

21/10/2008

SEGUNDA TURMA

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 534.384-7 RIO GRANDE DO SUL

RELATOR : **MIN. CEZAR PELUSO**
RECORRENTE(S) : **ALEXANDRE YANEFSKI MENDES**
ADVOGADO(A/S) : **CARLOS AUGUSTO DE PAULA ÁVILA**
RECORRIDO(A/S) : **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL**

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO - (Relator): Trata-se de recurso extraordinário interposto por ALEXANDRE YANEFSKI MENDES contra acórdão da Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Consta da ementa:

“AGRAVO EM EXECUÇÃO. PROGRESSÃO DE REGIME CARCERÁRIO. REGIME INTEGRAL FECHADO. RESPEITO À COISA JULGADA FORMAL E MATERIAL.

Irresignação ministerial quanto à decisão judicial que deferiu pedido de progressão de regime. Impossibilidade de conceder-se ao réu, em sede de execução penal, o alcance da progressão do seu regime carcerário, se o regime prisional definitivo foi-lhe fixado como integral fechado. Trânsito em julgado da condenação e, conseqüentemente, do regime integral fechado estabelecido para o cumprimento da reprimenda. Superveniência da coisa julgada formal e material, devendo ser a mesma respeitada, independentemente da discussão acerca da constitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei nº 8.072/90. Precedente jurisprudencial da Câmara (Agravo em Execução nº 70015492119, da eminente Desª Laís Rogéria Alves Barbosa, julgado em 10/07/2006). Deram provimento ao agravo ministerial. Decisão unânime”. (fl. 69)

Sustenta o recorrente que o acórdão recorrido merece reforma, pois estariam presentes, no caso, os requisitos objetivos e subjetivos

necessários à progressão de regime prisional, alegando ofensa ao artigo 5º, incisos XL e XLIII da Constituição Federal (fls.77-80).

É o relatório.

VOIO

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO - (Relator): 1.

Inadmissível o recurso.

Há evidente deficiência na fundamentação do extraordinário, pois as razões deduzidas no recurso são destoantes do real conteúdo do aresto recorrido – vedação da alteração, pelo juízo da execução, do regime prisional fixado em sentença transitada em julgado, o que atrai a aplicação da **súmula 284**.

Em caso análogo, assim o decidiu esta Corte:

“RECURSO EXTRAORDINÁRIO - “PLANO COLLOR” E “PLANO VERÃO” - AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO - INCOINCIDÊNCIA ENTRE O CONTEÚDO DO ACÓRDÃO RECORRIDO E O TEMA SUSCITADO NA PETIÇÃO RECURSAL – OCORRÊNCIA DE DIVÓRCIO IDEOLÓGICO – JUÍZO DE INCOGNOSCIBILIDADE - RECURSO EXTRAORDINÁRIO NÃO CONHECIDO.

RECURSO EXTRAORDINÁRIO - IMPRESCINDIBILIDADE DE PREQUESTIONAMENTO EXPLÍCITO.

- O recurso extraordinário revela-se insuscetível de conhecimento, se a matéria constitucional – por ausência de debate prévio e por inoportunidade de efetiva apreciação pelo acórdão recorrido – deixa de ser prequestionada, não havendo a parte recorrente deduzido os pertinentes embargos de declaração com a finalidade de suprir a omissão judicial sobre o tema suscitado e não enfrentado pelo Tribunal *a quo*.

- DIVÓRCIO IDEOLÓGICO – NECESSIDADE DE COINCIDÊNCIA ENTRE O CONTEÚDO DO ACÓRDÃO RECORRIDO E O TEMA VERSADO NA PETIÇÃO RECURSAL.

- É inadmissível o recurso extraordinário, quando a fundamentação que lhe dá suporte não guarda qualquer relação de pertinência com o conteúdo do acórdão proferido pelo Tribunal inferior. A incoincidência entre as razões que fundamentam a petição recursal e a matéria efetivamente versada no acórdão constitui hipótese configuradora de divórcio ideológico, que inviabiliza a exata compreensão da controvérsia jurídica, impedindo, desse modo, o próprio conhecimento do recurso extraordinário (Súmula 284/STF). Precedentes.” (RE nº 177.927, Rel. Min. **CELSO DE MELLO**, DJU de 04.11.1996).

Ante o exposto, **não conheço do recurso** (arts. 21, § 1º, RISTF, 38 da Lei nº 8.038, de 28.05.1990, e 557 do CPC).

2. Verifico, todavia, que o caso é de concessão de *habeas corpus* de ofício.

Equivocou-se o Tribunal *a quo* ao afirmar que o regime de cumprimento da pena não pode alterado após o trânsito em julgado da sentença condenatória sob pena de violação à coisa julgada, pois a sentença penal transita em julgado com a cláusula *rebus sic stantibus*:

“A sentença condenatória penal contém implícita a cláusula *rebus sic stantibus*, como sentença determinativa que é: o juiz fica, assim, autorizado, pela natureza mesma da sentença, a agir por equidade, operando a modificação objetiva da sentença sempre que haja mutação nas circunstâncias fáticas. Cumpre lembrar que a sentença determinativa transita em julgado, sendo porém passível de um processo de integração em obediência à cláusula que contém; é, pois, suscetível de revisão, no processo de execução, nos casos expressamente autorizados por lei.

É assim que se explica, processualmente, o fenômeno das modificações da sentença condenatória penal transita em julgado, daí derivando a extensa gama de atividades jurisdicionais no processo de execução penal, em cujo curso as modificações operam.”¹

A alteração do regime de cumprimento da pena, na fase da execução, não ofende a coisa julgada, cuja garantia deve ser conciliada com outro princípio constitucional, o da **individualização da pena**, previsto no art. 5º, inc. XLVI, da Constituição da República. Com o propósito de harmonizar tais princípios, esta Corte editou a **súmula 611**, que diz:

“Transitada em julgado a sentença condenatória, compete ao juízo das execuções a aplicação de lei mais benigna.”

¹ GRINOVER, Ada Pellegrini, SCARANCE FERNANDES, Antonio, GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *As nulidades no processo penal*. 7ª ed. revista e atualizada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p.303-304.

Ora, se até lei nova mais benigna tem aplicação imediata nos casos em que haja sentença condenatória transitada em julgado, com razão maior terá imediata aplicação a declaração de inconstitucionalidade que resulte em benefício para o réu. É o que ocorre no caso.

É que “a sentença condenatória não é estática, mas dinâmica”, como reconhece a doutrina,² ficando reservado ao juízo da execução o dever de promover a correta individualização da pena, conforme o disposto nos arts. 65 e seguintes da Lei de Execução Penal.

Tal princípio há de ser observado em três níveis: legal, judicial e executivo. Este último consiste “na adoção de medidas legais e administrativas por parte do juiz e das autoridades penitenciárias, de modo a estabelecer, para cada condenado, a forma de cumprimento da sanção conforme determinam a sentença e as disposições da LEP. Trata-se de uma etapa constitucional da individualização da pena”.³

Dessa forma, inafastável a reforma do acórdão recorrido.

3. Quanto à progressão de regime prisional em condenações por crimes hediondos, no julgamento do **HC nº 90.262** (Rel. Min. **EROS GRAU**, DJ de 22.02.2008), a 2ª Turma desta Corte declarou, por unanimidade, “a inconstitucionalidade do § 1º do artigo 2º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990”, o que afasta, para efeito de progressão de regime, o obstáculo representado por essa norma tida por inválida:

² **NUCCI, Guilherme de Souza**. *Manual de processo penal e execução penal*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 941.

³ **DOTTI, René Ariel**. *Curso de direito penal*. Parte Geral, 2ª ed. revista, atualizada e ampliada. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 561.

“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.”

Ademais, observo que a questão foi superada pela edição da Lei nº 11.464, (DOU de 29.03.2007), que deu nova redação ao art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90, para determinar que a pena por crime hediondo será cumprida inicialmente, e já não integralmente, em regime fechado.

4. Ante o exposto, **concedo a ordem** de *habeas corpus* de ofício, para, cassando o acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, garantir ao paciente o direito à progressão de regime, sem prejuízo da apreciação, *in casu*, pelo magistrado competente, nos termos do art. 66, inc. III, alínea *b*, da LEP, dos demais requisitos de admissibilidade de progressão de regime prisional.

Comunique-se, com urgência, o inteiro teor desta decisão ao juízo da execução e, por carta com aviso de recebimento, ao recorrente.