

Opinião: O STJ e a progressão de regime nos crimes hediondos

02/06/2021

A 3ª Seção do Superior Tribunal de Justiça, nos autos do [REsp 1.910.240/MG](#), interposto pelo Ministério Público de Minas Gerais, definiu como tese que é reconhecida a retroatividade do patamar estabelecido pelo atual artigo 112, V, da Lei de Execução Penal (com redação dada pelo "pacote anticrime — Lei 13.964/2019), àqueles apenados que, embora tenham cometido crime hediondo ou equiparado, sem resultado morte, não sejam reincidentes em delito de natureza semelhante.



Tratou-se de caso concreto no qual o agravado foi

condenado à pena unificada de 12 anos e oito meses de reclusão, em razão da prática dos delitos previstos nos artigos 157 e 213 do Código Penal.

Em síntese, o pedido defensivo na primeira instância visando a aplicação do disposto no artigo 112, inciso V, da Lei de Execução Penal (LEP), ou seja, o percentual de 40%, para a progressão de regime, foi ali deferido, bem como perante o Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Sobre o tema, o TJ-MG assim se manifestou, in verbis:

"[a] leitura do dispositivo legal leva à conclusão de que, por ter sido condenado pela prática dos crimes de roubo e estupro, o apenado deverá cumprir 40% ou 2/5 da pena imposta, para obter a progressão de regime, nos termos do inciso V do artigo 112 da Lei de Execuções Penais, embora seja reincidente em crime comum. Isso porque, a fração de 3/5 ou 60% passou a ser aplicada tão somente a sentenciados reincidentes na prática de crime hediondo ou equiparado, consoante o inciso VII, do artigo 112 do citado dispositivo legal".

A 3ª Seção do STJ acertou em sua conclusão, devendo o presente texto ser dividido da seguinte forma: 1) contextualizando as alterações promovidas pelo pacote anticrime; 2) (in)existência de lacuna legal; 3) (ir)retroatividade da lei penal mais benéfica.

1) Contextualizando as alterações promovidas pelo pacote anticrime

A lei 13.964/2019, cuja vigência foi iniciada em 23/01/2020, dentre outros assuntos, revogou expressamente o artigo 2º, §2º, da Lei 8.072/1990, o qual dispunha que "*[a] progressão de regime, no caso dos condenados pelos crimes previstos neste artigo, dar-se- [ia] após o cumprimento de 2/5 da pena, se o apenado [fosse] primário, e de 3/5 (três quintos), se reincidente, observado o disposto nos §§ 3º e 4º do artigo 112 da Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984 (Lei de Execução Penal)*".

Diante da revogação expressa do artigo 2º, §2º, da lei nº 8.072/1990, é possível concluir que os lapsos necessários à aferição do cumprimento do requisito objetivo ficaram disciplinados exclusivamente pelo artigo 112 da Lei de Execução Penal, devendo ser destacado o teor dos incisos IV, V, VI, VII e VIII, *in verbis*:

"Artigo 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:

(...)

IV — 30% da pena, se o apenado for reincidente em crime cometido com violência à pessoa ou grave ameaça;

V — 40% da pena, se o apenado for condenado pela prática de crime hediondo ou equiparado, se for primário;

VI — 50% 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% da pena, se o apenado for reincidente na prática de crime hediondo ou equiparado; ?

VIII — 70% da pena, se o apenado for reincidente em crime hediondo ou equiparado com resultado morte, vedado o livramento condicional.

VIII — 70% da pena, se o apenado for reincidente em crime hediondo ou equiparado com resultado morte, vedado o livramento condicional".

A partir das alterações realizadas pela lei 13.964/2019, alguns fatores, além, obviamente, da hediondez do delito, deverão ser avaliados para fins de progressão de regime, senão vejamos:

1) a ocorrência ou não do resultado morte e a primariedade; 2) a reincidência genérica; ou, ainda 3) a reincidência específica do apenado.

O grande problema dos incisos IV, VII e VIII, do artigo 112, da LEP consiste, em síntese, no fato de que não houve a previsão dos patamares devidos aos chamados reincidentes genéricos, situação não especificada nos respectivos incisos.

A questão que passa a importar, nesse momento, é se estamos diante de uma lacuna legal, o que possibilitaria a análise da questão à luz da analogia ou [1], em verdade, o legislador teria admitido, por exemplo, a utilização de interpretação analógica [2], modalidade interpretativa que possibilitaria, de acordo com a própria jurisprudência do STJ, interpretações em prejuízo ao réu (Exemplo: expressão "outro motivo torpe", prevista no artigo 121, §2º, do CP).

2) (In)existência de lacuna legal

O exame acerca da existência de lacuna legal ou de pressuposto legislativo para a interpretação

analogica passa, em relação ao artigo 112, da LEP, pelo exame do teor dos respectivos incisos III, IV e V, VI, "a" e VIII.

Em síntese, enquanto o inciso III prevê o cumprimento de 25% da pena para aquele que houver cometido crime com violência à pessoa ou grave ameaça, mas for primário, o inciso IV determina o lapso de 30% da pena para os que são reincidentes em crimes cometidos com violência a pessoa ou grave ameaça, não havendo qualquer disposição acerca de apenados que tenham cometido crime com violência a pessoa ou grave ameaça, mas seja tão somente reincidente genérico. Em outros termos, nada menciona sobre pessoa que não tenha praticado anteriormente crime com violência a pessoa ou grave ameaça.

A situação permanece quando, analisando o inciso V, do artigo 112, da LEP, se percebe o patamar de 40% de cumprimento da pena para os reeducandos que forem condenados pela prática de crime hediondo e equiparado, mas forem primários, ao passo que o inciso VII prevê que aqueles reincidentes na prática de crime hediondo ou equiparado devem cumprir então o lapso de 60% das penas impostas, à semelhança do requisito objetivo anteriormente previsto pela Lei nº 8.072/1990.

Aqui, como bem destacado pelo STJ, reside ponto nevrálgico da questão, a saber: *"novamente não foi disciplinada a hipótese relativa ao sentenciado que seja reincidente genérico, ou seja, que tenha sido condenado por crime hediondo ou equiparado, mas que não possua condenação anterior por crime de mesma natureza"* (BRASIL, STJ, 2021).

Além dessas observações, é possível vislumbrar que o legislador nada dispôs sobre o caso envolvendo reincidentes genéricos nos incisos VI, "a" e VIII, do artigo 112, da LEP. Ao inexistir previsão legal, ainda que genérica, estamos diante, tecnicamente, de lacuna legal, circunstância que permite, tão somente, a utilização de analogia para a integração da e desde que em favor da pessoa do condenado [3]

3) (Ir)retroatividade da lei penal mais benéfica

Diante da contextualização feita em relação as novidades da Lei nº 13.964/2019, bem como da comprovação de que existe, *in casu*, lacuna legal cujo reparo de caráter integrativo deve se dar por meio de analogia (e não por interpretação analógica), oportuno destacar ainda que, em atenção as garantias da reserva legal, da retroatividade da norma penal mais benéfica (artigo 5º, II, XXXIX e XL, da CF/88), deve-se buscar opção mais favorável ao acusado.

Nesse ponto, a título de aprofundamento, importante consignar que, por conta do enunciado nº 3, da I Jornada de Direito Processual Civil, realizado pelo Conselho da Justiça Federal, *"as disposições do CPC aplicam-se supletiva e subsidiariamente ao Código de Processo Penal, no que não forem incompatíveis com esta Lei"*, enunciado cujo teor tem sido aplicado em precedentes do STJ [4].

Tomando por base o referido enunciado da I Jornada de Direito Processual Civil, é possível concluir, sem maiores dificuldades, que o artigo 140, do CPC de 2015, é plenamente aplicável ao processo penal brasileiro, quando dispõe que *"juiz não se exime de decidir sob a alegação de lacuna ou obscuridade do ordenamento jurídico"*.

Nesse sentido, ao mesmo tempo em que é proibido estabelecer situação mais desfavorável ao condenado, conforme acertadamente destacado pelo ministro Rogério Schietti, "*é defeso ao Juízo da execução penal eximir-se de deliberar acerca das hipóteses aqui aventadas, as quais dizem respeito aos lapsos de progressão necessários para o cômputo dos benefícios por aqueles sentenciados que são considerados reincidentes genéricos*" (BRASIL, 2021).

Interpretando o teor do artigo 5º, XL, da Constituição Federal de 1988, nos limites próprios da uniformização da jurisprudência infraconstitucional do país, o STJ, em precedentes relatados pelo próprio ministro Rogério Schietti, no âmbito da 6ª Turma do STJ, vinha aplicando teses mais favoráveis aos réus diante da lacuna comprovada, ensejando a retroatividade da lei penal que fosse mais benéfica [5].

Nesse sentido, em relação ao patamar estabelecido no artigo 112, V, é cristalino o entendimento que sua incidência retroativa, quanto à hipótese da lacuna legal relativa aos apenados condenados por crime hediondo ou equiparado e reincidentes genéricos institui conjuntura mais favorável que o anterior lapso de 3/5.

Conclusões

Diante das ponderações feitas, é possível concluir que o julgamento do REsp nº 1.910.240/MG, pela Terceira Seção do STJ, de forma acertada, sedimentou a incidência de lei penal mais benéfica ao apenado, condenado por estupro, porém reincidente genérico, de forma que é decorrência lógica o reconhecimento de sua retroatividade, dado que o percentual por ela estabelecido — qual seja, de cumprimento de 40% das reprimendas impostas —, é inferior à fração de 3/5, anteriormente exigida para a progressão de condenados por crimes hediondos, fossem reincidentes genéricos ou específicos.

É importante que a interpretação e integração das leis penais não ocorram em descompasso com as garantias fundamentais do acusado/condenado consistentes na observância dos princípios da legalidade, da admissão da analogia apenas *in bonam partem* e na retroatividade da lei penal mais benéfica.

Sugiro, por fim, e com o intuito de facilitar a compreensão sobre o tema, a leitura do inteiro teor da tabela presente no primoroso voto proferido pelo ministro Rogério Schietti Cruz nos autos do recurso aqui analisado.

Referências bibliográficas

BRASIL. STJ. 3ª Seção. REsp nº 1.910.240/MG. Min. Relator: Rogério Schietti Cruz. Julgado em 26.05.2021

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. ¿Tiene un futuro la Dogmática jurídicopenal? Estudios de Derecho penal. Madrid: Tecnos, 1976. p. 64 ess

Hassemer, Winfried. "Einführung in die Grundlagen des Strafrechts", 2ª ed., München: Beck, 1990, pp. 269-274; e

Hassemer, Winfried. "Richtiges Recht durch Richtiges sprechen? Zum Analogieverbot im Strafrecht", in "Strafen im Rechtsstaat. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft", 2000, pp.



29-33.

[1] Importante assinalar que doutrinadores como Arthur Kaufmann e Winfried Hassemer (1990, p. 269/274) defendem a impossibilidade de se proceder à interpretação da lei sem que se recorra à analogia, ou seja, a aplicação do direito seria um processo de analogia, inexistindo a possibilidade de interpretação sem *tertium comparationis*, tampouco existiria diferença estrutural entre a interpretação e a analogia (2000, pp. 29-33).

[2] A interpretação analógica consiste no emprego pelo legislador de uma fórmula genérica, após a enunciação de regras casuísticas. Os limites da interpretação analógica são encontrados na própria lei que a disciplina, devendo o intérprete se manter sempre dentro do marco do sentido literal possível (GIMBERNAT ORDEIG, 1976, p. 64).

[3] Nesse sentido, vide, exemplificativamente, os seguintes julgados do STJ vedando a chamada *analogia in malam partem*: AgRg nos EDcl nos EAREsp 316.129/SC, j. 25/05/2016; AgRg no REsp 1.609.752/SP, j. 23/08/2016; HC 226.128/TO, j. 07/04/2016.

[4] Vide, a título de exemplo: BRASIL. STJ. HC n° 492.458/MT, Rel. ministro Antonio Saldanha Palheiro, 6ª T., DJe 11/6/2019.

[5] Vide, sobre o tema: AgRg no HC n° 631.410/SP, Rel. ministro Rogerio Schietti, 6ª T., DJe 9/3/2021; HC n° 583.837/SC, Rel. ministro Sebastião Reis Júnior, 6ª T., DJe 12/8/2020; HC n° 607.190/SP, Rel. ministro Nefi Cordeiro, 6ª T., DJe 14/10/2020; AgRg no REsp n° 1.918.050/SP, Rel. ministro Reynaldo Soares da Fonseca, 5ª T., DJe 7/5/2021.

Fonte: <https://conjur.jumps.com.br/2021-jun-02/opiniao-stj-pacote-anticrime-progressao-regime-crimes-hediondos/>