



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

PROCURADORIA GERAL DE JUSTIÇA

Setor de Recursos Extraordinários e Especiais Criminais
Rua Riachuelo, 115, 9º andar, sala 906, São Paulo - SP - CEP 01007-904

Tel: (11) 3119-9689 - Fax: (11) 3119-9677 - email: recursospecial@mpsp.mp.br

OBS: Na jurisprudência citada, sempre que não houver indicação do tribunal, entenda-se que é do Superior Tribunal de Justiça.

Índices
Ementas – ordem alfabética
Ementas – ordem numérica

Tese 562

EXECUÇÃO PENAL – CRIME HEDIONDO COM RESULTADO MORTE ANTERIOR AO PACOTE ANTICRIME – CUMPRIMENTO DE 3/5 DA PENA PARA PROGRESSÃO – NECESSIDADE. O disposto no art. 2º, §2º, da Lei dos Crimes Hediondos deve ser aplicado de forma ultrativa, por ser mais benéfico do que o art. 112, VI, “a”, da LEP, já que não veda o livramento condicional.

EXCELENTÍSSIMO SENHOR DOUTOR DESEMBARGADOR PRESIDENTE DA
EGRÉZIA SEÇÃO CRIMINAL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE
SÃO PAULO

O MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, nos autos da Agravo de Execução Penal nº **0010984-94.2020.8.26.0502**, da Comarca de Campinas, em que é agravante DIEGO PEREIRA DE LIMA, é agravado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, vem perante Vossa Excelência, com fundamento no artigo 105, inciso III, alínea “a”, da Constituição da República, no artigo 255 do RISTJ e no artigo 1.029 do Código de Processo Civil, interpor RECURSO ESPECIAL para o COLENDO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, pelos motivos adiante aduzidos:

1. A HIPÓTESE EM EXAME

Diego Pereira de Lima teve pedido de retificação de cálculo de pena indeferido pelo juízo das execuções criminais. Inconformado, recorreu sob o argumento de que não é reincidente específico em delito hediondo ou a ele equiparado, razão pela qual faria jus a aplicação das modificações trazidas pela Lei nº 13.964/2019, eis que mais favorável, pois ao alterar o artigo 112 da Lei de Execução Penal, o novo texto previu o cumprimento do lapso de 40% da pena para progressão de regime. Requereu, assim, a reforma da decisão para retificação do cálculo de penas para constar o prazo de 40% (quarenta por cento) para fins de progressão de regime prisional, nos termos da nova redação do artigo 112, inciso V, da Lei de Execução Penal (fls. 01/05).

Ofertada contraminuta (fls. 40), o d. Juízo a quo manteve a decisão combatida (fls. 52) e a d. Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se pelo não provimento do recurso (fls. 60/68).

A 9ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, todavia, ao julgar o agravo, proferiu a seguinte decisão: “Por maioria, DERAM PROVIMENTO ao recurso defensivo para determinar a retificação do cálculo das penas, considerando-se, para fins de progressão de regime, o lapso de 40%, nos termos do artigo 112, inciso V, da Lei nº 7.210/1984, com redação dada pela Lei nº 13.964/2019”.

Eis a íntegra do acórdão (fls. 70/79):

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Execução Penal nº 0010984-94.2020.8.26.0502, da Comarca de Campinas, em que é agravante DIEGO PEREIRA DE LIMA, é agravado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 9ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Por maioria, DERAM PROVIMENTO ao recurso defensivo para determinar a retificação do cálculo das penas, considerando-se, para fins de progressão de regime, o lapso de 40%, nos termos do artigo 112, inciso V, da Lei nº 7.210/1984, com redação dada pela Lei nº 13.964/2019. , de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores SÉRGIO COELHO (Presidente sem voto), SILMAR FERNANDES, vencedor, ALCIDES MALOSSI JUNIOR, vencido E CÉSAR AUGUSTO ANDRADE DE CASTRO.

São Paulo, 27 de maio de 2021.

RELATOR DESIGNADO Assinatura Eletrônica

Agravo em Execução Penal nº 0010984-94.2020.8.26.0502

Voto nº 20.885 DIGITAL JULGAMENTO VIRTUAL

Agravante: Diego Pereira de Lima

Agravado: Ministério Público do Estado de São Paulo

AGRAVO EM EXECUÇÃO PENAL Retificação de cálculo Condenado por homicídio qualificado Reincidência em crime comum Hipótese não abarcada pelas modificações trazidas pela Lei nº 13.964/2019 Lacuna legislativa que impõe a

utilização da analogia in bonam partem Progressão que passa a ocorrer com o cumprimento de 40% da pena Orientação revista Precedentes de ambas as Turmas do STJ que julgam matéria criminal Decisão reformada RECURSO PROVIDO.

1. Trata-se de Agravo em Execução Penal interposto por Diego Pereira de Lima, contra a r. decisão aqui copiada às fls. 35/36, a qual indeferiu pedido de retificação de cálculo de pena.

Inconformado, recorre o sentenciado, sob o argumento, em síntese, de que não é reincidente específico em delito hediondo ou a ele equiparado, razão pela qual faz jus a aplicação das modificações trazidas pela Lei nº 13.964/2019 eis que mais favorável, pois ao alterar o artigo 112 da Lei de Execução Penal, prevê o cumprimento do lapso de 40% da pena para progressão de regime. Requer, assim, a reforma da decisão para retificação do cálculo de penas para constar o prazo de 40% (quarenta por cento) para fins de progressão de regime prisional, nos termos da nova redação do artigo 112, inciso V, da Lei de Execução Penal (fls. 01/05).

Ofertada contraminuta (fls. 40), o d. Juízo a quo manteve a decisão combatida (fls. 52) e a d. Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se pelo não provimento do recurso (fls. 60/68).

É O RELATÓRIO.

2. De início, revendo posicionamento anterior e a fim de adequar o entendimento àquele esposado pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça, anoto ser o caso de provimento do recurso defensivo.

Explico.

Segundo consta, o agravante (reincidente) cumpre, em regime prisional fechado, a pena unificada de 18 anos, 06 meses e 29 dias de reclusão, com término de cumprimento previsto para 01 de abril de 2037 (fls. 20/23).

O d. Juízo a quo indeferiu pedido de retificação de cálculos, mantendo o lapso de 60% ou 3/5 (três quintos) para fins de progressão de regime.

Alega a d. Defesa que somente seria aplicável o artigo 112, inciso VII, da Lei de Execuções Penais se fosse o agravante reincidente específico, condição que não corresponde a sua situação, visto que o delito que gerou a recidiva é daquele classificado, pela legislação, como comum.

E com razão.

Com a entrada em vigor da Lei 13.964/19 (Pacote Anticrime), foi

revogado expressamente o art. 2º, §2º, da Lei nº. 8.072/90 (art. 19 da Lei n. 13.964/19), passando a progressão de regime, na Lei de Crimes Hediondos, a ser regida pela Lei nº. 7.210/84, cujo artigo 112 a partir da novel legislação passou a contar com a seguinte redação: “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:

I - 16% (dezesesseis por cento) da pena, se o apenado for primário e o crime tiver sido cometido sem violência à pessoa ou grave ameaça;

II - 20% (vinte por cento) da pena, se o apenado for reincidente em crime cometido sem violência à pessoa ou grave ameaça;

III - 25% (vinte e cinco por cento) da pena, se o apenado for primário e o crime tiver sido cometido com violência à pessoa ou grave ameaça;

IV - 30% (trinta por cento) da pena, se o apenado for reincidente em crime cometido com violência à pessoa ou grave ameaça;

V - 40% (quarenta por cento) da pena, se o apenado for condenado pela prática de crime hediondo ou equiparado, se for primário;

VI - 50% (cinquenta por cento) da pena, se o apenado for:

a) condenado pela prática de crime hediondo ou equiparado, com resultado morte, se for primário, vedado o livramento condicional;

b) condenado por exercer o comando, individual ou coletivo, de organização criminosa estruturada para a prática de crime hediondo ou equiparado; ou

c) condenado pela prática do crime de constituição de milícia privada;

VII - 60% (sessenta por cento) da pena, se o apenado for reincidente na prática de crime hediondo ou equiparado;

VIII - 70% (setenta por cento) da pena, se o apenado for reincidente em crime hediondo ou equiparado com resultado morte, vedado o livramento condicional. Como se pode observar, na hipótese de o sentenciado por crime hediondo ou equiparado ser primário, a progressão de regime dar-se-á com o cumprimento de 40% da pena.

Se o sentenciado, ao contrário, for reincidente na prática de crime hediondo ou equiparado, a progressão ocorrerá com o cumprimento de 60% da pena.

Não se exige como se pode observar uma reincidência qualquer. A reincidência que enseja maior rigidez na progressão de regime, com exigência de cumprimento de maior tempo de pena, é aquela na prática de crime hediondo ou equiparado. Exige a lei que o apenado condenado por crime hediondo ou equiparado seja reincidente em crimes de igual natureza para que se imponha o lapso de 60%.

Esta, aliás, é a conclusão da doutrina especializada:

“Interessante notar que, com relação ao reincidente em crime hediondo, a lei nova é mais benéfica. Isto porque, pela redação antiga, bastaria que o condenado fosse reincidente genérico para que se exigisse o de 3/5 da pena para a progressão de regime. Pela nova redação, dada pela Lei 13.964/2019, especificamente o inciso VII do artigo 112 da LEP, para que se exija o cumprimento de 60% (equivale aos antigos 3/5), faz-se necessário que o apenado seja “reincidente na prática de crime hediondo ou equiparado”, ou seja, reincidente específico em crime hediondo ou equiparado” (1 FRABRETTI, Humberto Barrionuevo. SMANIO, Gianpaolo Poggio. Comentários ao Pacote Anticrime. São Paulo: Atlas, 2020. p. 183. 2 BRITO, Alexis Couto. Execução Penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 43).

Casos como o dos autos, em que o sentenciado foi condenado por crime hediondo ou equiparado, mas é reincidente em crime comum, não foram contemplados pela novel legislação. Não há, em nenhum dos incisos do artigo 112 da Lei de Execução Penal, a descrição de tal hipótese.

E, como é sabido, a execução penal, assim como o próprio direito penal, rege-se pelo princípio da legalidade. Com efeito, “...o cânone do direito penal possui ressonância na Execução Penal: não há pena sem lei anterior que a defina. E acrescentamos: não há execução da pena sem lei...”².

A lacuna legislativa impõe, como melhor técnica de integração da norma, a aplicação da analogia *in bonam partem*. De fato, a norma que prejudica o réu deve ser interpretada restritivamente, de modo que, em casos como o dos autos, deve-se aplicar a norma mais favorável.

Este o entendimento que já vinha sendo esboçado pela 6ª Turma do Colendo Superior Tribunal de Justiça e que, recentemente, passou a ser encampado pela 5ª Turma, em clara uniformização do posicionamento do Tribunal da Cidadania e que agora passa a ser aplicado por este Julgador, que melhor refletindo sobre o tema, entendeu ser mais adequado aos princípios norteadores da ciência penal.

Neste sentido:

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. VIA INADEQUADA. LEI 13.964/2019 (PACOTE ANTICRIME). PROGRESSÃO DE REGIME. PACIENTE CONDENADO POR TRÁFICO DE DROGAS. REINCIDÊNCIA EM CRIME COMUM (FURTO QUALIFICADO). HIPÓTESE NÃO ABARCADA PELA NOVATIO LEGIS. ANALOGIA IN BONAM PARTEM. CUMPRIMENTO DE 40% DA PENA. ORIENTAÇÃO REVISTA. AGRAVO REGIMENTAL PROVIDO. CONCESSÃO DE HC DE OFÍCIO.

1. O Supremo Tribunal Federal, por sua Primeira Turma, e a Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, diante da utilização crescente e sucessiva do habeas corpus, passaram a restringir a sua admissibilidade quando o ato ilegal for passível de impugnação pela via recursal própria, sem olvidar a possibilidade de concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade.

2. Firmou-se nesta Superior Corte o entendimento no sentido de ser irrelevante que a reincidência seja específica em crime hediondo para a aplicação da fração de 3/5 na progressão de regime, pois não deve haver distinção entre as condenações anteriores (se por crime comum ou por delito hediondo). Interpretação da Lei 8.072/90. Precedentes.

3. Com a entrada em vigor da Lei 13.964/19 - Pacote Anticrime -, foi revogado expressamente o art. 2º, §2º, da Lei n. 8.072/90 (art. 19 da Lei n. 13.964/19), passando a progressão de regime, na Lei de Crimes Hediondos, a ser regida pela Lei n. 7.210/84.

4. A nova redação dada ao art. 112 da Lei de Execução Penal modificou por completo a sistemática, introduzindo critérios e percentuais distintos e específicos para cada grupo, a depender especialmente da natureza do delito.

5. No caso, o paciente foi sentenciado pelo delito de tráfico de drogas, tendo sido reconhecida sua reincidência devido à condenação definitiva anterior pelo crime de furto qualificado (delito comum). Para tal hipótese, inexistente na novatio legis percentual a disciplinar a progressão de regime ora pretendida, pois os percentuais de 60% e 70% foram destinados aos reincidentes específicos.

6. Em direito penal não é permitido o uso de interpretação extensiva, para prejudicar o réu, devendo a integração da norma se operar mediante a analogia in

bonam partem. Princípios aplicáveis: Legalidade das penas, Retroatividade benéfica e in dubio pro reo. - A lei penal deve ser interpretada restritivamente quando prejudicial ao réu, e extensivamente no caso contrário (favorabilia sunt amplianda, odiosa restringenda) - in NÉLSON HUNGRIA, Comentários ao Código Penal, v. I, t.I, p. 86. Doutrina: HUMBERTO BARRIONUEVO FABRETTI e GIANPAOLO POGGIO SMANIO, Comentário ao Pacote Anticrime, Ed. Atlas, 2020; RENATO BRASILEIRO DE LIMA. Pacote Anticrime: Comentários à Lei 13.964/19, Ed. JusPodium, 2020; PAULO QUEIROZ, A nova progressão de regime Lei 13.964/2019, <https://www.pauloqueiroz.net>; ROGÉRIO SANCHES CUNHA, Pacote Anticrime: Lei n. 13.964/2019 - Comentários às alterações no CP, CPP e LEP. Salvador: Editora JusPodvim, 2020; e PEDRO TENÓRIO SOARES VIEIRA TAVARES e ESTÁCIO LUIZ GAMA LIMA NETTO; NETTO LIMA, Pacote Anticrime: As modificações no sistema de justiça criminal brasileiro. e-book, 2020. Precedentes: HC n 581.315/PR, Rel. Min. SEBASTIÃO REIS JÚNIOR e HC n. 607.190/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, ambos julgados em 06/10/2020.

7. Agravo regimental provido, concedendo habeas corpus de ofício para que se opere a transferência do paciente a regime menos rigoroso com a observância, quanto ao requisito objetivo, do cumprimento de 40% da pena privativa de liberdade a que condenado, salvo se cometida falta grave (grifos não originais) (STJ - 5ª Turma - AgRg no HC 613268/SP Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca j. 09.12.2020).

HABEAS CORPUS. AGRAVO REGIMENTAL. EXECUÇÃO PENAL. PERCENTUAL PARA A PROGRESSÃO DE REGIME. NOVA REDAÇÃO DO ART. 112 DA LEP. LACUNA EM RELAÇÃO AOS REINCIDENTES SIMPLES. INTEGRAÇÃO DA NORMA PELA ANALOGIA IN BONAM PARTEM QUE SE IMPÕE. APLICAÇÃO DO PERCENTUAL DE 2/5 (40%) AO INVÉS DE 3/5 (60%). POSSIBILIDADE.

1 - Com a alteração promovida pela Lei 13.964/2019 (Pacote Anticrime), o legislador trouxe novas nuances ao tema, pois ao revogar o art. 2º, §2º da Lei n. 8.072/1990, dispositivo o qual não fazia diferenciação entre a reincidência específica ou genérica para a progressão de regime, estabeleceu novos lapsos para progressão de regime, modificando também o art. 112 da Lei de Execução Penal. (HC 607.190/SP, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, DJe 14/10/2020).

2 - Deve-se entender, portanto, que, para o condenado por crime hediondo que seja reincidente genérico, como se dá no caso em tela, deverá incidir o percentual equivalente ao que é previsto para o primário, vale dizer, de 40% ou 50%, na forma do art. 112, V e VI, a, da LEP, a depender do caso (se houve ou não resultado morte).

3 - Agravo regimental desprovido (grifo não original) (STJ - 6ª Turma - AgRg no HC 598839/SP - Ministro Sebastião Reis Júnior, j. 01.12.2020). E, como é sabido, a lei penal mais benéfica retroage em benefício do agente, nos termos do artigo 2º, parágrafo único, do Código Penal, sendo que “transitada em julgado a sentença condenatória, compete ao juízo das execuções a aplicação de lei mais benigna” (Súmula 611 do STF).

Deste modo, é aplicável o percentual de 40% aos réus reincidentes em delitos não hediondos ou a eles equiparados, à semelhança do sentenciado, devendo ser atendida a pretensão defensiva

3. Ante o exposto, DOU PROVIMENTO ao recurso defensivo para determinar a retificação do cálculo das penas, considerando-se, para fins de progressão de regime, o lapso de 40%, nos termos do artigo 112, inciso V, da Lei nº 7.210/1984, com redação dada pela Lei nº 13.964/2019.

SILMAR FERNANDES RELATOR DESIGNADO

O Ministério Público interpôs embargos de declaração, que foram rejeitados, conforme v. acórdão anexado a fls. 22/31 do apenso:

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos de Declaração Criminal nº 0010984-94.2020.8.26.0502/50000, da Comarca de Campinas, em que é interessado DIEGO PEREIRA DE LIMA e Embargante MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, é embargado COLENDIA 9ª CÂMARA DO 5º GRUPO DA SEÇÃO CRIMINAL.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 9ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: ACOLHERAM PARCIALMENTE os embargos declaratórios, tão somente para

sanar a omissão, sem alteração no decisum. V.U., de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores SÉRGIO COELHO (Presidente sem voto), ALCIDES MALOSI JUNIOR E CÉSAR AUGUSTO ANDRADE DE CASTRO.

São Paulo, 16 de agosto de 2021.

SILMAR FERNANDES Relator(a) Assinatura Eletrônica

Embargos de Declaração: 0010984-94.2020.8.26.0502/50000

Voto nº: 21.604 - Digital

Embargante: Ministério Público do Estado de São Paulo

Embargada: Egrégia Nona Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO

Alegação de ocorrência de omissão quanto a aplicação dos artigos 2º, §2º, da Lei 8072/90, 83, inciso V, do Código Penal e análise da regra contida no artigo 112, VI, “a”, da Lei de Execução Penal Matéria apreciada EMBARGOS ACOLHIDOS, EM PARTE, para sanar a omissão, sem qualquer reflexo no decisum.

1. Trata-se de embargos de declaração opostos pelo Ministério Público do Estado de São Paulo em face do v. Acórdão de fls. 70/79, alegando padecer o decisum do vício da omissão.

Em síntese, alega o embargante que o v. Acórdão encontra-se viciado, vez que não se pronunciou sobre a aplicação, ao caso concreto (crime hediondo com resultado morte), das normas dos artigos 2º, §2º, da Lei 8072/90, 83, inciso V, do Código Penal, bem como não analisou a regra contida no artigo 112, VI, “a”, da Lei de Execução Penal (fls.100/109).

É o relatório.

2. Conheço dos embargos declaratórios, pois tempestivos e, no mérito, acolho-os parcialmente, tão somente para sanar a omissão.

Julgado o apelo por esta Colenda Câmara, em sessão permanente e virtual ocorrida em 27 de maio de 2021, foi prolatado o v. Acórdão de fls. 70/79, no qual, por maioria de votos, foi dado provimento ao recurso defensivo para determinar a retificação do cálculo de penas, considerando-se para fins de progressão de regime, o lapso de 40%

O douto representante ministerial arguiu a ocorrência de omissão, alegando que o Acórdão não se pronunciou sobre a aplicação no caso concreto das normas dos artigos 2º, §2º, da Lei 8072/90, 83, inciso V, do Código Penal, bem como não analisou a regra contida no artigo 112, VI, “a”, da Lei de Execução Penal.

Com efeito, a d. Defensoria Pública do Estado de São Paulo pleiteou a retificação do cálculo de penas para constar o lapso de 40% (quarenta por cento) para fins de progressão de regime prisional, nos termos da nova redação do artigo 112, inciso V, da Lei de Execução Penal.

De fato, o Acórdão e a declaração de voto vencido apreciaram a questão em consonância com as regras contidas no artigo 112, incisos V e VII, da Lei de Execuções Penais, em torno dos índices de 40% e 60% do cumprimento da pena como requisito para a progressão de regime. Todavia, no caso em análise, não foi observado que o sentenciado, reincidente, cumpria pena por crime de homicídio qualificado, com resultado morte.

Pois bem.

Com a entrada em vigor da Lei 13.964/19 (Pacote Anticrime), foi revogado expressamente o art. 2º, §2º, da Lei nº. 8.072/90 (art. 19 da Lei n. 13.964/19), passando a progressão de regime, na Lei de Crimes Hediondos, a ser regida pela Lei nº. 7.210/84, cujo artigo 112 a partir da novel legislação passou a contar com a seguinte redação:

“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:

I - 16% (dezesseis por cento) da pena, se o apenado for primário e o crime tiver sido cometido sem violência à pessoa ou grave ameaça;

II - 20% (vinte por cento) da pena, se o apenado for reincidente em crime cometido sem violência à pessoa ou grave ameaça;

III - 25% (vinte e cinco por cento) da pena, se o apenado for primário e o crime tiver sido cometido com violência à pessoa ou grave ameaça;

IV - 30% (trinta por cento) da pena, se o apenado for reincidente em crime cometido com violência à pessoa ou grave ameaça;

V - 40% (quarenta por cento) da pena, se o apenado for condenado pela prática de crime hediondo ou equiparado, se for primário;

VI - 50% (cinquenta por cento) da pena, se o apenado for: a) condenado pela prática de crime hediondo ou equiparado, com resultado morte, se for primário, vedado o livramento condicional; b) condenado por exercer o comando, individual ou coletivo, de organização criminosa estruturada para a prática de crime hediondo ou equiparado; ou c) condenado pela prática do crime de constituição de milícia privada;

VII - 60% (sessenta por cento) da pena, se o apenado for reincidente na prática de crime hediondo ou equiparado;

VIII - 70% (setenta por cento) da pena, se o apenado for reincidente em crime hediondo ou equiparado com resultado morte, vedado o livramento condicional.

Como se pode observar, na hipótese de o sentenciado por crime hediondo ou a ele equiparado com resultado morte ser primário, a progressão de regime dar-se-á com o cumprimento de 50% da pena.

Se o sentenciado, ao contrário, for reincidente na prática de crime hediondo ou equiparado com resultado morte, a progressão ocorrerá com o cumprimento de 70% da pena. Não se exige como se pode observar uma reincidência qualquer.

A reincidência que enseja maior rigidez na progressão de regime, com exigência de cumprimento de maior tempo de pena, é aquela na prática de crime hediondo ou equiparado com resultado morte. Exige a lei que o apenado condenado por crime hediondo ou equiparado seja reincidente em crimes de igual natureza para que se imponha o lapso de 70%.

Esta, aliás, é a conclusão da doutrina especializada, *mutatis mutandis*: “Interessante notar que, com relação ao reincidente em crime hediondo, a lei nova é mais benéfica. Isto porque, pela redação antiga, bastaria que o condenado fosse reincidente genérico para que se exigisse o cumprimento de 3/5 da pena para a progressão de regime. Pela nova redação, dada pela Lei 13.964/2019, especificamente o inciso VII do artigo 112 da LEP, para que se exija o cumprimento de 60% (equivale aos antigos 3/5), faz-se necessário que o apenado seja “reincidente na prática de crime hediondo ou equiparado”, ou seja, reincidente específico em crime hediondo ou equiparado” (1 FRABRETTI, Humberto Barrionuevo. SMANIO, Gianpaolo Poggio. Comentários ao Pacote Anticrime. São Paulo: Atlas, 2020. p. 183).

Casos como o dos autos, em que o sentenciado foi condenado por crime

hediondo ou equiparado com o resultado morte, mas é reincidente em crime comum, não foram contemplados pela novel legislação. Não há, em nenhum dos incisos do artigo 112 da Lei de Execução Penal, a descrição de tal hipótese.

E, como é sabido, a execução penal, assim como o próprio direito penal, rege-se pelo princípio da legalidade. Com efeito, "...o cânone do direito penal possui ressonância na Execução Penal: não há pena sem lei anterior que a defina. E acrescentamos: não há execução da pena sem lei..." (2 BRITO, Alexis Couto. Execução Penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 43).

A lacuna legislativa impõe, como melhor técnica de integração da norma, a aplicação da analogia in bonam partem. De fato, a norma que prejudica o réu deve ser interpretada restritivamente, de modo que, em casos como o dos autos, deve-se aplicar a norma mais favorável.

Este o entendimento que já vinha sendo esboçado pela 6ª Turma do Colendo Superior Tribunal de Justiça e que, recentemente, passou a ser encampado pela 5ª Turma, em clara uniformização do posicionamento do Tribunal da Cidadania e que agora passa a ser aplicado por este Julgador, que melhor refletindo sobre o tema, entendeu ser mais adequado aos princípios norteadores da ciência penal.

Neste sentido:

“HABEAS CORPUS. AGRAVO REGIMENTAL. EXECUÇÃO PENAL. PERCENTUAL PARA A PROGRESSÃO DE REGIME. NOVA REDAÇÃO DO ART. 112 DA LEP. LACUNA EM RELAÇÃO AOS REINCIDENTES SIMPLES. INTEGRAÇÃO DA NORMA PELA ANALOGIA IN BONAM PARTEM QUE SE IMPÕE. APLICAÇÃO DO PERCENTUAL DE 2/5 (40%) AO INVÉS DE 3/5 (60%). POSSIBILIDADE.

1 - Com a alteração promovida pela Lei 13.964/2019 (Pacote Anticrime), o legislador trouxe novas nuances ao tema, pois ao revogar o art. 2º, §2º da Lei n. 8.072/1990, dispositivo o qual não fazia diferenciação entre a reincidência específica ou genérica para a progressão de regime, estabeleceu novos lapsos para progressão de regime, modificando também o art. 112 da Lei de Execução Penal. (HC 607.190/SP, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, DJe 14/10/2020).

2 - Deve-se entender, portanto, que, para o condenado por crime hediondo que seja reincidente genérico, como se dá no caso em tela, deverá incidir o percentual equivalente ao que é previsto para o primário, vale dizer, de 40% ou 50%,

na forma do art. 112, V e VI, a, da LEP, a depender do caso (se houve ou não resultado morte).

3 - Agravo regimental desprovido. (AgRg no HC 598.839/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 01/12/2020, DJe 04/12/2020 sem destaques no original).

HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. CRIMES HEDIONDOS. PROGRESSÃO DE REGIME. APENADO REINCIDENTE. REQUISITO OBJETIVO. LEI N. 13.964/2019. LACUNA NA NOVA REDAÇÃO DO ART. 112 DA LEP. INTERPRETAÇÃO IN BONAM PARTEM. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO. PARECER ACOLHIDO.

1. A Lei de Crimes Hediondos não fazia distinção entre a reincidência genérica e a específica para estabelecer o cumprimento de 3/5 da pena para fins de progressão de regime, é o que se depreende da leitura do § 2º do art. 2º da Lei n. 8.072/1990: A progressão de regime, no caso dos condenados pelos 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, observado o disposto nos §§ 3º e 4º do art. 112 da Lei n. 7.210, de 11 de julho de 1984 (Lei de Execução Penal).

2. Já a Lei n. 13.964/2019 trouxe significativas mudanças na legislação penal e processual penal, e, nessa toada, revogou o referido dispositivo legal. Agora, os requisitos objetivos para a progressão de regime foram sensivelmente modificados, tendo sido criada uma variedade de lapsos temporais a serem observados antes da concessão da benesse.

3. Ocorre que a atual redação do art. 112 revela que a situação ora em exame (condenado por crime hediondo com resultado morte, reincidente não específico) não foi contemplada na lei nova. Nessa hipótese, diante da ausência de previsão legal, o julgador deve integrar a norma aplicando a analogia in bonam partem. Impõe-se, assim, a aplicação do contido no inciso VI, a, do referido artigo da Lei de Execução Penal, exigindo-se, portanto, o cumprimento de 50% da pena para a progressão de regime, caso não cometida falta grave.

4. Ordem concedida para que a transferência do paciente para regime menos rigoroso observe, quanto ao requisito objetivo, o cumprimento de 50% da pena privativa de liberdade a que condenado, salvo se cometida falta grave. (HC 581.315/PR, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado

em 06/10/2020, DJe 19/10/2020 sem destaques no original).

E, como é sabido, a lei penal mais benéfica retroage em benefício do agente, nos termos do artigo 2º, parágrafo único, do Código Penal, sendo que “transitada em julgado a sentença condenatória, compete ao juízo das execuções a aplicação de lei mais benigna” (Súmula 611 do STF).

Feitas tais considerações de acordo com posicionamento adotado por este Relator em casos semelhantes, anoto que seria o caso de aplicação do percentual de 50%, eis que o réu é reincidente em delito não hediondo ou a ele equiparado, com resultado morte.

Entretanto, considerando que o Acórdão em que fui designado como relator e a declaração de voto vencido, apreciaram a questão em consonância com as regras contidas no artigo 112, incisos V e VII, da Lei de Execuções Penais, em torno dos índices de 40% e 60% do cumprimento da pena como requisito para a progressão de regime, fica mantida a decisão proferida.

3. Ante o exposto, ACOELHO PARCIALMENTE os embargos declaratórios, tão somente para sanar a omissão, sem alteração no decism.

SILMAR FERNANDES Relator

Assim decidindo, a Corte Paulista contrariou o disposto nos arts. 2º, §2º, da Lei 8072/90; 83, inciso V, do Código Penal; e 112, VI, “a”, da Lei de Execução Penal, permitindo a interposição do presente recurso especial com fundamento no art. 105, III, “a”, da Carta Magna.

2. DA CONTRARIEDADE A DISPOSITIVOS DA LEI FEDERAL

O equívoco da Turma Julgadora Paulista exsurge na seguinte passagem do v. acórdão que julgou os aclaratórios:

“Casos como o dos autos, em que o sentenciado foi condenado por crime hediondo ou equiparado com o resultado morte, mas é reincidente em crime comum,

não foram contemplados pela novel legislação. Não há, em nenhum dos incisos do artigo 112 da Lei de Execução Penal, a descrição de tal hipótese.

E, como é sabido, a execução penal, assim como o próprio direito penal, rege-se pelo princípio da legalidade. Com efeito, "...o cânone do direito penal possui ressonância na Execução Penal: não há pena sem lei anterior que a defina. E acrescentamos: não há execução da pena sem lei..." (BRITO, Alexis Couto. Execução Penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 43).

A lacuna legislativa impõe, como melhor técnica de integração da norma, a aplicação da analogia in bonam partem. De fato, a norma que prejudica o réu deve ser interpretada restritivamente, de modo que, em casos como o dos autos, deve-se aplicar a norma mais favorável" (fls. 27/28).

Ora, a Turma Julgadora, aduzindo que não há na atual redação do art. 112 da LEP regra expressa para réus condenados por crime hediondo com morte que **sejam reincidentes genéricos**, resolveu aplicar a regra do art. 112, V, que trata dos condenados **primários** por crime hediondo comum, quando o correto, por aplicação analógica, seria a conclusão de que, na nova lei, há de ser aplicada a regra do art. 112, VI, "a", que trata de condenados por crime hediondo com **resultado morte** que sejam **primários**. A solução alvitrada no acórdão recorrido está evidentemente equivocada, pois determina a progressão com cumprimento de 40% da pena àqueles condenados por crime hediondo com morte, que sejam reincidentes genéricos, quando a própria lei prevê a necessidade de cumprimento de 50% da pena se tivesse sido o réu condenado por crime hediondo com morte e fosse primário.

Não há dúvida, portanto, de que, evidenciada a ausência de previsão dos parâmetros relativos aos apenados condenados por crime hediondo ou equiparado com morte, mas reincidentes genéricos, impõe-se ao Juízo da execução penal a integração da hipótese em análise, de modo que a ser imperiosa a aplicação do lapso de progressão referente aos sentenciados primários (mas condenados por crime hediondo com morte), tal como mencionado no parágrafo anterior.

Em suma, há solução na nova legislação para condenados por crime hediondo com resultado morte que sejam reincidentes genéricos, qual seja, a necessidade de cumprimento de, ao menos, 50% da pena.

Estabelecida esta premissa, será necessário analisar se a nova Lei é mais benéfica do que anterior, na medida em que o art. 112, VI, “a”, determina a necessidade de cumprimento de 50% da pena para a progressão de regime, mas ao mesmo tempo **veda**, de forma expressa, a possibilidade de concessão do **livramento condicional**, enquanto o art. 2º, §2º, da Lei n. 8.072/90, previa a possibilidade de progressão com 3/5 da pena ao autor de crime hediondo – reincidente genérico -, mas admitia o livramento condicional após o cumprimento de 2/3 da pena (art. 83, V, do CP).

Evidente, pela análise dos dispositivos, que a aplicação da lei antiga mostra-se mais benéfica, conforme, inclusive, já teve oportunidade de decidir o Eg. Superior Tribunal de Justiça, na medida em que, como é sabido, não pode a lei ser cindida para aplicar o intérprete parte mais benéfica de uma e parte mais benéfica de outra.

A propósito:

“AgRg no HABEAS CORPUS Nº 654304 - SC (2021/0086125-5)

DECISÃO : JEFERSON NASCIMENTO SILVA agrava da decisão de fls. 31-33, em que concedi, in limine, o habeas corpus para reconhecer a retroatividade das alterações promovidas pela Lei n. 13.964/2019, no que tange ao lapso para a progressão de regime. Conforme já destacado na decisão vergastada, o apenado foi condenado por crime hediondo, com resultado morte, e crime comum, de modo que se trata de reincidente genérico. Todavia, os patamares definidos pela legislação atual não contemplam tal hipótese, ou seja, há uma lacuna legal. Nos termos do art. 112, V, VI, “a”, e VII, da Lei de Execução Penal, “[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: [...] V - 40% (quarenta por cento) da pena, se o apenado for condenado pela prática de crime hediondo ou equiparado, se for primário; VI - 50% (cinquenta por cento) da pena, se o apenado for: a) condenado pela prática de crime hediondo ou equiparado, com resultado morte, se for primário, vedado o livramento condicional; [...] VII - 60% (sessenta por cento) da pena, se o apenado for reincidente na prática de crime hediondo ou equiparado” (grifei). Dessa forma, dado que a lei não dispõe sobre o lapso de progressão para condenado pela prática de crime hediondo, com resultado morte, e reincidente genérico, é necessário suprir a lacuna legal, o que se dá por meio da aplicação do patamar referente ao

condenado primário, já que o percentual de 60% se destina aos reincidente em crimes hediondos, além do fato de o patamar de 70%, fazer referência apenas aos reincidentes em delitos hediondos com resultado morte, situação também diversa da apresentada. Por tal razão, determinei a retificação dos cálculos de pena do paciente para que conste o percentual previsto no art. 112, VI, "a", da Lei de Execução Penal, qual seja, **50%**. Todavia, como bem apontado pela Corte de origem, **"não existe hipótese de fragmentar o dispositivo legal para aplicar parcialmente o que for mais benéfico de cada lei, sob pena de comprometer a segurança jurídica"** (fl. 21). Assim, **também retroagiria a vedação à concessão do livramento condicional**. Irresignada, asseve a defesa que "o ora agravante Jefferson Nascimento Silva, na data de 4 de março de 2021, obteve a concessão da benesse do livramento condicional, sendo que, neste momento, cumpre sua pena em liberdade, conforme comprova a decisão e documentos em anexo. **Portanto, é certo que, sendo mantida a decisão objurgada, e aplicando-se a retroatividade, especificamente, a vedação à concessão do livramento condicional, conferirá grande risco ao agravante ser novamente recolhido ao ergástulo penal"** (fls. 40-41, grifei). À vista do exposto, com fulcro no art. 258, § 3º, do RISTJ, reconsidero a decisão agravada para, com fulcro no art. 34, XX, também do RISTJ, denegar o habeas corpus. Publique-se e intímese. Brasília (DF), 26 de março de 2021. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ Relator (STJ - AgRg no HC: 654304 SC 2021/0086125-5, Relator: Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Data de Publicação: DJ 29/03/2021).

Ao denegar a ordem no julgado acima, a Corte Superior manteve o patamar de 3/5 para o sentenciado, condenado por crime hediondo com morte e reincidente genérico.

O Egrégio Superior Tribunal de Justiça já teve a oportunidade de se manifestar sobre esses temas. Com efeito, ao julgar o Tema 1.084 da sistemática de recursos repetitivos, mencionada Corte Superior publicou a seguinte tabela:

Para melhor elucidação dos casos apresentados, trago na tabela abaixo a síntese das alterações legais promovidas:

Natureza do Delito e Registros Criminais	Lei n. 8.072/1990 (Lei dos Crimes Hediondos)	Entrada em Vigor da Lei n. 13.964/2019 (Pacote Anticrime)	Dispositivo legal aplicável à condenação já em curso
	Condenação já em curso	Condenação posterior	

Condenado por crime sem violência a pessoa ou grave ameaça e primário	1/6	1/6	16% (mesmo patamar) Art. 112, I, da LEP	Art. 112, <i>caput</i> , da LEP (Redação dada pela Lei n. 10.792, de 2003)
Reincidente específico na prática de crime cometido sem violência a pessoa ou grave ameaça	1/6	1/6	20% (recrudescimento do patamar) Art. 112, II, da LEP	Art. 112, <i>caput</i> , da LEP (Redação dada pela Lei n. 10.792, de 2003)
Condenado por crime cometido com violência a pessoa ou grave ameaça e primário	1/6	1/6	25% (recrudescimento do patamar) Art. 112, III, da LEP	Art. 112, <i>caput</i> , da LEP (Redação dada pela Lei n. 10.792, de 2003)
Condenado por crime cometido com violência ou grave ameaça e reincidente genérico	1/6	1/6	25% (incidência do patamar atribuído ao apenado primário devido à lacuna legal) Art. 112, III, da LEP	Art. 112, <i>caput</i> , da LEP (Redação dada pela Lei n. 10.792, de 2003)
Reincidente específico na prática de crime cometido com violência a pessoa ou grave ameaça	1/6	1/6	30% (recrudescimento do patamar) Art. 112, IV, da LEP	Art. 112, <i>caput</i> , da LEP (Redação dada pela Lei n. 10.792, de 2003)
Condenado por crime hediondo ou equiparado sem resultado morte e primário	2/5	2/5	40% (mesmo patamar) Art. 112, V, da LEP	Art. 2º, § 2º, da Lei n. 8.072/1990
Condenado por crime hediondo ou equiparado sem resultado morte e reincidente genérico	3/5	40% (retroatividade da lei penal mais benéfica)	40% (incidência do patamar atribuído ao apenado primário devido à lacuna legal) Art. 112, V, da LEP	Art. 112, V, da LEP (Consoante alterações do Pacote Anticrime)

Reincidente específico na prática de crime hediondo ou equiparado sem resultado morte	3/5	3/5	60% (mesmo patamar) Art. 112, VII, da LEP	Art. 2º, § 2º, da Lei n. 8.072/1990
Condenado por crime hediondo ou equiparado com resultado morte e primário	2/5	2/5	50% (recrudescimento do patamar) Art. 112, VI, da LEP	Art. 2º, § 2º, da Lei n. 8.072/1990
Condenado por crime hediondo ou equiparado com resultado morte e reincidente genérico	3/5	3/5 (irretroatividade da lei penal posterior, dada a vedação ao livramento condicional)	50% (incidência do patamar atribuído ao apenado primário devido à lacuna legal) Art. 112, VI, da LEP	Art. 2º, § 2º, da Lei n. 8.072/1990
Reincidente específico na prática de crime hediondo ou equiparado com resultado morte	3/5	3/5	70% (recrudescimento do patamar) Art. 112, VIII, da LEP	Art. 2º, § 2º, da Lei n. 8.072/1990

Nota-se, na penúltima linha da tabela, que o Egrégio Superior Tribunal de Justiça decidiu que a norma mais benéfica (e aplicável ao presente feito) é a que exige o cumprimento de 3/5 da pena, com a seguinte explicação: “irretroatividade da lei penal posterior, dada a vedação ao livramento condicional”. Na última coluna da mesma linha, a Corte Superior concluiu que deve ser aplicada a regra do art. 2º, §2º, da LEP – 3/5 já que o acusado é reincidente genérico e cometeu crime hediondo (com resultado morte).

3. PEDIDO DE REFORMA DA DECISÃO RECORRIDA

Ante o exposto, demonstrada fundamentadamente a contrariedade dos dispositivos de lei federal, requer o MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO seja deferido o processamento do presente RECURSO ESPECIAL por essa Egrégia Presidência, bem como seu ulterior conhecimento e provimento pelo Superior Tribunal de Justiça, para que seja cassada a decisão impugnada, determinando a

retificação do cálculo para que o sentenciado, condenado pela prática de crime hediondo com resultado morte (reincidente genérico), somente possa obter a progressão de regime em relação a este delito após o cumprimento de 3/5 de sua pena.

São Paulo, 24 de agosto de 2021.

Victor Eduardo Rios Gonçalves

Procurador de Justiça Designado