HABEAS CORPUS Nº 503.883 - SP (2019/0103309-6)

RELATOR	**:**	**MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ**
IMPETRANTE	:	GUSTAVO HENRIQUE OLIVATO E OUTROS
ADVOGADOS	:	FABIANO MONTEIRO DE MELO - SP257232
		GUSTAVO HENRIQUE OLIVATO - SP357232
		SANNY MÉDIK LÚCIO - SP378334
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	:	ANDRE LUIS TEIXEIRA RODRIGUES (PRESO)

DECISÃO

ANDRÉ LUIS TEIXEIRA alega sofrer coação ilegal em decorrência de acórdão proferido pelo **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo** no HC n. 0004869-46.2018.8.26.0496.

Depreende-se dos autos que o paciente cumpre pena por duas condenações, ambas pela prática de delitos de tráfico. Ao unificar as penas, o Juízo de primeiro grau estabeleceu a fração de 3/5 para a progressão, o que foi confirmada pela Corte local.

Neste *writ*, a defesa alega que deve ser imposta a fração de 2/5 para o cálculo da progressão na execução da pena em que o paciente foi considerado primário.

Requer, liminarmente, a retificação do cálculo da pena, quanto à primeira execução.

Decido.

O Tribunal local denegou a ordem, nos seguinte termos:

> *Ab initio*, anote-se que, diferentemente do alegado pela defesa, não há que se alterar o termo final da pena, pois, como bem observado na decisão recorrida, o sentenciado foi beneficiado com livramento condicional, mas decumpriu as condições, o que culminou revogação do benefício.
> [...]
> Portanto, o período em que o sentenciado permaneceu em liberdade, antes da revogação do livramento condicional, realmente não deve ser descontado da pena total.

> Quanto ao mais, é certo que o paciente é reincidente, nos termos do que dispõe o art. 63 do Código Penal: "verifica-se a reincidência quando o agente comete novo crime, depois de transitar em julgado a sentença que, no País ou no estrangeiro, o tenha condenado por crime anterior".
> [...]
> **E, no caso dos autos o sentenciado é reincidente específico, pois condenado pela prática de tráfico de drogas, conforme se Portanto, no caso dos autos, por ser o acusado reincidente, não há como cogitar de aplicação de percentual diverso quanto a cada uma das condenações, visto que a reincidência se estende pelo total da condenação** (fls. 44-46, destaquei).

O Superior Tribunal de Justiça entende que "A exigência do cumprimento de 2/5 (dois quintos) ou de 3/5 (três quintos) da pena imposta, como requisito objetivo para a progressão de regime aos condenados por crimes hediondos, trazida pela Lei n.º 11.464/07, por ser evidentemente mais gravosa, não pode retroagir para prejudicar o réu." (*HC* 269.196/GO, Rel. Ministra **LAURITA VAZ**, 5ª T., DJe de 11/9/2013).

Nesse sentido:

> [...]
> 2. Conforme orientação firmada nesta Corte, a majoração da pena pela aplicação do art. 71, parágrafo único, do Código Penal, deve se pautar por critérios objetivos (número de infrações cometidas) e subjetivos (circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal).
> 3. Admitido o acréscimo da pena no patamar de 1/3 pela continuidade delitiva específica quando, cometidas apenas duas infrações (duplo latrocínio), as circunstâncias judiciais se mostrarem desfavoráveis ao réu, como no caso.
> 4. O Supremo Tribunal Federal, ao julgar o HC n. 82.959/SP, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei n.
> 8.072/1990, que vedava a progressão do regime aos condenados por crimes hediondos e equiparados, e, com o advento da Lei n.
> 11.464/2007, foi assegurado direito à progressão desde

> que cumpridos 2/5 da pena, se o apenado for primário, e 3/5, se reincidente.
> **5. *In casu,* o paciente foi condenado por latrocínio cometido antes da entrada em vigor da Lei n. 11.464/2007, sujeitando-se ao disposto no art. 112 da Lei n. 7.210/1984 para a progressão de regime prisional. Inteligência da Súmula 471 do STJ.**
> 6. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para, respeitado o regime inicial fechado, determinar ao Juízo das Execuções Penais que examine o cabimento da progressão, observada a fração de 1/6, nos termos do art. 112 da LEP.
> (**HC n. 187.617/RJ**, Rel. Ministro **Gurgel de Faria**, 5ª T., DJe 20/8/2015, destaquei)

A Lei n. 11.464/2007, apesar de permitir o cumprimento progressivo da pena aos condenados pela prática de crimes hediondos e a ele equiparados, estabeleceu requisito objetivo mais gravoso para a obtenção da progressão de regime, constituindo, neste ponto, verdadeira lei penal mais gravosa, que não pode ser aplicada retroativamente em prejuízo do réu, a teor do art. 2° do CPP e do art. 5°, XL, da Constituição Federal.

In casu, conforme registrado pelo Tribunal estadual, **o delito de tráfico foi cometido após a entrada em vigor da lei em comento, em 7/6/2016.**

Dessa forma, o critério objetivo necessário para a progressão de regime prisional ao recorrente, condenado por crime equiparado a hediondo praticado em data posterior à Lei n. 11.464/2007, **necessário, portanto, o cumprimento do lapso de 3/5 da pena para o adimplemento do critério objetivo.**

No mesmo sentido:

> [...]
> LAPSO TEMPORAL. PROGRESSÃO. CRIME HEDIONDO. CRIME PRATICADO APÓS O INÍCIO DA VIGÊNCIA DA LEI 11.464/07.
> 1. A Lei n. 11.464/2007, que alterou o art. 2º, § 2º, da Lei dos Crimes Hediondos, estabelece que a transferência de regime dar-se-á após o cumprimento de 2/5 (dois quintos) da pena, se o condenado for primário e **3/5 (três quintos),**

> **se reincidente.**
> 2. **Tratando-se de latrocínio cometido após o termo inicial de vigência da norma, aplica-se a nova disciplina para a progressão do regime prisional.**
> 3. Agravo regimental a que se nega provimento.
> (**AgRg no HC n. 221.784/SP**, Rel. Ministro **Jorge Mussi**, 5ª T., DJe 20/2/2014)

À vista do exposto, nos termos do art. 210 do RISTJ, **indefiro liminarmente** o habeas corpus.

Publique-se e intimem-se.

Brasília (DF), 11 de abril de 2019.

Ministro **ROGERIO SCHIETTI CRUZ**