

PARECER Nº , DE 2016

Da COMISSÃO DE CONSTITUIÇÃO, JUSTIÇA E CIDADANIA, em decisão terminativa, sobre o Ofício “S” nº 8, de 2014 (nº 285, de 2014, na origem), do Supremo Tribunal Federal, que encaminha, para os efeitos do art. 52, inciso X, da Constituição Federal, cópia do acórdão proferido no HABEAS CORPUS nº 111.840, publicado no Diário da Justiça Eletrônico em 17 de dezembro de 2013, mediante o qual o Plenário do Supremo Tribunal Federal declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do parágrafo 1º do art. 2º da Lei nº 8.072/90 com a redação dada pela Lei nº 11.464/2007.

RELATOR *AD HOC*: Senador **ANTONIO ANASTASIA**
RELATOR: Senador **BENEDITO DE LIRA**

I – RELATÓRIO

Vem a esta Comissão, em decisão terminativa, o Ofício “S” nº 8, de 2014, referente ao ofício nº 285, de 2014, do Supremo Tribunal Federal (STF), que encaminha, para os efeitos do art. 52, inciso X, da Constituição Federal (CF), cópia do acórdão proferido no Habeas Corpus (HC) nº 111.840/ES, publicado no Diário da Justiça Eletrônico em 17 de dezembro de 2013.

Em síntese, o ofício em questão encaminha ao Senado Federal decisão do Plenário do STF em que, por maioria, foi declarada incidentalmente a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, com a redação dada pela Lei nº 11.464, de 28 de março de 2007, que prescreve que a pena pela prática de crime hediondo,

tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e terrorismo será cumprida inicialmente em regime fechado.

II – ANÁLISE

Preliminarmente, registramos que, nos termos do art. 52, inciso X, da CF, compete privativamente ao Senado Federal “*suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal*”. Por sua vez, nos termos do art. 101, III, do Regimento Interno do Senado Federal, compete à Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania “*propor, por projeto de resolução, a suspensão, no todo ou em parte, de leis declaradas inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal*”.

Respeitada a competência estabelecida para a presente análise, passamos ao exame do mérito.

O STF declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei nº 8.072, de 1990, com a redação dada pela Lei nº 11.464, de 28 de março de 2007, por ofensa à garantia constitucional da individualização da pena, prevista no inciso XLVI do art. 5º da CF.

Segundo o voto do Ministro Dias Toffoli, vencedor e condutor da elaboração do acórdão, “*se a Constituição Federal menciona que a lei regulará a individualização da pena, é natural que ela exista. Do mesmo modo, os critérios para a fixação do regime prisional inicial devem-se harmonizar com as garantias constitucionais, sendo necessário exigir-se sempre a fundamentação do regime imposto, ainda que se trate de crime hediondo ou equiparado*”.

Entretanto, conforme ainda o referido Ministro, “*tais circunstâncias não elidem a possibilidade de o magistrado, em eventual apreciação das condições subjetivas desfavoráveis, vir a estabelecer regime*

prisional mais severo, desde que o faça em razão de elementos concretos e individualizados, aptos a demonstrar a necessidade de maior rigor da medida privativa de liberdade do indivíduo, nos termos do § 3º do art. 33, c/c o art. 59, do Código Penal”.

Ressalte-se que, anteriormente, o Plenário do STF já havia decidido, no tocante ao tema, sobre a inconstitucionalidade da vedação de progressão de regime aos condenados pela prática de crimes hediondos, tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e terrorismo, também com fundamento na garantia constitucional da individualização da pena (HC 82.959/SP, Tribunal Pleno, Relator Ministro Marco Aurélio, DJ de 1º de setembro de 2006). Nesse julgamento, declarou-se a inconstitucionalidade da antiga redação do § 1º do art. 2º da Lei nº 8.072, de 1990, que estabelecia que a pena dos crimes citados deveria ser cumprida integralmente em regime fechado.

Diante do entendimento de nossa egrégia Suprema Corte, a Lei nº 11.464, de 2007, alterou a redação do dispositivo em questão, para prever que a pena dos supracitados crimes deve ser cumprida em regime **inicialmente** fechado, retirando-se, portanto, a vedação legal de progressão de regime.

Agora, novamente, o STF entende que o § 1º do art. 2º da Lei nº 8.072, de 1990, com a redação dada pela Lei nº 11.464, de 2007, permanece eivado de inconstitucionalidade, sob o argumento de que a imposição de qualquer regime prisional deve ser sempre fundamentada no caso concreto, não podendo a lei instituir *a priori* a obrigatoriedade do regime fechado, ainda que se trate de crime hediondo ou equiparado, sob pena de violação da garantia fundamental da individualização da pena.

Acerca dessa garantia, o inciso XLVI do art. 5º da CF estabelece que “a **lei** regulará a individualização da pena” (destacou-se). Assim, a individualização da pena não é realizada apenas no caso concreto, pelo juiz da causa, ao aplicar a pena. Ela ocorre também na chamada fase da “cominação”, momento no qual o legislador seleciona as condutas a serem objeto de criminalização, bem como as valora e lhes comina as penas

segundo o grau de importância do bem a ser tutelado (patrimônio, incolumidade física, vida etc.).

Segundo Rogério Greco, “*é a fase na qual cabe o legislador, de acordo com um critério político, valorar os bens que estão sendo objeto de proteção pelo Direito Penal, individualizando as penas de cada infração de acordo com a sua importância e gravidade*” (Curso de Direito Penal – Parte Geral, Volume I, 2007, pág. 71 – destacou-se).

Em razão disso, a pena do crime que protege a vida deve ser mais severa do que aquela que protege o patrimônio ou a incolumidade física. Da mesma forma, aquele que pratica crime hediondo ou equiparado deve ser punido mais severamente do que aquele que pratica um crime comum, que não apresenta essa conotação.

Sendo assim, a primeira aplicação da garantia constitucional da individualização da pena ocorre quando o legislador estabelece as condutas consideradas como crime e determinadas as balizas (ou *standards*) as quais o julgador deverá observar na fase da imputação da pena ao acusado no caso concreto.

Diante dessas considerações, entendemos que, na elaboração do § 1º do art. 2º da Lei nº 8.072, de 1990, por meio da Lei nº 11.464, de 2007, o legislador obedeceu estritamente ao comando constitucional, que determina que a lei deve regular a individualização da pena (art. 5º, inciso XLVI) e, dessa forma, estabeleceu, por um critério de seleção político, que os condenados pelas infrações descritas na Lei nº 8.072, de 1990, em virtude da gravidade dos crime ali previstos, devem, independentemente da existência de qualquer outra regra aplicável a crimes menos graves, iniciar o cumprimento de sua pena em regime fechado.

Se não fosse assim, o legislador ordinário jamais poderia estabelecer penas mínimas e máximas ou regimes prisionais segundo a quantidade de pena aplicada, uma vez que sempre se estaria cerceando a liberdade do julgador de definir o *quantum* e a forma de cumprimento da pena que considerasse necessária para a prevenção e repressão do crime no

caso concreto. De uma forma ou de outra, sempre haverá balizas a serem observadas pelo juiz no julgamento de cada caso e tais limites representam a individualização da pena feita pelo legislador ao valorar a gravidade e a importância do bem tutelado pela norma penal incriminadora.

Conforme Cesare Beccaria, na eterna obra “Dos Delitos e das Penas”, *“só as leis podem fixar as penas de cada delito e o direito de fazer leis penais não pode residir senão na pessoa do legislador, que representa toda a sociedade unida por um contrato social”*. Esse é o princípio da legalidade penal, o qual está intrinsecamente ligado ao princípio da individualização das penas (art. 5º, inciso XXXIX, da CF - não há crime sem lei anterior que o defina, **nem pena sem prévia cominação legal**).

Ressalte-se, por oportuno, que a questão em discussão é completamente distinta daquela definida pelo STF no HC 82.959/SP, onde se proclamou a inconstitucionalidade do cumprimento da pena dos crimes hediondos e equiparados em regime **integralmente** fechado.

Na redação antiga do § 1º do art. 2º da Lei nº 8.072, de 1990, o legislador ultrapassou os limites da individualização da pena a ser feita pela lei e acabou por interferir na individualização a ser empreendida pelo juiz da execução, o qual deve considerar as condições pessoais dos condenados durante o cumprimento da pena. Assim, o legislador “engessou” o juiz da execução, impedindo que este fizesse a individualização da pena no caso concreto, o que, de certa forma, acabou por generalizar o cumprimento da pena para todo e qualquer condenado por crime hediondo ou equiparado, independentemente das circunstâncias pessoais de cada um.

Por sua vez, na redação dada pela Lei nº 11.464, de 2007, o legislador apenas estabeleceu um regime inicial de pena mais gravoso para os condenados por crime hediondo ou equiparado, da mesma forma como o faz quando estabelece penas maiores para crimes mais graves, não impedindo que o juiz da execução, durante o cumprimento da pena, leve em conta as condições pessoais de cada condenado e promova a progressão de regime.

Finalmente, cabe salientar que o entendimento aqui esposado está em consonância com o entendimento de vários ministros do STF, que proferiram voto no julgamento do HC 111.840/ES.

O Ministro Luiz Fux, que iniciou a divergência em relação ao voto do Ministro Dias Toffoli, argumentou que *“a lei, como opção do legislador ordinário e, em regra, o Judiciário, nesse campo, tem que ter uma postura minimalista de respeitar a opção do legislador ordinário, porque num Estado Democrático de Direito a supremacia é do Parlamento, não é a supremacia judicial. A supremacia judicial só se instaura nos vácuos legislativos”*.

Em seu voto, mais a frente, o referido ministro afirma ainda, in verbis:

*“(...) se a própria Constituição não permite a liberdade em si, que é exatamente a graça, a anistia, a fiança, evidentemente que se ela proibir o **plus**, a lei ordinária evidentemente pode proibir o **minus**, porque a reprimenda penal não está só nessa escala de valoração da pena, por parte do juiz, se de um ano ou dez anos; a reprimenda penal também está no regime de execução da pena. Isso é uma opção legítima do legislador. De sorte que, no meu modo de ver, nesse primeiro momento, a lei não é inconstitucional, muito pelo contrário, ela atende a esse reclamo constitucional de dar um tratamento especial ao crime de tráfico de drogas, e essa foi uma opção legítima levada a efeito pelo legislador.”* (destaque no original)

O Ministro Luiz Fux finaliza o seu voto com a seguinte argumentação que está em plena consonância com o entendimento externado na presente manifestação:

“Por outro lado, eu, aqui, anoto que a execução penal nesse regime fechado também, como já destaquei, faz parte do contexto da repressão penal que o Estado elege como eficiente para combater um delito que preocupou o próprio constituinte

*originário. Porque, se levarmos esse raciocínio de que cabe sempre ao juiz a aplicação da pena, sob pena de violação do princípio da individualização da pena, nós vamos ter que destruir todas as penas mínimas. Por que a pena mínima? E por que, por exemplo, o art. 33, § 2o, "a", do Código Penal, que exige o cumprimento de pena superior a oito anos, em regime inicialmente fechado, não é inconstitucional? Ele é absolutamente constitucional. Ele exige que, nas penas superiores a oito anos, o regime seja fechado. Por quê? Por que foi opção do legislador penal. O legislador penal especial entendeu que, no caso de tráfico, pelo tratamento que a Constituição dá a esse crime, pela preocupação que ele incute na sociedade, pelo flagelo das drogas, efetivamente esse regime tem que ser inicialmente fechado. Não é para que o cidadão cumpra o regime fechado, não é com essa finalidade **ex post facto**. A reprimenda penal visa à inibição da prática do crime. Então, não só as penas graves, mas também o regime inicial grave faz parte dessa estratégia, atenta a um comando legislador que dificilmente minudencia o tipo penal, salvo quando preocupado com a sua repercussão na sociedade.”* (destaque no original)

No mesmo sentido, foi o entendimento preconizado pelo Ministro Marco Aurélio Mello, em seu voto no julgamento do HC 111.840/ES:

“O que fez o legislador? Reafirmou o preceito pretérito? Não. Dentro de política criminal voltada ao combate a certos crimes, versou que, no tocante a esses delitos, a pena imposta deve ser inicialmente – observando, portanto, o pronunciamento do Supremo – cumprida no regime fechado, ou seja, contemplou a progressão.

Podemos dizer que essa previsão vulnera o princípio da individualização da pena? A meu ver, não, Presidente. Porque se leva em conta a imputação, a prática delituosa implementada

pelo agente. Se entendermos que o início do cumprimento da pena em regime fechado é inconstitucional, vamos ter que assentar que também é inconstitucional o fato de, no tocante a crimes de gradação maior – que são os hediondos –, ter-se a prisão provisória por trinta dias, enquanto a Lei no 7.960/89 dispõe que a citada prisão vigorará por cinco dias, prorrogável esse prazo por idêntico período. Teremos que entender também que é inconstitucional a Lei no 8.072/91 no que, para lograr-se a progressão no regime de cumprimento da pena, não basta que se cumpra, no regime mais gravoso, um sexto da pena, como está na Lei de Execução Penal. Sendo primário, deve o apenado cumprir dois quintos da pena e, não sendo primário, três quintos. Poderíamos até mesmo – e atuaríamos como legisladores positivos e não simplesmente negativos – dizer que, considerados os diversos tipos, e a variação é muito grande em termos de mínimo e teto, esse balizamento é inconstitucional.

(...)

Estamos – pelo menos é a minha óptica – na contramão da busca do combate à criminalidade. E por que não dizer que, relativamente ao artigo 33 do Código Penal, no que versa o regime de cumprimento da pena, a cláusula que veda regime menos gravoso, considerada a reincidência, é inconstitucional? Tem-se opção do legislador no que revelado que, se a pena é superior a oito anos, o regime inicial será sempre o fechado. Caso se tenha pena que não alcance esse patamar, superior a oito anos, o regime poderá ser o semiaberto, desde que não se trate de reincidente. Se a pena é inferior a quatro anos, há a possibilidade, mesmo assim remetendo o artigo 33 do Código Penal às circunstâncias judiciais do artigo 59, dele constante, de a pena ser cumprida no regime aberto.

Presidente, não consigo, abrindo a Constituição Federal – e não devo potencializar o princípio da individualização da pena, no que deve ser considerado em um grande contexto –, concluir

que o artigo, a estipular o regime inicial fechado no caso de crimes hediondos, que veio à balha ante decisão do Supremo – e no precedente apenas glosamos o óbice à progressão do regime –, é inconstitucional. Proporcionalidade? Penso que está atendida, porque os desiguais devem ser tratados de forma desigual. Não posso entender que quem comete crime de menor graduação tenha o mesmo regime inicial de cumprimento da pena daquele que comete o de graduação maior, como é um crime hediondo.”

Por fim, é importante colacionar aqui parte do voto do então Ministro Joaquim Barbosa, que proferiu voto com argumentos em consonância com os aqui esposados:

“(...) como afirmei no voto que proferi no HC 97.256, rel. min. CARLOS BRITTO, considero que questões de política criminal devem permanecer sob a esfera exclusiva de decisão dos poderes politicamente constituídos.

*Com efeito, a Constituição atribuiu aos parlamentares eleitos democraticamente a tarefa de estabelecer as leis reitoras da política criminal. Analisar se essa política é boa ou ruim **não é função do Poder Judiciário**, que deve se reservar à análise da sua constitucionalidade, sob pena de **violação do princípio da separação de poderes e da democracia representativa**, estabelecendo, sem legitimidade constitucional e democrática para tanto, sua própria visão política sobre a matéria.*

*Nesta linha, rejeitei a tese de que a vedação à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos constituiria violação do art. 5o, inciso XLVII, da Constituição da República, que trata da individualização. A norma constitucional em questão estabelece, **claramente**, que “a lei regulará a individualização da pena”, consubstanciando, portanto, um **norma constitucional de eficácia contida ou contível**, que confere liberdade ao legislador para regular a*

matéria, desde que não anule toda e qualquer possibilidade de individualização.

*Portanto, o **legislador** estabelece os standards para a individualização da pena, cuja observância é, em princípio, **obrigatória** pelo órgão jurisdicional.*

Essa distinção das esferas de atuação jurisdicional e política (Poderes Executivo e Legislativo) é sempre sublinhada na Teoria do Direito, não só por Kelsen mas também por Luhmann, Habermas, Hart.

*Citei, na ocasião, outros exemplos de diminuição da esfera de **arbitrio** do órgão julgador no momento da **individualização judicial da pena**, como a previsão de **pena mínima para todo e qualquer crime** e que não é estabelecida em vários países; a previsão do regime inicial fechado para penas superiores a 8 anos de reclusão; a vedação abstrata à substituição da pena para réus reincidentes em crime doloso. Ou seja, o legislador sempre estabelece limites ao casuísmo e à liberdade de apreciação do caso concreto pelos juízes, como **imperativo de igualdade de tratamento, de segurança jurídica e de justiça**. Além disso, cuida-se de uma análise legislativa de **maior desvalor dos crimes considerados hediondos**, que, pela gravidade que **politicamente** lhes é atribuída, **inclusive pela própria Constituição**, são considerados **incompatíveis com determinados benefícios**.*

*Assim, **reafirmo meu voto e considero que o legislador é o órgão constitucionalmente competente, e eleito democraticamente pelo povo brasileiro, para estabelecer qual será a política criminal de tratamento dos crimes hediondos, sendo vedadas, tão-somente, as penas proscritas pela Constituição** (pena de morte, perpétuas, de trabalhos forçados, de banimento e cruéis) – art. 5o, XLVII.*” (destaque no original)

Portanto, tendo em vista os argumentos apresentados e a inexistência de unanimidade no âmbito do STF, entendemos não ser conveniente, no presente momento, a suspensão do § 1º do art. 2º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, com a redação dada pela Lei nº 11.464, de 28 de março de 2007.

III – VOTO

Pelo exposto, somos pelo arquivamento do Ofício “S” nº 8, de 2014.

Sala da Comissão, 1º de junho de 2016.

Senador JOSÉ MARANHÃO, Presidente

Senador ANTONIO ANASTASIA, Relator *Ad Hoc*