

*Supremo Tribunal Federal*

SERVIÇO DE JURISPRUDÊNCIA  
D.J. 18.06.93  
EMENTÁRIO Nº 1 7 0 8 - 0 3

410

18/12/92

TRIBUNAL PLENO

HABEAS CORPUS Nº 69657-1 SÃO PAULO

Pacientes : MAURO TENÓRIO DE ALBUQUERQUE E OUTRO  
Impetrante: ARNALDO PIRES RAMOS  
Coator : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA: - HABEAS CORPUS. LEI DOS CRIMES HEDIONDOS.  
PENA CUMPRIDA NECESSARIAMENTE EM REGIME FECHADO.  
CONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 2º-§1º DA LEI 8072.

Tráfico ilícito de entorpecentes. Condenação, onde o artigo 2º-§1º da Lei 8072, dos crimes hediondos, impõe cumprimento da pena necessariamente em regime fechado. Não há inconstitucionalidade em semelhante rigor legal, visto que o princípio da individualização da pena não se ofende na impossibilidade de ser progressivo o regime de cumprimento da pena: retirada a perspectiva da progressão frente à caracterização legal da hediondez, de todo modo tem o juiz como dar trato individual à fixação da pena, sobretudo no que se refere à intensidade da mesma.

Habeas corpus indeferido por maioria.

**A C Ó R D ã O**

01708030  
03490690  
06571000  
00000150

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por maioria de votos, em indeferir o pedido de habeas corpus, declarando a constitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei nº 8072/90. Vencidos os Ministros Relator (Ministro Marco Aurélio) e Sepúlveda Pertence.

Brasília, 18 de dezembro de 1992.

**SYDNEY SANCHES - PRESIDENTE**



**FRANCISCO REZEK - RELATOR P/O ACÓRDÃO**



HABEAS-CORPUS N<sup>o</sup> 69.657-1 SÃO PAULO

RELATOR : MINISTRO MARCO AURÉLIO  
PACIENTES : MAURO TENÓRIO DE ALBUQUERQUE E OUTRO  
IMPETRANTE: ARNALDO PIRES RAMOS  
COATOR : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

R E L A T Ó R I O

01708030  
03490690  
06572000  
00000290

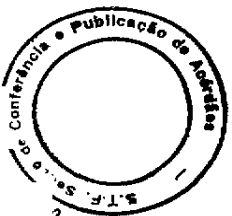
O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Este habeas-corpus foi impetrado apontando-se duas causas de pedir distintas e que levam, se acolhidas, a desfechos diversos. A primeira está ligada à transgressão que se diz ocorrida ao preceito do inciso LV do artigo 5<sup>o</sup> da Constituição Federal, no que assegura aos litigantes, em processo judicial administrativo e aos acusados em geral, o contraditório e a ampla de defesa com os meios e recursos a ela inerentes. Segundo as razões apresentadas, a defesa do Paciente não foi intimada para audiência realizada na Comarca de Presidente Bernardes, onde foram ouvidas testemunhas de acusação. Repudia-se a forma de conhecimento utilizada, ou seja, a comunicação por telefone. As precatórias teriam sido cumpridas sem o acompanhamento desejável pelo patrono do Paciente, implicando, isto, o cerceio no direito de defesa. Ressalta-se que a comunicação telefônica afronta a norma do artigo 370 do Código de Processo Penal, discrepando da jurisprudência dos Tribunais.

A segunda causa de pedir diz respeito ao conflito da regra inserta do § 1<sup>o</sup> do artigo 2<sup>o</sup> da Lei n<sup>o</sup> 8.072/90 com a



garantia constitucional relativa à individualização da pena. Pleiteia-se a concessão da ordem para declarar-se a nulidade do acórdão da egrégia Quarta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que resultou na confirmação da sentença e na declaração de inconstitucionalidade do citado dispositivo de lei, a fim de que o Paciente forme dentre aqueles que têm direito a ver examinado o pleito atinente à progressão do regime de cumprimento da pena. Com a inicial vieram os documentos de folhas 7 a 20. Solicitadas informações do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, prestou-as conforme a peça de folhas 27 a 35, que, subscrita pelo ilustre Desembargador Dagoberto Sales Cunha Camargo, Segundo-Presidente, vieram acompanhadas dos documentos de folhas 36 a 100. Remetidos os autos à Procuradoria-Geral da República, ponderou esta a necessidade de contar com o processo principal para análise do pedido, no que formulado com base no cerceio de defesa.

À folha 107 pediu o Impetrante a juntada dos documentos de folhas 108 a 111 que, em síntese, referem-se a lições doutrinárias de Celso Ribeiro Bastos sobre o tema, concernente, de acordo com a inicial, à individualização da pena. Com a remessa dos autos principais, este habeas-corpus voltou à Procuradoria-Geral da República que, mediante a peça de folhas 116 a 118, pronunciou-se pela denegação da ordem. A uma, porquanto teria a intimação alcançado o objetivo a que se destinara, visto que o representante processual do Paciente tomara ciência, mediante contato telefônico, da expedição da precatória para oitiva de testemunhas arroladas pela acusação, ficando sanado o defeito em face à regra insculpida do inciso



II do artigo 577 do Código de Processo Penal. A duas, porque não teria a deficiência na intimação causado prejuízo à defesa, já que o decreto condenatório fora fundamentado em outras provas e na confissão parcial do Paciente e do Co-réu. Frisa-se que na sentença sequer foram mencionados os nomes das testemunhas ouvidas por precatória, o que estaria a atrair a incidência do disposto no artigo 563 do Código de Processo Penal. Quanto à inconstitucionalidade, a Procuradoria-Geral da República aduz que não se pode confundir individualização da pena, a significar especificação, com o regime de cumprimento norteado por política criminal previamente definida em lei e que, de regra, é progressivo. E conclui o parecerista:

*"Mas a Constituição Federal não proíbe, embora não seja a melhor opção, segundo entendemos, já que é difícil pensar em recuperação de um condenado sem a esperança de recompensa pelo esforço de adaptação, com a conquista paulatina da liberdade, o que deve ocorrer mediante a superação de etapas específicas de ressocialização, que a execução se faça mediante adoção de um único regime, ainda que o mais rigoroso, parecendo, ao contrário, quando, por exemplo, estatui que a "pena será cumprida ...de acordo com a natureza do delito". (art. 5º, XLVIII), e quando define a inafiançabilidade e a imprescritibilidade de certos delitos (art. 5º, LXIV), admitir a adoção de critérios mais rigorosos na punição de determinados crimes".*

Vale registrar que o parecer não tem o "aprovo" do Procurador-Geral da República.

É o relatório.



18/11/92

TRIBUNAL PLENO

HABEAS-CORPUS N<sup>o</sup> 69.657-1 SÃO PAULO

V O T O

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) - Em um primeiro plano, ressalvo o entendimento pessoal quanto à competência para apreciar este habeas-corpus. Muito embora esteja em sede própria a discussão, faço-o porque esta já se trava em reclamação cujo julgamento iniciou-se em uma das últimas assentadas e na qual votei no sentido da competência do Superior Tribunal de Justiça, de vez que os integrantes do Tribunal de origem estão sob a jurisdição direta deste último - artigo 105, inciso I, alínea "a", da Constituição Federal.

01708030  
03490690  
06573000  
01570320

Com relação à matéria de fundo, improcede o cerceio de defesa alegado. A par dos aspectos evocados pela Procuradoria-Geral da República, há de se ter presente que a intimação do defensor ocorreu mediante telex e, também, por contato telefônico direto realizado pela Escrivã do Cartório que tudo certificou nos autos. Soma-se a isto a circunstância de que houve nova tentativa de proceder-se à intimação via carta precatória, sendo que novamente a Escrivã certificou não só que fizera contato telefônico com o Impetrante, como também com o próprio Juízo deprecado. No meio tempo, antes da devolução da carta, pleiteou o Paciente o relaxamento da prisão, pedido que foi indeferido pelo Juízo. Em 19 de dezembro de 1991, conforme consta do item 9 das informações, o Juízo

*m*



**HC 69.657-1 SP**

deprecado comunicou por telex que o defensor do Paciente havia sido formalmente intimado. Destarte, não se pode, no caso, concluir pela nulidade, mesmo porque, conforme consta do parecer da Procuradoria-Geral da República, os depoimentos colhidos não tiveram influência na prolação do decreto condenatório. Resta a alegada inconstitucionalidade do § 1º do artigo 2º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990.

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



A handwritten mark or signature in the bottom right corner of the page, consisting of a looped, stylized shape.

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



HC 69.657-1 SP

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 o retorno de 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





HC 69.657-1 SP

reincidentes 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 mesmo regime. 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 na melhor doutrina, a Lei nº 8.072/90 contém preceitos que fazem pressupor não a observância de uma coerente política criminal, mas que foi editada 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 merécedores 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



A handwritten mark or signature, possibly a stylized letter 'M', enclosed in a hand-drawn oval.

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 - 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 progressão no 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 exsurgem 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 § 3º do artigo 33 e no inciso III do próprio artigo 59. Todavia, ao que tudo indica, receu-se, quando da edição da Lei nº 8.072/90, que poderia faltar aos integrantes do aparelho judiciário, aos juízes, aos tribunais, o zelo indispensável à definição do regime e sua



progressividade e, aí, alijou-se do crivo mais abalizado que pode haver tal procedimento.

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



*[Handwritten signature]*

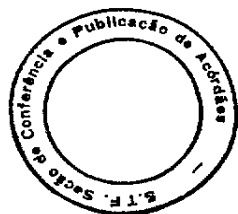
**HC 69.657-1 SP**

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 possível ao legislador comum fazê-lo? A resposta somente pode ser negativa, a menos que se coloque em plano secundário a circunstância de que a previsão constitucional está 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. O mesmo raciocínio tem pertinência no que concerne à extensão, pela Lei em comento, do dispositivo atinente à clemência ao indulto, quando a Carta, em norma de exceção, apenas rechaçou a anistia e a graça - inciso XLIII do artigo 5º.

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.

Com isto, concedo parcialmente a ordem, não para ensejar ao Paciente qualquer dos regimes mais favoráveis, mas para reconhecer-lhe, porque cidadão e acima de tudo pessoa humana, os benefícios do instituto geral que é o da progressão do regime de cumprimento da pena, providenciando o Estado os exames cabíveis.

É o meu voto.



EXTRATO DE ATA

HABEAS CORPUS N. 69.657-1

ORIGEM : SAO PAULO

RELATOR : MIN. MARCO AURELIO

PACTES. : MAURO TENORIO DE ALBUQUERQUE E OUTRO

IMPTE. : ARNALDO PIRES RAMOS

COATOR : TRIBUNAL DE JUSTICA DO ESTADO DE SAO PAULO

Decisão: Após o voto do Relator, declarando a inconstitucionalidade do § 1º. do art. 2º. da Lei no. 8.072/90 e, em consequência, concedendo, em parte, o pedido de habeas corpus, nos termos do voto do Relator, o julgamento foi adiado em virtude de pedido de vista dos autos, formulado pelo Ministro Francisco Rezek. Plenário, 18.11.92.

Presidência do Senhor Ministro Sydney Sanches. Presentes à sessão os Senhores Ministros Moreira Alves, Néri da Silveira, Octavio Gallotti, Sepúlveda Pertence, Celso de Mello, Carlos Velloso, Marco Aurélio, Ilmar Galvão e Francisco Rezek. Ausente, justificadamente, o Senhor Ministro Paulo Brossard.

Vice-Procurador-Geral da República, Dr. Moacir Antonio Machado da Silva.

  
LUIZ TOMIMATSU  
Secretário



18/12/92

TRIBUNAL PLENO

HABEAS-CORPUS N<sup>o</sup> 69.657-1 SÃO PAULO

V O T O (Vista)

01708030  
03490690  
06573010  
01390400

**O SR. MINISTRO FRANCISCO REZEK:** - Cuida-se da questão da progressividade do regime de cumprimento da pena; da norma que estatui, na lei dos crimes hediondos, que a pena por tais crimes será cumprida necessariamente em regime fechado.

O pedido de habeas corpus em mesa busca fundamentos vários, quase todos desacolhidos pelo relator. Passou então Sua Excelência a examinar o tema que anima realmente a espécie e a reveste de importância: o tema da inconstitucionalidade do § 1<sup>o</sup> do art. 2<sup>o</sup> da Lei 8.072.

A lei 8.072, de 25 de julho de 1990, é a chamada lei dos crimes hediondos. No § 1<sup>o</sup> do art. 2<sup>o</sup> ela estatui que a pena será cumprida em regime fechado, o que significa que não se abre para o juiz a possibilidade de estabelecer regime de abrandamento progressivo como sucede no caso dos demais crimes.

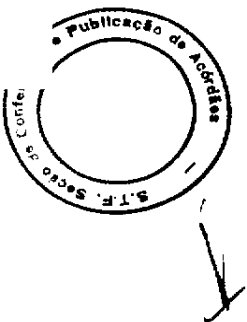
O Ministro Marco Aurélio acolhe o pedido do habeas corpus sem embargo de não desautorizar o deslinde dado ao caso pelas instâncias criminais ordinárias. Reconhece que agiram nos termos da lei em vigor, mas parece-lhe que o parágrafo está contaminado de inconstitucionalidade. De tal sorte o relator concede o habeas corpus mediante prévia declaração de inconstitucionalidade do § 1<sup>o</sup> do art. 2<sup>o</sup> da Lei



8.072, de 25 de julho de 1990.

O Ministro relator entende afrontados o princípio isonômico e o da individualização da pena — previsto este no inciso 46 do art. 5º da Carta. Estima que o legislador está impondo tratamento igual de desiguais, ao impor que o juiz estabeleça o regime fechado independentemente das óbvias circunstâncias diferenciais que caracterizam os réus. Parece-lhe ainda que a dignidade mesma da pessoa humana é solapada pelo afastamento da esperança, ainda que mínima, de passar ao cumprimento da pena em regime menos rigoroso. Reflete sobre a situação do condenado quando enfrenta o início do cumprimento da pena sem ter — no caso dos chamados crimes hediondos —, a exemplo dos demais condenados, a perspectiva do abrandamento do regime prisional.

Pedi vista dos autos com uma única intenção: a de ver se encontrava, na doutrina que se produziu desde a promulgação da Lei dos crimes hediondos, algum suporte para a tese da inconstitucionalidade. Observo que isso não acontece, embora essa lei seja alvo de críticas severas. Entre outros o Professor Francisco de Assis Toledo — durante longo tempo Subprocurador-Geral junto a esta Casa, hoje Ministro do Superior Tribunal de Justiça e um dos mais conceituados e conscienciosos penalistas deste país — examina a lei em obra doutrinária recente. Faz-lhe crítica contundente. Esse teria sido um dos mais desastrados trabalhos do legislador ordinário no Brasil dos últimos anos. Mas não acena com nenhuma visão propositiva da inconstitucionalidade. Autores outros assumem idêntica postura. Não encontrei nada que representasse uma visão positiva da lei, mas ao lado da crítica à sua qualidade (por razões de ordem técnica e sobretudo por razões que têm a

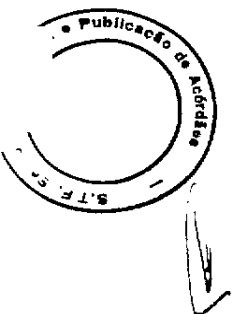


ver com a filosofia do próprio direito de punir do Estado), nos demais autores consultados não encontrei aceno da tese da inconstitucionalidade.

Se o legislador ordinário estabelece, no que diz respeito à pena, algo não caracterizado pela plasticidade; se o legislador diz que no caso de determinado crime o regime da pena será necessariamente fechado, não me parece que esteja por isso sendo afrontado o princípio isonômico — mediante um tratamento igual para seres humanos naturalmente desiguais —, nem tampouco o preceito constitucional que manda seja a pena individualizada. Tenho dificuldade em admitir que só se estaria honrando, em legislação ordinária, a norma constitucional que manda individualizar a pena, na hipótese de dar-se ao magistrado certo elastério em cada um dos seus tópicos de decisão, de modo que ele pudesse optar sempre entre pena prisional e outro gênero de pena, e ainda entre regimes prisionais diversificados, além de poder naturalmente alvitrar a intensidade da pena. Não me parece que, passo por passo, o legislador deva abrir opções para o juiz processante para não ofender o princípio da individualização.

Reflito sobre aquilo que o próprio Ministro relator enfatizou em certa passagem de seu douto voto:

"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.".



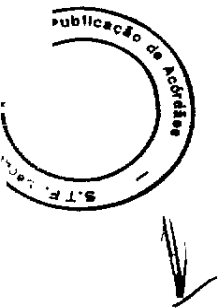


Nessa assertiva do emimente relator encontro algo capaz de neutralizar sua preocupação com a desesperança do condenado desde seu primeiro dia de cárcere. Se no caso de crime hediondo ele não tem, como os demais condenados, a esperança da progressividade, tem entretanto outra que depende rigorosamente de sua conduta, e que vai naturalmente influenciá-la: a da obtenção do livramento condicional depois de certo prazo de cumprimento da pena.

Denunciando o que lhe parece uma contradição na ideologia da própria lei, o Ministro Marco Aurélio critica esse caráter abrupto do livramento condicional. Não se dá ao condenado a progressividade; deixa-se que ele fique no confinamento da prisão fechada para um dia, de súbito, sem esse escalonamento tão salutar, lançá-lo na vida gregária, na vida em comunidade, quando se lhe concede, por bom comportamento, a liberdade condicional.

Também aqui parece-me que o raciocínio do relator é o mais percuciente e sensato. Mas não somos uma casa legislativa. Não temos a autoridade que tem o legislador para estabelecer a melhor disciplina. Nosso foro é corretivo, e só podemos extirpar do trabalho do legislador ordinário — bem ou mal avisado, primoroso ou desastrado — aquilo que não pode coexistir com a Constituição. Permaneço fiel à velha tese do Ministro Luís Gallotti: a inconstitucionalidade não se presume, a inconstitucionalidade há de representar uma afronta manifesta do texto ordinário ao texto maior.

Toda a linha de argumentação que o Ministro Marco Aurélio imprime ao seu voto parece-me sábia, e a tudo daria minha adesão prazerosa se estivéssemos a elaborar, em



*Supremo Tribunal Federal*

HC 69.657-1 SP

427

lugar do Congresso, a lei dos crimes hediondos — seguramente não lhe daríamos esse nome, e provavelmente, na esteira da melhor doutrina, não permitiríamos que ela se editasse com tantos defeitos.

Mas a questão que se põe em mesa neste momento é saber se, por não permitir a progressividade no regime de cumprimento da pena, o legislador afrontou o preceito constitucional da individualização ou o princípio maior do tratamento igual para iguais e desigual para desiguais. Neste ponto experimento, como disse, dificuldade em acompanhar o Ministro relator.

Não vendo vício de inconstitucionalidade no § 1º do art. 2º da Lei 8.072, de 1990, e sendo aquele o pressuposto necessário do deferimento da ordem, encontro-me na contingência de denegá-la.



18/12/92

TRIBUNAL PLENO

HABEAS-CORPUS Nº 69.657-1 SÃO PAULO

V O T O

01708030  
03490690  
06573020  
01570530

ESCLARECIMENTO

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) -  
Senhor Presidente, apenas um esclarecimento, não para replicar  
tudo que foi lançado pelo nobre Ministro Francisco Rezek.

O argumento básico do meu voto está, como  
percebeu S. Ex<sup>ª</sup>., no princípio constitucional alusivo à  
individualização da pena. Para demonstrar que no grande âmbito  
da individualização da pena temos o regime de cumprimento e a  
progressão, citei dois artigos que versam justamente sobre a  
progressividade no regime de cumprimento da pena, e, ao  
fazê-lo, esses dois artigos remetem ao dispositivo legal que  
cogita das circunstâncias judiciais, circunstâncias estas que,  
como todos sabemos, têm muito a ver com a individualização da  
pena.

Agora, devo esclarecer, principalmente para  
aqueles que não tiveram conhecimento do meu voto, que em  
momento algum preconizei o afastamento do cenário jurídico,  
quanto àqueles que incidam nas penas da Lei nº 8.072/90, do  
livramento condicional. Não chegaria a esse ponto.



18/12/92

TRIBUNAL PLENO

HABEAS-CORPUS Nº 69.657-1 SÃO PAULO

01708030  
03490690  
06573030  
01560600

V O T O

O Sr. Ministro CARLOS VELLOSO: - Sr. Presidente, na Segunda Turma, tive oportunidade de relatar caso igual e, na ocasião, examinei e decidi alegação de inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei 8.072, de 1990, que teria, segundo se dizia, violado o preceito constitucional que determina ao juiz que faça a individualização da pena (HC 69.377-MG).

Minha resposta foi negativa. Entendi que o dispositivo não estaria a infringir a Constituição, sob tal aspecto.

Tenho meditado a respeito do tema. Creio, tal como afirmou o Sr. Ministro Francisco Rezek, que a denominada lei dos crimes hediondos, no ponto, prestou desserviço ao Direito Penitenciário, porque ela retira a esperança dos presos, dos sentenciados, e um preso sem esperança acaba se revoltando, já que não terá sentido, para ele, o bom comportamento. Não sei se essas últimas rebeliões, ocorridas nos presídios, têm sido influenciadas por esse dispositivo que estamos a examinar.

Entretanto, repito, Sr. Presidente, não vejo inconstitucionalidade no dispositivo legal objeto da arguição. Reporto-me, repito, ao voto que proferi, na Turma, no HC

100.0000



69.377-MG, em que examinei a questão. Destaco do aludido voto:

"(...)

Sustenta, ainda, o impetrante, a inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/90 (Lei dos crimes hediondos), que determina o cumprimento da pena em regime fechado.

Também nesta parte, não tem razão o impetrante, pois o dispositivo impugnado é compatível com os incisos XLIII e XLVI do art. 5º da Constituição Federal.

Dispõem as normas constitucionais:

'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 ele respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem;

.....

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

a) privação ou restrição da liberdade;

b) perda de bens; *multas*



- c) multa;
- d) prestação social alternativa;
- e) suspensão ou interdição de direitos;"

A Lei 8.072/90, ao estabelecer a obrigatoriedade do regime fechado, em nada prejudica a individualização da pena, procedida de acordo com as regras do art. 59 do Código Penal.

Se o juiz fixou a pena 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, não se pode negar que individualizou a pena. O fato de não ter podido, livremente, fixar o regime inicial, por força de lei, não caracteriza inconstitucionalidade. A Lei 8.072/90 estabeleceu, apenas, exceção à regra do § 2º do art. 33 do Cód. Penal."

Com estas breves considerações, peço vênia ao eminente Ministro Marco Aurélio para acompanhar o voto do Sr. Ministro Francisco Rezek. *muullo*



18/12/92

TRIBUNAL PLENO

HABEAS-CORPUS Nº 59.657-1

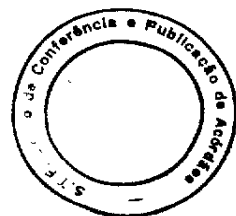

01708030  
03490690  
06573040  
01550780

V O T O

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO - É de ter presente - consoante salienta a doutrina (ARMIDA BERGAMINI MIOTTO, "Curso de Direito Penitenciário", vol. I/235-246, 1975, Saraiva) - que a exigência de individualização da pena deve ser analisada sob três aspectos principais: a) o da individualização **legal**, discricionariamente operada pelo legislador, por meio da abstrata cominação das sanções em função da maior ou menor gravidade objetiva do ilícito; b) o da individualização **judicial**, efetuada pelo magistrado, por meio da sentença no momento da aplicação concreta da sanção penal; e c) o da individualização **administrativa**, concretizada na fase de execução da pena, ensejando-se, dessa forma, nos estabelecimentos prisionais, um tratamento específico para cada condenado.

A individualização da pena, destarte, se dá **em abstrato** (momento de instauração normativa ou de previsão legislativa) ou **em concreto** (no momento da sentença e na fase de execução da **sanctio juris**).

Razões de política criminal, fundamentadas em preceito da Carta Política que submete a tratamento penal objetivamente mais rigoroso a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os



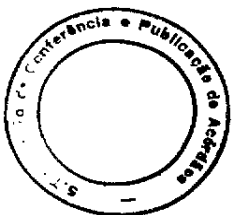
delitos legalmente definidos como hediondos (CF, art. 5º, XLIII), **justificam** a norma inscrita no art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90.

A determinação legal de integral cumprimento das penas, por crime previsto na Lei nº 8.072/90, em regime fechado, não mantém qualquer relação de antinomia em face do que prescreve a Constituição no preceito que consagra o princípio da individualização da pena (art. 5º, XLVI).

Impõe-se ressaltar que esse postulado tem por exclusivo destinatário o próprio legislador, a quem competirá, em função da natureza do delito e de todos os elementos que lhe são circunstanciais - e a partir de uma opção político-jurídica que se submete à sua inteira descrição - cominar, em momento de pura abstração, as penas respectivas e definir os correspondentes regimes de sua execução.

O princípio constitucional da individualização das penas, que é de aplicabilidade restrita, concerne, exclusivamente, à ação legislativa do Congresso Nacional. Este, em consequência, constitui o seu único destinatário. O princípio em causa não se dirige a outros órgãos do Estado, pois.

No caso, o legislador - a quem se dirige a **normatividade emergente do comando constitucional em questão** -, atuando no plano normativo, e no regular exercício de sua competência legislativa, fixou em abstrato, a partir de um juízo discricionário que lhe pertence com exclusividade, e em



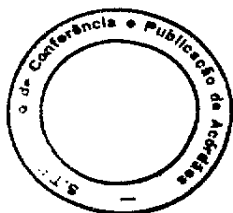


função da maior gravidade objetiva dos ilícitos referidos, a sanção penal que lhes é impositiva. A par dessa individualização *in abstracto*, o legislador - ainda com apoio em sua competência constitucional - definiu, sem qualquer ofensa a princípios ou a valores consagrados pela Carta Política, o regime de execução pertinente às sanções impostas pela prática dos delitos referidos.

A fixação do *quantum* penal e a estipulação dos limites, essencialmente variáveis, que oscilam entre um mínimo e um máximo, decorrem de uma opção legitimamente exercida pelo Congresso Nacional. A norma legal em questão, no ponto em que foi impugnada, ajusta-se a quanto prescreve o ordenamento constitucional, *quer* porque os *únicos* limites materiais que restringem essa atuação do legislador ordinário não foram desrespeitados (CF, art. 5º, XLVII) - não se trata de pena de morte, de pena perpétua, de pena de trabalhos forçados, de pena de banimento ou de pena cruel - *quer* porque o conteúdo da regra mencionada ajusta-se à filosofia de maior severidade consagrada, em tema de delitos hediondos, pelo constituinte brasileiro (CF, art. 5º, XLIII).

A progressividade no processo de execução das penas privativas de liberdade, de outro lado, não se erige à condição de postulado constitucional. A sua eventual inobservância, pelo legislador ordinário, não ofende o princípio da individualização penal.

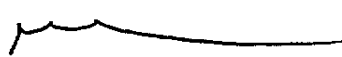
A opção feita pelo legislador ordinário, consubstanciada no art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90,



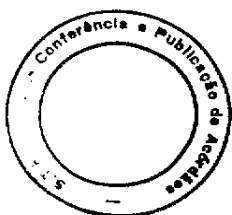
fundamenta-se em critérios cuja razoabilidade e legitimidade são inquestionáveis. A **ratio** subjacente à definição legislativa ora questionada encontra apoio em fatores que não se revelam conflitantes com o nosso sistema de direito constitucional positivo.

Assim, com estas breves considerações, peço vênias para DENEGAR a ordem.

É o meu voto.



/jdm.



18/12/92

TRIBUNAL PLENO

HABEAS-CORPUS N<sup>o</sup> 69.657-1 SÃO PAULO

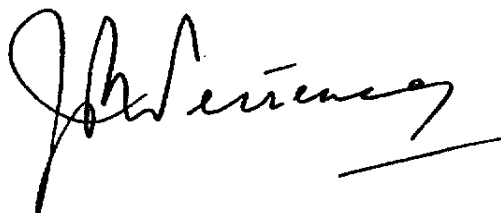
01708030  
03490690  
06573050  
01540850

V O T O

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE - Senhor 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 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.



*Supremo Tribunal Federal*

HC 69.657-1 SP

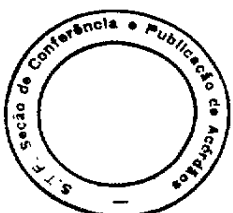
437

De nada vale individualizar a pena no momento da aplicação, se a execução, em razão da natureza do crime, fará que 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 artigo 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.

Com essas breves considerações, peço vênia ao eminente Ministro Francisco Rezek e aos que o seguiram para acompanhar o eminente Relator.

*J. W. ...*



18/12/92

TRIBUNAL PLENO

HABEAS-CORPUS N° 69.657-1 SÃO PAULO

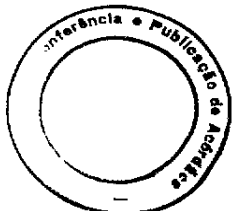
V O T O

01708030  
03490690  
06573060  
01530920

O SENHOR MINISTRO PAULO BROSSARD: Senhor Presidente, sou Relator do Habeas Corpus n° 69.603, que versa caso igual. Trouxe um voto a propósito, mas vou resumi-lo, dizendo que o art. 5º consagra, no meu modo de ver, um princípio de política criminal, e que a norma constitucional remete expressamente ao legislador para que este modele as formas possíveis de individualização da pena.

"A lei regulará a individualização da pena..." A lei fez bem, a lei fez mal? O Tribunal não julga a lei em seu merecimento. A mim, por exemplo, não agrada a lei, mas eu não sou legislador, sou Juiz e só posso dizer que não aplico a lei se ela realmente tratar norma constitucional. Ocorre isso no caso concreto? Com a vênia dos eminentes Ministros MARCO AURÉLIO e SEPÚLVEDA PERTENCE, penso que não. E, quando, com engenho e arte se pudesse sustentar este choque, pelo menos, não me parece que a suposta inconstitucionalidade fosse evidente, manifesta, acima de toda dúvida razoável.

Para não roubar tempo do Tribunal, fico nessas breves considerações, e também indefiro o habeas-corpus impetrado, porque não vejo inconstitucionalidade na lei em causa, e, por conseguinte, não ocorre a alegada ilegalidade.



18/12/92

TRIBUNAL PLENO

HABEAS-CORPUS N° 69.657-1 SÃO PAULO

V O T O

O SENHOR MINISTRO OCTAVIO GALLOTTI:- Sr. Presidente, a individualização da pena está garantida no inciso XLVI do art. 5º da Constituição.

A hipótese presente é, porém, de execução da pena e não de individualização. A execução está prevista pela Constituição, no inciso XLVIII do mesmo art. 5º, obedecendo a três condições uma das quais, a natureza do delito, foi exatamente aquela a que correspondeu, penso eu, o dispositivo de lei cuja constitucionalidade se discute.

Por isso, Sr. Presidente, com a devida vênia do eminente Ministro MARCO AURÉLIO, acompanho o voto do eminente Ministro FRANCISCO REZEK e daqueles que o seguiram, indeferindo o pedido. *Octavio Gallotti*.

01708030  
03490690  
06573070  
01411040

mscp/



# Supremo Tribunal Federal

18/12/92

TRIBUNAL PLENO

440

HABEAS CORPUS

Nº 00696571/130

## V O T O

O SENHOR MINISTRO NÉRI DA SILVEIRA - Sr. Presidente. Também, com a devida vênica, acompanho o voto do eminente Ministro Francisco Rezek e dos que o seguiram.

Penso que, na hipótese, não há atentado aos dois princípios constitucionais: da isonomia e da individualização da pena. O legislador penal pode, evidentemente, à vista da natureza do crime, estabelecer não só a pena, como uma pena mais grave em relação a um determinado delito que, de acordo com a concepção da época em que se edita a norma penal, se entenda deva ser combatido, de forma mais eficaz, pelos resultados nocivos que a prática desses ilícitos vem tendo na sociedade.

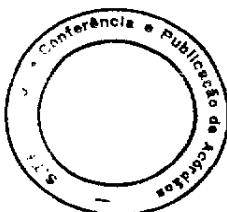
O Estado, então, que há-de combater a criminalidade, se arma, também, por via da lei, da cominação, mas, para o combate efetivo a esse tipo de criminalidade, o faz, não só estabelecendo uma pena mais grave, como estipulando, por igual, que o cumprimento da pena se dará segundo regime mais severo para o criminoso.

Não compreendo que se atente assim contra o princípio da isonomia, no tratamento dos criminosos em geral. Entendo que o princípio da isonomia só pode ser visualizado, neste plano, relativamente a cada tipo penal e de acordo com o regime jurídico estabelecido para determinado crime. Ninguém poderá impedir que o Estado defina política de combate a determinados crimes, que repercutam, de forma mais grave, na sociedade, numa certa quadra do tempo, para que esses crimes possam diminuir, reduzindo-se os malefícios que trazem para a sociedade, como também para tornar inequívoca a reprovação, dentro de uma tábua de valores, a certo tipo de delito.

Entendo que a definição da pena e o regime de seu cumprimento estão intimamente vinculados à natureza do crime, e, por isso mesmo, não vejo, aqui, ofensa ao princípio da isonomia. De igual modo, a matéria concernente à progressividade do regime de cumprimento da pena deve ser definida pela lei. A Constituição, dentro do seu sistema, deixa antever precisamente que essa é a política do Estado, no âmbito

01708030  
03490690  
06573080  
01351150

/MCA



J. Néri

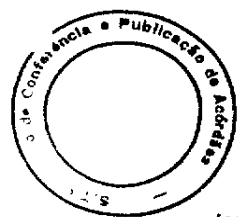
HABEAS CORPUS

Nº 00696571/130

penitenciário: os criminosos apenados devem ter tratamento diferente, de acordo com determinados estágios, tanto que se estabelece tempo de cumprimento de pena, durante o qual não pode progredir e depois do qual poderá progredir. Se o legislador, na espécie, previu a possibilidade da liberdade condicional, mas não quis estabelecer a progressividade, demonstrou a maior severidade no tratamento das figuras penais. em exame, e o fez objetivamente na lei.

Recuso, assim, a alegação de invalidade da lei em apreço.

*g. Neri*



/MCA



# Supremo Tribunal Federal

PLENÁRIO

442

## EXTRATO DE ATA

01708030  
03490690  
06574000  
00001260

**HABEAS CORPUS N. 69.657-1**

**ORIGEM : SAO PAULO**

**RELATOR : MIN. MARCO AURELIO**

**PACTES. : MAURO TENORIO DE ALBUQUERQUE E OUTRO**

**IMPT. : ARNALDO PIRES RAMOS**

**COATOR : TRIBUNAL DE JUSTICA DO ESTADO DE SAO PAULO**

**Decisão:** Após o voto do Relator, declarando a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei no. 8072/90 e, em consequência, concedendo, em parte, o pedido de habeas corpus, nos termos do voto do Relator, o julgamento foi adiado em virtude de pedido de vista dos autos, formulado pelo Ministro Francisco Rezek. Ausente, justificadamente, o Ministro Paulo Brossard. Vice-Procurador-Geral da República, Dr. Moacir Antonio Machado da Silva. Plenário, 18.11.92.

**Decisão:** Por maioria de votos, o Tribunal declarou a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei no. 8072/90 e indeferiu o pedido de habeas corpus, vencidos os Ministros Relator (Ministro Marco Aurélio) e Sepúlveda Pertence, que o declararam inconstitucional e, em consequência, deferiram o pedido. Votou o Presidente. Relator para o acórdão o Ministro Francisco Rezek. Plenário, 18.12.92.

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

Procurador-Geral da República, Dr. Aristides Junqueira Alvarenga.

  
LUIZ TOMIMATSU  
Secretário

