

Supremo Tribunal Federal

COOR. DE ANÁLISE DE JURISPRUDÊNCIA
D.J. 02.10.98
EMENTÁRIO Nº 1 9 2 5 - 0 1

187

23/06/98

SEGUNDA TURMA

HABEAS CORPUS N. 76.617-9 SÃO PAULO

RELATOR : MIN. CARLOS VELLOSO

PACIENTE: RICARDO DEROLDO

IMPETRANTE: ARTUR MANOEL NOGUEIRA FRANCO

COATOR: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA: PENAL. PROCESSUAL PENAL. **HABEAS CORPUS.** CRIME HEDIONDO. REGIME PRISIONAL FECHADO. LEI 8.072/90, ART. 2º, § 1º. CONSTITUCIONALIDADE. CF, ART. 5º, XLIII. LEI 9.455/97, ART. 1º, § 7º.

I. - A pena por crime hediondo será cumprida em regime fechado.

II. - Art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/90: inconstitucionalidade. CF, art. 5º, XLIII. Precedentes do STF: HC 69.657-SP, Min. F. Rezek, RTJ 147/598; HC 69.603-SP, Min. P. Brossard, RTJ 146/611; HC 75.634-SP, Min. C. Velloso, "DJ" 12.12.97.

III. - O regime prisional a que se refere o art. 1º, § 7º, da Lei 9.455/97, diz respeito apenas aos crimes de tortura. Precedentes do STF: HC 76.543-SC, Min. S. Sanches, "DJ" 17.04.98; HC 76.371-SP, Min. S. Sanches, decisão "DJ" 01.04.98 (Plenário).

IV. - HC indeferido.

A C Ó R D ã O

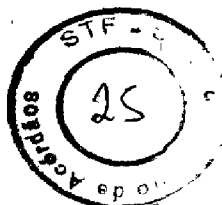
Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Segunda Turma, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por maioria, indeferir o **habeas corpus**, vencido o Sr. Ministro Marco Aurélio, que concedia a ordem.

Brasília, 23 de junho de 1998.

NÉRI DA SILVEIRA - PRESIDENTE

Carlos Velloso

CARLOS VELLOSO - RELATOR



[Handwritten signature]

23/06/98

SEGUNDA TURMA

HABEAS CORPUS N. 76.617-9 SÃO PAULO

RELATOR : MIN. CARLOS VELLOSO
PACIENTE : RICARDO DEROLDO
IMPETRANTE: ARTUR MANOEL NOGUEIRA FRANCO
COATOR : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

R E L A T Ó R I O

O Sr. Ministro CARLOS VELLOSO: - Trata-se de **habeas corpus** impetrado em favor de RICARDO DEROLDO, em que se alega que o paciente foi condenado, em primeiro grau, a 4 (quatro) anos de reclusão e multa, em regime integralmente fechado, como incurso nas sanções do art. 12, c/c o art. 18, III, ambos da Lei 6.368/76, decisão que veio a ser confirmada pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Postula a impetração seja concedida a ordem para reconhecer ao paciente o direito à progressão de regime, ao entendimento de que é inconstitucional o § 1º do art. 2º da Lei 8.072/90 (crimes hediondos).

Alternativamente, pede a aplicação extensiva e analógica da Lei 9.445/97, na parte em que permitiu a progressão nos crimes de tortura, sustentando que o § 1º do art. 2º da Lei 8.072/90 teria sido revogado.

me

Requisitadas informações, prestou-as o eminente 2º Vice-Presidente do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, com os seguintes esclarecimentos:

"O paciente foi denunciado perante o juízo da 17ª Vara Criminal da Comarca de São Paulo, como incurso no art. 12, combinado com o art. 18, inciso III, ambos da Lei nº 6.368/76. Recebida a denúncia, foi o paciente citado e interrogado, tendo seu defensor apresentado defesa preliminar. Após regular instrução, acabou condenado por aquele juízo, por infração aos citados dispositivos, a pena de 4 anos de reclusão e 66 dias-multa, em regime integral fechado.

Desta decisão apelou a defesa, tendo a Col. Quinta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, por votação unânime, negado provimento ao recurso.

Com o retorno dos autos à Vara de origem, foi expedida guia de recolhimento.

Encaminho, para melhor esclarecimento dos fatos, cópias das principais peças do processo." (fl. 27)

O Ministério Público Federal, parecer do ilustre Subprocurador-Geral Mardem Costa Pinto, opina "pelo conhecimento parcial, com a denegação da ordem, ainda que venha a ser conhecida em sua integralidade".

Argumenta que o presente **habeas corpus** não deve ser conhecido na parte referente à aplicação da Lei 9.455/97, questão que não foi formulada a qualquer Juiz ou Tribunal. *mu*

No mérito, o parecer é pela denegação da ordem, já que a Suprema Corte reconheceu, em decisão plenária, a constitucionalidade do referido dispositivo de lei.

É o relatório.

M. M. M. M.

23/06/98

SEGUNDA TURMA

HABEAS CORPUS N. 76.617-9 SÃO PAULO

V O T O

O Sr. Ministro 'CARLOS VELLOSO (Relator): No HC 77.117-SP, que guarda semelhança com o caso dos autos, por mim relatado, foi esta a decisão da Turma:

"EMENTA: CONSTITUCIONAL. PENAL. PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. CRIME HEDIONDO. REGIME PRISIONAL FECHADO. LEI 8.072/90, ART. 2º, § 1º. CONSTITUCIONALIDADE. CF, ART. 5º, XLIII. LEI 9.455/97, ART. 1º, § 7º.

I. - A pena por crime hediondo será cumprida em regime fechado.

II. - Art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/90: inocorrência de inconstitucionalidade. CF, art. 5º, XLIII. Precedentes do STF: HC 69.657-SP, Min. F. Rezek, RTJ 147/598; HC 69.603-SP, Min. P. Brossard, RTJ 146/611; HC 75.634-SP, Min. C. Velloso, "DJ" 12.12.97.

III. - O regime prisional a que se refere o art. 1º, § 7º, da Lei 9.455/97, diz respeito apenas aos crimes de tortura. Precedentes do STF.

IV. - HC indeferido." ("DJ" 12.06.98)

Proferi, na ocasião, o seguinte voto:

"(...)

A ordem não é de ser concedida.



É que o Supremo Tribunal Federal decidiu que não é inconstitucional o art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/90, que estabelece que a pena aplicada ao crime definido como hediondo deverá ser cumprida em regime fechado e que a Lei 9.455/97 cuida apenas dos crimes de tortura.

É nesse sentido a decisão da Egrégia 1ª Turma no HC 76.543-SC, Relator Min. Sydney Sanches, portando o acórdão a seguinte ementa:

EMENTA: - DIREITO CONSTITUCIONAL, PENAL E PROCESSUAL PENAL.

TRÁFICO DE ENTORPECENTES. CONCURSO DE AGENTES. PENA-BASE. MAJORAÇÃO DA PENA (ARTIGOS 12, 14 E 18, III, DA LEI Nº 6.369/76). REGIME DE CUMPRIMENTO DE PENA: INTEGRALMENTE FECHADO (LEIS NºS. 8.072/90, ART. 1º, E 9.455, DE 07.04.1997, ART. 1º, § 7º). ART. 5º, XLIII, DA C.F.

HABEAS CORPUS.

Alegações de:

- a) falta de fundamentação no acréscimo da pena-base;
- b) indevida incidência da majorante no art. 18, III, da Lei de Entorpecente;
- c) descabimento do regime integralmente fechado, no cumprimento da pena.

1. Não procede a alegação de falta de fundamentação no acréscimo da pena-base, pois o aresto, para isso, levou em consideração a "grande quantidade" de cocaína, objeto do tráfico, o que, naturalmente, evidencia a periculosidade dos agentes, pondo a coletividade em risco muito maior do que se se tratasse de apenas algumas gramas de tóxico. Precedentes.

Ressaltou, igualmente, o julgado que, no veículo utilizado, havia "um compartimento preparado para o transporte", o

que mostra o propósito de se dificultar sua localização e, conseqüentemente, a apuração do delito, circunstância judicial igualmente considerável.

É de se concluir, portanto, que a pena-base foi fixada acima do mínimo legal, mas com fundamentação adequada.

2. Improcede, igualmente, a alegação de que a majorante do art. 18, III, da Lei de Entorpecentes, não poderia ter sido aplicada à espécie.

O acórdão fundamentou-a corretamente, pois, se não houve o crime autônomo de associação, como previsto no art. 14, caracterizou-se, pelo menos, o concurso de agentes de que trata o inciso em questão. Precedentes.

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

A Constituição Federal, no inc. XLIII do art. 5º, 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 nº 8.072, de 26.07.1990, aponta, no art. 1º, 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

mu

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.

4. 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.

5. 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.

6. 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.

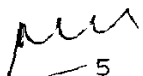
Nada impedia, pois, que a Lei nº 9.455, de 07.04.1997, definindo o crime de tortura, possibilitasse o cumprimento da pena em regime apenas inicialmente fechado - e não integralmente fechado.

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

7. H.C. indeferido.'

No HC 76.371-SP, Relator para o acórdão o Ministro Sydney Sanches, o Plenário, em 25.03.98, ratificou o decidido pela 1ª Turma, no citado HC 76.543.

Contribuí, com o meu voto, para que fosse tomada a decisão.


- 5

E no que toca ao cumprimento da pena, por crime hediondo, em regime fechado, o entendimento do Supremo Tribunal é pacífico.

Com efeito.

Nos acórdãos cujas ementas são adiante transcritas, o Supremo Tribunal manteve o entendimento de que a pena por crime hediondo deverá ser cumprida em regime prisional fechado e de que a Corte considerou constitucional o mencionado art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/90:

Habeas corpus.

Crime hediondo. Condenação por infração do art. 12, § 2º, II, da Lei nº 6.368/76. Caracterização.

Regime prisional. Crimes hediondos. Cumprimento da pena em regime fechado. Art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90. Alegação de ofensa ao art. 5º, XLVI, da Constituição. Inconstitucionalidade não caracterizada. Individualização da pena. Regulamentação deferida, pela própria norma constitucional, ao legislador ordinário.

À lei ordinária compete fixar os parâmetros dentro dos quais o julgador poderá efetivar ou a concreção ou a individualização da pena. Se o legislador ordinário dispôs, no uso da prerrogativa que lhe foi deferida pela norma constitucional, que nos crimes hediondos o cumprimento da pena será no regime fechado, significa que não quis ele deixar, em relação aos crimes dessa natureza, qualquer discricionariedade ao juiz na fixação do regime prisional.

Ordem conhecida, mas indeferida.
(HC 69.603-SP, Rel. Min. Paulo Brossard, RTJ 146/611). *mu*

EMENTA: PENAL. PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. REVISÃO CRIMINAL: PROVA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES E DROGAS AFINS. REGIME FECHADO. LEI 8.072/90, ART. 2º, § 1º. CONSTITUCIONALIDADE.

I. - A prova, para a revisão criminal, há que ser produzida judicialmente, com obediência ao princípio do contraditório.

II. - A pena por crime previsto no art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/90, será cumprida em regime fechado. Inocorrência de inconstitucionalidade. C.F., art. 5º, XLIII. Precedentes do STF: HC 69.657-SP, Min. F. Rezek, RTJ 147/598; HC 69.603-SP, Min. P. Brossard, RTJ 146/611; HC 69.377-MG, Min. C. Velloso, "DJ" de 16.4.93.

III. - H.C. indeferido. (HC 75.634-SP, Rel. Min. Carlos Velloso, "DJ" 12.12.97).

Do exposto, indefiro o writ."

Reporto-me ao precedente indicado e indefiro o writ.

MULLER

23/06/98

HABEAS CORPUS N. 76.617-9 SÃO PAULO

V O T O

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Senhor Presidente, registro que a controvérsia diz respeito ao regime de cumprimento da pena, à inconstitucionalidade da Lei nº 8.072/90 e revogação desta pela Lei nº 9.455/97.

Peço vênica ao nobre Relator e concedo a ordem, fazendo-o pelas seguintes razões:

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 conseqüências 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 exsurtem 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 incurso 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 dispondo:

"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

juízo 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. 5^º 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 § 7^º, do art. 1^º 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, do cumprimento integral da pena no regime fechado. (Habeas-Corpus nº 76.371-0/SP, por mim relatado perante o Pleno, e julgado em 25 de março de 1998, indeferido, por maioria, tendo sido Redator designado para o acórdão o Ministro Sydney Sanches)

É o meu voto.

SEGUNDA TURMA

EXTRATO DE ATA

HABEAS CORPUS N. 76.617-9

PROCED. : SÃO PAULO

RELATOR : MIN. CARLOS VELLOSO

PACTE. : RICARDO DEROLDO


IMPTE. : ARTUR MANOEL NOGUEIRA FRANCO

COATOR : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Decisão: Por maioria, a Turma indeferiu o *habeas corpus*, vencido o Senhor Ministro Marco Aurélio, que concedia a ordem. 2ª Turma, 23.06.98.

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
Coordenador