

25/03/98

TRIBUNAL PLENO

HABEAS CORPUS N. 76.371-0

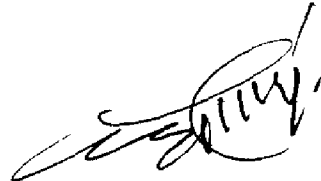
SÃO PAULO

REDATOR PARA O ACÓRDÃO: MIN. SYDNEY SANCHES

PACIENTE: JOSÉ DOS REIS SANTANA

IMPETRANTE: JOSÉ DOS REIS SANTANA

COATOR: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO



EMENTA: - DIREITO CONSTITUCIONAL, PENAL E PROCESSUAL PENAL.

CRIME DE LATROCÍNIO. REGIME DE CUMPRIMENTO DE PENA: INTEGRALMENTE FECHADO. INAPLICABILIDADE DA LEI Nº 9.455, DE 07.04.1997, À HIPÓTESE.

1. A Lei nº 9.455, de 07.04.1997, no parágrafo 7º do art. 1º, estabeleceu que, nos casos de crime de tortura, o cumprimento da pena se inicie no regime fechado.

2. Tal norma não se aplica aos demais crimes hediondos, de que trata a Lei nº 8.072, de 26.7.1990 (art. 1º), e cuja pena se deve cumprir em regime integralmente fechado (art. 2º, parágrafo 1º), inclusive o de latrocínio, como é o caso dos autos.

3. Não há inconstitucionalidade na concessão de regime mais benigno, no cumprimento de pena, apenas inicialmente fechado, para o crime de tortura.

E se inconstitucionalidade houvesse, nem por isso seria dado ao Poder Judiciário, a pretexto de isonomia, estender tal benefício aos demais crimes hediondos, pois estaria agindo desse modo, como legislador positivo (e não negativo), usurpando, assim, a competência do Poder Legislativo, que fez sua opção política.

4. Por outro lado, já decidiu o Plenário do S.T.F., no julgamento do "H.C." nº 69.657, que não é inconstitucional o parágrafo 1º do art. 2º da Lei nº 8.072/90, quando impõe o regime integralmente fechado, no cumprimento de penas por crimes hediondos, nela definidos.

5. "H.C." indeferido, por maioria, nos termos do voto do Relator.



A C Ó R D ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária, na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, por maioria de votos, em indeferir o pedido de "habeas corpus", vencidos os Ministros MARCO AURÉLIO (Relator) e SEPÚLVEDA PERTENCE, que o deferiam, ficando, em consequência, cassada a medida liminar anteriormente concedida. Votou o Presidente. Redigirá o acórdão o Ministro SYDNEY SANCHES.

Brasília, 25 de março de 1998.



CELSO DE MELLO - PRESIDENTE



SYDNEY SANCHES - REDATOR PARA O ACÓRDÃO

25/03/98

TRIBUNAL PLENO

HABEAS CORPUS N. 76.371-0 SÃO PAULO

REDATOR PARA O ACORDÃO: MIN. SYDNEY SANCHES

PACIENTE: JOSÉ DOS REIS SANTANA

IMPETRANTE: JOSÉ DOS REIS SANTANA

COATOR: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

R E L A T Ó R I O

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Valho-me, em parte,
do resumo que fiz ao apreciar o pedido de medida acauteladora:

A inicial deste habeas-corpus revela haver logrado o Paciente a progressão do regime de cumprimento da pena, passando, em 18 de dezembro de 1996, do fechado para o semi-aberto. Interposto agravo pelo Ministério Público, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo veio a reformar a decisão. São tecidas considerações sobre o § 1º do artigo 2º da Lei nº 8.072/90, sustentando-se que o regime de cumprimento da pena está situado no grande todo que é a individualização assegurada constitucionalmente. Discorre-se sobre o alcance da Lei nº 9.455, de 7 de abril de 1997, que, regedora do crime de tortura, veio a dispor sobre a progressão. Alude-se a precedente do Superior Tribunal de Justiça sobre a matéria, no que se concluiu que a lei nova alcança os demais crimes previstos na Lei nº 8.072/90, tendo em vista a disciplina unitária determinada pela Carta Política - Recurso Especial nº 140.617-GO, relatado pelo Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro perante a 6ª Turma. É pleiteada a concessão de liminar que preserve o statu quo alcançado, ou seja, viabilize a permanência do Paciente-Impetrante no regime semi-aberto, até que seja julgado o mérito deste habeas-corpus.

Com a inicial, vieram os documentos de folha 11 à 34 (folha 37).



Acrescento que, solicitadas informações ao Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, veio aos autos, acompanhada de documentos, a peça de folha 49 à 51. Em síntese, após relatar-se a tramitação do processo referente ao regime de cumprimento da pena, remete-se às peças reproduzidas. Enviados os autos à Procuradoria Geral da República, pronunciou-se o Subprocurador-Geral da República no sentido da concessão da ordem. Para tanto, fez juntar manifestação já ocorrida no Habeas nº 76.543-5/SC, sob a relatoria, na Primeira Turma, do Ministro Sydney Sanches.

Estes autos vieram-me conclusos, para exame, em 18 de fevereiro de 1998, sendo que neles lancei visto no dia 27 imediato (folha 150).

É o relatório.



V O T O

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) -

Inicialmente, ressalvo entendimento pessoal sobre a competência para julgar este habeas-corpus, cuja definição, continuo convencido, ocorre consideradas as pessoas envolvidas na hipótese sob exame. O Paciente não goza de prerrogativa de foro. Assim, cabe perquirir a situação daqueles que integram o Órgão apontado como coator - o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Os desembargadores estão submetidos à jurisdição direta, nos crimes comuns e de responsabilidade, do Superior Tribunal de Justiça - alínea "a" do inciso I do artigo 105 da Constituição Federal, o que atrai a pertinência do disposto na alínea "c" do referido inciso, segundo a qual compete àquela Corte julgar os habeas-corpus quando o coator ou o paciente for qualquer das pessoas mencionadas na alínea "a", ou quando o coator for Ministro de Estado, ressalvada a competência da Justiça Eleitoral. Todavia, até aqui este não é o entendimento prevalente. O Plenário, ao concluir o julgamento da Reclamação nº 314/DF, em que funcionou como Relator o Ministro Moreira Alves, assentou que compete ao Supremo Tribunal Federal julgar todo e qualquer habeas-corpus, desde que não seja substitutivo de recurso ordinário, interposto contra ato de tribunal, ainda que não guarde a qualificação de superior. Na oportunidade, fiquei vencido na



companhia honrosa dos Ministros Ilmar Galvão, Carlos Velloso e Celso de Mello, tendo findado o julgamento em 30 de novembro de 1993. O tema foi melhor desenvolvido quando verificado o debate junto ao Pleno (acórdão publicado na Revista Brasileira de Ciências Criminais nº 9, página 140 à 146). Conheço do pedido ora formulado.

Ao deferir a medida acauteladora, consignei:

Encontra-se o Paciente cumprindo a pena em regime semi-aberto há cerca de um ano: a decisão reconhecedora do direito a progredir no regime é de 18 de dezembro de 1996 - folha 26 à 33. Tudo recomenda que se aguarde até a decisão final deste habeas para promover-se, se for o caso, a regressão noticiada na inicial (folha 37).

PENA - REGIME - DESCUMPRIMENTO:

DA INCONSTITUCIONALIDADE DO § 1º DO ARTIGO 2º DA LEI Nº 8.072, DE 25 DE JULHO DE 1990.

Esta matéria conduziu-me a afetar, na forma prevista no artigo 22 do Regimento Interno, o presente caso a este Plenário. É que tenho como relevante a arguição de conflito do § 1º do artigo 2º da Lei nº 8.072/90 com a Constituição Federal, considerado quer o princípio isonômico em sua latitude maior, quer o da individualização da pena previsto no inciso XLVI do artigo 5º da Carta, quer, até mesmo, o princípio implícito segundo o qual o legislador ordinário deve atuar tendo como escopo maior o bem comum, sendo indissociável da noção deste último a observância da dignidade da pessoa humana, que é solapada pelo afastamento, por completo, de contexto revelador da esperança, ainda que mínima, de passar-se ao cumprimento da pena em regime menos rigoroso.

Preceitua o parágrafo em exame que nos crimes hediondos definidos no artigo 1º da citada Lei, ou seja, nos de latrocínio, extorsão qualificada pela morte, extorsão mediante seqüestro e na forma qualificada, estupro, atentado violento ao pudor,

epidemia com resultado morte, envenenamento de água potável ou de substância alimentícia ou medicinal, qualificado pela morte, genocídio, tortura, tráfico ilícito de entorpecente e drogas afins e, ainda, terrorismo, a pena será cumprida integralmente em regime fechado.

No particular, contrariando-se consagrada sistemática alusiva à execução da pena, assentou-se a impertinência das regras gerais do Código Penal e da Lei de Execuções Penais, distinguindo-se entre cidadãos não a partir das condições sócio-psicológicas que lhes são próprias, mas de episódio criminoso no qual, por isto ou por aquilo, acabaram por se envolver. Em atividade legislativa cuja formalização não exigiu mais do que uma linha, teve-se o condenado a um dos citados crimes como senhor de periculosidade ímpar, a merecer, ele, o afastamento da humanização da pena que o regime de progressão viabiliza, e a sociedade, o retorno abrupto daquele que segregara, já então com as cicatrizes inerentes ao abandono de suas características pessoais e à vida continuada em ambiente criado para atender a situação das mais anormais e que, por isso mesmo, não oferece quadro harmônico com a almejada ressocialização.

Senhor Presidente, tenho o regime de cumprimento da pena como algo que, no campo da execução, racionaliza-a, evitando a famigerada idéia do "mal pelo mal causado" e que sabidamente é contrária aos objetivos do próprio contrato social. A progressividade do regime está umbilicalmente ligada à própria pena, no que acenando ao condenado com dias melhores, incentiva-o à correção de rumo e, portanto, a empreender um comportamento penitenciário voltado à ordem, ao mérito e a uma futura inserção no meio social. O que se pode esperar de alguém que, antecipadamente, sabe da irrelevância dos próprios atos e reações durante o período no qual ficará longe do meio social e familiar e da vida normal que tem direito um ser humano; que ingressa em uma penitenciária com a tarja da despersonalização?

Sob este enfoque, digo que a principal razão de ser da progressividade no cumprimento da pena não é em si a minimização desta, ou o benefício indevido, porque contrário ao que inicialmente sentenciado, daquele que acabou perdendo o bem maior que é a

liberdade. Está, isto sim, no interesse da preservação do ambiente social, da sociedade, que, dia-menos-dia receberá de volta aquele que inobservou a norma penal e, com isto, deu margem à movimentação do aparelho punitivo do Estado. A ela não interessa receber de volta um cidadão, que enclausurou, embrutecido, muito embora o tenha mandado para detrás das grades com o fito, dentre outros, de recuperá-lo, objetivando uma vida comum em seu próprio meio, o que o tempo vem demonstrando, a mais não poder, ser uma quase utopia. Por sinal, a Lei nº 8.072/90 ganha, no particular, contornos contraditórios. A um só tempo dispõe sobre o cumprimento da pena no regime fechado, afastando a progressividade, e viabiliza o livramento condicional, ou seja, o retorno do condenado à vida gregária antes mesmo do integral cumprimento da pena e sem que tenha progredido no regime. É que, pelo artigo 5º da Lei nº 8.072/90, foi introduzido no artigo 83 do Código Penal preceito assegurando aos condenados por crimes hediondos, pela prática de tortura ou terrorismo e pelo tráfico ilícito de entorpecentes, a possibilidade de alcançarem a liberdade condicional, desde que não sejam reincidentes específicos em crimes de tal natureza - inciso V. Pois bem, a Lei em comento impede a evolução no cumprimento da pena e prevê, em flagrante descompasso, benefício maior, que é o livramento condicional. Descabe a passagem do regime fechado para o semi-aberto, continuando o incurso nas sanções legais a cumprir a pena no primeiro. No entanto, assiste-lhe o direito de ver examinada a possibilidade de voltar à sociedade, tão logo transcorrido quantitativo superior a dois terços da pena.

Conforme salientado pela melhor doutrina, a Lei nº 8.072/90 contém preceitos que fazem pressupor não a observância de uma coerente política criminal, mas a edição sob o clima da emoção, como se no aumento da pena e no rigor do regime estivessem os únicos meios de afastar-se o elevado índice de criminalidade.

Por ela, os enquadráveis nos tipos aludidos são merecedores de tratamento diferenciado daquele disciplinado no Código Penal e na Lei de Execuções Penais, ficando sujeitos não às regras relativas aos cidadãos em geral, mas a especiais, despontando a que, fulminando o regime de progressão da pena, amesquinha a garantia constitucional da individualização.

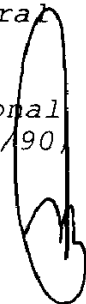
Diz-se que a pena é individualizada porque o Estado-Juiz, ao fixá-la, está compelido, por norma cogente, a observar as circunstâncias judiciais, ou seja, os fatos objetivos e subjetivos que se fizeram presentes à época do procedimento criminalmente condenável. Ela o é não em relação ao crime considerado abstratamente, ou seja, ao tipo definido em lei, mas por força das circunstâncias reinantes à época da prática. Daí cogitar o artigo 59 do Código Penal que o juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime, não só as penas aplicáveis dentre as cominadas (inciso I), como também o quantitativo (inciso II), o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade - inicial e, portanto, provisório, já que passível de modificação até mesmo para adotar-se regime mais rigoroso (inciso III) - e a substituição da pena privativa da liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível.

Dizer-se que o regime de cumprimento da pena não está compreendido no grande todo que é a individualização preconizada e garantida constitucionalmente é olvidar o instituto, relegando a plano secundário a justificativa socialmente aceitável que o recomendou ao legislador de 1984. É fechar os olhos ao preceito que o junte a condições pessoais do próprio réu, dentre as quais exurgem o grau de culpabilidade, os antecedentes, a conduta social, a personalidade, alfim, os próprios fatores subjetivos que desaguaram na prática delituosa. Em duas passagens, o Código Penal vincula a fixação do regime às circunstâncias judiciais previstas no artigo 59, fazendo-o no preceito do § 3º do artigo 33 e no inciso III do próprio artigo 59. Todavia, ao que tudo indica, teve-se presente, quando da edição da Lei nº 8.072/90, que faltaria aos integrantes do aparelho judiciário, aos juizes, aos tribunais, o zelo indispensável à definição do regime e sua progressividade e, aí, alijou-se do crivo mais abalizado que pode haver a definição respectiva.

Assentar-se, a esta altura, que a definição do regime e modificações posteriores não estão compreendidas na individualização da pena é passo demasiadamente largo, implicando restringir garantia constitucional em detrimento de todo um sistema e, o que é pior, a transgressão a princípios tão caros em um Estado Democrático como são os da igualdade de todos perante a lei, o da dignidade da pessoa humana e o da atuação do Estado sempre voltada ao bem comum. A permanência do condenado em regime fechado durante todo o cumprimento da pena não interessa a quem quer que seja, muito menos à sociedade que um dia, mediante o livramento condicional ou, o mais provável, o esgotamento dos anos de clausura, terá necessariamente que recebê-lo de volta, não para que este torne a delinquir, mas para atuar como um partícipe do contrato social, observados os valores mais elevados que o respaldam.

Por último, há de se considerar que a própria Constituição Federal contempla as restrições a serem impostas àqueles que se mostrem incursos em dispositivos da Lei 8.072/90 e dentre elas não é dado encontrar a relativa à progressividade do regime de cumprimento da pena. O inciso XLIII do rol das garantias constitucionais - artigo 5º - afasta, tão-somente, a fiança, a graça e a anistia para, em inciso posterior (XLVI), assegurar de forma abrangente, sem excepcionar esta ou aquela prática delituosa, a individualização da pena. Como, então, entender que o legislador ordinário o possa fazer? Seria a mesma coisa que estender aos chamados crimes hediondos e assim enquadrados pela citada lei, a imprescritibilidade que o legislador constitucional somente colou às ações relativas a atos de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático (inciso XLIV). Indaga-se: é dado ao legislador comum fazê-lo? A resposta somente pode ser negativa, a menos que se coloque em plano secundário a circunstância, de a previsão constitucional estar contida no elenco das garantias constitucionais, conduzindo, por isso mesmo, à ilação no sentido de que, a contrario sensu, as demais ações ficam sujeitas à regra geral da prescrição.

Destarte, tenho como inconstitucional o preceito do § 1º do artigo 2º da Lei nº 8.072/90, no



que dispõe que a pena imposta pela prática de qualquer dos crimes nela mencionados será cumprida, integralmente, no regime fechado.

As razões acima foram lançadas quando proferi voto no Habeas-Corpus nº 69.657-1/SP, havendo ficado vencido na companhia do Ministro Sepúlveda Pertence. O Pleno concluiu de forma diversa.

Hoje, tem-se quadro normativo novo, considerada a Lei definidora dos parâmetros alusivos ao crime de tortura. Por isso, a matéria está a merecer reflexão.

Nota-se que a Carta de 1988 colocou, em pé de igualdade, os crimes de tortura, de tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, de terrorismo e os definidos como hediondos, fazendo-o mediante preceito que tem o seguinte teor:

XLIII - a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-lo, se omitirem.

À luz da repercussão social dos citados crimes e, a partir de enumeração que tem início com o mais gravoso - o crime de tortura -, obstaculizou-se a concessão de fiança, a graça e a anistia. Pois bem, desse preceito surge a certeza de um tratamento sistemático, observada a isonomia. A Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, definiu como crimes hediondos o latrocínio (artigo 157, § 3º, in fine), a extorsão qualificada pela morte (artigo 158, § 2º, a

extorsão mediante seqüestro e na forma qualificada (artigo 159, caput, e §§ 1º, 2º e 3º), o estupro (artigo 213, caput, e combinação com o artigo 223, caput, e parágrafo único), o atentado violento ao pudor (artigo 214 e combinação com o artigo 223, caput, e parágrafo único), a epidemia com resultado morte (artigo 267, § 1º), o envenenamento de água potável ou de substância alimentícia ou medicinal, qualificado pela morte (artigo 270, combinado com o artigo 285), todos do Código Penal e, ainda, o crime de genocídio (artigos 1º, 2º e 3º da Lei nº 2.889, de 1º de outubro de 1956), tentados ou consumados. Em relação a eles e, também, no tocante à prática da tortura, o tráfico de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo, acrescentaram-se, à impossibilidade de chegar-se à fiança, à graça e à anistia, três outras regras: a primeira, envolvida na espécie, ou seja, a do cumprimento integral da pena em regime fechado; a segunda, direcionada ao juiz e à necessidade de vir a fundamentar hipótese de interposição de recurso - da apelação - em liberdade. E a última, referente à prisão temporária de que cuida a Lei nº 7.960, de 21 de dezembro de 1989, revelando-a, nos citados crimes, como passível de alcançar trinta dias, período prorrogável por idêntico espaço de tempo em caso de extrema e comprovada necessidade. Ora, está-se diante de tratamento próprio, sistemático, quanto a conseqüências do crime, considerados procedimentos glosados penalmente que encerram, para efeito de tratamento no campo da persecução criminal, um grande todo. No caso da tortura, veio à balha diploma específico, definidor do respectivo

tipo, e aí, em verdadeira correção de rumo no sentido de respeitar-se à Constituição Federal, isso relativamente à individualização da pena, dispôs-se sobre o início do cumprimento da pena em regime fechado, viabilizando-se, assim, a conclusão acerca de haver sido contemplada a progressão no regime de cumprimento da pena. O legislador, ao prever apenas o início, tão-somente o início, de cumprimento da pena no regime mais rigoroso, sinalizou no sentido da pertinência de fases outras, adentrando-se o regime semi-aberto e o aberto. Logo, exsurgiu disposição contrária ao sistema a que me referi, ao § 1º do artigo 2º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990. Não faz sentido entender-se que o crime mais grave do rol - o de tortura - contemple a aplicação da pena e o cumprimento em regime de progressão, não o admitindo os demais crimes situados no mesmo sistema. Com inteira razão, consignou a Procuradoria Geral da República, em peça subscrita pelo Subprocurador-Geral Cláudio Lemos Fonteles:

14. Ocorre que a recente Lei 9455/97, que definiu os crimes de tortura, **também** fixou disposições no espaço que lhe foi constitucionalmente conferido, fazendo-o de forma mais amena, na preservação de filosofia compatível com a progressão criminal. Disse, então, no § 7º, do **artigo 1º**, do cumprimento **inicial** da pena, no regime fechado.

15. Ora, quando duas leis infra-constitucionais, no **espaço próprio** que a Constituição confere-lhes dispor, **dispõem diferentemente** sobre tratamento que a **Constituição quer comum e idêntico** às situações - infrações penais - que expressa, há de **prevalecer a disposição normativa mais favorável ao réu**, pena violar-se o tratamento constitucional isonômico (folha 148).

O Superior Tribunal de Justiça já teve oportunidade de enfrentar a matéria e assentou, no julgamento do Recurso Especial nº 140.617/GO que:

RESP - CONSTITUCIONAL - PENAL - EXECUÇÃO DA PENA - CRIMES HEDIONDOS (LEI Nº 8.072/90) - TORTURA (LEI Nº 9.455/97) - EXECUÇÃO - REGIME FECHADO - A Constituição da República (art. 5º, XLIII) fixou o regime comum, considerando-os inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia, a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos. A Lei nº 8.072/90 conferiu-lhes a disciplina jurídica dispendo:

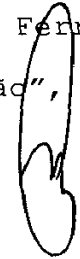
“A pena por crime previsto neste artigo será cumprida integralmente em regime fechado” (art. 2º, § 1º).

A Lei nº 9.455/97 quanto ao crime de tortura registra no art. 1º-7º:

“O condenado por crime previsto nesta Lei, salvo a hipótese do § 2º, iniciará o cumprimento da pena em regime fechado.”

A Lei nº 9.455/97, quanto à execução da pena, é mais favorável do que a Lei nº 8.072/90. Afetou, portanto, no particular, a disciplina unitária determinada pela Carta Política. Aplica-se incondicionalmente. Assim, modificada, no particular a lei dos crimes hediondos. Permitida, portanto, quanto a esses delitos, a progressão de regimes (decisão unânime, Relator Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro, havendo participado do julgamento os Ministros Vicente Leal, Fernando Gonçalves, Alselmo Santiago e William Paterson - in *Consu Lex* ano I, nº 11, de 30 de novembro de 1997).

Há de ter-se presente o que Tercio Sampaio Ferraz aponta como “princípio hermenêutico da unidade da Constituição”, no



que direciona à lógica, ao afastamento de conclusões conducentes a verdadeiro paradoxo, e este é revelado com a óptica de encerrar a ordem jurídico-constitucional base para tratamento diferenciado de casos a envolver crimes que foram tidos como dotados de semelhante potencial agressivo e, o que é pior, albergando-se tratamento mais favorável, considerado o regime de cumprimento de pena, ao mais repugnante, ao mais ofensivo à dignidade do homem, à própria natureza, como é o de tortura. Neste, condenado o acusado, cumprirá a pena de forma progressiva, ou seja, nos regimes fechado, semi-aberto e aberto. Nos demais crimes, de nocividade que não suplanta, a toda evidência, a tortura, no que quase sempre é de autoria de quem tem o dever de preservar o direito constitucional não só do cidadão, mas também do preso, à integridade física e moral - incisos XLVII e XLIX do artigo 5º da Carta de 1988, a pena será cumprida integralmente no regime fechado.

Verifica-se, na espécie, derrogação tácita do artigo 2º da Lei nº 8.072/90. Em face de incompatibilidade decorrente da imposição constitucional de um sistema harmônico de disciplina penal - inciso XLIII, do artigo 5º - não mais subsiste, por opção político-legislativa-criminal revelada no artigo 1º, § 7º, da Lei nº 9.455/97 (Lei da Tortura) a regra, aliás conflitante com o princípio constitucional de individualização da pena - inciso XLVI do mesmo artigo 5º - reveladora do esdrúxulo cumprimento da pena, na integralidade, em regime fechado.

Nesse sentido é a melhor doutrina - Alberto Silva

Franco:

Vale acentuar que o legislador constitucional, ao estabelecer, no inc. XLIII, do art. 5º da Constituição Federal, restrições, de caráter penal e processual penal, aos delitos ali mencionados, deu-lhes um tratamento rigorosamente uniforme, equiparando-os em sua danosidade social. A própria Lei 8.072/90, mesmo estabelecendo restrição ao nível da execução penal, não prevista no texto constitucional, teve a preocupação de não criar distinções entre as hipóteses constitucionalmente igualadas. Agora, no entanto, há uma separação bem nítida. De um lado, os crimes hediondos, o terrorismo e o tráfico ilícito de entorpecentes não autorizam o sistema progressivo na execução da pena; de outro, o delito de tortura consagra o referido regime prisional. Essa mudança de perspectiva mostra-se muito mais profunda do que possa, à primeira vista, parecer na medida em que se torna, para efeito de buscar-se a uniformidade de tratamento estabelecida na Constituição Federal, ponto de referência para a ampliação da regra contida na Lei 9.455/97. O ordenamento penal constitui um sistema racional de normas e, como tal, não suporta contradições internas. Não há razão lógica que justifique a aplicação do sistema progressivo aos condenados por tortura e que, ao mesmo tempo, se negue igual sistema aos condenados por crimes hediondos. Nem sob o ponto de vista do princípio da lesividade, nem sob o ângulo político-criminal, há possibilidade de considerar-se a tortura um fato delituoso menos grave do que os crimes hediondos ou o tráfico ilícito de entorpecentes. A extensão da regra do § 7º, do art. 1º da Lei 9.455/97, para todos os delitos referidos na Lei 8.072/90, equaliza hipóteses fáticas que estão constitucionalmente equiparadas e restabelece, em sua inteireza, a racionalidade e a sistematização do ordenamento penal. Além disso, representa uma tomada de posição do legislador ordinário em sintonia fina com o texto constitucional (Revista Brasileira de Ciências Criminais nº 19, página 69).

Destarte, forçoso é concluir pela derrogação pela Lei nº 9.455/97 da Lei nº 8.072/90, ficando ultrapassada assim a visão

extravagante, sob todos os títulos, do integral cumprimento da pena em regime fechado. Concedo a ordem e, portanto, assento que, já agora, a esta altura, considerado o arcabouço normativo no que norteado pela Carta da República, não temos mais a vigorar o preceito da Lei nº 8.072/90, que cogitou, no passado, para mim, de cumprimento integral da pena no regime fechado.

É como voto, na espécie dos autos.



10/03/98

SEGUNDA TURMA

HABEAS CORPUSNº 76.371-0/130 - SÃO PAULO

V O T O

PROPOSTA DE REMESSA AO PLENO

O SENHOR MINISTRO NÉRI DA SILVEIRA (PRESIDENTE): - Sr. Ministro. V.Exª desenvolve, sem dúvida, tese de significativa importância na compreensão dos crimes hediondos e do regime do cumprimento da pena. No julgamento a que fez referência, no qual ficou vencido juntamente com o Ministro Sepúlveda Pertence, o Plenário assentou compreensão quanto à Lei dos Crimes Hediondos.

Em face de lei nova, V.Exª entende que aquela compreensão, de certa maneira, está superada. Creio que seria muito adequado, - porquanto essa é importante missão do Supremo Tribunal Federal, - que se levasse para o Plenário este feito, em ordem a que pudesse ser posta novamente a questão ao debate e à decisão do Colegiado, porque, de certa maneira, os entendimentos estão em conflito. O crime, aqui, é de latrocínio, crime hediondo, segundo a Lei dos Crimes Hediondos; então, o regime de cumprimento da pena seria sempre o regime fechado. V.Exª está sustentando solução diversa, em face de lei nova, relativa a crime de tortura.

J. Néri

SEGUNDA TURMA

EXTRATO DE ATA

HABEAS CORPUS N. 76.371-0

PROCED. : SÃO PAULO

RELATOR : MIN. MARCO AURÉLIO

PACTE. : JOSÉ DOS REIS SANTANA

IMPTE. : JOSÉ DOS REIS SANTANA

COATOR : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Decisão: Por unanimidade, a Turma deliberou afetar ao Plenário o julgamento do **Habeas Corpus** n° 76.371. 2ª. Turma, 10.03.98.

Presidência do Senhor Ministro Néri da Silveira. Presentes à Sessão os Senhores Ministros Carlos Velloso, Marco Aurélio, Maurício Corrêa e Nelson Jobim.

Subprocurador-Geral da República, Dr. Mardem Costa Pinto.

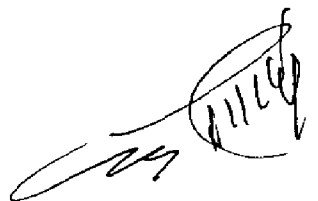

Carlos Alberto Cantanhede
Secretário

25/03/98

TRIBUNAL PLENO

HABEAS CORPUS N. 76.371-0 SÃO PAULO

V O T O



O SENHOR MINISTRO SYDNEY SANCHES - Sr.

Presidente, fui Relator do "Habeas Corpus" n° 76.543, na Primeira Turma, e no qual se enfrentou a questão focalizada no presente julgamento. A esse propósito, salientei no voto que então proferi e foi acompanhado pela maioria:

"10. Improcede, por fim, a alegação de que indevida a imposição de regime integralmente fechado.

A Constituição Federal, no inc. XLIII do art. 5°, estabeleceu: "a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem".

Não se cuida aí de regime de cumprimento de pena.

A Lei n° 8.072, de 26.07.1990, aponta, no art. 1°, os crimes que considera hediondos (latrocínio, extorsão qualificada pela morte, extorsão mediante seqüestro e na forma qualificada, estupro, atentado violento ao pudor, epidemia com resultado morte, envenenamento de água potável ou de substância alimentícia ou medicinal, qualificado pela morte, e genocídio; tentados ou consumados).

No art. 2º acrescenta: os crimes hediondos, a prática da tortura, o tráfico de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo são insuscetíveis de:

- I - anistia, graça e indulto;
- II - fiança e liberdade provisória.

E no § 1º: a pena por crime previsto neste artigo será cumprida integralmente em regime fechado.

Inclusive, portanto, o de tráfico de entorpecentes, como é o caso dos autos.

11. A Lei nº 9.455, de 07.04.1997, que define os crimes de tortura e dá outras providências, no § 7º do art. 1º, esclarece:

“O condenado por crime previsto nesta Lei, salvo a hipótese do § 2º, iniciará o cumprimento da pena em regime fechado.”

Vale dizer, já não exige que, no crime de tortura, a pena seja cumprida integralmente em regime fechado, mas apenas no início.

Foi, então, mais benigna a lei com o crime de tortura, pois não estendeu tal regime aos demais crimes hediondos, nem ao tráfico de entorpecentes, nem ao terrorismo.

Ora, se a Lei mais benigna tivesse ofendido o princípio da isonomia, seria inconstitucional. E não pode o Juiz estender o benefício decorrente da inconstitucionalidade a outros delitos e a outras penas, pois, se há inconstitucionalidade, o juiz atua como legislador negativo, declarando a invalidade da lei. E não como legislador positivo, ampliando-lhe os efeitos a outras hipóteses não contempladas.

12. De qualquer maneira, bem ou mal o legislador resolveu ser mais condescendente com o crime de tortura do que com os crimes hediondos, o tráfico de entorpecentes e o terrorismo.

Essa condescendência não pode ser estendida a todos eles, pelo Juiz, como intérprete da Lei, sob pena de usurpar a competência do legislador e de enfraquecer, ainda mais, o combate à criminalidade mais grave.

13. Aliás, como ficou dito anteriormente, a Constituição Federal, no art. 5º, inc. XLIII, ao considerar crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, não tratou de regime de cumprimento de pena. Ao contrário, cuidou, aí, de permitir a extinção de certas penas, exceto as decorrentes de tais delitos.

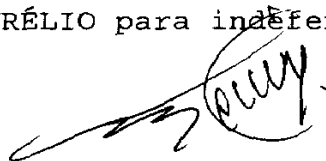
Nada impedia, pois, que a Lei nº 9.455, de 07.04.1997, definindo o crime de tortura, possibilitasse o cumprimento da pena em regime apenas inicialmente fechado - e não integralmente fechado.

Pode não ter sido uma boa opção de política criminal. Mas não propriamente viciada de inconstitucionalidade.

14. Por todas essas razões, indefiro o pedido de "Habeas Corpus".

Pelas mesmas razões, peço vênias ao eminente Ministro MARCO AURÉLIO para indeferir o pedido.

/csf.



25/03/98

TRIBUNAL PLENO

HABEAS CORPUS N. 76.371-0 SÃO PAULO

TRIBUNAL PLENO

HABEAS CORPUS 76.371

VOTO

O SR MINISTRO NELSON JOBIM - Sr. Presidente, vou lembrar o processo legislativo sobre a matéria.

A Constituição de 1988 havia estabelecido que:

"Art. 5º

XLIII - a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos ..."

Em 25 de julho de 1990, a Lei n.º 8.072, definiu os crimes hediondos.

Determinou que a pena será cumprida integralmente em regime fechado (art. 2º, §1º).

Ao mesmo tempo, a Lei, no art. 5º, ao acrescentar o inc. V, no art. 83 do CP., assegurou ao não reincidente específico, que já tiver cumprido mais de dois terços da pena, a liberdade condicional.

Em 1995, na condição de Ministro da Justiça, criei uma Comissão de Reforma do Direito Penal, presidida pelo eminente Professor Assis Toledo.

Essa comissão elaborou um projeto de lei sobre esse tema.

Foi enviado ao Congresso Nacional, no mesmo ano, a Mensagem n.º 783, relativa a projeto que alterava o art. 83, incisos II e V, do Código Penal.

O inciso V do art. 83 do Código Penal estabelecia a progressão, desde que:

"V - cumpridos mais de dois terços da pena, nos casos de condenação por crime hediondo, prática da tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, e terrorismo, se o apenado não for reincidente específico em crimes dessa natureza."

O projeto que enviamos ao Congresso alterava o inciso II do art. 83 do Código Penal.

Dizia o texto do Projeto:

"II - cumprida mais da metade se o condenado for reincidente em crime doloso;"

E acrescentava: ou tiver praticado qualquer dos crimes previstos no § 5º do art. 33, do referido projeto.

A saber:

a) o homicídio mediante paga, promessa de recompensa, por motivo torpe ou com participação em quadrilha, bando ou grupo de extermínio;

b) o homicídio com emprego de tortura, outro meio insidioso ou cruel, ou com o objetivo de assegurar a execução, ocultação, impunidade ou vantagem de outro crime;

c) o roubo ou a extorsão qualificados por lesão grave ou morte;

d) a extorsão mediante sequestro;

e) o estupro e o atentado violento ao pudor, com emprego de violência real ou grave ameaça;

f) a tortura;

g) o genocídio;

h) a associação para o fim de terrorismo;

i) o tráfico ilícito de substâncias entorpecentes ou que determinem dependência física ou psíquica;

j) o contrabando de armas ou munições;

k) a quadrilha ou bando armados.

Esse projeto de lei revogava a Lei dos Crimes Hediondos e criava a figura dos *crimes de especial gravidade*.

Nessa espécie, incluía todos aqueles que haviam sido elencados na figura de crimes hediondos.

O projeto inverteu a mão do inciso V, o qual determina que, se não for reincidente, o acusado cumpre integralmente no regime fechado.

O projeto suprimia "não".

Se o condenado for reincidente na prática daqueles, e tiver cumprido mais da metade da pena, tem direito ao livramento condicional.

O que se pretendia com isso?

Em 1995, por inspiração do Professor Assis Toledo, mudou-se o eixo da concepção em relação ao tema do regime carcerário.

Entendeu-se que alguém condenado a vinte ou trinta anos de reclusão, em regime fechado, sem a possibilidade de progressão do regime, criaria - e os levantamentos eram nesse sentido - imenso problema na administração carcerária.

O fato de se estar condenado a trinta anos, e tendo a idade de cinquenta, corresponde a uma prisão por toda a vida.

Tínhamos um imenso problema pelo fato de não se ter a possibilidade de progressão do regime.

Este era o ponto prático de um lado e, de outro, absolutamente condizente com a mudança do eixo desse processo.

Paralelamente, transitava na Câmara dos Deputados um projeto de lei - não era de nossa autoria -, definindo o crime de torturas.

De imediato, o Professor Assis Toledo e eu - posso informar que o texto da Lei n.º 9.455 é da lavra do Professor Assis Toledo - negociamos todo esse texto, em cima de um projeto que então tramitava.

Incluimos o § 7º, cuja redação teve o objetivo de viabilizar sua aprovação.

Por isso, redigimos com a forma: "*iniciará o cumprimento da pena em regime fechado*".

Se ficasse explícito, que haveria progressão de regime no crime de tortura, o projeto não seria aprovado.

Como já disse, no processo legislativo, a ambigüidade é necessária para a formação de maioria.

Esta é uma condição de aprovação de projetos de lei.

O projeto não teria sido aprovado se deixássemos expressa a regra da progressão do regime.

Concomitantemente, tínhamos tomado a decisão pretendida pelo Ministro Marco Aurélio, em sede legislativa, com o Projeto de Lei n.º 724, da Câmara dos Deputados.

Tive a oportunidade, ao lado do Professor Assis Toledo, de defender o projeto junto à Câmara, o qual foi integralmente aprovado.

O projeto foi para o Senado.

Ao início da discussão, houve obstrução, por parte de um Senador do Partido dos Trabalhadores, relativamente a esse texto.

Depois de conseguir desobstruir o andamento, através da interferência do Deputado Hélio Bicudo, ocorreram dois incidentes:

- (1) o assassinato do filho de um japonês, em São Paulo;
- (2) o seqüestro da filha do Deputado Luiz Estevão, em

Brasília.

Em face dessas circunstâncias, houve uma imensa movimentação jornalística, em relação a mim e ao Professor Assis Toledo.

Visava evitar a votação do referido projeto - aliás, fui acusado, por diversas vezes, pela imprensa pelo fato de estar reduzindo a pena dos crimes hediondos.

A Câmara dos Deputados já aprovou o texto.

O Senado ainda não decidiu sobre a matéria.

Pergunto: podemos, através da interpretação constitucional, nos substituir ao legislador?

O argumento de que a Constituição estabelece um tratamento "isonômico" aos crimes de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, e terrorismo, nos autoriza a estender a estes o tratamento daquele?

A questão posta pelo eminente Ministro Marco Aurélio é de exegese constitucional: o disposto no § 1º, do art. 2º, da Lei nº 8.072, não mais se aplica aos ilícitos nela descritos.

Isso porque, deu-se a um dos ilícitos tratados por lei nova (L. 9.455/97), tratamento distinto no que diz respeito ao cumprimento da pena.

Discute-se, no processo legislativo, se o regime da tortura se estende ou não aos demais ilícitos, elencados na Lei nº 8.072.

Sr. Presidente, posta a questão dessa forma, comportando-me tal qual comportei-me na Turma, quando se discutiu a matéria, ousou dissentir do Sr. Ministro Marco Aurélio.

A meu juízo, não cabe ao Poder Judiciário se substituir, por exegese, ao Poder Legislativo.

Mormente, nesta matéria, ora em discussão no Congresso Nacional.

Bem ou mal, é esse o processo democrático.

Devemos lembrar, na verdade, que esta é uma decisão dependente de outorga popular, que só o Congresso Nacional a tem.

Daria, de minha parte, no que diz respeito ao juízo político sobre o tema, aprovação a esta matéria, tanto que fui o autor do projeto.

Mas não posso me substituir ao Congresso Nacional, na sua função específica, que é decidir sobre matéria que, de resto, está sob análise, com aprovação, pela Câmara dos Deputados, na linha pretendida pelo Ministro Marco Aurélio.

Com essas considerações, e pedindo vênias ao Sr. Ministro Marco Aurélio, acompanho o Sr. Ministro Sydney Sanches.

25/03/98

TRIBUNAL PLENO

HABEAS CORPUS N. 76.371-0 SÃO PAULO

VOTO

O SR. MINISTRO MAURÍCIO CORRÊA - Sr. Presidente, não quero entrar em disputa com o Sr. Ministro Nelson Jobim, sobre a autoria da lei que definiu os crimes de tortura, todavia, quando passei pelo Poder Executivo, há bastante tempo, encaminhei o primeiro projeto visando a disciplina dos crimes de tortura e nomeei para a sua elaboração uma equipe da Procuradoria Geral da República, sob a presidência do Procurador Álvaro Costa.

Diz a Lei nº 9.455, de 07/4/97, em vigor:

"Art. 1º Constitui crime de tortura:

.....
..§ 7º - O condenado por crime previsto nesta Lei, salvo a hipótese do § 2º, iniciará o cumprimento da pena em regime fechado."

Estabelece, portanto, uma desarmonia entre esse dispositivo e a Lei nº 8.072, de 25/07/90:

"Art. 1º São considerados hediondos os seguintes crimes de latrocínio, todos tipificados no Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940 - Código Penal, consumados ou tentados:

I - homicídio (art. 12), quando praticado em atividade típica de grupo de extermínio, ainda que cometido por um só agente, e homicídio qualificado (art. 121, § 2º, I, II, III, IV e V);

II - latrocínio (art. 157, § 3º, in fine):

7

III - extorsão qualificada pela morte (art. 158, § 2º);

IV - extorsão mediante seqüestro e na forma qualificada (art. 159, caput, e §§ 1º, 2º e 3º);

V - estupro (art. 213 e sua combinação com o art. 223, caput e parágrafo único);

VI - atentado violento ao pudor (art. 214 e sua combinação com o art. 223, caput e parágrafo único);

VII - epidemia com resultado morte (art. 267, § 1º).

Parágrafo único. Considera-se também hediondo o crime de genocídio previsto nos arts. 1º, 2º e 3º da Lei nº 2.889, de 1º de outubro de 1956, tentado ou consumado. (Redação dada pela Lei nº 8.930, de 06.09.94).

No artigo 2º, acrescenta:

"Art. 2º Os crimes hediondos, a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo são insuscetíveis de:

I - anistia, graça e indulto";

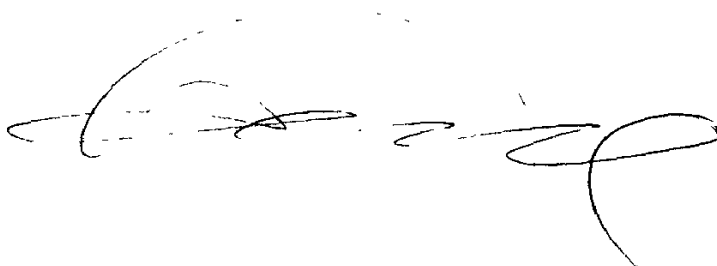
O § 1º do art. 2º da Lei nº 8.072 estabelece o regime fechado para o cumprimento desses tipos penais. É evidente que há um tratamento distinto entre o preconizado no artigo 1º da Lei nº 9.455/97 e a definição de crimes hediondos da Lei nº 8.072/90.

Dir-se-á que o crime de tortura é mais brando que os outros? Parece-me que não. Entendo, com o maior respeito ao eminente autor dessa lei, que houve uma infelicidade, ou quem sabe até uma felicidade, ao estabelecer, inicialmente, o regime inicial fechado para admitir que haja a progressão com relação ao agente que pratica tortura. Talvez, segundo a compreensão de uns, esses crimes poderiam ser potencialmente inferiores em relação aos outros apontados, mas,

para mim, crime de tortura é uma selvageria. Não vejo como estender aquilo que a lei especificamente se referiu - no caso, crime de tortura - aos outros crimes relacionados na Lei nº 8.072. Não posso, como Juiz aplicar, por analogia, o que foi concedido especificamente para os autores de crime de tortura.

Bastam-me essas razões para acompanhar o eminente Ministro Sydney Sanches, que abre a divergência, e indeferir o pedido, com a vênua do eminente Ministro Marco Aurélio. Já havia tomado conhecimento da decisão proferida no **Habeas Corpus** nº 76.543, julgado em 03/3/98, originário da 1ª Turma, da relatoria do Sr. Ministro Sydney Sanches, e tive a oportunidade de meditar sobre a questão, chegando a essa mesma conclusão.

Com a devida vênua do e. Relator, meu voto acompanho a divergência.

A handwritten signature in black ink, appearing to be 'A. Sanches', written in a cursive style.

25/03/98

TRIBUNAL PLENO

HABEAS CORPUS N. 76.371-0 SÃO PAULO

V O T O

O SR. MINISTRO **CARLOS VELLOSO** - Sr. Presidente, há pouco comentava com o Ministro Octavio Gallotti se o estupro, seguido de morte, seria menos cruel do que a tortura. Todos são cruéis. O tráfico de entorpecentes, por exemplo, tem conseqüências gravíssimas, devastadoras, porque causa malefícios a milhares de pessoas, comprometendo e desfibrando gerações. Esses crimes são todos eles cruéis, cada um tem a sua marca, a sua característica, precisam ser combatidos com firmeza, sempre com base na lei. Ora, se o Congresso Nacional distinguiu um de outro, fê-lo com base na legitimidade que lhe conferiu a Nação, pelo voto.

Não é possível, bem lembrou o Ministro Moreira Alves, falar-se em revogação de norma legal com base na analogia. Não me parece possível, com base na analogia, estender a um tipo penal algo que a lei, expressamente, dispõe quanto a tipo penal diferente.

Assim, não posso estender ao crime, objeto do presente **habeas corpus**, contra disposição expressa de lei — Lei 9.455/97, art. 1º, § 7º — norma legal relativa a outro crime. *MU*

Com essas breves considerações, o meu voto, com a vênia devida ao Ministro Marco Aurélio, acompanha o voto do Ministro Sydney Sanches. *Morillo*

25/03/98

TRIBUNAL PLENO

HABEAS CORPUS N. 76.371-0 SÃO PAULO

V O T O

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE: Sr. Presidente, parece que a tortura às vezes traz consigo sementes de liberalização do Direito Penal brasileiro. Em 1973, a Lei nº 5.941, uma das poucas leis brasileiras a ter nome próprio, surgiu em homenagem a um símbolo humano da tortura policial. Agora, ao definir o crime de tortura, deu-se o primeiro passo para exterminar uma das criações mais hediondas desta Lei nº 8.072: a imposição do cumprimento total da pena, nos crimes nela enumerados, em regime fechado.

Mas é só um começo, quiçá, alvissareiro: repito o voto que proferi na Primeira Turma, no **Habeas-Corpus** nº 76.543. Comecei por dizer que, em termos dogmáticos, o voto do eminente Ministro Sydney Sanches é irresponsável.

Com todas as vênias do eminente Ministro Marco Aurélio, entendo que, pelo fato de se ter privilegiado a tortura com esse tratamento mais liberal que o dos outros crimes hediondos, a liberalização haja de ser estendida a todos eles. Na verdade, a semente da instituição do crime hediondo, que é o inciso XLIII do art. 5º da Constituição - numa carta de liberdades eu dizia, há poucos dias, que é uma concessão ao terrorismo penal - não cuidou de progressão de pena. Conseqüentemente, poderia a lei ordinária dar tratamento diverso à execução da pena correspondente a um e a outro daqueles crimes.



As restrições impostas na Constituição a todos os referidos crimes são explícitas: serão "inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia".

Não obstante, fiquei vencido na Turma - e também aqui -, nos termos do voto que proferi no **Habeas-Corpus** nº 69.657, quando, na companhia do eminente Ministro Marco Aurélio, declarava inconstitucional o § 1º do art. 2º da Lei nº 8.072/90. Disse então:

"Sr. Presidente, não é o momento de explicitar o que penso e o que o eminente Ministro Francisco Rezek já resumiu, fazendo alusão ao que tem pensado a melhor doutrina brasileira, desta hecatombe que de repente explodiu na evolução do Direito Penal brasileiro, sob a denominação de Lei de Crimes Hediondos ou "Lei Roberto Jefferson".

Mas, Senhor Presidente, com as vênias do eminente Ministro Celso de Mello, de cujo talento e cujo conhecimento tanto me tenho servido nesta Casa, não conheço individualização **in abstracto**. A mim me parece que a individualização **in abstracto, data venia, é contradictio in terminis**. Individualização da pena, Senhor Presidente, enquanto as palavras puderem exprimir idéias, é a operação que tem em vista o agente e as circunstâncias do fato concreto e não a natureza do delito em tese.

Estou convencido também de que esvazia e torna ilusório o imperativo constitucional da individualização da pena a interpretação que lhe reduza o alcance ao momento da aplicação judicial da pena, e o pretende, de todo, impertinente ao da execução dela.

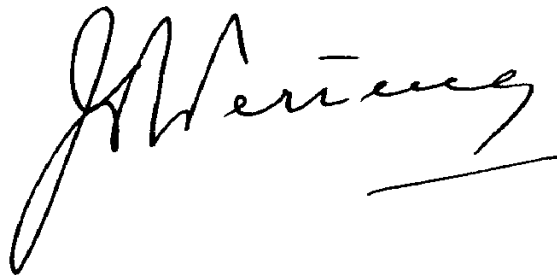
De nada vale individualizar a pena no momento da aplicação, se a execução, em razão da natureza do crime, fará de penas idênticas, segundo os critérios da individualização, signifiquem coisas absolutamente diversas quanto à sua efetiva execução.

E não ilide essa minha convicção o inciso XLVIII do art. 5º, que diz respeito ao estabelecimento penitenciário em que se cumprirá a privação da liberdade e não às formas alternativas do aprisionamento propiciadas pelo regime legal de progressão das penas."

Essas as razões por que, com todas as vênias, continuo convencido da inconstitucionalidade, sustentadas naquela oportunidade, da vedação, na Lei dos Crimes Hediondos, da progressão do regime de cumprimento das penas a eles correspondentes. Se entendo inconstitucional a imposição do regime fechado integral, não preciso da lei nova para deferir o **habeas-corpus**: para aplicar o regime geral de execução penal do Código.

Por esses fundamentos, acompanho, na conclusão, o voto do Ministro Marco Aurélio.

CR/

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'M. Aurélio', with a horizontal line underneath the name.

25/03/98

HABEAS CORPUS N. 76.371-0 SÃO PAULO

V O T O

O SENHOR MINISTRO OCTAVIO GALLOTTI: Sr. Presidente, coerente com a orientação que assumi perante a Primeira Turma, no julgamento do **Habeas Corpus** 76.543, citado pelo eminente Ministro Sydney Sanches, peço vênias aos que divergem para indeferir a ordem.

Octavio Gallotti

vccca\

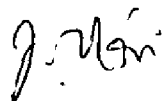
25/03/98

HABEAS CORPUS N. 76.371-0 SÃO PAULO

V O T O

O SENHOR MINISTRO NÉRI DA SILVEIRA: - Sr. Presidente. Na linha do voto que proferi no Habeas Corpus nº 69.657, de acordo com a maioria, entendi que o inciso XLIII do art. 5º da Constituição não dispõe sobre individualização da pena e por isso não era inconstitucional a regra do § 1º do art. 2º da Lei nº 8.072 quanto ao regime de cumprimento de pena. Penso que, no caso concreto, conferindo a nº Lei 9.455 tratamento distinto e específico para o crime de tortura, não pode, desde logo, ser aplicada aos crimes denominados hediondos, por invocação do inciso XLIII do art. 5º da Constituição, não só porque naquele dispositivo se conumeraram esses crimes separadamente, mas também porque, havendo o legislador disposto quanto ao crime de tortura e ao regime de cumprimento de pena nessa Lei, definindo-lhe a disciplina, o tratamento próprio, onde se viabiliza a progressão, não se pode ter, desde logo, como revogada a norma do § 1º do art. 2º, da Lei nº 8.072, que cuida dos crimes hediondos.

É matéria vinculada à política legislativa de tratamento da espécie, relativamente à repressão do crime de tortura. Não é o juiz que edita a lei, mas a ele incumbe aplicá-la; não vejo como dar



101

tratamento idêntico a respeito de hipóteses distintas, segundo a definição do legislador.

Assim sendo, meu voto, com a devida vênia do Sr. Ministro-Relator, acompanha o voto do Sr. Ministro Sydney Sanches.

J. Wni

PLENÁRIO

EXTRATO DE ATA

HABEAS CORPUS N. 76.371-0

PROCED. : SÃO PAULO

REDATOR PARA O ACORDÃO: MIN. SYDNEY SANCHES

PACTE. : JOSÉ DOS REIS SANTANA

IMPTE. : JOSÉ DOS REIS SANTANA

COATOR : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Decisão: Por unanimidade, a Turma deliberou afetar ao Plenário o julgamento do *Habeas Corpus* nº 76.371. 2ª. Turma, 10.03.98.

Decisão: O Tribunal, por votação majoritária, indeferiu o pedido de habeas corpus, vencidos os Ministros Marco Aurélio (Relator) e Sepúlveda Pertence, que o deferiam, ficando, em consequência, cassada a medida liminar anteriormente concedida. Votou o Presidente. Redigirá o acórdão o Ministro Sydney Sanches. Plenário, 25.3.98.

Presidência do Senhor Ministro Celso de Mello.
Presentes à sessão os Senhores Ministros Moreira Alves, Néri da Silveira, Sydney Sanches, Octavio Gallotti, Sepúlveda Pertence, Carlos Velloso, Marco Aurélio, Ilmar Galvão, Maurício Corrêa e Nelson Jobim.

Procurador-Geral da República, Dr. Geraldo Brindeiro.


Luiz Tomimatsu
Secretário