

*Supremo Tribunal Federal*

**COORD. DE ANÁLISE DE JURISPRUDÊNCIA**  
**D.J. 08.09.2006**  
**EMENTÁRIO Nº 2 2 4 6 - 2**

15/08/2006

SEGUNDA TURMA

**RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS 85.656-0 MATO GROSSO DO SUL**

**RELATOR** : **MIN. GILMAR MENDES**  
**RECORRENTE(S)** : JULIERME BREGADIOLI OU JULIERME BREGADIOLE  
**ADVOGADO(A/S)** : JOÃO ANTONIO BACCA FILHO  
**RECORRIDO(A/S)** : SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**EMENTA:** Recurso Ordinário em *Habeas Corpus*. 2. Alegações de constrangimento ilegal em razão dos seguintes fatores: a) violação do princípio da unidade do Ministério Público e da indivisibilidade da ação penal (CF, art. 121, § 1º); b) inexistência de concurso de agentes, por suposta ausência de provas; c) nulidades decorrentes da intimação dos advogados de defesa quanto ao despacho saneador e quanto as audiências de inquirição das testemunhas; d) intempestividade da apelação ministerial; e) preclusão ao direito de recorrer do Ministério Público de sentença penal absolutória; e f) o direito de progressão de regime nos termos das alterações promovidas pela Lei nº 9.455/1997 com relação a Lei nº 8.072/1990. Com relação aos itens "a", "b", "c", "d" e "e" acima, em conformidade com o parecer da PGR e com a jurisprudência do Tribunal, não se vislumbra a procedência das alegações expendidas pelo recorrente. Precedentes: HC's nºs 84.278/SP, Rel. Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, DJ de 22.10.2004; 87.293/PE, Rel. Min. Eros Grau, Primeira Turma, DJ de 03.03.2006; e AO nº 933/AM, Rel. Min. Carlos Britto, Pleno, DJ de 06.02.2004. 3. Impossibilidade de apreciação e julgamento monocrático para a aplicação do precedente firmado pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal no HC nº 82.959/SP, Relator Marco Aurélio, maioria, acórdão pendente de publicação. Precedentes: HC(QO) nº 85.677-SP, de minha relatoria, 2ª Turma, unânime, DJ de 31.03.2006; HC(QO) nº 86.224, Rel. Min. Carlos Brito, 1ª Turma, unânime, DJ de 17.03.2006. 4. Inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei nº 8.072/1990, que vedava a progressão. 5. Competência do juízo de primeiro grau para avaliar, no caso concreto, se o paciente atende ou não os requisitos para obter o benefício da progressão. 6. Recurso Ordinário em *Habeas Corpus* deferido em parte, sendo provido apenas no que se refere a progressão de regime.

**A C Ó R D ã O**

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Segunda Turma, sob a



RHC 85.656 / MS

*Supremo Tribunal Federal*

presidência do Senhor Ministro Celso de Mello, em conformidade com a ata de julgamento e as notas taquigráficas, por unanimidade de votos, conhecer e dar parcial provimento ao recurso ordinário, nos termos do voto do Relator.

Brasília, 15 de agosto de 2006.

**MINISTRO GILMAR MENDES - RELATOR**



*Supremo Tribunal Federal*

15/08/2006

SEGUNDA TURMA

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS 85.656-0 MATO GROSSO DO SUL

RELATOR : MIN. GILMAR MENDES  
 RECORRENTE(S) : JULIERME BREGADIOLI OU JULIERME BREGADIOLE  
 ADVOGADO(A/S) : JOÃO ANTONIO BACCA FILHO  
 RECORRIDO(A/S) : SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

R E L A T Ó R I O

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - **(Relator)**: Em parecer de fls. 788-793, o Subprocurador-Geral da República, Dr. Edson Oliveira de Almeida, assim relata a controvérsia:

"1. Cuida-se de Recurso Ordinário Constitucional interposto face aos acórdãos proferidos pela Quinta turma no STJ no HC nº 29.914-MS o qual restou assim ementado, *verbis*(fl. 294):

'HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. CRIME DE TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO EM SEDE DE APELAÇÃO CRIMINAL. TEMPESTIVIDADE DO APELO MINISTERIAL. PROTOCOLO INTEGRALIZADO. PRINCÍPIO INSTITUCIONAL DA INDEPENDÊNCIA FUNCIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. AUSÊNCIA DE PROVA HÁBIL A CARACTERIZAR A MAJORANTE DO ART. 18, INCISO III, DA LEI DE TÓXICOS. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. DILAÇÃO PROBATÓRIA. PROGRESSÃO DE REGIME. IMPOSSIBILIDADE. LEI N.º 8.072/90 E LEI N.º 9.455/97. PRECEDENTES DO STJ.

1. O sistema de protocolo integralizado deve ser observado pelas instâncias ordinárias, ainda que se trate de recurso a ser interposto diretamente na secretaria do órgão colegiado. Assim, a teor do disposto nos arts. 3.º e 593, do Código de Processo Penal, apresenta-se tempestivo o recurso de apelação ministerial

interposto contra a sentença penal absolutória proferida em favor do ora paciente.

2. Inexiste, *in casu*, qualquer violação aos princípios da unidade e da indivisibilidade da ação penal, porquanto, a teor do corolário institucional da independência funcional, o órgão do Ministério Público é livre para officiar fundamentadamente de acordo com sua consciência e lei, não estando adstrito, em qualquer hipótese, à orientação de quem quer que seja.

3. Não há como proceder ao exame da alegação de inexistência do concurso de agentes, por ausência de vínculo associativo indispensável à caracterização da majorante prevista no art. 18, inc. III, da Lei n.º 6.368/1976, em razão da necessidade de dilação do conjunto fático-probatório, o que é vedado no âmbito do *habeas corpus*.

4. As condenações por crimes hediondos devem ser cumpridas em regime integralmente fechado, nos termos da Lei n.º 8.072/90, pois as inovações trazidas pela Lei n.º 9.455/97 (Lei dos Crimes de Tortura), não alteraram as disposições referentes aos demais crimes hediondos e equiparados (dentre os quais se inclui o delito de tráfico ilícito de entorpecentes ao qual o paciente foi condenado), devendo-se, desta forma, ser mantida a imposição da fixação do regime integralmente fechado para o cumprimento da pena.

5. Precedentes do STJ.

6. Ordem denegada.'

2. Segundo consta dos autos, o Tribunal Regional Federal da 3ª Região proveu Apelação Criminal do Ministério Público em face de sentença absolutória, condenando o Paciente pela prática do crime descrito no artigo 12, *caput*, combinado com o artigo 18, ambos da Lei nº 6.368/76 e artigo 333, do Código Penal, à pena de 06 (seis) anos e 08 (oito) meses de reclusão, em regime integralmente fechado.

3. No presente recurso, a Defesa reitera os argumentos expendidos na ordem de *habeas corpus*, aduzindo intempestividade do termo de interposição e das razões do recurso ministerial, ao fundamento de que o Ministério Público teve vista dos autos em 11

de dezembro de 2000 e os devolveu, com o recurso, em 19 de dezembro. Afirma que, não obstante a Apelação tenha sido datada de 15 de dezembro de 2000, não consta recibo pelo Protocolo Judicial. Alega, também, violação ao princípio da unidade institucional do Ministério Público, em virtude da manifestação ministerial, enquanto *custos legis*, ter diferido do Recurso de Apelação, entendendo pela não ocorrência do crime de corrupção ativa. Afirma pela existência de constrangimento ilegal por alegada ausência de provas quanto ao concurso de agentes; pugna pelo cabimento de progressão de regime ao caso em tela pela revogação do disposto no artigo 2º, § 1º, da Lei 8.072/90 pela Lei 9.455/97 e, por fim, assevera a existência de nulidades no processo pela falta de intimação dos advogados do despacho saneador e para as audiências de inquirição de testemunhas." (fls.788/789)

O impetrante alega que:

"A inclusão do inc. V, no art. 83 do Código Penal, significa que o legislador ao elaborar a Lei 8.072/90, quis também beneficiar o apenado com a progressão do regime prisional, quando não for ele reincidente específico.

Nessas condições não vemos como prosperar a condenação contrária à evidência dos autos, vinda de uma interposição intempestiva e de provas oponíveis, o que caracteriza o constrangimento ilegal." (fl. 313).

Por fim, a inicial requer:

Assim, pretendendo o Paciente, ora recorrente reaver sua primariedade e livrar-se dos demais efeitos decorrentes da respeitável decisão condenatória, requer a esse COLENO TRIBUNAL seja julgada extinta a pretensão punitiva, riscando-se o seu nome do rol dos culpados e, enfim, tornando sem qualquer eficácia, sob qualquer ângulo, a respeitável decisão condenatória.

Deste modo, o Impetrante e o Recorrente esperam que essa AUGUSTA CORTE, conhecendo do pedido, lhe dê

RHC 85.656 / MS

*Supremo Tribunal Federal*

PROVIMENTO, fazendo expedir a ordem para anular o processo e, conseqüentemente, a suspensão dos efeitos da condenação, diante das inúmeras irregularidades apresentadas no pedido de 'HABEAS CORPUS' cessando o constrangimento que o paciente-recorrente está sofrendo."(fls. 314/315)

O Ministério Público opina "pelo provimento parcial do recurso ordinário, devendo este ser provido apenas no que se refere à progressão de regime". (fls.793)

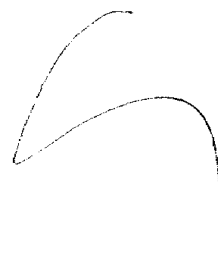
É o relatório.

*Supremo Tribunal Federal*RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS 85.656-0 MATO GROSSO DO SULV O T O

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - (Relator):

Em síntese, o impetrante alega suposto constrangimento ilegal em razão dos seguintes fatores:

- a) violação do princípio da unidade do Ministério Público e da indivisibilidade da ação penal (CF, art. 121, § 1º);
- b) inexistência de concurso de agentes, por suposta ausência de provas;
- c) nulidades decorrentes da intimação dos advogados de defesa quanto ao despacho saneador e quanto as audiências de inquirição das testemunhas;
- d) intempestividade da apelação ministerial;
- e) preclusão ao direito de recorrer do Ministério Público de sentença penal absolutória; e
- f) o direito de progressão de regime nos termos das alterações promovidas pela Lei nº 9.455/1997 com relação a Lei nº 8.072/1990.



RHC 85.656 / MS

*Supremo Tribunal Federal*

Em relação às alegações de violação do princípio da unidade do Ministério Público e da indivisibilidade da ação penal (CF, art. 121, § 1º), inexistência de concurso de agentes, por suposta ausência de provas, nulidades decorrentes da intimação dos advogados de defesa quanto ao despacho saneador e quanto as audiências de inquirição das testemunhas, intempestividade da apelação ministerial e preclusão ao direito de recorrer do Ministério Público de sentença penal absolutória, (ítems "a", "b" e "c"), o Subprocurador-Geral da República assim opinou:

"Não assiste razão ao Recorrente. No que tange as alegações de violação do princípio da unidade do Ministério Público, ausência de provas do concurso de agentes e nulidade do processo por suposta falta de intimação dos advogados de defesa do despacho saneador e para as audiências de inquirição das testemunhas, reporto-me às contra-razões do ilustre Subprocurador-Geral da República Moacir Mendes Sousa, onde restaram bem refutadas as alegações expedidas pelo Recorrente. No particular (fls.323/328):

O recurso é tempestivo e apropriado, pelo que deve ser admitido, remetendo-se os autos ao Supremo Tribunal Federal.

No mérito, o apelo não merece provimento.

Considerando que o Recorrente não rebate os fundamentos da decisão recorrida, limitando-se a reeditar as razões da impetração originária, pede-se vênia para, também, reafirmar o pronunciamento de fls. 264/270, lançado nos seguintes termos:

< (...)

No que diz respeito à violação do princípio da unidade do Ministério Público, ao argumento de que o Procurador Regional da República que oficiou em segunda instância teria, contrariamente ao seu colega em primeiro grau, entendido pela não caracterização do crime de corrupção ativa, manifestando-se, então, no sentido da absolvição do Paciente nesse ponto, nada de extraordinário a ser registrado, pois, em segunda instância, a atuação do Ministério



Público ocorre, como fiscal da lei, donde resulta que o faz com absoluta independência funcional, uma vez que não atua na condição de parte, posição esta, no caso, ostentada pelo *Parquet* em primeiro grau.

Muito menos tal conduta Ministerial afeta o princípio da indivisibilidade da ação penal, isto porque dito princípio não sofre qualquer prejuízo em decorrência da distinta atuação Ministerial seja como parte, seja como fiscal da lei, atentando-se, ainda, para o princípio da independência funcional.

Portanto, inexistente violação a qualquer dos princípios invocados, seja o da unidade institucional, seja o da indivisibilidade da ação penal, pelo só fato das atuações distintas de dois membros do Ministério Público Federal em duas instâncias, de igual modo, distintas.

O cogitado constrangimento ilegal por ausência de provas do concurso de agentes, que denotaria inexistência de conluio associativo, matéria que demandaria necessária incursão em sítio probatório, providência inadmissível na estreita via do *habeas corpus*, que reclama esteja o pleito deduzido revestido de certeza, clareza, nitidez e incontestabilidade, jamais situação merecedora de dilação probatória para o seu esclarecimento, como sói acontecer na espécie dos autos.

Sem fundamento a alegação de nulidade do processo por suposta falta de intimação dos advogados de defesa do despacho saneador e para as audiências de inquirição das testemunhas, haja vista tratar-se de matéria não apreciada na esfera do Tribunal a quo, sendo defeso fazê-lo, agora, no âmbito dessa Colenda Corte Superior, sob pena de supressão de instância.

(...)>

Em razão do exposto, embora deva ser o apelo admitido, deve ser improvido quanto ao mérito." (fls. 790/791)

RHC 85.656 / MS

*Supremo Tribunal Federal*

Com relação à violação do princípio da unidade do Ministério Público e da indivisibilidade da ação penal (item "a" acima), constata-se que inexistente violação a qualquer dos princípios invocados. Isso ocorre porque, no caso concreto, é plenamente possível divisar a atuação do Ministério Público na condição de parte (na qual o membro do *Parquet* que oficiou em primeira instância ofereceu a denúncia), do pronunciamento, efetuado em segundo grau, no qual o Ministério Público opinou pela absolvição do ora paciente no estrito cumprimento de sua condição de *custos legis*.

Observa-se, portanto, que não há contradição na atuação do órgão ministerial apta a ensejar violação aos princípios da unidade do Ministério Público, e da indivisibilidade da ação penal. (item "a" acima)

No que diz respeito à inexistência de concurso de agentes por ausência de provas (item "b" acima), entendo que, na linha de jurisprudência consolidada desta Corte, tratar-se-ia de matéria que necessitaria de extensa dilação probatória, modalidade cognitiva inviável em sede de *habeas corpus*, (nesse sentido, cf. HC's nºs 84.278/SP, Rel. Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, DJ de 22.10.2004; 87.293/PE, Rel. Min. Eros Grau, Primeira Turma, DJ de 03.03.2006; e AO nº 933/AM, Rel. Min. Carlos Britto, Pleno, DJ de 06.02.2004).

Na esfera das supostas nulidades existentes (item "c" acima), ainda que superada essa questão, nota-se que o caso concreto versa sobre nulidades sanáveis, as quais deveriam ter sido oportunamente argüidas, sob pena de preclusão. Ademais, por se tratar de situação de nulidade relativa, caberia ao impetrante demonstrar, de plano, a ocorrência do prejuízo ("*pas des nullités san grief*"). Da leitura dos documentos dos autos, verifico a

RHC 85.656 / MS

*Supremo Tribunal Federal*

ausência de comprovação de constrangimento ilegal ao qual o paciente estaria, ao menos em tese, submetido.

A respeito da intempestividade da apelação ministerial e da preclusão ao direito de recorrer de sentença penal absolutória (item "d"), o Ministério Público argumenta que:

"Por outro lado, quanto à alegada intempestividade da interposição do termo do recurso de apelação, oportuna se mostra a transcrição do voto da Ministra Relatora do HC 29.914/MS que, sobre o tema, decidiu:

'I - A preclusão temporal do direito ministerial de recorrer da sentença penal absolutória em razão da intempestividade da interposição do recurso de apelação:

Observa-se, da acurada leitura dos autos, que o Ministério Público Federal promoveu, por cota em separado, nos próprios autos, a apresentação do termo de interposição do recurso de apelação no dia 15 de dezembro de 2000, ou seja, três dias após a conclusão do feito (certidão de fl. 48). Tem-se, portanto, que o termo de interposição, apresentado no sistema do protocolo integralizado, é perfeitamente tempestivo, pouco importando a chegada física do processo-crime, no Cartório de Corumbá-MS, no dia 19 de dezembro de 2000, *in verbis*:

<MM. Juiz Federal:

Promoção de apelação em separado.

Campo Grande p/ Corumbá, 15.12.00.

PROCURADORA DA REPÚBLICA> (fl. 48) (grifei)

Ora, como é sabido, o Superior Tribunal de Justiça tem aplicado o entendimento de que o sistema de protocolo integralizado deve ser observado pelas instâncias ordinárias, ainda que se trate de recurso a ser interposto diretamente na secretaria do órgão colegiado. Assim, ao contrário do que alega o Impetrante, à luz dos arts. 3.º e 593 do Código de Processo Penal, apresenta-se tempestivo o recurso de apelação

RHC 85.656 / MS

*Supremo Tribunal Federal*

ministerial interposto contra a sentença penal absolutória proferida em favor do ora paciente.

Nesse sentido, confira-se os seguintes precedentes do Superior Tribunal de Justiça, *in verbis*:

(...)

Por fim, ressalto apenas como argumentação que no caso de dúvida acerca da tempestividade da apelação criminal - fato este inóceno à espécie, impõe-se o seu conhecimento em prevalência à oposição pessoal tempestiva do órgão ministerial e em homenagem à efetividade do processo e ao duplo grau de jurisdição.

(...)'

Acrescento, ainda, que, à época dos fatos, não havia Procuradoria da República na cidade de Corumbá/MS. Assim, a atuação do Ministério Público Federal nos feitos criminais que tramitavam perante a Justiça Federal nesta cidade era realizada pela Procuradoria da República da Cidade de Campo Grande/MS que, no caso, interpôs, tempestivamente o termo de recurso de apelação na Justiça Federal de Campo Grande/MS. Conforme se pode atestar da Guia de Remessa de Processos daquela unidade do Ministério Público Federal (original em anexo), os autos do processo, com o termo de interposição do recurso, foram recebidos pela Justiça Federal no dia 15 de dezembro de 2000, às 18:30 h. O fato de constar o recebimento dos autos na comarca de Corumbá/MS apenas no dia 19 de dezembro se deve aos trâmites internos do Judiciário, não podendo tal demora ser atribuída ao Ministério Público Federal." (fls.792)

Nota-se, portanto, que, quanto às alegações de intempestividade da apelação ministerial e de preclusão do direito de recorrer de sentença penal absolutória (itens "d" e "e" acima), há, nos autos, documentos que comprovam a tempestividade de recurso do *Parquet* [informações (fl. 48), que atesta a "Promoção de apelação em separado", de "Campo Grande/MS para Corumbá/MS", datada de 15.12.2000; e Guia de Remessa de Processos (fl.794), que confirma a data de interposição da apelação]. Além disso, é sintomático

RHC 85.656 / MS

*Supremo Tribunal Federal*

perceber que à época dos fatos, não havia na Cidade de Corumbá/MS, representante do Ministério Público Federal.

Deste modo, a atuação do Parquet nos feitos criminais que tramitavam perante a Justiça Federal na cidade de Corumbá/MS era realizada pela Procuradoria da República da cidade de Campo Grande/MS que, no caso, interpôs, tempestivamente e por meio de protocolo integrado, o recurso de apelação na Justiça Federal de Campo Grande/MS. Conclui-se que o suposto atraso no recebimento dos autos na Comarca de Corumbá/MS deveu-se tão-somente aos trâmites internos do poder judiciário, não podendo se atribuir, por conseguinte, tal demora ao Ministério Público Federal.

Em síntese, com base nos documentos acostados às fls. 48 e 794, é possível inferir que a apelação interposta pelo Ministério Público afigura-se tempestiva, ou seja, foi interposta dentro do prazo legal.

Ante o exposto, com relação a todas e cada uma das alegações abordadas acima (itens "a", "b", "c" e "d" acima) nego provimento a essa parte do recurso.

Superada essa questão, passo a analisar tão-somente o tema da progressão de regime. (item "f" acima)

Quanto à progressão de regime, creio ser o caso de aplicação da decisão proferida pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal no julgamento do HC nº 82.959-SP, Rel. Min. Marco Aurélio, (acórdão pendente de publicação). Naquela assentada, ocorrida na sessão de 23.02.2006, esta Corte, por seis votos a cinco, reconheceu a inconstitucionalidade do § 1º do artigo 2º da Lei 8.072/1990 ("Lei

dos Crimes Hediondos"), que proibia a progressão de regime de cumprimento de pena nos crimes hediondos.

Conforme noticiado no Informativo nº 417/STF:

"Em conclusão de julgamento, o Tribunal, por maioria, deferiu pedido de habeas corpus e declarou, *incidenter tantum*, a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei 8.072/90, que veda a possibilidade de progressão do regime de cumprimento da pena nos crimes hediondos definidos no art. 1º do mesmo diploma legal - v. Informativos 315, 334 e 372. Inicialmente, o Tribunal resolveu restringir a análise da matéria à progressão de regime, tendo em conta o pedido formulado. Quanto a esse ponto, entendeu-se que a vedação de progressão de regime prevista na norma impugnada afronta o direito à individualização da pena (CF, art. 5º, LXVI), já que, ao não permitir que se considerem as particularidades de cada pessoa, a sua capacidade de reintegração social e os esforços aplicados com vistas à ressocialização, acaba tornando inócua a garantia constitucional. Ressaltou-se, também, que o dispositivo impugnado apresenta incoerência, porquanto impede a progressividade, mas admite o livramento condicional após o cumprimento de dois terços da pena (Lei 8.072/90, art. 5º). Vencidos os Ministros Carlos Velloso, Joaquim Barbosa, Ellen Gracie, Celso de Mello e Nelson Jobim, que indeferiam a ordem, mantendo a orientação até então fixada pela Corte no sentido da constitucionalidade da norma atacada. O Tribunal, por unanimidade, explicitou que a declaração incidental de inconstitucionalidade do preceito legal em questão não gerará consequências jurídicas com relação às penas já extintas nesta data, uma vez que a decisão plenária envolve, unicamente, o afastamento do óbice representado pela norma ora declarada inconstitucional, sem prejuízo da apreciação, caso a caso, pelo magistrado competente, dos demais requisitos pertinentes ao reconhecimento da possibilidade de progressão." (HC nº 82.959-SP, Rel. Min. Marco Aurélio, Pleno, por maioria, acórdão pendente de publicação, julgado em 23.02.2006).

Segundo salientei na decisão que deferiu a medida liminar, o modelo adotado na Lei nº 8.072/1990 faz tábula rasa do direito à individualização no que concerne aos chamados crimes hediondos. Em outras palavras, o dispositivo declarado inconstitucional pelo Plenário no julgamento definitivo do HC nº 82.959-SP não permite que se leve em conta as particularidades de cada indivíduo, a capacidade de reintegração social do condenado e os esforços envidados com vistas à ressocialização.

Em síntese, o § 1º do art. 2º da Lei nº 8.072/1990 retira qualquer possibilidade de garantia do caráter substancial da individualização da pena. Parece inequívoco, ademais, que essa vedação à progressão não passa pelo juízo de proporcionalidade.

Entretanto, apenas para que se tenha a dimensão das reais repercussões que o julgamento do HC nº 82.959-SP conferiu ao tema da progressão, é válido transcrever as seguintes considerações do Min. Celso de Mello, proferidas em sede de medida liminar, no HC nº 88.231-SP, DJ de 20.03.2006, verbis:

"Como se sabe, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao julgar o HC 82.959/SP, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, declarou, *'incidenter tantum'*, a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei nº 8.072, de 25/07/1990, afastando, em consequência, para efeito de progressão de regime, o obstáculo representado pela norma legal em referência.

Impende assinalar, no entanto, que esta Suprema Corte, nesse mesmo julgamento plenário, explicitou que a declaração incidental em questão não se reveste de efeitos jurídicos, inclusive de natureza civil, quando se tratar de penas já extintas, advertindo, ainda, que a proclamação de inconstitucionalidade em causa - embora afastando a restrição fundada no S 1º do art. 2º da Lei nº 8.072/90 - não afeta nem impede o exercício, pelo magistrado de primeira instância, da

competência que lhe é inerente em sede de execução penal (LEP, art. 66, III, 'b'), a significar, portanto, que caberá, ao próprio Juízo da Execução, avaliar, criteriosamente, caso a caso, o preenchimento dos demais requisitos necessários ao ingresso, ou não, do sentenciado em regime penal menos gravoso.

Na realidade, o Supremo Tribunal Federal, ao assim proceder, e tendo presente o que dispõe o art. 66, III, 'b', da LEP, nada mais fez senão respeitar a competência do magistrado de primeiro grau para examinar os requisitos autorizadores da progressão, eis que não assiste, a esta Suprema Corte, mediante atuação '*per saltum*' - o que representaria inadmissível substituição do Juízo da Execução -, o poder de antecipar provimento jurisdicional que consubstancie, desde logo, a outorga, ao sentenciado, do benefício legal em referência.

Tal observação põe em relevo orientação jurisprudencial que esta Suprema Corte firmou em torno da inadequação do processo de '*habeas corpus*', quando utilizado com o objetivo de provocar, na via sumaríssima do remédio constitucional, o exame dos critérios de índole subjetiva subjacentes à determinação do regime prisional inicial ou condicionadores da progressão para regime penal mais favorável (RTJ 119/668 - RTJ 125/578 - RTJ 158/866 - RT 721/550, v.g.).

Não constitui demasia assinalar, neste ponto, não obstante o advento da Lei nº 10.792/2003 - que alterou o art. 112 da LEP, para dele excluir a referência ao exame criminológico -, que nada impede que os magistrados determinem a realização de mencionado exame, quando o entenderem necessário, consideradas as eventuais peculiaridades do caso, desde que o façam, contudo, mediante decisão adequadamente motivada, tal como tem sido expressamente reconhecido pelo E. Superior Tribunal de Justiça (HC 38.719/SP, Rel. Min. HÉLIO QUAGLIA BARBOSA - HC 39.364/PR, Rel. Min. LAURITA VAZ - HC 40.278/PR, Rel. Min. FELIX FISCHER - HC 42.513/PR, Rel. Min. LAURITA VAZ) e, também, dentre outros, pelo E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (RT 832/676 - RT 837/568):

(...). II - A nova redação do art. 112 da LEP,



conferida pela Lei 10.792/03, deixou de exigir a realização dos exames periciais, anteriormente imprescindíveis, não importando, no entanto, em qualquer vedação à sua utilização, sempre que o juiz julgar necessária.

III - Não há qualquer ilegalidade nas decisões que requisitaram a produção dos laudos técnicos para a comprovação dos requisitos subjetivos necessários à concessão da progressão de regime prisional ao apenado.

(...).'

(HC 37.440/RS, Rel. Min. GILSON DIPP - grifei)

'A Lei 10.792/2003 (que deu nova redação ao art. 112 da Lei de Execução Penal) não revogou o Código Penal; destarte, nos casos de pedido de benefício em que seja mister aferir mérito, poderá o juiz determinar a realização de exame criminológico no sentenciado, se autor de crime doloso cometido mediante violência ou grave ameaça, pela presunção de periculosidade (art. 83, parágrafo único, do CP).'

(RT 836/535, Rel. Des. CARLOS BIASOTTI - grifei)

A razão desse entendimento apóia-se na circunstância de que, embora não mais indispensável, o exame criminológico - cuja realização está sujeita à avaliação discricionária do magistrado competente - reveste-se de utilidade inquestionável, pois propicia, 'ao juiz, com base em parecer técnico, uma decisão mais consciente a respeito do benefício a ser concedido ao condenado' (RT 613/278).

As considerações ora referidas, tornadas indispensáveis em consequência do julgamento plenário do HC 82.959/SP, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, evidenciam a impossibilidade de se garantir, notadamente em sede cautelar, o ingresso imediato do ora sentenciado em regime penal mais favorável.

Cabe registrar, neste ponto, que o entendimento que venho de expor encontra apoio em recentíssimo julgamento da colenda Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, que, ao apreciar o RHC 86.951/RJ, Rel. Min. ELLEN GRACIE, deixou assentado que, em tema de progressão de regime nos crimes hediondos (ou nos delitos a estes equiparados) - cabe, ao magistrado de

primeira instância, proceder ao exame dos demais requisitos, inclusive aqueles de ordem subjetiva, para decidir, então, sobre a possibilidade, ou não, de o condenado vir a ser beneficiado com a progressão do regime de cumprimento de pena." (HC nº 88.231-SP, Rel. Min. Celso de Mello, decisão liminar, DJ de 20.03.2006)

Em conclusão, a decisão do Plenário buscou tão-somente conferir máxima efetividade ao princípio da individualização das penas (CF, art. 5º, LXVI) e ao dever constitucional-jurisdicional de fundamentação das decisões judiciais (CF, art. 93, IX).

Em sessão do dia 07.03.2006, a 1ª Turma, ao apreciar a Questão de Ordem no HC nº 86.224-DF (DJ de 17.03.2006), Rel. Min. Carlos Britto, admitiu a possibilidade de julgamento monocrático de todos os *habeas corpus* que versem exclusivamente sobre o tema da progressão de regime em crimes hediondos.

Em idêntico sentido, a 2ª Turma, ao apreciar a Questão de Ordem no HC nº 85.677-SP (DJ de 31.03.2006), de minha relatoria, em sessão do dia 21.03.2006, reconheceu também a possibilidade de apreciação monocrática de todos os *habeas corpus* que se encontrem na mesma situação específica.

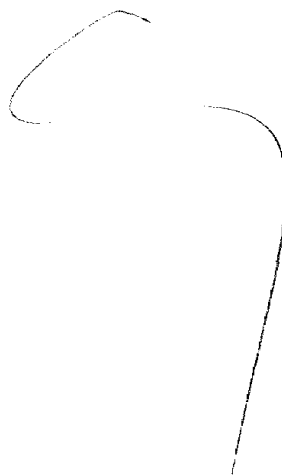
Nestes termos, nego provimento ao recurso, tão somente, quanto as alegações de: a) violação do princípio da unidade do Ministério Público e da indivisibilidade da ação penal (art. 121, § 1º, CF); b) inexistência de concurso de agentes, por suposta ausência de provas; c) nulidades decorrentes da intimação dos advogados de defesa quanto ao despacho saneador e quanto as audiências de inquirição das testemunhas; d) intempestividade da apelação ministerial; e e) preclusão ao direito de recorrer do Ministério Público de sentença penal absolutória. Defiro em parte o recurso

RHC 85.656 / MS *Supremo Tribunal Federal*

ordinário em *habeas corpus*, devendo este ser apenas provido no que se refere à progressão de regime.

Ou seja, provejo, em parte, a pretensão recursal deduzida neste recurso ordinário no que se refere à alegação específica da progressão de regime. (item "f" acima)

Por fim, dou parcial provimento a este recurso para que, mantido o regime fechado de cumprimento de pena por crime hediondo, seja afastada a vedação legal de progressão de regime. Nessa extensão do provimento recursal, caberá ao juízo de primeiro grau avaliar se, no caso concreto, o paciente atende ou não os requisitos para gozar do referido benefício, podendo determinar, para esse fim, e desde que de modo fundamentado, a realização de exame criminológico.



**SEGUNDA TURMA****EXTRATO DE ATA****RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS 85.656-0**

PROCED.: MATO GROSSO DO SUL

**RELATOR : MIN. GILMAR MENDES**

RECTE.(S): JULIERME BREGADIOLI OU JULIERME BREGADIOLE

ADV.(A/S): JOÃO ANTONIO BACCA FILHO

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

**Decisão:** A Turma, por votação unânime, **conheceu e deu parcial** provimento ao recurso ordinário, **nos termos** do voto do Relator. **2ª Turma**, 15.08.2006.

Presidência do Senhor Ministro Celso de Mello. Presentes à sessão os Senhores Ministros Gilmar Mendes, Cezar Peluso, Joaquim Barbosa e Eros Grau.

Subprocurador-Geral da República, Dr. Paulo da Rocha Campos.

Carlos Alberto Cantanhede  
Coordenador