelo Supremo Tribunal Federal, devendo as condenações por crimes hediondos e assemelhados serem cumpridas em regime integralmente fechado.

2. Muito embora atualmente exista discussão acerca da matéria perante o Supremo Tribunal Federal, em recentes pronunciamentos exarados pela Segunda Turma, restou consignado que 'enquanto não modificado esse entendimento, subsiste a constitucionalidade do referido dispositivo legal, devendo prevalecer a jurisprudência da Casa' (HC nº 86.647/SP, 2ª Turma, rel. Min. ELLEN GRACIE, DJ de 25/11/2005).

3. Precedentes do STF e do STJ.

4. Ordem denegada".

RHC 91.300 / DF

Argumenta, o recorrente, que o paciente foi condenado pela prática do crime de tráfico de substância entorpecente, sendo estabelecido o regime integralmente fechado. Observa que, devido ao princípio da individualização da pena, não poderia a norma infraconstitucional impedir sua aplicação. Esclarece que o STF tem declarado a violação do princípio da individualização pelo disposto na Lei nº 8.072/90.

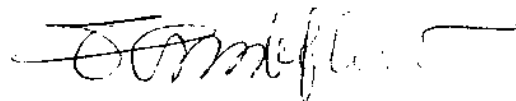
Requer seja provido o recurso para, com a declaração de inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90, ser fixado que o regime será inicialmente fechado, admitindo-se a progressão do regime prisional.

2. Regularmente intimado, o Ministério Público apresentou suas contra-razões, pugnando o provimento do recurso (fls. 105/108).

3. Decisão de admissibilidade do recurso ordinário (fl. 110).

4. Manifestação da Procuradoria-Geral da República no sentido do provimento parcial do recurso (fls. 117/123).

É o relatório.



RHC 91.300 / DF

VOTO

A Senhora Ministra Ellen Gracie - (Relatora): A questão de direito versada nestes autos diz respeito à possibilidade (ou não) de progressão do regime de cumprimento da pena corporal imposta no período de vigência da redação originária do art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90.

Ao apreciar o *habeas corpus* impetrado em favor do paciente, o Superior Tribunal de Justiça considerou a constitucionalidade da vedação da progressão do regime de cumprimento de pena, com base na orientação jurisprudencial então dominante, expressa no julgamento do HC nº 69.657/SP. Pouco antes do julgamento do writ no STJ, considerei que “*enquanto não modificado esse entendimento, subsiste a constitucionalidade do referido dispositivo legal, devendo prevalecer a jurisprudência da Casa*” (HC nº 86.647/SP, 2ª Turma, de minha relatoria, DJ 25.11.2005).

2. Contudo, o Pleno desta Corte, ao julgar o HC nº 82.959/SP, modificou a orientação até então dominante, em acórdão assim ementado (rel. Min. Marco Aurélio, DJ 04.09.2006):

“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

RHC 91.300 / DF

jurisprudencial, assentada a inconstitucionalidade do artigo 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90”.

3. Registro, inicialmente, que a Constituição Federal, no art. 5º, expressamente estabeleceu orientação mais rigorosa a determinados crimes, ao mencionar que “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 evita-los, se omitirem” (XLIII).

E, justamente com objetivo de regulamentar tal dispositivo constitucional sobreveio a Lei nº 8.072/90, fundada na repulsa social aferida em razão da gravidade dos crimes previstos na norma constitucional. O § 1º, do art. 2º, da referida lei, expressamente estabeleceu que a pena imposta à pessoa que tenha praticado crime hediondo ou a ele equiparado (inclusive o tráfico ilícito de entorpecente), deveria ser cumprido em regime integralmente fechado.

A indagação que se fazia era a seguinte: a supressão da possibilidade do regime de progressão do regime de cumprimento da pena privativa de liberdade era atentatória ao princípio da individualização da pena ou a algum outro princípio constitucional, inclusive a dignidade da pessoa humana?

Com a devida vênia da orientação contrária, considerava que a redação original do art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90, não estava eivada de inconstitucionalidade, não causando o malferimento dos incisos XLVI e XLVII, do art. 5º, da Constituição Federal. Os princípios da individualização e da humanidade da pena não foram violados com a regra legal acima mencionada.

A individualização da pena compreende três fases distintas: a individualização legislativa (cominação), judicial (aplicação) e executória (execução). De acordo com a regra que

RHC 91.300 / DF

estabelecia o regime integralmente fechado, continuavam perfeitamente aplicáveis os três momentos acima referidos, com a ressalva tão somente de não se admitir a progressão do regime prisional, ou seja, um determinado aspecto relativo à execução da pena.

Os crimes continuavam – como ainda continuam – com previsão abstrata dos mínimo e máximo cominados, em consonância com os critérios de política legislativa, atentando para a maior ou menor lesividade do crime no âmbito social. Ademais, a aplicação da pena continuava – como ainda continua – a observar os parâmetros e referências legais, em especial o disposto no art. 59, do Código Penal, com previsão clara acerca dos critérios norteadores para a imposição da pena privativa de liberdade. E, finalmente, no momento do cumprimento da pena, com a concretização da medida punitiva imposta ao sentenciado, os critérios referenciais para a ressocialização do condenado, inclusive com os incidentes de execução (por exemplo, livramento condicional, remissão), continuavam – e continuam – a prevalecer, apenas com a ressalva da integralidade do regime fechado para os crimes hediondos e equiparados à luz da Lei nº 8.072/90 na redação anterior àquela introduzida pela Lei nº 11.464/07.

4. Observo, ainda, que todos os benefícios legais inerentes à execução da pena, e evidentemente compatíveis com o regime fechado, prosseguiram sendo aplicáveis aos condenados por crime hediondo ou a ele equiparado, de modo a estimular sua recuperação e ressocialização.

Desse modo, considero que era perfeitamente compatível com a Constituição Federal a vedação da progressão do regime de cumprimento da pena quando da condenação por prática de crime hediondo ou a ele equiparado. Daí reputar que o tema referente ao regime de cumprimento da pena corporal é apenas um dos aspectos relativos à execução penal, perfeitamente adequado à realidade dos crimes reputados mais danosos à sociedade, em postura normativa perfeitamente coerente com a finalidade retributiva da pena.

RHC 91.300 / DF

5. Contudo, sobreveio a Lei nº 11.464/07 que alterou a redação do art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90, ao prever que a pena por crime hediondo ou a ele equiparado será cumprida em regime inicialmente fechado e, logo em seguida, estabeleceu a seguinte regra:

“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”.

Observo que a Lei nº 8.072/90 é de natureza mista, porquanto trata de matéria de direito penal e de direito processual penal. Reconheço que a retroatividade ou a ultra-atividade da norma penal deve ser considerada tendo como referência os benefícios gerados ao réu ou ao condenado, ao passo que a norma processual deve ter imediata aplicação.

6. O tema relativo ao regime de cumprimento da pena que envolve, pois, matéria relativa à execução, recebe considerações distintas quanto à natureza de seu enquadramento no sistema jurídico brasileiro. O assunto se insere no Direito Penal, no Direito Processual Penal e no Direito Administrativo, dependendo do enfoque que seja dado, como bem pontuou o Subprocurador-Geral da República, Dr. Mário José Gisi (fl. 121).

Contudo, a solução de tal polêmica não se mostra necessária quando se atenta para as referências que devem ser consideradas. A esse respeito, transcrevo trecho da manifestação da Procuradoria Geral da República (fls. 122/123):

“Sem maiores divagações, extraímos daí que a aplicação imediata da Lei nº 8.072/90, com a redação dada pela Lei nº 11.464/07, somente poderia ser obstada se tida como norma de direito material mais prejudicial ao réu.

RHC 91.300 / DF

Eis o foco: o parâmetro de comparação para a verificação do prejuízo ou não para o apenado decorrente da nova redação dos §§ 1º e 2º do art. 2º da Lei dos Crimes Hediondos deve ser a redação antiga daquele diploma, que vedava a progressão do regime prisional, não servindo, para tanto, os artigos 33 do Código Penal e 112 da Lei de Execuções Penais, uma vez respeitado o princípio da especialidade, ex vi do art. 12 do Código Penal.

Ora, a modulação de efeitos da declaração de inconstitucionalidade do originário § 1º do art. 2º da Lei nº 8.072/90 pelo Supremo Tribunal Federal, embora corretamente acompanhada pela grande maioria dos tribunais infraconstitucionais pátrios, não implicou revogação daquele dispositivo, o que veio a ocorrer somente com o advento da Lei nº 11.464/07, que versou em sentido diverso sobre a progressão de regime prisional para os crimes ali narrados.

Assim, temos que, desde a data de sua publicação, hão de ser cumpridos os novos requisitos listados naquela lei para fins de concessão do benefício da progressão de regime para condenados por crimes hediondos ou equiparados, ainda que o trânsito em julgado da condenação tenha ocorrido em data anterior à sua entrada em vigor.

Logo, em sendo o recorrente reincidente, deverá o mesmo cumprir três quintos da reprimenda no regime inicial imposto, qual seja, o regime fechado, para que então possa pleitear a mudança para regime intermediário. De resto, quanto aos requisitos subjetivos, permanecerá a regra do art. 112 da LEP, dada a ausência de previsão a respeito na Lei nº 8.072/90.

(...)

De outro modo, admitida a incidência pura e simples do Código Penal e da LEP, deixaria a

RHC 91.300 / DF

Lei de Crimes Hediondos de cumprir seu papel valorativo em nosso sistema jurídico”.

7. Consigno que o julgamento do Supremo Tribunal Federal em processos subjetivos, relacionados ao caso concreto, não alterou a vigência da regra contida no art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90. Assim, houve necessidade da edição da Lei nº 11.646/07 para que houvesse a alteração da redação do dispositivo legal.

Esclareço, pois, que com a nova redação do § 1º, e a introdução do § 2º, ambos do art. 2º, da Lei de Crimes Hediondos, deverão ser cumpridos os requisitos e condições impostas, mesmo em relação às pessoas que praticaram condutas criminosas em época anterior à nova ordem jurídica instaurada sobre o tema. Do contrário, haveria claro descumprimento do comando constitucional contido no art. 5º, XLIII, não realizando o papel axiológico e a própria razão de ser da Lei nº 8.072/90, a saber, tratar de modo mais rigoroso as hipóteses relacionadas aos crimes hediondos e a eles equiparados.

Registro, no entanto, que há orientação divergente acerca da matéria no âmbito do STF, conforme se depreende da leitura do acórdão da 1ª Turma desta Corte no HC nº 92.410/MS (DJ 01.02.2008):

Habeas corpus. Direito Penal e Processual Penal. Prova ilícita. Circunstâncias judiciais consideradas indevidamente. Requisito temporal para a progressão de regime prisional quanto aos crimes hediondos cometidos antes do início da vigência da Lei nº 11.464/07. Precedentes. 1. (...) 2. A declaração de inconstitucionalidade da redação original do artigo 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90, havida no julgamento do HC nº 82.959/SP (Tribunal Pleno, Relator o Ministro Marco Aurélio, DJ de 1º/9/06), impede que, mesmo em um plano abstrato, ele seja tomado como parâmetro de comparação quando se investiga se a Lei nº 11.464/07 é mais benéfica ou mais gravosa para o réu. 3. Com relação aos crimes hediondos cometidos antes da vigência

RHC 91.300 / DF

da Lei nº 11.464/07, a progressão de regime carcerário deve observar o requisito temporal previsto nos artigos 33 do Código Penal e 112 da Lei de Execuções Penais (HC nº 91.631/SP, Primeira Turma, Relatora a Ministra Carmen Lúcia, julgado em 16/10/07), aplicando-se, portanto, a lei mais benéfica. 4. Considerando que a sentença condenatória restabelecida pela decisão impugnada do Superior Tribunal de Justiça impunha o cumprimento da pena em regime integralmente fechado, concede-se a ordem, de ofício, para que o Juízo responsável pela execução da pena aprecie o pedido de progressão, observado, quanto ao requisito temporal, o cumprimento de 1/6 da pena”.

8. Ante o exposto, **dou parcial provimento** ao recurso para, ao reformar o acórdão do STJ, **conceder parcialmente** a ordem de *habeas corpus*, estabelecendo que o regime de cumprimento da pena será o inicialmente fechado, admitindo-se a progressão do regime prisional desde que atendidos os requisitos do art. 2º, §§ 1º e 2º, da Lei nº 8.072/90, na redação que lhe foi dada pela Lei nº 11.464/07.

É como voto.



SEGUNDA TURMA

EXTRATO DE ATA

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS 91.300-8

PROCED.: DISTRITO FEDERAL

RELATORA : MIN. ELLEN GRACIE

RECTE.(S): JOILSON LUIS DOS SANTOS

ADV.(A/S): DEFENSORIA PÚBLICA DO DISTRITO FEDERAL

RECDO.(A/S): SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Decisão: A Turma, a unanimidade, deliberou afetar ao Plenário o julgamento do presente processo. Ausentes, justificadamente, neste julgamento, os Senhores Ministros Eros Grau e Celso de Mello. Presidiu, este julgamento, a Senhora Ministra Ellen Gracie. **2ª Turma**, 24.06.2008.

Presidência da Senhora Ministra Ellen Gracie. Presentes à sessão os Senhores Ministros Cezar Peluso, Joaquim Barbosa e Eros Grau. Ausente, justificadamente, o Senhor Ministro Celso de Mello.

Subprocurador-Geral da República, Dr. Mário José Gisi.

Carlos Alberto Cantanhede
Coordenador

05/03/2009

TRIBUNAL PLENO

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS 91.300-8 DISTRITO FEDERAL

RELATORA : MIN. ELLEN GRACIE
RECORRENTE(S) : JOILSON LUIS DOS SANTOS
ADVOGADO(A/S) : DEFENSORIA PÚBLICA DO DISTRITO FEDERAL
RECORRIDO(A/S) : SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RELATÓRIO

A Senhora Ministra Ellen Gracie: 1. Trata-se de recurso ordinário em *habeas corpus* interposto contra acórdão da 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça que denegou a ordem de *habeas corpus* anteriormente impetrada perante aquela Corte. O acórdão ficou assim ementado (fl. 87):

"HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. CRIME DE TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CRIME ASSEMELHADO A HEDIONDO. PROGRESSÃO DE REGIME PRISIONAL. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES DO STJ E DO STF.

1. O art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90, foi declarado constitucional pelo Supremo Tribunal Federal, devendo as condenações por crimes hediondos e assemelhados serem cumpridas em regime integralmente fechado.

2. Muito embora atualmente exista discussão acerca da matéria perante o Supremo Tribunal Federal, em recentes pronunciamentos exarados pela Segunda Turma, restou consignado que 'enquanto não modificado esse entendimento, subsiste a constitucionalidade do referido dispositivo legal, devendo prevalecer a jurisprudência da Casa' (HC nº 86.647/SP, 2ª Turma, rel. Min. ELLEN GRACIE, DJ de 25/11/2005).

3. Precedentes do STF e do STJ.

4. Ordem denegada".

RHC 91.300 / DF

Argumenta, o recorrente, que o paciente foi condenado pela prática do crime de tráfico de substância entorpecente, sendo estabelecido o regime integralmente fechado. Observa que, devido ao princípio da individualização da pena, não poderia a norma infraconstitucional impedir sua aplicação. Esclarece que o STF tem declarado a violação do princípio da individualização pelo disposto na Lei nº 8.072/90.

Requer seja provido o recurso para, com a declaração de inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90, ser fixado que o regime será inicialmente fechado, admitindo-se a progressão do regime prisional.

2. Regularmente intimado, o Ministério Público apresentou suas contra-razões, pugnando o provimento do recurso (fls. 105/108).

3. Decisão de admissibilidade do recurso ordinário (fl. 110).

4. Manifestação da Procuradoria-Geral da República no sentido do provimento parcial do recurso (fls. 117/123).

5. Por decisão da 2ª Turma desta Corte, o julgamento deste recurso ordinário em *habeas corpus* foi afetado ao Plenário (fl. 126).

É o relatório.



RHC 91.300 / DF

VOTO

A Senhora Ministra Ellen Gracie - (Relatora): A questão de direito versada nestes autos diz respeito à possibilidade (ou não) de progressão do regime de cumprimento da pena corporal imposta no período de vigência da redação originária do art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90.

Registro que, após proceder à leitura do voto na sessão de julgamento da 2ª Turma desta Corte, deliberou-se, à unanimidade, pela afetação do julgamento do recurso ao Plenário (fl. 126).

Ao apreciar o *habeas corpus* impetrado em favor do paciente, o Superior Tribunal de Justiça considerou a constitucionalidade da vedação da progressão do regime de cumprimento de pena, com base na orientação jurisprudencial então dominante, expressa no julgamento do HC nº 69.657/SP. Pouco antes do julgamento do writ no STJ, considereei que “*enquanto não modificado esse entendimento, subsiste a constitucionalidade do referido dispositivo legal, devendo prevalecer a jurisprudência da Casa*” (HC nº 86.647/SP, 2ª Turma, de minha relatoria, DJ 25.11.2005).

2. Contudo, o Pleno desta Corte, ao julgar o HC nº 82.959/SP, modificou a orientação até então dominante, em acórdão assim ementado (rel. Min. Marco Aurélio, DJ 04.09.2006):

“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,

RHC 91.300 / DF

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”.

3. *Registro, inicialmente, que a Constituição Federal, no art. 5º, expressamente estabeleceu orientação mais rigorosa a determinados crimes, ao mencionar que “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 evita-los, se omitirem” (XLIII).*

E, justamente com objetivo de regulamentar tal dispositivo constitucional sobreveio a Lei nº 8.072/90, fundada na repulsa social aferida em razão da gravidade dos crimes previstos na norma constitucional. O § 1º, do art. 2º, da referida lei, expressamente estabeleceu que a pena imposta à pessoa que tenha praticado crime hediondo ou a ele equiparado (inclusive o tráfico ilícito de entorpecente), deveria ser cumprido em regime integralmente fechado.

A indagação que se fazia era a seguinte: a supressão da possibilidade do regime de progressão do regime de cumprimento da pena privativa de liberdade era atentatória ao princípio da individualização da pena ou a algum outro princípio constitucional, inclusive a dignidade da pessoa humana?

3. Sobreveio a Lei nº 11.464/07 que alterou a redação do art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90, ao prever que a pena por crime hediondo ou a ele equiparado será cumprida em regime inicialmente fechado e, logo em seguida, estabeleceu a seguinte regra:

“Art. 2º.

RHC 91.300 / DF

§ 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”.

Observo que a norma prevista no art. 2º, §§ 1º e 2º, da Lei nº 8.072/90, é de natureza mista, porquanto trata de matéria de direito penal e de direito processual penal. Reconheço que a retroatividade ou a ultra-atividade da norma penal deve ser considerada tendo como referência os benefícios gerados ao réu ou ao condenado, ao passo que a norma processual deve ter imediata aplicação.

4. O tema relativo ao regime de cumprimento da pena que envolve, pois, matéria relativa à execução, recebe considerações distintas quanto à natureza de seu enquadramento no sistema jurídico brasileiro. O assunto se insere no Direito Penal, no Direito Processual Penal e no Direito Administrativo, dependendo do enfoque que se lhe dê.

Contudo, a solução de tal polêmica não se mostra necessária quando se atenta para as referências que devem ser consideradas. A esse respeito, transcrevo trecho da manifestação da Procuradoria Geral da República (fls. 121/123):

“Sem maiores divagações, extraímos daí que a aplicação imediata da Lei nº 8.072/90, com a redação dada pela Lei nº 11.464/07, somente poderia ser obstada se tida como norma de direito material mais prejudicial ao réu.

Eis o foco: o parâmetro de comparação para a verificação do prejuízo ou não para o apenado decorrente da nova redação dos §§ 1º e 2º do art. 2º da Lei dos Crimes Hediondos deve ser a redação antiga daquele diploma, que vedava a progressão do regime prisional, não servindo, para tanto, os artigos 33 do Código Penal e 112 da Lei de

RHC 91.300 / DF

Execuções Penais, uma vez respeitado o princípio da especialidade, ex vi do art. 12 do Código Penal.

Ora, a modulação de efeitos da declaração de inconstitucionalidade do originário § 1º do art. 2º da Lei nº 8.072/90 pelo Supremo Tribunal Federal, embora corretamente acompanhada pela grande maioria dos tribunais infraconstitucionais pátrios, não implicou revogação daquele dispositivo, o que veio a ocorrer somente com o advento da Lei nº 11.464/07, que versou em sentido diverso sobre a progressão de regime prisional para os crimes ali narrados.

Assim, temos que, desde a data de sua publicação, hão de ser cumpridos os novos requisitos listados naquela lei para fins de concessão do benefício da progressão de regime para condenados por crimes hediondos ou equiparados, ainda que o trânsito em julgado da condenação tenha ocorrido em data anterior à sua entrada em vigor.

Logo, em sendo o recorrente reincidente, deverá o mesmo cumprir três quintos da reprimenda no regime inicial imposto, qual seja, o regime fechado, para que então possa pleitear a mudança para regime intermediário. De resto, quanto aos requisitos subjetivos, permanecerá a regra do art. 112 da LEP, dada a ausência de previsão a respeito na Lei nº 8.072/90.

(...)

De outro modo, admitida a incidência pura e simples do Código Penal e da LEP, deixaria a Lei de Crimes Hediondos de cumprir seu papel valorativo em nosso sistema jurídico”.

5. Consigno que o julgamento do Supremo Tribunal Federal em processos subjetivos, relacionados ao caso concreto, não alterou a vigência da regra contida no art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90 (na sua redação original).

RHC 91.300 / DF

Assim, houve necessidade da edição da Lei nº 11.646/07 para que houvesse a alteração da redação do dispositivo legal. Contudo, levando em conta que – considerada a orientação que passou a existir nesta Corte à luz do precedente no HC 82.959/SP – o sistema jurídico anterior à edição da lei de 2007 era mais benéfico ao condenado em matéria de requisito temporal (1/6 da pena), comparativamente ao sistema implantado pela Lei nº 11.646/07 (2/5 ou 3/5, dependendo do caso), deve ser concedida em parte a ordem para que haja o exame do pedido de progressão do regime prisional do paciente, levando em conta o requisito temporal de 1/6 da pena fixada.

Registro que há mesma orientação acerca da matéria no âmbito do STF, conforme se depreende da leitura do acórdão da 1ª Turma desta Corte no HC nº 92.410/MS (DJ 01.02.2008):

“Habeas corpus. Direito Penal e Processual Penal. Prova ilícita. Circunstâncias judiciais consideradas indevidamente. Requisito temporal para a progressão de regime prisional quanto aos crimes hediondos cometidos antes do início da vigência da Lei nº 11.464/07. Precedentes. 1. (...) 2. A declaração de inconstitucionalidade da redação original do artigo 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90, havida no julgamento do HC nº 82.959/SP (Tribunal Pleno, Relator o Ministro Marco Aurélio, DJ de 1º/9/06), impede que, mesmo em um plano abstrato, ele seja tomado como parâmetro de comparação quando se investiga se a Lei nº 11.464/07 é mais benéfica ou mais gravosa para o réu. 3. Com relação aos crimes hediondos cometidos antes da vigência da Lei nº 11.464/07, a progressão de regime carcerário deve observar o requisito temporal previsto nos artigos 33 do Código Penal e 112 da Lei de Execuções Penais (HC nº 91.631/SP, Primeira Turma, Relatora a Ministra Carmen Lúcia, julgado em 16/10/07), aplicando-se, portanto, a lei mais benéfica. 4. Considerando que a sentença condenatória restabelecida pela decisão impugnada

RHC 91.300 / DF

do Superior Tribunal de Justiça impunha o cumprimento da pena em regime integralmente fechado, concede-se a ordem, de ofício, para que o Juízo responsável pela execução da pena aprecie o pedido de progressão, observado, quanto ao requisito temporal, o cumprimento de 1/6 da pena”.

No mesmo sentido: HC 94.025/SP, rel. Min. Menezes Direito, 1ª Turma, DJ 03.06.2008. Neste último julgado, ficou expressamente consignado que *“relativamente aos crimes hediondos cometidos antes da vigência da Lei nº 11.464/07, a progressão de regime carcerário deve observar o requisito temporal previsto nos artigos 33 do Código Penal e 112 da Lei de Execuções Penais, aplicando-se, portanto, a lei mais benéfica”*. O art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90 (na sua redação original) não pode ser utilizado como parâmetro de comparação com a Lei nº 11.464/07, diante da sua declaração de inconstitucionalidade, ainda que no exercício do controle concreto, no julgamento do HC nº 82.959/SP (rel. Min. Marco Aurélio).

6. Ante o exposto, **dou parcial provimento** ao recurso ordinário para o fim de **conceder** a ordem de *habeas corpus*, por considerar possível a progressão do regime prisional desde que atendido o requisito temporal de cumprimento de 1/6 da pena, cabendo ao juiz da execução da pena apreciar o pedido de progressão, inclusive quanto à presença dos demais requisitos, considerado o fator temporal acima indicado.

É como voto.



PLENÁRIO**EXTRATO DE ATA****RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS 91.300-8**

PROCED.: DISTRITO FEDERAL

RELATORA : MIN. ELLEN GRACIE

RECTE.(S): JOILSON LUIS DOS SANTOS

ADV.(A/S): DEFENSORIA PÚBLICA DO DISTRITO FEDERAL

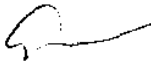
RECDO.(A/S): SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Decisão: A Turma, a unanimidade, deliberou afetar ao Plenário o julgamento do presente processo. Ausentes, justificadamente, neste julgamento, os Senhores Ministros Eros Grau e Celso de Mello. Presidiu, este julgamento, a Senhora Ministra Ellen Gracie. **2ª Turma**, 24.06.2008.

Decisão: O Tribunal, por unanimidade e nos termos do voto da Relatora, deu parcial provimento ao recurso de *habeas corpus*. Ausentes, justificadamente, os Senhores Ministros Gilmar Mendes (Presidente), em representação do Tribunal no exterior, e Celso de Mello e, neste julgamento, o Senhor Ministro Eros Grau. Presidiu o julgamento o Senhor Ministro Cezar Peluso (Vice-Presidente). Plenário, 05.03.2009.

Presidência do Senhor Ministro Cezar Peluso (Vice-Presidente). Presentes à sessão os Senhores Ministros Marco Aurélio, Ellen Gracie, Carlos Britto, Joaquim Barbosa, Ricardo Lewandowski, Eros Grau, Cármen Lúcia e Menezes Direito.

Procurador-Geral da República, Dr. Antônio Fernando Barros e Silva de Souza.


Luiz Tomimatsu
Secretário