

29/03/2011

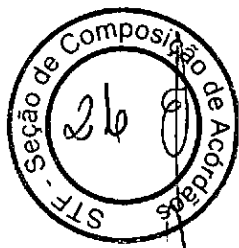
SEGUNDA TURMA

HABEAS CORPUS 104.174 RIO DE JANEIRO

RELATOR : MIN. AYRES BRITTO
PACTE.(S) : KILSON NASCIMENTO DA SILVA
IMPTE.(S) : KILSON NASCIMENTO DA SILVA
ADV.(A/S) : MARIA DAS MERCÊS DE LIMA
COATOR(A/S)(ES) : SUPERIOR TRIBUNAL MILITAR

EMENTA: *HABEAS CORPUS*. CONSTITUCIONAL. PENAL E PROCESSUAL PENAL MILITAR. EXECUÇÃO DA PENA. PROGRESSÃO DE REGIME PRISIONAL EM ESTABELECIMENTO MILITAR. POSSIBILIDADE. PROJEÇÃO DA GARANTIA DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA (INCISO XLVI DO ART. 5º DA CF/88). LEI CASTRENSE. OMISSÃO. APLICAÇÃO SUBSIDIÁRIA DO CÓDIGO PENAL COMUM E DA LEI DE EXECUÇÃO PENAL. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

1. O processo de individualização da pena é um caminhar no rumo da personalização da resposta punitiva do Estado, desenvolvendo-se em três momentos individuados e complementares: o legislativo, o judicial e o executivo. É dizer: a lei comum não tem a força de subtrair do juiz sentenciante o poder-dever de impor ao delinqüente a sanção criminal que a ele, juiz, afigurar-se como expressão de um concreto balanceamento ou de uma empírica ponderação de circunstâncias objetivas com protagonizações subjetivas do fato-tipo. Se compete à lei indicar os parâmetros de densificação da garantia constitucional da individualização do castigo, não lhe é permitido se desgarrar do núcleo significativo que exsurge da Constituição: o momento concreto da aplicação da pena privativa da liberdade, seguido do instante igualmente concreto do respectivo cumprimento em recinto penitenciário. Ali, busca da "justa medida" entre a ação criminososa dos sentenciados e reação coativa do estado. Aqui, a mesma procura de uma justa medida, só que no transcurso de uma outra relação de causa e efeito: de uma parte, a resposta crescentemente positiva do encarcerado ao esforço estatal de recuperá-lo para a normalidade do convívio social; de outra banda, a



HC 104.174 / RJ

passagem de um regime prisional mais severo para outro menos rigoroso.

2. Os militares, indivíduos que são, não foram excluídos da garantia constitucional da individualização da pena. Digo isso porque, de ordinário, a Constituição Federal de 1988, quando quis tratar por modo diferenciado os servidores militares, o fez explicitamente. Por ilustração, é o que se contém no inciso LXI do art. 5º do Magno Texto, a saber: *“ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei”*. Nova amostragem está no preceito de que *“não caberá habeas corpus em relação a punições disciplinares militares”* (§ 2º do art. 142). Isso sem contar que são proibidas a sindicalização e a greve por parte do militar em serviço ativo, bem como a filiação partidária (incisos IV e V do § 3º do art. 142).

3. De se ver que esse tratamento particularizado decorre do fato de que as Forças Armadas são instituições nacionais regulares e permanentes, organizadas com base na hierarquia e disciplina, destinadas à Defesa da Pátria, garantia dos poderes constitucionais e, por iniciativa de qualquer destes, da lei e da ordem (cabeça do art. 142). Regramento singular, esse, que toma em linha de conta as *“peculiaridades de suas atividades, inclusive aquelas cumpridas por força de compromissos internacionais e de guerra”* (inciso X do art. 142).

4. É de se entender, desse modo, contrária ao texto constitucional a exigência do cumprimento de pena privativa de liberdade sob regime integralmente fechado em estabelecimento militar, seja pelo invocado fundamento da falta de previsão legal na lei especial, seja pela necessidade do resguardo da segurança ou do respeito à hierarquia e à disciplina no âmbito castrense.

5. Ordem parcialmente concedida para determinar ao Juízo da execução penal que promova a avaliação das condições objetivas e subjetivas para progressão de regime prisional, na concreta situação do paciente, e que aplique, para tanto, o Código Penal e a Lei 7.210/1984 naquilo que for omissa a Lei castrense.

HC 104.174 / RJ**ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal em conceder parcialmente a ordem, o que fazem nos termos do voto do Relator e por unanimidade de votos, em sessão presidida pelo Ministro Gilmar Mendes, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas.

Brasília, 29 de março de 2011.

MINISTRO AYRES BRITTO - RELATOR

22/02/2011

SEGUNDA TURMA

HABEAS CORPUS 104.174 RIO DE JANEIRO

RELATOR : MIN. AYRES BRITTO
PACTE.(S) : KILSON NASCIMENTO DA SILVA
IMPTE.(S) : KILSON NASCIMENTO DA SILVA
ADV.(A/S) : MARIA DAS MERCÊS DE LIMA
COATOR(A/S)(ES) : SUPERIOR TRIBUNAL MILITAR

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO (RELATOR)

Trata-se de *habeas corpus*, aparelhado com pedido de medida liminar, impetrado por Kilson Nascimento da Silva, em causa própria, contra acórdão do Superior Tribunal Militar (HC 0000007-53.2010.7.00.0000/PE). Acórdão assim ementado:

"MILITAR DA ATIVA. CAPITÃO DO EXÉRCITO. CONDENAÇÃO. PRISÃO EM UNIDADE MILITAR. INAPLICABILIDADE DA LEI DE EXECUÇÃO PENAL.

Conforme iterativos julgados desta Corte, a Lei de Execução Penal (Lei nº 7.210/1984) só é aplicável aos condenados pela Justiça Militar quando recolhidos a estabelecimento prisional sujeito à jurisdição ordinária. Inteligência do artigo 2º, parágrafo único, da supracitada Lei. Não é o caso dos autos.

Conhecido do pedido e denegada a Ordem, por falta de amparo legal, restabelecendo-se o regime prisional inicialmente fechado. **Decisão majoritária.**"

2. O acórdão recorrido denegou *habeas corpus* que tinha por objeto a progressão de regime prisional do impetrante-paciente, dando-se que o voto-condutor do julgado está vazado nos seguintes termos:

"[...]

Conforme iterativos julgados desta Corte, a Lei de

HC 104.174 / RJ

Execução Penal (Lei nº 7.210/1984) só é aplicável aos condenados pela Justiça Militar, quando recolhidos a estabelecimento prisional sujeito à jurisdição ordinária. Inteligência do artigo 2º, parágrafo único, da referida Lei. Não é o caso dos autos.

A matéria trazida à colação foi muito bem enfrentada pela douta Representante da Procuradoria-Geral da Justiça Militar, cujos fragmentos de seu Parecer, a seguir transcritos, adotamos como razão de decidir. Diz S. Exa. (fls. 124/126):

'... A Certidão de fls. 44, expedida nos autos do Processo de Execução 16/06, da 2ª Auditoria da 1ª CJM, em 05 de agosto de 2009, registra que o Paciente já havia cumprido em regime fechado, 1 ano, 09 meses e 29 dias de prisão, portanto, mais de 1/6 da pena imposta, dando ensejo ao requerimento visando a progressão de regime.

Por força do artigo 2º, parágrafo único, a Lei de Execução Penal (nº 7210/84), aplica-se igualmente ao preso provisório e ao condenado pela Justiça Eleitoral ou Militar, desde que à jurisdição ordinária.

A toda evidência não é essa a circunstância do Paciente, que é militar e se encontra recolhido em Unidade Militar, devendo, portanto, ficar submetido às regras disciplinares e jurídicas destinadas aos presos ali recolhidos.

A Lei Processual Penal Castrense não contempla o instituto da progressão de regime de acusado militar, preso em unidade militar.

Por se encontrar o Paciente cumprindo pena definitiva em Unidade Militar, por questão de segurança, hierarquia e disciplina a progressão de regime se nos afigura incompatível, além de carecer de amparo legal.

É esse o entendimento do Excelso Pretório, contextualizado no HABEAS CORPUS Nº 73.920-2/RJ:

Senão vejamos:

HABEAS CORPUS Nº 73.920-2-RIO DE JANEIRO

HC 104.174 / RJ

RELATOR: MIN. CARLOS VELLOSO

PACIENTE: MAURO SEVERIANO VIEIRA

IMPETRANTE: CRISTOVAM ABREU

COATOR: SUPERIOR TRIBUNAL MILITAR

EMENTA: PENAL. PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. MILITAR CONDENADO PELA JUSTIÇA CASTRENSE. RECOLHIMENTO A ESTABELECIMENTO PRISIONAL MILITAR. REGIME DE CUMPRIMENTO DA PENA. LEI 7.210/84, ART. 2º, PARÁGRAFO ÚNICO.

I. A Lei 7.210/84 (Lei de Execução Penal) só se aplica aos apenados pela Justiça Militar quando recolhidos a estabelecimento prisional sujeito à jurisdição ordinária.

II. H.C. Indeferido.

Nesse sentido, decidiu também a Egrégia Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, em caso semelhante, Relator o Ministro FLAQUER SCARTEZZINI. O v. Acórdão recebeu a seguinte ementa:

[...]

'Data maxima venia', refuta-se veementemente o argumento da violação do princípio da isonomia entre presos em estabelecimento ordinário e em Unidade Militar, porquanto diferente a situação.

O preso em unidade militar ainda é militar, e só por isso ali está, embora já condenado definitivamente.

No exato momento em que for considerado civil, após o devido processo, deverá ser transferido para a jurisdição comum onde será regido por regras próprias...'

Nesta conformidade, ACORDAM os Senhores Ministros do Superior Tribunal Militar, **por maioria de votos**, em conhecer do pedido e denegar a Ordem, por falta de amparo legal, e, por consequência, cassar a liminar concedida, em 09/02/2010, determinando o restabelecimento do regime prisional inicialmente fechado."

HC 104.174 / RJ

3. Pois bem, na petição de ingresso, o impetrante-paciente argúi o que lhe parece uma vistosa ilegalidade do ato impugnado. Eis os fundamentos da sua irresignação: a) “o princípio da individualização da pena suplanta qualquer fórmula abstrata, expressa ou não, que vede a progressão de regime, inclusive aos condenados por crime militar”; b) “o próprio STM, cediço que o condenado cumpriria a pena em estabelecimento militar, fixou o regime fechado para apenas o início do cumprimento da pena”; c) “a irrelevância da espécie de estabelecimento prisional para fins da aplicação de direitos fundamentais”; d) a presença dos “requisitos do art. 112 da LEP: cumprimento de 1/6 da pena e bom comportamento carcerário”. Daí concluir que, “seja pela inaplicabilidade do CPPM por, de forma omissiva, impossibilitar a progressão de regime in abstracto, seja pela melhor interpretação que se conferiu ao princípio constitucional da individualização da pena (art. 5º, XLVI, CF), é de se reconhecer incidentalmente não recepcionado pela CF de 88 o Decreto-Lei 1.002/69 no que tange à interpretação que veda a progressão de regime prisional pela alegada falta de amparo legal, vez que, conforme demonstrado, o fundamento para a prorrogação é de jaez constitucional”. O que, no seu entender, “enseja [...] a competência da Justiça Militar para apreciar a progressão, mas com a utilização da legislação processual comum ante a omissão inconstitucional do CPPM”.

4. Prossegue a impetração para expor que o peticionante foi condenado definitivamente, em 14/11/2006, à pena de 9 (nove) anos e 5 (cinco) meses de reclusão em regime prisional fechado (Apelação 2006.01.050287-4/RJ). Condenação pelo cometimento dos crimes tipificados nos arts. 177, § 2º (resistência mediante ameaça ou violência), 205 (homicídio simples), 209 (lesão corporal leve) e 259 (dano simples), todos do Código Penal Militar. Aduz que: a) o regime inicial fechado de cumprimento da pena foi mantido, em 17/03/2009, por ocasião do julgamento dos Embargos de Declaração nº 2009.01.050287-3/RJ; b) já cumpriu mais de 1/6 (um sexto) da pena fixada, conforme certidão expedida pela 2ª Auditoria da 1ª Circunscrição Judiciária Militar; c) é detentor de bom comportamento carcerário, à luz dos requisitos previstos no art. 112 da Lei de Execução Penal, juntando, para tanto, declaração emitida pelo comandante do 72º Batalhão de Infantaria Motorizado em

HC 104.174 / RJ

Petrolina/PE, responsável pela unidade militar em que ele, paciente, se encontra preso. Ao final, afirma que foi aprovado, no ano de 2010, em dois exames vestibulares de instituições de ensino superior, havendo iniciado o curso de Licenciatura em Matemática da Universidade Federal de Pernambuco, do qual se viu afastado por força da revogação da liminar inicialmente concedida pelo relator do HC no STM.

5. Presente essa moldura, o impetrante-paciente pugna pelo *“conhecimento e deferimento da medida liminar pleiteada”* e, no mérito, pela concessão da *“ordem para que, com a inerente reforma da decisão do Superior Tribunal Militar, seja reconhecido o direito [...] à progressão para o regime semi-aberto para frequentar o curso de Matemática e exercer as demais atividades próprias da vida militar, de tudo dando conhecimento ao juízo da execução e ao 72º Batalhão de Infantaria Motorizado em Petrolina/PE, onde se encontra [...] cumprindo sua pena”*.

6. Em sede de exame prefacial ou de cognição sumária, indeferi a liminar requestada, por entender que a falta da juntada do inteiro teor do acórdão impugnado inviabilizava a concessão da medida acautelatória. Oportunidade em que requisitei informações à autoridade apontada como coatora.

7. Prestadas as informações, abri vista dos autos à Procuradoria-Geral da República. Órgão que opinou pela concessão, em parte, da ordem. O parecer ministerial público está sintetizado em ementa com o seguinte teor:

“HABEAS CORPUS. MILITAR CONDENADO POR HOMICÍDIO QUALIFICADO PRESO EM UNIDADE MILITAR. PRETENDIDA PROGRESSÃO DE REGIME. APLICAÇÃO DA LEI DE EXECUÇÕES PENAIS. IMPOSSIBILIDADE DE CUMPRIMENTO DA PENA EM REGIME INTEGRALMENTE FECHADO. INCONSTITUCIONALIDADE. NECESSIDADE DE PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS OBJETIVO E SUBJETIVO PARA PROGRESSÃO PRISIONAL. PELA CONCESSÃO DA ORDEM PARA QUE O JUÍZO DAS

HC 104.174 / RJ

EXECUÇÕES VERIFIQUE O PREENCHIMENTO DOS
REFERIDOS REQUISITOS.”

É o relatório.

22/02/2011

SEGUNDA TURMA

HABEAS CORPUS 104.174 RIO DE JANEIRO

VOTO**O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO (RELATOR)**

Feito o relatório, passo ao voto. Ao fazê-lo, de logo tenho que o nosso centrado desafio temático é este: saber se, em face da Constituição Federal, o silêncio da Lei Processual Castrense obsta a progressão de regime de cumprimento de pena em estabelecimento militar. Isso no pressuposto de que o tema da progressão de regime penitenciário é projeção da própria garantia constitucional da individualização da pena. Pressuposto que ainda toma corpo pela consideração de que, segundo anotei no julgamento do HC 91.709/CE (Primeira Turma, DJ 13/03/2009), o inciso XLVI do art. 5º da CF/88 não fez nenhuma distinção entre os civis e os militares.

10. Leio o inciso XLVI do art. 5º da CF/88:

“XLVI – a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes:

- a) privação ou restrição da liberdade;
- b) perda de bens;
- c) multa;
- d) prestação social alternativa;
- e) suspensão ou interdição de direitos;”

11. Dessa leitura, parece-me fácil concluir que os militares, indivíduos que são, não foram excluídos da garantia constitucional da individualização da pena. Digo isso porque, de ordinário, a Constituição Federal de 1988, quando quis tratar por modo diferenciado os servidores militares, o fez explicitamente. Por ilustração, é o que se contém no inciso LXI do art. 5º do Magno Texto, a saber: *“ninguém será preso senão em*

HC 104.174 / RJ

flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei". Nova amostragem está no preceito de que "*não caberá habeas corpus em relação a punições disciplinares militares*" (§ 2º do art. 142). Isso sem contar que são proibidas a sindicalização e a greve por parte do militar em serviço ativo, bem como a filiação partidária (incisos IV e V do § 3º do art. 142).

12. De se ver que esse tratamento particularizado decorre do fato de que as Forças Armadas são instituições nacionais regulares e permanentes, organizadas com base na hierarquia e disciplina, destinadas à Defesa da Pátria, garantia dos poderes constitucionais e, por iniciativa de qualquer destes, da lei e da ordem (cabeça do art. 142). Regramento singular, esse, que toma em linha de conta as "*peculiaridades de suas atividades, inclusive aquelas cumpridas por força de compromissos internacionais e de guerra*" (inciso X do art. 142).

13. Pois bem, ao analisar o conteúdo da garantia constitucional da individualização da reprimenda (HC 82.959/SP, Tribunal Pleno, da relatoria do ministro Marco Aurélio, DJ 01/09/2006), tive a oportunidade de pontuar que, embora o comando não prescindia da intercalação de diploma legal, **o núcleo semântico de tal garantia não pode ser por ele nulificado**. Eis o que verbalizei, em linhas gerais:

"É certo que o inciso XLVI do art. 5º da Constituição não regulou, por si mesmo, as condições ou os requisitos da individualização da pena. Convocou o legislador de segundo escalão para fazê-lo ('a lei regulará a individualização da pena (...)'). Mas não é menos certo que se cuida de um transpasse de poder normativo que não priva o dispositivo constitucional de toda e qualquer dimensão eficaz imediata. É exprimir: o preceito constitucional em exame não prescinde da intercalação da lei comum, é fato, **porém não é de ser nulificado por ela**. Se compete à lei indicar os parâmetros de densificação da garantia constitucional da individualização do castigo, a esse diploma legal não é permitido se desgarrar do núcleo significativo binário que exsurge da Constituição mesma: o momento

HC 104.174 / RJ

concreto da aplicação da pena privativa de liberdade, seguido do instante igualmente concreto do respectivo cumprimento em recinto penitenciário. Ali, busca da 'justa medida' entre ação criminosa dos sentenciados e reação coativa do Estado. Aqui, a mesma procura de uma justa medida, só que no transcurso de uma outra relação de causa e efeito: de uma parte, a resposta crescentemente positiva do encarcerado ao esforço estatal de recuperá-lo para a normalidade do convívio social; de outra banda, a passagem de um regime prisional mais severo (porque integralmente fechado) para outro menos rigoroso (porque já incorporante de saídas do presídio e retorno a ele em horas certas)."

14. Nessa vertente de idéias, no HC 97.256/RS, da minha relatoria (Tribunal Pleno, DJ 16/12/2010), avancei nessa compreensão para dizer que:

"[...] a lei comum não tem a força de subtrair do juiz sentenciante o poder-dever de impor ao delinqüente a sanção criminal que a ele, juiz, se afigurar como expressão de um concreto balanceamento ou de uma empírica ponderação (mandado de otimização, diria Ronald Dworkin) de circunstâncias objetivas com protagonizações subjetivas do fato-tipo. Implicando essa ponderação em concreto — porque não dizer? — a opção jurídico-positiva pela prevalência do razoável sobre o racional. É que a pura racionalidade se dá nos colmos olímpicos da abstração mental, sempre ávida por trabalhar com categorias tão universais quanto atemporais, que são categorias aprioristicamente válidas para toda e qualquer situação existencial. Diferentemente do juízo de razoabilidade, que toma em linha de conta o contexto ou a contingência das protagonizações humanas. Atento à elementar consideração de que o Direito é feito para a concreta vida dos homens em sociedade, e o fato é que a concreta vida dos homens em sociedade escapa até mesmo à mais circunstanciada ou minudente descrição legislativa. Regida que é, tal como na

HC 104.174 / RJ

particularizada esfera dos fenômenos quânticos, pelos princípios da complementariedade e da incerteza – para lembrar a conhecida categorização de Heizenberg. Ou como no Século V antes de Cristo sentenciava Heráclito: “*o ser das coisas é o movimento*” (e as coisas ditas humanas não fogem à regra). Por isso que só o impermanente é que é permanente; somente o inconstante é que é constante, porque tudo muda incessantemente, menos a incessante mudança.

Em suma, estamos a falar de uma necessária ponderação em concreto, **ditada pelo permanente esforço do juiz para conciliar segurança jurídica e justiça material**. Segurança e justiça que figuram desde o preâmbulo da Magna Carta Federal entre os valores de pronto qualificados como “*valores supremos de uma sociedade pluralista, fraterna e sem preconceitos*”. Saltando aos olhos que é esse tipo de sociedade que se põe como base de inspiração do princípio da “*dignidade da pessoa humana*” (inciso III do art. 1º) e, *pour cause*, do advento de um sistema de direito penal humanista.

Noutro modo de falar sobre a mesma coisa, o momento sentencial da dosimetria da pena não significa senão a imperiosa tarefa individualizadora de transportar para as singularidades objetivas e subjetivas do caso concreto – a cena empírico-penal, *orteguiana* por definição – os comandos genéricos, impessoais e abstratos da lei. Vale dizer, nessa primeira etapa da concretude individualizadora da reprimenda (a segunda etapa concreta já se dá intramuros penitenciários), o juiz sentenciante se movimenta com ineliminável discricionariedade entre aplicar a pena de privação ou de restrição da liberdade de condenado e uma outra que já não tenha por objeto esse bem jurídico maior da liberdade física do sentenciado. Sem prejuízo, claro, da proposição de que a lei, se não pode fechar para o julgador a porta da alternatividade sancionatório-penal, pode prever a cumulação da pena que tenha por conteúdo a liberdade com outra desprovida de tal natureza. Como, por hipótese, a pena de perda de bens e a multa, ambas perfeitamente compatíveis com o seu

HC 104.174 / RJ

adicionamento à perda ou então à constrição da liberdade da pessoa natural.

[...]

De proposição em proposição interpretativa, tendo por objeto o inciso XLVI do art. 5º da Constituição, chegamos a um novo patamar de inteligência: **a garantia constitucional da individualização da pena foi regradada pela Constituição em dispositivo posterior, justamente, àquele referente aos crimes hediondos (aqui, inciso XLVI do art. 5º; ali, inciso XLIII).** Mais que isso, a garantia em apreço antecede o próprio rol de penas que o Magno Texto Republicano aponta como passíveis de fixação por lei. Quero dizer: ao começar o seu discurso normativo sobre a garantia da individualização da reprimenda penal (inciso XLVI do art. 5º, reprise-se), a Constituição brasileira o fez em termos absolutamente assecuratórios ou proclamativos dessa garantia. Ela mesma, Constituição Federal, sem precisar da lei comum, fez de tal garantia uma cabal situação jurídica subjetiva de todo e qualquer indivíduo, independentemente do crime por ele cometido ou mesmo da pena que venha a sofrer. Daí a mencionada alocação topográfica, para significar que, perante a nossa Lei Maior, a garantia da individualização da pena tudo recobre, no sentido de que é permeante assim do crime quanto do castigo; ou seja, ao requestar o comando intercalar da lei, a Lei Maior o fez apenas para que a legislação ordinária regulasse as condições de aplicabilidade do instituto (individualização da pena) em função de cada tipo penal. **Não para excluir do âmbito desse peregrino direito adjetivo qualquer dos tipos criminais, dado que se trata de situação jurídica ativa concebida para incidir em face de qualquer dos delitos legalmente descritos e do seu específico apenamento.** Por isso que nela própria, Magna Carta, nenhuma exceção foi aberta à incidência da personalização da reprimenda. Nenhuma. Nem por ocasião do atuar legislativo do Estado nem nas subseqüentes fases da dosimetria e do regime de execução intramuros penitenciário. No particular, cuida-se de enunciado constitucional que escapa

HC 104.174 / RJ

à classificação das 'normas restringíveis' ('normas de eficácia contida', na linguagem de José Afonso da Silva), pois insuscetível de contração no seu núcleo deôntico ou de intrasigente proteção individual."

15. Com efeito, não se pode perder de vista o caráter individual dos direitos subjetivo-constitucionais em matéria penal; notadamente porque o indivíduo é sempre uma realidade única ou insimilar, irrepetível mesmo na sua condição de microcosmo ou de um universo à parte. Por isso é que todo instituto de direito penal – crime, pena, prisão, progressão de regime penitenciário, liberdade provisória, conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos, por exemplo – há de ostentar o timbre da estrita personalização, quando de sua concreta aplicabilidade. Quero dizer: tudo tem que ser personalizado na empírica aplicação do direito constitucional-penal, porque a própria Constituição é que se deseja assim *orteguianamente* aplicada (na linha do "Eu sou eu e minhas circunstâncias", como insuperavelmente sentenciou Ortega Y Gasset). O que transluz da precedente lembrança do acórdão proferido no HC 82.959/SP (julg. cit.), em cuja ementa se lê:

"PENA – REGIME DE CUMPRIMENTO – PROGRESSÃO – RAZÃO DE SER. A progressão no regime de cumprimento da pena, nas espécies fechado, semi-aberto e aberto, tem como razão maior a ressocialização do preso que, mais dia ou menos dia, voltará ao convívio social.

PENA – CRIMES HEDIONDOS – REGIME DE CUMPRIMENTO – PROGRESSÃO – ÓBICE – ARTIGO 2º, § 1º, DA LEI Nº 8.072/90 – INCONSTITUCIONALIDADE – EVOLUÇÃO JURISPRUDENCIAL. Conflita com a garantia da individualização da pena – artigo 5º, inciso XLVI, da Constituição Federal – a imposição, mediante norma, do cumprimento da pena em regime integralmente fechado. Nova inteligência do princípio da individualização da pena, em evolução jurisprudencial, assentada a inconstitucionalidade do artigo 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90."

HC 104.174 / RJ

16. Nessa contextura, entendo contrária ao texto constitucional a exigência do cumprimento de pena privativa de liberdade sob regime integralmente fechado em estabelecimento militar, seja pelo invocado fundamento da falta de previsão legal na lei especial, seja pela necessidade do resguardo da segurança ou do respeito à hierarquia e à disciplina no âmbito castrense.

17. Nessa mesma direção, reconhecendo a possibilidade do cumprimento, em dependência militar, de pena em regime prisional diverso do fechado, confira-se recente acórdão¹ deste nosso Tribunal, firmado no julgamento do RHC 92.746/SP (Primeira Turma, da relatoria da ministra Cármen Lúcia, DJ 09/05/2008). Precedente que reconheceu o direito a cumprimento de pena sob regime aberto em dependência militar, *in verbis*:

“RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PENAL MILITAR. PROCESSUAL PENAL MILITAR. PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE. INSURGÊNCIA CONTRA A DECRETAÇÃO DA PERDA DO ESTADO DE MILITAR PARA CUMPRIMENTO DA PENA NO REGIME PRISIONAL ABERTO. RECURSO PROVIDO.”

18. É o que se tem no caso dos autos. O impetrante-paciente encontra-se cumprindo pena de 9 (nove) anos de reclusão (pena reduzida para esse patamar nos Embargos Infringentes 2007.01.050287-8/RJ, como resultado da extinção da punibilidade de todos os delitos que não o do

1 Usamos do termo “recente”, por contraposição a precedentes anteriores deste nosso Supremo Tribunal Federal na matéria: HC 81.306/RJ, Segunda Turma, da relatoria do ministro Nelson Jobim, DJ 14/06/2002; HC 89.037/PA, Primeira Turma, da relatoria do ministro Sepúlveda Pertence, DJ 25/08/2006; HC 77.277/MG, Primeira Turma, da relatoria do ministro Moreira Alves, DJ 11/09/1998; HC 73.920/RJ, Segunda Turma, da relatoria do ministro Carlos Velloso, DJ 08/11/1996.

HC 104.174 / RJ

art. 205 do CPM – homicídio simples) sob regime integralmente fechado em estabelecimento militar: o 72º Batalhão de Infantaria Motorizado em Petrolina/PE. Estabelecimento, esse, diverso de penitenciária militar, o que não impediu o cumprimento da pena privativa de liberdade superior a 2 (dois) anos nessa unidade, em descompasso com o enunciado no art. 61 do CPM (*“A pena privativa de liberdade por mais de 2 (dois) anos, aplicada a militar, é cumprida em penitenciária militar e, na falta dessa, em estabelecimento prisional civil, ficando o recluso ou detento sujeito ao regime conforme a legislação penal comum, de cujos benefícios e concessões, também, poderá gozar”*).

19. Já me encaminhando para o fecho deste voto, invoco o testemunho intelectual que se contém no voto vencido do ministro Olympio Pereira da Silva Junior, proferido no julgado combatido, *litteris*:

“[...]”

É certo que a Lei Castrense não faz alusão expressa à progressão da pena imposta e que, ainda esse tipo de benefício, só aplicar-se-ia àqueles que cumprem pena em estabelecimento prisional civil. Nesse diapasão, torna-se até incompreensível as raias da inconstitucionalidade, que nas Decisões exaradas pela Justiça Castrense, ao fixar-se uma pena, utiliza-se o CP comum e a Lei de Execuções, e as despreza quanto ao resto.

No caso em exame, não é diferente. Ao estabelecer o regime do cumprimento da pena imposta ao Paciente, fundamentou-se no art. 3º do CP e 110 da LEP e mais, esclareceu, com base nesse dispositivo, o porque dessa fixação.

Ora, porque usar da Lei somente o art. 110 (*Art. 110 – O Juiz, na sentença, estabelecerá o regime no qual o condenado iniciará o cumprimento da pena privativa de liberdade, observado o disposto no art. 33 e seus parágrafos do Código Penal*) e excluir o art. 112 (*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 um sexto da pena no regime anterior e seu mérito indicar a progressão*) que trata da progressão.

HC 104.174 / RJ

Entendo que utilizando-se a expressão legal início de pena, implícito está que esta deverá ter progressão, pois sua vedação durante a execução fere o princípio da individualização da pena preconizado na Carta Constitucional.

Dessa forma, na minha ótica, havendo possibilidade legal da utilização de outros institutos, quando omissos ou inexistentes na legislação castrense, essa utilização não pode ser restrita e sim plena, mesmo porque especificamente, o direito à progressão de regime prisional, como já foi dito, é direito garantido constitucionalmente, o que gerou a concessão da liminar, na forma do art. 122 da LEP, que autoriza o condenado à saída temporária para frequentar curso superior.

Srs. Ministros. Entendo que o Paciente tem o direito constitucional da progressão de regime, certo está que dele se faz merecedor, visto que as declarações e elogios pelo seu comportamento, feitos pelo Comandante do 72º Batalhão Motorizado, pelo tempo já cumprido (02 anos, 02 meses e 25 dias), pela frequência a uma Instituição de Ensino Superior, enfim, pelo seu processo, pelo menos até a presente data, eficaz de ressocialização.

Assim sendo, Sr. Presidente, meu voto é no sentido de, confirmando a Liminar concedida, deferir o pedido formulado para reconhecer o Direito do Paciente à progressão de seu regime prisional, estabelecendo, desta forma, para a continuidade de sua pena, o regime semi-aberto."

20. À derradeira, anoto que, segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal em situações da espécie, cabe *"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"*, a fim de que seja respeitada *"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 substituição do Juízo da Execução –, o poder de antecipar provimento jurisdicional que consubstancie, desde logo, a outorga, ao sentenciado, do benefício legal em referência"* (cf. HC 88.231/SP, decisão

HC 104.174 / RJ

monocrática do ministro Celso de Mello, *DJ* 05/05/2006). Em igual sentido, vejam-se também: HC 96.853/RS, Primeira Turma, da relatoria do ministro Ricardo Lewandowski, *DJ* 27/11/2009; RHC 91.300/DF, Tribunal Pleno, da relatoria da ministra Ellen Gracie, *DJ* 03/04/2009.

21. Por todo o exposto, e atento ao pronunciamento favorável do Ministério Público Federal, concedo parcialmente o *habeas corpus*. O que faço para determinar ao Juízo da execução penal que promova a avaliação das condições objetivas e subjetivas para progressão de regime prisional, na concreta situação do impetrante-paciente, e que aplique, para tanto, o Código Penal e a Lei 7.210/1984 naquilo em que for omissa a Lei castrense.

22. É como voto.

22/02/2011

SEGUNDA TURMA

HABEAS CORPUS 104.174 RIO DE JANEIRO

VISTA

A Senhora Ministra Ellen Gracie - Presidente, louvo o brilhante voto, como sempre, do Ministro Carlos Britto, mas tenho dúvidas de que não haja na legislação militar algum dispositivo.

O Senhor Ministro Ayres Britto (Relator) - Não há mesmo não. Expressamente, não.

A Senhora Ministra Ellen Gracie - Eu gostaria, se Vossa Excelência me permitir, Presidente, de pedir vista deste processo, comprometendo-me de trazê-lo na próxima sessão. A tese é interessante.

O Senhor Ministro Ayres Britto (Relator) - Passarei o voto a Vossa Excelência, o qual já está pronto.

A Senhora Ministra Ellen Gracie - Nós estamos alterando um entendimento anterior do Tribunal.

O Senhor Ministro Ayres Britto (Relator) - Há uma colidência de precedentes. Há um precedente do Ministro Nelson Jobim num sentido, negando a aplicabilidade da LEP aos militares nessa condição, e, agora, um da Ministra Cármen Lúcia.

SEGUNDA TURMA

EXTRATO DE ATA

HABEAS CORPUS 104.174

PROCED. : RIO DE JANEIRO

RELATOR : MIN. AYRES BRITTO

PACTE.(S) : KILSON NASCIMENTO DA SILVA

IMPTE.(S) : KILSON NASCIMENTO DA SILVA

ADV.(A/S) : MARIA DAS MERCÊS DE LIMA

COATOR(A/S)(ES) : SUPERIOR TRIBUNAL MILITAR

Decisão: Após o voto do Relator, que deferia a ordem para assegurar a progressão de regime, o julgamento foi suspenso em virtude do pedido de vista formulado pela eminente Ministra Ellen Gracie. Aguardam os demais. Ausentes, justificadamente, neste julgamento, os Senhores Ministros Celso de Mello e Joaquim Barbosa. **2ª Turma**, 22.02.2011.

Presidência do Senhor Ministro Gilmar Mendes. Presentes à sessão a Senhora Ministra Ellen Gracie e o Senhor Ministro Ayres Britto. Ausentes, justificadamente, os Senhores Ministros Celso de Mello e Joaquim Barbosa.

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

Carlos Alberto Cantanhede
Coordenador

29/03/2011

SEGUNDA TURMA

HABEAS CORPUS 104.174 RIO DE JANEIRO

V O T O - V I S T A

A Senhora Ministra Ellen Gracie (Relatora): 1. A controvérsia, como bem assinalado pelo eminente relator Min. Ayres Britto, consiste na possibilidade da aplicação do instituto da progressão de regime ao militar condenado pela prática de crime militar, estando este cumprindo a pena corporal em estabelecimento penal militar.

2. Convém lembrar que as penas privativas de liberdade, sejam elas de reclusão ou detenção, possuem os seus respectivos regimes de cumprimentos, a saber: fechado, semi-aberto ou aberto.

Com efeito, o art. 33, *caput*, do Código Penal é bastante claro ao dizer que a pena de reclusão deve ser cumprida em regime fechado, semi-aberto ou aberto, ao passo que a pena de detenção será, de regra, cumprida em regime semi-aberto ou aberto, havendo expressa ressalva quanto à possibilidade de adoção do regime fechado, devidamente justificada a sua necessidade.

3. No concernente ao regime de cumprimento de pena, a LEP (Lei 7.210/84) trata do assunto no art. 110, fazendo remissão expressa ao art. 33 e seus parágrafos, todos do Código Penal.

É certo, portanto, que a conjugação das normas supracitadas com o art. 59, inciso III, também do Código Penal (que cuida da aplicação do regime inicial de cumprimento de pena), propicia um leque bastante amplo ao Juiz para que seja aplicada a pena corporal devidamente amoldada às peculiaridades do caso concreto, bem como o regime inicial para o cumprimento da reprimenda, atendendo-se assim ao mandamento constitucional da individualização da pena.

HC 104.174 / RJ

4. A progressão do regime mais gravoso para o menos rigoroso constitui uma das grandes expectativas do apenado, pois significa uma melhora substancial de sua situação carcerária, além de sinalizar quanto à possibilidade de voltar ao convívio social, ainda que de forma parcial e limitada.

O art. 112 da LEP (Lei de Execuções Penais) c/c a Lei 10.792/2003 (diploma legal que tratou dos critérios para a progressão de regime, cuidando do exame criminológico e parecer da Comissão Técnica de Classificação) representa a consecução do anseio do condenado em retornar à vida em sociedade.

É claro que todo esse mecanismo de progressão de regime está revestido de absoluto controle estatal, inerente ao devido processo legal, de modo que participam do incidente da execução o Ministério Público, a Defesa, os órgãos penitenciários, enfim, tudo a garantir a estrita legalidade do procedimento. O que se pretende dizer é que concorrem várias condições objetivas e subjetivas, além da necessária interface dos vários sujeitos processuais como etapa prévia à concessão da progressão de regime.

5. Como bem asseverou o eminente Relator, tanto o Código Penal Militar (Decreto-Lei 1.001/69) como o Código de Processo Penal Militar (Decreto-Lei 1.002/69) não trataram da matéria.

Essa omissão não pode vir em desfavor do apenado, como bem assinalou o Ministro Ayres Britto.

Concluindo, senhor Presidente, o meu voto é no sentido da concessão parcial para o fim específico de determinar ao Juízo da Execução Penal que examine todas as condições objetivas e subjetivas, para, se for o caso, aplicar normalmente a progressão de regime, tanto com base na LEP como no Código Penal, afastando assim o entendimento

HC 104.174 / RJ

de que a omissão das leis penais e processuais penais militares significa a impossibilidade da progressão de regime ao militar preso em cumprimento de pena em estabelecimento militar.

É como voto.

29/03/2011**SEGUNDA TURMA****HABEAS CORPUS 104.174 RIO DE JANEIRO**

RELATOR	: MIN. AYRES BRITTO
PACTE.(S)	: KILSON NASCIMENTO DA SILVA
IMPTE.(S)	: KILSON NASCIMENTO DA SILVA
ADV.(A/S)	: MARIA DAS MERCÊS DE LIMA
COATOR(A/S)(ES)	: SUPERIOR TRIBUNAL MILITAR

EXPLICAÇÃO

A Senhora Ministra Ellen Gracie (Relatora) - Presidente, a dúvida que me levou a pedir vista foi relativa à ausência de qualquer dispositivo que autorize progressão de regime ao militar condenado pela prática de delito militar e que cumpre pena em estabelecimento penal militar.

O eminente Relator, no seu brilhante voto, fez-nos ver que realmente a legislação militar vai mal interpretada quando seja considerado impossível esse benefício ao réu militar condenado por delito militar.

A omissão, no Código Penal Militar, não pode vir em desfavor do apenado. Por isso, estou acompanhando Sua Excelência para reconhecer a possibilidade, desde que existam as condições objetivas e subjetivas, de ser aplicada também nessa hipótese a progressão de regime.

SEGUNDA TURMA**EXTRATO DE ATA****HABEAS CORPUS 104.174**

PROCED. : RIO DE JANEIRO

RELATOR : MIN. AYRES BRITTO

PACTE.(S) : KILSON NASCIMENTO DA SILVA

IMPTE.(S) : KILSON NASCIMENTO DA SILVA

ADV.(A/S) : MARIA DAS MERCÊS DE LIMA

COATOR(A/S)(ES) : SUPERIOR TRIBUNAL MILITAR

Decisão: Após o voto do Relator, que deferia a ordem para assegurar a progressão de regime, o julgamento foi suspenso em virtude do pedido de vista formulado pela eminente Ministra Ellen Gracie. Aguardam os demais. Ausentes, justificadamente, neste julgamento, os Senhores Ministros Celso de Mello e Joaquim Barbosa. **2ª Turma**, 22.02.2011.

Decisão: Concedida parcialmente a ordem, nos termos do voto do Relator. Decisão unânime. Ausente, justificadamente, neste julgamento, o Senhor Ministro Celso de Mello. **2ª Turma**, 29.03.2011.

Presidência do Senhor Ministro Gilmar Mendes. Presentes à sessão a Senhora Ministra Ellen Gracie e os Senhores Ministros Ayres Britto e Joaquim Barbosa. Ausente, justificadamente, o Senhor Ministro Celso de Mello.

Subprocurador-Geral da República, Dr. Mário José Gisi.

Carlos Alberto Cantanhede
Coordenador