

RECURSO ESPECIAL Nº 1.918.338 - MT (2021/0024308-2)

RELATOR : **MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ**
RECORRENTE : **MINISTERIO PUBLICO DO ESTADO DE MATO GROSSO**
RECORRIDO : **KLEYDSON MARTINS DA SILVA**
ADVOGADO : **DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO**
INTERES. : **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO - "AMICUS CURIAE"**

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ:

O MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MATO GROSSO interpõe recurso especial, com fulcro no art. 105, III, 'a', da Constituição da República de 1988, contra acórdão prolatado pelo **Tribunal de Justiça do mesmo estado** no Habeas Corpus n. 1016540-31.2020.8.11.0000, em que foi concedida a ordem para retificar os cálculos de pena do recorrido, de modo a constar a exigência de cumprimento de 40 % (quarenta por cento) da pena a ele imposta para auferir o benefício da progressão a regime menos gravoso, tendo em vista a incidência retroativa do art. 112, V, da Lei de Execução Penal com as alterações promovidas pela Lei n. 13.964/2019.

Assere o *Parquet* negativa de vigência ao art. 112, VII, da Lei n. 7.210/1984, porquanto "[a] Lei n. 13.964/2019 (Pacote Anticrime), ao estabelecer novas frações de cumprimento de pena como requisito objetivo para a progressão de regime, **não fez menção expressa à reincidência específica em crime hediondo para a incidência do percentual de 60% (sessenta por cento), previsto no artigo 112, inciso VII, da Lei de Execução Penal**" (fl. 173, grifei).

Para o órgão ministerial, "[a]o contrário do que consta no v. Acórdão recorrido, a utilização do percentual de 60% (sessenta por cento) está resguardada, pelas diretrizes da Lei 13.964/2019 (Pacote Anticrime), ao apenado reincidente, específico ou não. **Essa é a interpretação que melhor se adequa à finalidade da nova lei, que busca melhorar a eficácia normativa e ampliar a efetividade do sistema de justiça criminal no combate aos crimes considerados mais graves, dentre os quais se incluem**

os crimes equiparados a hediondos" (fls. 173-174, destaquei).

Destaca que "sobredita lei (Pacote Anticrime), ao alterar as frações de resgate da pena para fins de progressão de regime, previstas no artigo 112 da Lei de Execução Penal, **não mencionou a necessidade da reincidência ser específica para que se dê a aplicação do inciso VII, ao passo que para a aplicação do inciso V, diferentemente, foi expressa ao exigir a primariedade do réu**" (fl. 174, sublinhei).

Concluiu, assim, que "[a] nova redação do artigo 112, inciso VII, da Lei de Execução Penal, não delimita sua aplicação à reincidência específica, se referindo expressamente apenas ao reincidente, razão pela qual deve ser aplicado a todo agente que for condenado por crime hediondo ou equiparado e que ostente a condição de reincidente, específico ou genérico" (fl. 175).

Ao final, requer o "conhecimento e provimento do presente Recurso Especial, a fim de que seja cassado o v. Acórdão recorrido, por evidente afronta ao artigo 112, incisos V e VII, da Lei de Execução Penal, determinando-se o restabelecimento da fração de 60% (sessenta por cento) de cumprimento da pena para efeito de progressão de regime, conforme decisão proferida pelo Juízo da execução penal" (fl. 177).

Instado a se manifestar, o Ministério Público Federal pugnou pelo não provimento do recurso, "prevalecente a tese atualmente adotada pela Quinta e Sexta Turmas do STJ, no sentido de que a contagem do prazo para progressão de regime do condenado por crime hediondo ou equiparado, que seja reincidente genérico, será a mesma do condenado primário" (fl. 222).

RECURSO ESPECIAL Nº 1.918.338 - MT (2021/0024308-2)

EMENTA

RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. EXECUÇÃO PENAL. PROGRESSÃO DE REGIME. ALTERAÇÕES PROMOVIDAS PELA LEI N. 13.964/2019 (PACOTE ANTICRIME). DIFERENCIAÇÃO ENTRE REINCIDÊNCIA GENÉRICA E ESPECÍFICA. AUSÊNCIA DE PREVISÃO DOS LAPSOS RELATIVOS AOS REINCIDENTES GENÉRICOS. LACUNA LEGAL. INTEGRAÇÃO DA NORMA. APLICAÇÃO DOS PATAMARES PREVISTOS PARA OS APENADOS PRIMÁRIOS. RETROATIVIDADE DA LEI PENAL MAIS BENÉFICA. PATAMAR HODIERNO INFERIOR À FRAÇÃO ANTERIORMENTE EXIGIDA AOS REINCIDENTES GENÉRICOS. RECURSO NÃO PROVIDO.

1. A Lei n. 13.964/2019, intitulada Pacote Anticrime, promoveu profundas alterações no marco normativo referente aos lapsos exigidos para o alcance da progressão a regime menos gravoso, tendo sido expressamente revogadas as disposições do art. 2º, § 2º, da Lei n. 8.072/1990 e estabelecidos patamares calcados não apenas na natureza do delito, mas também no caráter da reincidência, seja ela genérica ou específica.

2. Evidenciada a ausência de previsão dos parâmetros relativos aos apenados condenados por crime hediondo ou equiparado, mas reincidentes genéricos, impõe-se ao Juízo da execução penal a integração da norma sob análise, de modo que, dado o óbice à analogia *in malam partem*, é imperiosa a aplicação aos reincidentes genéricos dos lapsos de progressão referentes aos sentenciados primários.

3. Ainda que provavelmente não tenha sido essa a intenção do legislador, é irrefutável que *de lege lata*, a incidência retroativa do art. 112, V, da Lei n. 7.210/1984, quanto à hipótese da lacuna legal relativa aos apenados condenados por crime hediondo ou equiparado e reincidentes genéricos, instituiu conjuntura mais favorável que o anterior lapso de 3/5, a permitir, então, a retroatividade da lei penal mais benigna.

4. Dadas as ponderações acima, a hipótese em análise trata da incidência de lei penal mais benéfica ao apenado, condenado por tráfico de drogas, porém reincidente genérico, de forma que é mister

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.

5. Recurso especial representativo da controvérsia não provido, assentando-se a seguinte tese: **É reconhecida a retroatividade do patamar estabelecido no art. 112, V, da Lei n. 13.964/2019, àqueles apenados que, embora tenham cometido crime hediondo ou equiparado sem resultado morte, não sejam reincidentes em delito de natureza semelhante.**

VOTO

O SENHOR MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ (Relator):

I. Contextualização

Na hipótese, "[c]uida-se de Guia de Execução Penal instaurada em face de KLEYDSON MARTINS DA SILVA para cumprimento da pena unificada de 12 (doze) anos, 01 (um) mês e 22 (vinte e dois) dias de reclusão, pela prática do crime descrito no artigo 157, § 2º, inciso II, do Código Penal (Guia 1), artigo 12, *caput*, da Lei Federal nº 10.826/2003 e artigo 33, *caput*, da Lei Federal nº 11.343/2006 (Guia 2) e artigo 306, *caput*, da Lei Federal nº 9.503/1997" (fl. 141).

Depreende-se dos autos que o recorrido impetrou prévio *mandamus* perante a Corte de origem, atribuindo a ocorrência de constrangimento ilegal a ato perpetrado pelo Juízo da 3ª Vara Criminal da Comarca de Jaciara – MT, em que foi indeferido o pedido de incidência retroativa da lei penal mais benéfica, a fim de serem retificados seus cálculos de pena, dado não ser ele reincidente específico na prática de crime hediondo, consoante exige a redação do art. 112, VII, da Lei de Execução Penal.

A Corte de origem, por sua vez, concedeu a ordem pleiteada, ao asseverar que "[a] questão trazida pelo impetrante, refere-se em definir a lacuna normativa deixada pela alteração da Lei n.º 13.964/2019, denominada como 'Pacote Anticrime', no art. 112, da LEP, **aplicando-se o inciso V ou inciso VII, concernente aos casos de reincidentes genéricos, ou seja, que possuem crime anterior não hediondo ou a ele equiparado, é o que acontece no presente caso**" (fl. 144, sublinhei).

Consoante ressaltado pelo Tribunal *a quo*, "antes de entrar em vigor o 'Pacote Anticrime', os requisitos objetivos para alcançar a progressão de regime eram regulados pelo art. 2º, § 2º, da Lei n. 8.072/1990, onde aplicava-se a fração de 3/5 aos réus reincidentes, independentemente se a condenação anterior era por crime hediondo ou não" (fl. 144).

Em seguida, salienta que, "com as modificações feitas pela nova Lei, nota-se que para quem comete crime hediondo ou equiparado, e for primário, o inc. V do art. 112, da LEP, traz a aplicação de 40% para progressão de regime, por sua vez o inciso VII, traz o cumprimento de 60% da pena ao apenado reincidente em crime hediondo ou equiparado, **contudo não há menção para o reeducando que é reincidente genérico**" (fl. 145, grifei).

Constatada a mencionada lacuna, o Tribunal de Justiça em questão concluiu que, "conforme o art. 5º, inc. XL, da CF/88 e art. 2º, parágrafo único, do CP, **sendo o inciso V, do art. 112, da LEP mais benéfico ao sentenciado, deve ser aplicada a fração de 2/5 (dois quintos) ao apenado que possui reincidência genérica, desde que o crime hediondo ou equiparado em questão não tenha resultado morte**" (fl. 145, destaquei).

II. Alteração Legislativa

Especificamente em relação aos lapsos exigidos para o alcance da benesse em questão, a Lei n. 13.964/2019, doravante intitulada Pacote Anticrime, a qual entrou em vigor em 23/1/2020, promoveu profundas alterações no marco normativo até então vigente. O recente diploma legal revogou expressamente as disposições do art. 2º, § 2º, da Lei n. 8.072/1990, segundo o qual "[a] progressão de regime, no caso dos condenados pelos crimes previstos neste artigo, **dar-se-[ia] após o cumprimento de 2/5 (dois quintos) da pena, se o apenado [fosse] primário, e de 3/5 (três quintos), se reincidente**, observado o disposto nos §§ 3º e 4º do art. 112 da Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984 (Lei de Execução Penal)" (grifei).

Das controvérsias suscitadas em torno do Pacote Anticrime, não escapam os novos lapsos para progressão de regime, estabelecidos pelo referido diploma legal. Como já mencionado acima, as disposições da Lei n. 8.072/1990, acerca da progressão de regime, foram expressamente revogadas pela Lei n. 13.964/2019, **de modo que os lapsos necessários à aferição do cumprimento do requisito objetivo ficaram disciplinados exclusivamente pelo art. 112 da Lei de Execução Penal, consoante a redação decorrente**

das alterações aqui sublinhadas. Confira-se:

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.

§ 1º Em todos os casos, o apenado só terá direito à progressão de regime se ostentar boa conduta carcerária, comprovada pelo diretor do estabelecimento, respeitadas as normas que vedam a progressão.

§ 2º A decisão do juiz que determinar a progressão de regime será sempre motivada e precedida de manifestação do Ministério Público e do defensor, procedimento que também será adotado na concessão de livramento condicional, indulto e comutação de penas, respeitados os prazos previstos nas normas vigentes.

§ 3º No caso de mulher gestante ou que for mãe ou responsável por crianças ou pessoas com deficiência, os requisitos para progressão de regime são, cumulativamente:

I - não ter cometido crime com violência ou grave ameaça a pessoa;

II - não ter cometido o crime contra seu filho ou dependente;

III - ter cumprido ao menos 1/8 (um oitavo) da pena no regime anterior;

IV - ser primária e ter bom comportamento carcerário, comprovado pelo diretor do estabelecimento;

V - não ter integrado organização criminosa.

§ 4º O cometimento de novo crime doloso ou falta grave implicará a revogação do benefício previsto no § 3º deste artigo.

§ 5º Não se considera hediondo ou equiparado, para os fins deste artigo, o crime de tráfico de drogas previsto no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006.

§ 6º O cometimento de falta grave durante a execução da pena privativa de liberdade interrompe o prazo para a obtenção da progressão no regime de cumprimento da pena, caso em que o reinício da contagem do requisito objetivo terá como base a pena remanescente.

§ 7º O bom comportamento é readquirido após 1 (um) ano da ocorrência do fato, ou antes, após o cumprimento do requisito temporal exigível para a obtenção do direito (destaquei).

Depreende-se da leitura dos dispositivos acima que, após as alterações promovidas pela Lei n. 13.964/2019, tornaram-se cruciais para a avaliação do lapso de progressão de regime dois fatores além da hediondez – **quais sejam, a ocorrência ou não do resultado morte e a primariedade, a reincidência genérica ou, ainda, a reincidência específica do apenado.**

O Pacote Anticrime implementou um cenário de maior complexidade quanto à recidiva do reeducando, visto que, agora, não se trata apenas do simples exame da natureza do delito (se comum ou hediondo) e da existência de registros aptos a caracterizarem a reincidência (genérica) do apenado, mas sim de uma incursão mais apurada no exame dos antecedentes criminais do indivíduo encarcerado, passando a ganhar ampla relevância se se trata de **crime cometido com ou sem violência a pessoa ou grave ameaça, crime hediondo ou equiparado ou, ainda, crime hediondo ou equiparado com resultado morte.**

Neste ponto, Nucci ressalta que "[a] Lei de Execução Penal trouxe um novo tabelamento para a progressão de regime, no art. 112, algo muito mais realista em face da criminalidade reinante. Os delinquentes de primeira viagem têm várias oportunidades de escapar do cárcere (transação penal, suspensão condicional do processo, acordo de não persecução penal, suspensão condicional da pena, podendo-se, ainda, inserir o regime aberto). **Então, os que são de fato violentos, praticando crimes bárbaros contra a**

peessoa, precisam de outros critérios mais rigorosos)" (NUCCI, Guilherme de Souza. *Pacote anticrime comentado*. 1. ed. São Paulo: Editora Forense, 2020, p. 2, sublinhei).

Todavia, a despeito da lógica em que se atrelou o recrudescimento do lapso exigido à gravidade das condutas perpetradas pelo apenado, alcançando, inclusive, patamar jamais previsto na legislação brasileira, conforme disposto no art. 112, VIII, da Lei n. 7.210/1984, os incisos **IV, VII e VIII** do referido art. - os quais dispõem, respectivamente, sobre os reincidentes em crime cometido com violência a pessoa ou grave ameaça, reincidentes na prática de crime hediondo ou equiparado e reincidentes em crime hediondo ou equiparado com resultado morte - **não previram qual seriam os patamares relativos aos reincidentes genéricos (ou seja, na prática de crimes não relacionados nos respectivos incisos) que houvessem cometido os crimes especificados na norma.**

III. Lacuna Legal

Ao examinar os dispositivos legais subsequentes ao *caput* do art. 112 da Lei de Execução Penal, podemos perceber que o inciso III prevê o cumprimento de 25% da pena para aquele que houver cometido crime com violência a pessoa ou grave ameaça, mas for primário. Por sua vez, o inciso IV estabelece o lapso de 30% da pena para os que são reincidentes em crimes cometidos com violência a pessoa ou grave ameaça. **Dessa forma, não se verifica a previsão da hipótese em que o apenado tenha cometido crime com violência a pessoa ou grave ameaça, mas seja tão-somente reincidente genérico, ou seja, não tenha praticado anteriormente crime com violência a pessoa ou grave ameaça.**

De igual maneira, estabelece o inciso V 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 n. 8.072/1990. Entretanto, 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.**

Por fim, destaca-se que o inciso VI, 'a', impõe o cumprimento

do patamar de 50% das penas impostas caso o apenado tenha sido condenado pela prática de crime hediondo ou equiparado, com resultado morte, mas ainda for primário, vedado o livramento condicional. Por outro lado, o inciso VIII estabelece o lapso de 70% de cumprimento da pena para aqueles que forem reincidentes em crime hediondo ou equiparado com resultado morte, também vedado o livramento condicional. **Assim, não está prevista a conjuntura em que o sentenciado tenha cometido crime hediondo ou equiparado, mas também seja reincidente genérico, dada a prática anterior de delito de natureza diversa.**

Todas as três situações minudenciadas evidenciam a inexistência de previsão legal acerca de hipóteses que desafiam cotidianamente o trabalho desenvolvido pelas inúmeras varas de execução penal existentes no País. Consoante o relatório Justiça em Números 2019, capitaneado pelo Conselho Nacional de Justiça, **ingressaram, em 2018, 343,3 mil novos casos na fase de execução de 1º grau, o que corresponde a 12,8% da totalidade dos novos casos criminais, a tornar ululante a relevância do tema aqui tratado, bem como fundamental propor solução consentânea às disposições jurídicas vigentes, mormente às garantias previstas na Carta Magna de 1988, sobretudo a garantia de reserva legal e de retroatividade da norma mais benéfica ao réu ou condenado (art. 5º, incisos II, XXXIX e XL).**

A esse respeito, urge consignar que o artigo 4º, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, estabelece que, "[q]uando a lei for omissa, **o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito**" (grifei). O Código de Processo Civil de 2015, por sua vez, prevê, em seu artigo 140, *caput*, que "[o] juiz não se exime de decidir sob a alegação de lacuna ou obscuridade do ordenamento jurídico".

O Código de Processo Penal, a seu turno, institui, em seu artigo 3º, que "[a] lei processual penal admitirá interpretação extensiva e aplicação analógica, bem como o suplemento dos princípios gerais de direito". "Nesse sentido é o recente enunciado n. 3 da I Jornada de Direito Processual Civil realizado pelo Conselho da Justiça Federal, **cujo verbete dispõe que 'as disposições do CPC aplicam-se supletiva e subsidiariamente ao Código de Processo Penal, no que não forem incompatíveis com esta Lei'**" (HC n. 492.458/MT, Rel. Ministro Antonio Saldanha Palheiro, 6ª T., DJe 11/6/2019, grifei).

Portanto, **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, seja em relação à prática de crimes com violência a pessoa ou grave ameaça, ao cometimento de delitos hediondos ou equiparados ou, ainda, relativa a crimes hediondos ou equiparados com resultado morte.

A partir do pressuposto segundo o qual não se admite no Direito Penal incriminador a analogia *in malam partem*, não resta outra alternativa ao julgador, diante da conjuntura delineada, que não a aplicação aos reincidentes genéricos dos patamares de progressão referentes aos sentenciados primários, **uma vez que, ainda que não sejam primários, reincidentes específicos também não o são.**

Desta maneira, há de se considerar que:

a) ao sentenciado que cometeu crime com **violência a pessoa ou grave ameaça, mas não é reincidente em delito de mesma natureza**, aplicar-se-á o lapso de **25%** do cumprimento da pena, previsto no inciso III do art. 112 da Lei de Execução Penal.

b) ao apenado que praticou **crime hediondo ou equiparado**, mas também **não é reincidente em crime de igual natureza**, aplicar-se-á o patamar de **40%**, estabelecido pelo inciso V do mesmo dispositivo legal.

c) apenado que cometeu **crime hediondo ou equiparado com resultado morte**, mas, igualmente, **é reincidente genérico**, aplicar-se-á o requisito objetivo instituído pelo inciso VI, 'a', do referido artigo de lei, ou seja, deve cumprir **50%** da pena para progredir.

IV. Retroatividade da lei penal mais benéfica

Quanto aos patamares de progressão dos apenados reincidentes genéricos, esmiuçada a questão relativa ao preenchimento das lacunas legais deixadas pela ausência de previsão do Pacote Anticrime, destaca-se a hipótese trazida a lume por este recurso especial, qual seja, **a incidência retroativa das disposições agora vigentes.**

A esse respeito, estabelece o art. 5º, XL, da Constituição da República de 1988, que "a lei penal não retroagirá, **salvo para beneficiar o réu**" (grifei).

Nesse sentido:

[...]

3. Nas disposições sobre a execução das sanções criminais, o julgador deve recorrer à analogia *in bonam partem* para a integração normativa, observados, ainda, o princípio da legalidade e a retroatividade da lei penal mais benéfica [...] (AgRg no HC n. 631.410/SP, Rel. Ministro **Rogério Schietti**, 6ª T., DJe 9/3/2021).

[...]

5. O ato jurídico perfeito e a retroatividade da lei penal mais benéfica são direitos fundamentais de primeira geração, previstos nos incisos XXXVI e XL do art. 5º da Constituição Federal. Por se tratarem de direitos de origem liberal, concebidos no contexto das revoluções liberais, voltam-se ao Estado como limitadores de poder, impondo deveres de omissão, com o fim de garantir esferas de autonomia e de liberdade individual [...] (HC n. 583.837/SC, Rel. Ministro **Sebastião Reis Júnior**, 6ª T., DJe 12/8/2020).

A partir de tais premissas, deve-se recorrer à antiga redação do revogado *caput* do artigo 112 da Lei n. 7.210/1984, segundo o qual "[a] pena privativa de liberdade [seria] executada em forma progressiva com a transferência para regime menos rigoroso, a ser determinada pelo juiz, quando o preso [tivesse] cumprido ao menos um sexto da pena no regime anterior e [ostentasse] bom comportamento carcerário, comprovado pelo diretor do estabelecimento, respeitadas as normas que vedam a progressão". Dessa forma, numa situação de resgate de pena imposta em face da prática de crime comum, fosse o apenado primário ou reincidente, seria necessário o cumprimento de 1/6 das reprimendas.

Caso se tratasse de sentenciado condenado pela prática de crime hediondo, os patamares para auferição do preenchimento do requisito de ordem objetiva seriam extraídos da previsão do art. 2º, § 2º, da Lei n. 8.072/1990, segundo a qual "[a] progressão de regime, no caso dos condenados pelos crimes previstos neste artigo, **dar-se-[ia] após o cumprimento de 2/5 (dois quintos) da pena, se o apenado [fosse] primário, e de 3/5 (três quintos), se reincidente**, observado o disposto nos §§ 3º e 4º do art. 112 da Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984" (sublinhei).

A celeuma reside justamente em torno dos patamares estabelecidos pela atual redação do art. 112, *caput* e incisos, da Lei de Execução Penal, **que tratam da prática de crime hediondo e constituem lapsos inferiores à fração de 3/5, revogada pela entrada em vigor do**

Pacote Anticrime.

Trata-se, por conseguinte, da análise da aplicação retroativa dos incisos V e VI, 'a', do referido artigo de lei. No que tange ao segundo inciso mencionado, é preciso salientar que, como já apontado no tópico acima, **dada a lacuna legal quanto à previsão do lapso de progressão aos apenados que cometeram delito hediondo ou equiparado com resultado morte, mas são reincidentes genéricos, é imperiosa a aplicação, à espécie, do art. 112, VI, 'a', pelas razões já minudenciadas.**

Consoante a previsão legislativa anteriormente vigente, esse mesmo apenado teria de cumprir a fração de 3/5 para pleitear eventual progressão a regime mais benéfico, **o que consistiria em patamar superior aos 50% estabelecidos pelo art. 112, VI, 'a', da Lei de Execução Penal. Entretanto, não se pode olvidar que o mesmo inciso, em sua parte final, prevê a vedação ao benefício do livramento condicional, disposição que não existia ao tempo da vigência do art. 2º, § 2º, da Lei n. 8.072/1990. Por consequência, é inadmissível sua retroatividade, por constituir situação mais gravosa ao sentenciado.**

Discute-se aqui a possibilidade de abreviação do período de cumprimento de pena necessário à progressão a regime prisional menos gravoso. No entanto, **ao ser beneficiado com a concessão do livramento condicional, o apenado afasta-se do confinamento, dado que "[o] livramento condicional, conforme José Frederico Marques, 'é a liberdade provisória concedida, sob certas condições, ao apenado que não revele periculosidade, depois de cumprida uma parte da pena que lhe foi imposta'"**(MARCÃO, Renato. *Curso de execução penal*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 220).

Já em relação ao patamar estabelecido no art. 112, V, é irrefutável 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.

Outra não tem sido a compreensão do Superior Tribunal de Justiça, por suas duas Turmas Criminais, de que, “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 n. 607.190/SP, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, 6ª T., DJe 14/10/2020).

Na oportunidade, o Ministro relator salientou que, “[n]o caso dos autos, **o paciente, que não é primário, não se enquadra nos exatos termos do inciso V, tampouco seu caso se amolda ao inciso VII, uma vez que não é reincidente na prática de crime hediondo ou equiparado.** Desse modo, forçoso reconhecer que, diante das duas situações, **em obediência ao princípio do *favor rei*, ao paciente se deve aplicar a norma penal mais benéfica, no caso a incidência do percentual de 40% previsto no inciso V do art. 112 da Lei 7.210/1984 para fins de progressão de regime”** (*Idem*, destaquei).

Nesse mesmo sentido, exemplificativamente:

[...]

1. A intenção do legislador foi manter os condenados mais tempo no regime estabelecido para o início do cumprimento da pena. A *novatio legis* insere dispositivos prejudiciais à situação jurídica do condenado, os quais somente poderão ser aplicados aos crimes praticados após a sua entrada em vigor, em respeito ao princípio da anterioridade (art. 5º, inciso XL, da CF e art. 1º, do CP). Em se tratando, contudo, de hipótese benéfica ao apenado, haverá a aplicação retroativa. No presente caso, o Tribunal *a quo* reconheceu a incidência de *novatio legis in melius*, determinando a aplicação do percentual de 40% (quarenta por cento) da pena, para fins de progressão de regime, asseverando que "assim, dada a ausência de previsão legal acerca do percentual de pena que deve ser cumprido para fins de progressão de regime, nos casos em que o apenado é condenado por crime hediondo, mas reincidente simples, de rigor a adoção da solução mais benéfica a ele, ou seja, deve ser adotado o percentual de 40% previsto no inciso V, do artigo supracitado, ainda que tal inciso mencione expressamente a sua aplicação aos condenados primários por crime hediondo ou equiparado" (e-STJ fl. 54).

2. Com efeito, os incisos VII e VIII do art. 112 da LEP, introduzidos pela Lei n. 13.964/2019, são taxativos e abarcam tão somente a hipótese de reincidência na prática de crime hediondo ou equiparado. O apenado foi sentenciado por delito hediondo (art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006), tendo sido reconhecida sua reincidência genérica, decorrente de condenação anterior pela prática de crime comum (e-STJ fl. 52). Para tal hipótese - condenado por crime hediondo, mas reincidente em razão da prática de crime comum -, como bem ponderou o Tribunal a quo (e-STJ fl. 54), inexistente, na *novatio legis*,

percentual a disciplinar a progressão de regime ora pretendida, sendo certo que os percentuais de 60% (sessenta por cento) e 70% (setenta por cento) foram destinados aos reincidentes específicos.

3. Assim, **na espécie, considerando que o apenado, condenado por crime hediondo (art. 33, caput, da Lei n. 11.343/2006), é reincidente em crime comum (reincidência genérica), conforme se extrai dos presentes autos (e-STJ fl. 52), impõe-se, ante a omissão legislativa, o uso da analogia in bonam partem, para aplicar o percentual equivalente ao que é previsto para o primário (art. 112, inciso V, da LEP), qual seja, o de 40% (quarenta por cento), para fins de cálculo da progressão de regime prisional, em relação ao crime anterior praticado.**

4. Agravo regimental desprovido (AgRg no REsp n. 1.918.050/SP, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, 5ª T., DJe 7/5/2021, sublinhei).

Ademais, urge ressaltar que a incidência retroativa do art. 112, V, da Lei de Execução Penal, não esbarra no óbice da vedação à combinação de lei. Não olvido que "a análise da lei mais benigna restará sempre submetida à avaliação do resultado final *in concreto*, [...] O critério da lei mais benéfica não permitiria a adoção de uma *lex tertia* ou de uma combinação de leis. Foi [...] essa a posição do Supremo Tribunal Federal, que, a propósito do roubo de estabelecimento bancários, **afirmou ser 'lícito ao juiz escolher, no confronto das leis, a mais favorável, e aplicá-la em sua integridade, porém não lhe é permitido criar e aplicar uma 'terza legge' diversa de modo a favorecer o réu, pois, nessa hipótese, se transformaria em legislador'**" (MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 12. ed. rev. r. atual. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 517-518, destaquei).

Para melhor compreensão da controvérsia, faz-se necessária a análise do texto dos arts. 111, parágrafo único, e 118, II, ambos da Lei de Execução Penal. Confirmam-se (grifei):

Art. 111. 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.

Parágrafo único. **Sobrevindo condenação no curso da execução, somar-se-á a pena ao restante da que está sendo cumprida, para determinação do regime.**

Superior Tribunal de Justiça

Art. 118. A execução da pena privativa de liberdade ficará sujeita à forma regressiva, com a transferência para qualquer dos regimes mais rigorosos, quando o condenado:

I - praticar fato definido como crime doloso ou falta grave;

II - **sofrer condenação, por crime anterior, cuja pena, somada ao restante da pena em execução, torne incabível o regime.**

Conclui-se da leitura dos artigos acima mencionados que, diante da superveniência do trânsito em julgado de sentença condenatória, caso o *quantum* de pena obtido após o somatório não permita a preservação do regime atual de cumprimento da pena, o novo regime será então determinado por meio do resultado da soma, de forma que estará o sentenciado sujeito à regressão

Não obstante a determinação de unificação das reprimendas impostas ao sentenciado, deve-se frisar que, desde a entrada em vigor da Lei n. 11.464/2007, instituiu-se tratamento diferenciado às penas decorrentes de crimes comuns, hediondos ou equiparados, **a evidenciar a individualização do cumprimento das reprimendas, mormente diante dos diversos lapsos legais estabelecidos. Aliás, a unificação das penas não obsta, inclusive, a própria extinção parcial das reprimendas inseridas na carta de liquidação.**

Assim, dadas as ponderações acima, concluo que **a hipótese em análise trata da incidência de lei penal mais benéfica ao apenado, condenado por tráfico de drogas, porém reincidente genérico**, de forma que é mister 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.**

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 à condenação já em curso
---	---	--	---

Superior Tribunal de Justiça

	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)

Superior Tribunal de Justiça

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

V. Dispositivo

À vista do exposto, **nego provimento** ao recurso.

Por conseguinte, a tese jurídica fixada, para os fins previstos no art. 1.036 do Código de Processo Civil, é a seguinte:

É reconhecida a retroatividade do patamar estabelecido no art. 112, V, da Lei n. 13.964/2019, àqueles apenados que, embora tenham cometido crime hediondo ou equiparado sem resultado morte, não sejam reincidentes em delito de natureza semelhante.

Por se tratar de recurso representativo da controvérsia, determino o envio de cópia do inteiro teor deste acórdão, após a devida publicação, à Presidência deste Superior Tribunal, aos Presidentes dos Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal e dos Territórios, bem como aos Presidentes dos Tribunais Regionais Federais, para o cumprimento

Superior Tribunal de Justiça

do disposto no art. 1.040 do Código de Processo Civil e no art. 256-R do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça.

