

23/02/2006

TRIBUNAL PLENO

HABEAS CORPUS 82.959-7 SÃO PAULO

RELATOR : MIN. MARCO AURÉLIO
PACIENTE(S) : OSEAS DE CAMPOS
IMPETRANTE(S) : OSEAS DE CAMPOS
COATOR(A/S)(ES) : SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA
COATOR(A/S)(ES) : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

PENA - REGIME DE CUMPRIMENTO - PROGRESSÃO - RAZÃO DE SER. A progressão no regime de cumprimento da pena, nas espécies fechado, semi-aberto e aberto, tem como razão maior a ressocialização do preso que, mais dia ou menos dia, voltará ao convívio social.

PENA - CRIMES HEDIONDOS - REGIME DE CUMPRIMENTO - PROGRESSÃO - ÓBICE - ARTIGO 2º, § 1º, DA LEI Nº 8.072/90 - INCONSTITUCIONALIDADE - EVOLUÇÃO JURISPRUDENCIAL. Conflita com a garantia da individualização da pena - artigo 5º, inciso XLVI, da Constituição Federal - a imposição, mediante norma, do cumprimento da pena em regime integralmente fechado. Nova inteligência do princípio da individualização da pena, em evolução jurisprudencial, assentada a inconstitucionalidade do artigo 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90.

A C Ó R D ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os ministros do Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária, sob a presidência do ministro Nelson Jobim, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por maioria, em deferir o pedido de *habeas corpus* e declarar, *incidenter tantum*, a inconstitucionalidade do § 1º do artigo 2º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, nos termos do voto do relator, vencidos o ministros Carlos Velloso, Joaquim Barbosa, Ellen Gracie, Celso de Mello e Nelson Jobim, Presidente. O Tribunal, por votação unânime,



HC 82.959 / SP

explicitou que a declaração incidental de inconstitucionalidade do preceito legal em questão não gerará conseqüências jurídicas com relação às penas já extintas nesta data, pois esta decisão plenária envolve, unicamente, o afastamento do óbice representado pela norma ora declarada inconstitucional, sem prejuízo da apreciação, caso a caso, pelo magistrado competente, dos demais requisitos pertinentes ao reconhecimento da possibilidade de progressão.

Brasília, 23 de fevereiro de 2006.

MARCO AURÉLIO

-

RELATOR

06/08/2003

TRIBUNAL PLENO

HABEAS CORPUS 82.959-7 SÃO PAULO

RELATOR : **MIN. MARCO AURÉLIO**
PACIENTE(S) : OSEAS DE CAMPOS
IMPETRANTE(S) : OSEAS DE CAMPOS
COATOR(A/S)(ES) : SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA
COATOR(A/S)(ES) : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

R E L A T Ó R I O

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - O Superior Tribunal de Justiça, ao indeferir a ordem no *habeas corpus* com o qual se defrontou, assim resumiu as teses sufragadas (folha 31):

PROCESSUAL PENAL. HABEAS-CORPUS. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. INEXISTÊNCIA DE LESÃO CORPORAL GRAVE OU MORTE. VIOLÊNCIA PRESUMIDA. CRIME HEDIONDO. REGIME INTEGRALMENTE FECHADO. ART. 2º, § 1º, LEI 8.072/90. CONSTITUCIONALIDADE. NÃO REVOGAÇÃO PELA LEI 9.455/97.

- A jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça consolidou-se no sentido de que os crimes de estupro e atentado violento ao pudor, nas suas formas qualificadas ou simples, ou seja, mesmo que deles não resulte lesão corporal grave ou morte, e ainda que praticados mediante violência presumida, são considerados hediondos, devendo as suas respectivas penas serem cumpridas em regime integralmente fechado, por aplicação do disposto no artigo 2º, § 1º, da Lei 8.072/90.

- E na linha do pensamento predominante no Supremo Tribunal Federal, consolidou, majoritariamente, o entendimento de que a Lei nº 9.455/97, que admitiu a progressão do regime prisional para os crimes de tortura, não revogou o art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90, que prevê o regime fechado integral para os chamados hediondos.

- É firme o posicionamento desta Corte, em consonância com a jurisprudência do STF, no sentido da compatibilidade da norma do art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/90 com a Constituição Federal.

- **Habeas-corpus** denegado.

HC 82.959 / SP

O paciente, com a peça de folha 2 a 7, sustenta: que o ato praticado deveria merecer enquadramento como obsceno e não como atentado violento ao pudor; que a violência presumida em relação à vítima menor de quatorze anos não qualifica o crime de atentado violento ao pudor como hediondo; a ausência de fundamentação do acórdão proferido pelo Superior Tribunal de Justiça; a impossibilidade de aumento da pena em um sexto, por não revelar a espécie crime continuado; a incoerência de ter-se progressão no regime de cumprimento da pena em se tratando de crime de tortura e não se lograr o mesmo na espécie. Requer a absolvição e, assim não se concluindo, a redução da pena e a progressão no regime de cumprimento.

O parecer da Procuradoria Geral da República é no sentido do indeferimento da ordem (folhas 41 e 42).



V O T O

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) - Os parâmetros objetivos deste habeas são revelados ante o acórdão proferido pelo Superior Tribunal de Justiça. Assim, apenas cabe o exame da questão referente à Lei nº 8.072/90 e a relativa à alegada falta de fundamentação do que assentado. Quanto ao vício de forma, ou seja, à falta de fundamentação do que decidido, o acórdão de folha 23 a 31 noticia a improcedência da articulação. A Corte revelou os fundamentos pelos quais a ordem não se mostrou procedente, citando arestos em torno da matéria. No mais, valho-me de votos proferidos, salientando que este processo esteve em mesa para julgamento na última sessão do primeiro semestre do corrente ano judiciário, havendo ocorrido o adiamento.

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 lhe 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 isso, 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 n° 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 5° da Lei n° 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 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 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 - 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

HC 82.959 / SP

inciso II do próprio artigo 59. Todavia, ao que tudo indica, receou-se, quando da edição da Lei nº 8.072/90, que poderia faltar 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 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 delinqüir, mas para atuar como um partícipe do contrato social, observados os valores mais elevados que o respaldam.

Por último, há de se considerar que a própria Constituição Federal contempla as restrições a serem impostas àqueles que se mostrem incursos em dispositivos da Lei 8.072/90 e dentre elas não é dado encontrar a relativa à progressividade do regime de cumprimento da pena. O inciso XLIII do rol das garantias constitucionais - artigo 5º - afasta, tão-somente, a fiança, a graça e a anistia para, em inciso posterior (XLVI), assegurar de forma abrangente, sem excepcionar esta ou aquela prática delituosa, a individualização da pena. Como, então, entender que o legislador ordinário o possa fazer? Seria a mesma coisa que estender aos chamados crimes hediondos e assim enquadrados pela citada Lei, a imprescritibilidade que o legislador constitucional somente colou às ações relativas a atos de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático (inciso XLVI). 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 8.072/90, no que dispõe que a pena imposta pela prática de qualquer dos crimes nela mencionados será cumprida, integralmente, no regime fechado.



HC 82.959 / SP

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. Consigno que continuo convicto da inconstitucionalidade do preceito.

DA DERROGAÇÃO DA LEI Nº 8.072/90 PELA LEI Nº 9.455/97

Valho-me também de voto proferido neste Plenário no *Habeas Corpus* nº 76.371-0/SP:

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,

HC 82.959 / SP

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

HC 82.959 / SP

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. 2ª, § 1ª).

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

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

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

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

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

HC 82.959 / SP

inciso XLVI do mesmo artigo 5^a - 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. XLVIII, do art. 5^a 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^a, do art. 1^a 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* n^o 19, página 69).

Destarte, forçoso é concluir pela derrogação pela Lei n^o 9.455/97 da Lei n^o 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 n^o 8.072/90, que cogitou, no passado, para mim, do cumprimento integral da pena no regime fechado.

É como voto, na espécie dos autos.

HC 82.959 / SP

DO ENQUADRAMENTO DO ESTUPRO E DO ATENTADO VIOLENTO AO
PUDOR COMO CRIME HEDIONDO

No julgamento do *Habeas Corpus* nº 77.480-7/SP, perante a Segunda Turma, tive a oportunidade de consignar:

Permito-me, no entanto, marcar posição a respeito, tendo em vista o teor do voto do Relator, no que remete a precedente desta Corte, no sentido de ser dispensável para a atração do artigo 9º da Lei nº 8.072/90 a ocorrência de lesão corporal grave ou morte. É que, no referido artigo, deu-se a exacerbação da pena, aumentada de metade. Portanto, a Lei nº 8.072/90, além de haver alterado o balizamento do artigo 214 do Código Penal, elevando-o de dois a sete anos para seis a dez anos, previu, ainda assim, o aumento de metade. Fê-lo, em bom vernáculo, mediante conjugação de três artigos, ou seja, dos artigos 214, 223, *caput* e parágrafo único, e 224 do Código Penal. Vale dizer, para que se tenha a pena majorada, indispensável é que, do atentado, haja resultado lesão de natureza grave ou morte e, ainda, que a vítima não tenha mais de catorze anos, seja alienada ou débil mental, conforme previsão do artigo 224, conhecendo o agente tal circunstância, ou não tenha podido, por qualquer outra causa, oferecer resistência. Somente então é que se chega, em face do acúmulo de circunstâncias negativas, à majoração. Uma vez ocorrido o concurso, na espécie, desses três artigos, a majoração de metade dar-se-á consideradas as penas não do artigo 214, em si, mas do artigo 223, ou seja, de oito a doze anos e de doze a vinte e cinco anos.

Posteriormente, ante o dissenso surgido, o tema veio a Plenário e ora é suscitado novamente, em virtude da alteração na composição. Fiz ver, então:

Devo dizer que somei o meu voto, no âmbito da Segunda Turma, ao do ministro Néri da Silveira, estabelecendo, numa interpretação para mim teleológica e sistemática, que a Lei nº 8.072/90 somente enquadra como hediondo os crimes de estupro e o de atentado violento ao pudor quando cometidos com grave lesão ou seguidos de morte. Ao assim proceder, considerei a própria lei mencionada e, mais do que isso, a ordem natural das coisas, a impossibilidade de colocar, na mesma vala, o atentado violento ao pudor e o estupro - sem a grave lesão, sem a morte - e os

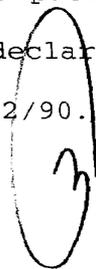
HC 82.959 / SP

crimes com essas qualificadoras. Não há como dar aos preceitos interpretação que leve à incoerência - o homicídio simples não é crime hediondo, mas o atentado violento ao pudor, sem as ocorrências citadas, o é.

A Lei nº 8.072/90, no artigo 9º, refere-se a outras figuras penais. É sintomático que, apenas em relação ao estupro e ao atentado violento ao pudor, a norma utilize o vocábulo "combinação". A meu ver, esse dado deve ser levado em conta para concluir-se pelo real sentido do dispositivo, no que acaba por agravar a situação do condenado. Isso não implica dizer que esses tipos ficariam apenados de maneira menos acentuada, já que o mínimo para eles previsto é substancial.

Reporto-me ao voto proferido e concludo em consonância com os votos dos ministros Maurício Corrêa, Sepúlveda Pertence e Néri da Silveira, distinguindo, portanto, a forma qualificada para, então, ter como incidente o disposto no artigo 9º da Lei nº 8.072/90.

Concedo a ordem para, cassando o acórdão proferido pelo Superior Tribunal de Justiça, assentar o direito do paciente à progressão no regime de cumprimento da pena, declarada a inconstitucionalidade do § 1º do artigo 2º da Lei nº 8.072/90.



06/08/2003

TRIBUNAL PLENO

HABEAS CORPUS 82.959-7 SÃO PAULOV O T O

(ANTECIPAÇÃO DE VOTO)

O Sr. Ministro **CARLOS VELLOSO** - Sr. Presidente, fui relator para o acórdão do HC 81.288/SC, em que se discutiu a questão e no qual decidiu o Supremo Tribunal Federal que não se exige violência grave ou morte para que os crimes de estupro e de atentado violento ao pudor sejam considerados crimes hediondos. No presente caso, há também a questão da inconstitucionalidade ou não do art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/90.

Peço licença a V. Exa., bem assim aos eminentes Colegas que me antecedem, para antecipar o meu voto.

No julgamento do **HC 69.657/SP**, Relator para o acórdão o Ministro Francisco Rezek, vencido o relator originário, Ministro Marco Aurélio, e o Ministro Sepúlveda Pertence, decidiu esta Corte:

"EMENTA: HABEAS CORPUS. LEI DOS CRIMES HEDIONDOS. PENA CUMPRIDA NECESSARIAMENTE EM REGIME

FECHADO. CONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 2º - § 1º DA LEI 8.072.

Tráfico ilícito de entorpecentes. Condenação, onde o artigo 2º - § 1º da Lei 8.072, 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." ("D.J." de 18.6.93).

O voto que proferi, quando do citado julgamento, tem o seguinte teor:

"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 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 dos bens;
- 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."

A segunda questão é esta: quanto aos crimes de estupro e atentado violento ao pudor exige-se, para que sejam considerados crimes hediondos, violência grave ou morte?



Em dezembro de 2001, o Supremo Tribunal decidiu pela negativa, acompanhando a maioria o voto que então proferi, do seguinte teor:

"O paciente foi condenado pelo crime tipificado no art. 213, c.c. os arts. 226, II, 71, **caput**, e 69, do Cód. Penal, à pena de 16 (dezesseis) anos e 8 (oito) meses de reclusão, em regime fechado. A condenação do paciente foi por ter praticado crime de estupro contra duas vítimas, suas filhas. Está na sentença condenatória:

'(...)

A filha Patrícia, vítima mais velha, noticiou a ocorrência do primeiro estupro na comarca de Ibirama, isto quando contava com apenas 11 anos de idade. O ato sexual criminoso se houve quando sua mãe saiu, não havendo mais ninguém na residência, a não ser réu e vítima. E assim se sucederam inúmeros crimes, cerca de dois por semana durante aproximadamente cinco anos, o acusado utilizando-se sempre do mesmo **modus operandi**, qual seja, com a ausência da esposa, mandava o irmão fazer qualquer tarefa para ficar sozinho na residência com a vítima, quando então ocorria o constrangimento sexual.

Relatou Patrícia, inclusive, que a violência chegou ao ponto do acusado lhe ter amordaçado com as vestes da mesma que antes rasgara.

No que se refere à vítima Gisele, com a saída de Patrícia do lar, pelos motivos acima delineados, o réu, lançando mão de idêntica maneira de execução, passou a estuprá-la com a mesma regularidade, porém durante um lapso temporal de aproximadamente cinco meses.

(...) (fl. 13).

Sustenta-se, na impetração, que os crimes de estupro e atentado violento ao pudor, consoante entendimento desta Corte, só se caracterizam como hediondos se da violência resultar lesão corporal de natureza grave ou de morte (fls. 4/7).

O eminente Ministro Maurício Corrêa, Relator, concedeu a ordem para anular os acórdãos proferidos pelo Superior Tribunal de Justiça no REsp 271.167 e pelo Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina no Ag. 3.232-8.

Passo a votar.

O acórdão do Superior Tribunal de Justiça, proferido no REsp 271.167-SC, Relator o Ministro Vicente Leal, está assim ementado:

'EXECUÇÃO PENAL. RECURSO ESPECIAL. ESTUPRO. CRIME HEDIONDO. COMUTAÇÃO DA PENA. INDULTO. IMPOSSIBILIDADE.

- O crime de estupro, definido no art. 213 do Código Penal, encontra-se compreendido no conceito de crimes hediondos, sendo insusceptível de concessão de indulto, nos termos do art. 2º, I, da Lei nº 8.072/90.

- Recurso especial não conhecido.

(...)' (fl. 45).

O que se sustenta é que o crime de estupro, para ser considerado como crime hediondo, dele deve resultar lesão corporal de natureza grave ou morte, o que foi acolhido pelo eminente Relator. Asseverou S. Exa.: 'no caso vertente, não considero hediondos os crimes praticados pelo paciente, dado que da violência não resultou lesão corporal de natureza grave ou morte'. Invocou o eminente Relator, ademais, precedentes da Turma:

HC 78.305, Néri da Silveira; HC 80.223, Jobim; HC 80.353, M. Corrêa. Esses precedentes cuidam, segundo o eminente Relator, do crime de atentado ao pudor. Todavia, no HC 80.223, Jobim, 'decidiu-se, por unanimidade, que tanto o atentado violento ao pudor quanto o estupro, para serem considerados como crimes hediondos, devem resultar em lesão corporal de natureza grave ou morte'.

Abrindo o debate, esclareça-se que a Lei 8.072/90, art. 1º, definiu o estupro como crime hediondo. Posteriormente, essa classificação foi ratificada pelo art. 1º da Lei 8.930, de 6.9.94, que deu nova redação ao citado art. 1º da Lei 8.072/90.

Dispõe o art. 1º, V e VI, da Lei 8.072/90, com redação da Lei 8.930/94:

'Art. 1º. São considerados hediondos os seguintes crimes, todos tipificados no Decreto-lei nº 2.848, de 07.12.1940 - Código Penal, consumados ou tentados:

.....

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

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

Por isso, porque o art. 1º da Lei 8.072/90, com a redação da Lei 8.930/94, reza que são considerados crimes hediondos os crimes de estupro, 'art. 213 e sua combinação com o art. 223, **caput** e parágrafo único' e atentado violento ao pudor, 'art. 214 e sua combinação com o art. 223, **caput** e parágrafo único', há quem sustente que somente se caracterizam como hediondos o estupro e o atentado violento ao pudor quando cometidos mediante violência real, ou, noutras palavras, seriam hediondos somente quando da violência resultar morte ou lesão

corporal de natureza grave, na forma do disposto no art. 223 do Cód. Penal. Então, somente seriam hediondos os tais crimes — estupro e atentado violento ao pudor — quando praticados mediante violência real e desde que resultasse dessa violência lesão corporal de natureza grave ou morte (art. 223 e seu parág. único), afastada, em consequência, a presunção de violência do art. 224 do Cód. Penal.

Perfilha esse entendimento, de que o estupro e o atentado violento ao pudor, nas suas formas simples, não são hediondos, Alberto Silva Franco — 'Crimes Hediondos', São Paulo, RT, 4ª ed., 2000, p. 235. Em sentido contrário, vale dizer, no sentido de que os delitos de estupro e atentado violento ao pudor, na forma simples, são também hediondos — o registro é de Damásio de Jesus — os seguintes doutrinadores: Delmanto, 'Cód. Penal Comentado', Renovar, 5ª ed., 2000, p. 412 e 417; Paulo José da Costa Júnior, 'Curso de Direito Penal, Parte Especial', Saraiva, 1991, III/4 e 5; Alberto Zacharias Toron, 'Crimes Hediondos', São Paulo, RT, 1996, p. 99; Luiz Régis Prado e Cezar Roberto Bitencourt, 'Cód. Penal Anotado', RT, 2ª ed., 1999, p. 694 (parte anotada por Cezar Roberto Bitencourt); Mirabete, 'Cód. Penal Interpretado', Atlas, 2000, p. 1.268, n. 214.5 (referindo-se ao atentado violento ao pudor); Mirabete, 'Manual de Direito Penal, Parte Geral', São Paulo, Atlas, 1998, I: 135, n. 3.6.22; João José Leal, 'Crimes Hediondos', São Paulo, Atlas, 1996, p. 24 e 76; Antônio Scarance Fernandes, 'Aspectos da Lei dos Crimes Hediondos', São Paulo, 1993, p. 70, nota 2; Antônio José Miguel Feu Rosa, 'Direito Penal, Parte Especial', RT, 1995, p. 545. (Damásio de Jesus, 'Estupro e atentado violento ao pudor, nas formas típicas simples, são hediondos', in RT 789/506 e www.damasio.com.br, fev. 2001). O próprio Damásio deixa expresso que essa é a sua posição ('Cód. Penal Anotado', São Paulo, Saraiva, 10ª ed., 2000, p. 700), lecionando que a Lei 8.072/90 'é clara ao fazer referência aos nomes dos delitos e respectivos dispositivos: crimes de estupro e atentado violento ao pudor, previstos nos arts. 213 e 214 do Cód. Penal. Lembrou-se o legislador das formas qualificadas pelo resultado do art. 223, **caput** e par. único. Por isso, depois de indicar o **nomen juris** e o número das disposições incriminadoras, mencionou as figuras qualificadas. Não diz, por exemplo, 'estupro em sua combinação com o art. 223', mas 'estupro e sua combinação...' (destaque nosso).

Quer dizer, crime de estupro simples e qualificado.' (ob. e loc. cits.).

Estou em que a razão está com a maioria dos doutrinadores: os crimes de estupro e de atentado violento ao pudor, tanto na sua forma simples, Cód. Penal, arts. 213 e 214, quanto na qualificada, Cód. Penal, art. 223, **caput** e parág. único, são hediondos, **ex vi** do disposto na Lei 8.072/90, art. 1º, V e VI.

O que deve ser considerado é que tais crimes são tratados, na Lei 8.072/90, art. 1º, V e VI, com a redação da Lei 8.930/94, nas suas formas simples e qualificadas, com caráter autônomo.

Saliente-se, por primeiro, que a conjunção 'e' — estupro (art. 213 e sua combinação com o art. 223, **caput**...), atentado violento ao pudor (art. 214 e sua combinação com o art. 223, **caput**...) — conjunção coordenativa aditiva dá a idéia de soma, acréscimo, assim de termos autônomos. No caso, o que está na lei é isto: são crimes hediondos o estupro tipificado no art. 213 do Cód. Penal e sua combinação com o art. 223, vale dizer, e o estupro qualificado, o mesmo devendo ser dito relativamente ao atentado violento ao pudor.

Dir-se-á: para que o acréscimo, dado que, se considerados hediondos o estupro e o atentado violento ao pudor, nas suas formas simples, **a fortiori** as suas formas qualificadas também o seriam? É que, em Direito Penal, tem vigência o princípio da reserva legal, princípio esse que, na ordem jurídica brasileira, tem **status** constitucional: C.F., art. 5º, XXXIX: não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal. Em tema de crime e de pena não é condenável, portanto, o excesso na tipificação.

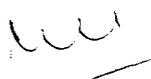
O entendimento que sustentamos mais se reforça se combinarmos o art. 1º, V e VI, com o art. 6º, ambos da Lei 8.072/90. É que o art. 6º majorou as penas dos crimes nela tipificados, assim dos crimes de que cuidamos, tanto nas suas formas simples quanto qualificadas, — Cód. Penal, arts. 213, 214 e 223, — sem distingui-los, a indicar que, na verdade, a utilização, nos incisos V e VI do art. 1º, da conjunção coordenativa 'e', tem o sentido

de adição, soma, acréscimo. É dizer, são hediondos os crimes de estupro e de atentado violento ao pudor, nas suas formas simples e nas suas formas qualificadas: art. 213 e sua combinação com o art. 223 ... art. 214 e sua combinação com o art. 223 ...

Deve ser considerado, ademais, que o núcleo do tipo objetivo do crime de estupro — Cód. Penal, art. 213 — é *constranger* mulher à conjunção carnal, ou seja, forçar mulher à conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça. No atentado violento ao pudor o mesmo pode ser dito relativamente a alguém, vale dizer, *constranger* alguém, mediante violência ou grave ameaça, a praticar ou permitir que com esse alguém se pratique ato libidinoso diverso da conjunção carnal (Cód. Penal, art. 214).

No tipo objetivo de ambos os crimes — estupro e atentado violento ao pudor — está presente a violência ou a grave ameaça, a deixarem na vítima seqüelas morais graves. Escrevendo sobre o crime de estupro, lecionou a desembargadora Maria Berenice Dias, do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, que 'a hediondez do estupro está na sua prática e não nas seqüelas de ordem física que possa ter provocado na vítima. Trata-se de delito complexo que, além de atentar contra a liberdade sexual da mulher, agride sua integridade física, emocional e mental. A essência do crime é o uso da violência na prática do ato sexual indesejado, não havendo a possibilidade de se ter como qualificativo de maior ou menor hediondez a ocorrência de lesões corporais ou a morte.' E acrescenta: 'Ora, não são meras conseqüências de ordem física que caracterizam o estupro como crime hediondo, mas sim as seqüelas de ordem psíquica e emocional que marcam a mulher para o resto da vida, ainda que de forma invisível.' (Maria Berenice Dias, 'Estupro, crime duplamente hediondo', 'Correio Braziliense', 'Caderno Direito e Justiça', 27.8.2001).

No julgamento do HC 77.480, por mim relatado, decidiu a 2ª Turma:



'EMENTA: - PENAL. PROCESSUAL PENAL. **HABEAS CORPUS**. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR: CRIME HEDIONDO. LEI Nº 8.072/90, ART. 1º, VI.

I. - A hipótese cuida de atentado violento ao pudor contra menor de 3 (três) anos de idade, considerado crime hediondo, nos termos do art. 1º, VI, da Lei nº 8.072/90.

II. - Para a aplicação da majorante prevista no art. 9º da Lei nº 8.072/90, nos casos de atentado violento ao pudor, não se exige a ocorrência de lesão grave ou morte (HC 74.780-RJ, Min. Maurício Corrêa, 'DJ' 06.02.98 e HC 76.004, Min. Ilmar Galvão, 'DJ' 19.5.98).

III. - HC indeferido.' (RTJ 169/993)

No meu voto, invoquei o decidido pela 1ª Turma no HC 76.004-RJ, Relator o Ministro Ilmar Galvão.

Do exposto, com a vênia do Sr. Ministro Relator, indefiro o **writ**." ("D.J." de 25.4.2003).

Quero ressaltar, Sr. Presidente, o magnífico voto proferido, no julgamento do citado HC 81.288/SC, pela eminente Ministra Ellen Gracie.

De todo o exposto, com a vênia devida ao nobre Relator, reportando-me ao decidido nos HHCC 69.657/SP e 81.288/SC, indefiro o **writ**.



06/08/2003

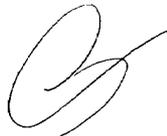
TRIBUNAL PLENO

HABEAS CORPUS 82.959-7 SÃO PAULOV O T O

O SENHOR MINISTRO CARLOS AYRES BRITTO - Senhor Presidente, acompanho a divergência manifestada pelo eminente Ministro Carlos Velloso, no que tange à caracterização, como hediondez, dos crimes de atentado violento ao pudor e de estupro.

No tocante, porém, à inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei nº 8.072, acompanho o eminente Ministro Marco Aurélio. A Constituição, quando tratou da individualização da pena, o fez depois de falar sobre os crimes hediondos, e se o regime de execução da pena é integralmente fechado, parece-me que teremos a hediondez desse regime. Ou seja, o Estado estará praticando a Lei de Talião: olho por olho, dente por dente.

Por isso, Ministro Marco Aurélio, eu o acompanho inclusive por outro tipo de consideração. O Direito é cada vez mais permeado daquela técnica de convencimento dos seus destinatários, que Norberto Bobbio chama de "sanção premial", quer dizer, um direito que acena cada vez mais com promessas de recompensa do que com ameaças de castigo. Isso se aplica também ao regime das execuções das penas. É possível estimular a conduta socialmente



HC 82.959 / SP

desejável, com mais eficácia, pelo prêmio ou pela recompensa, do que desestimular a conduta socialmente indesejável pelo castigo.

Então, filosoficamente e com base no princípio constitucional da individualização da pena, defiro a ordem.

* * * * *



PLENÁRIO

EXTRATO DE ATA

HABEAS CORPUS 82.959-7

PROCED.: SÃO PAULO

RELATOR : MIN. MARCO AURÉLIO

PACTE.(S): OSEAS DE CAMPOS

IMPTE.(S): OSEAS DE CAMPOS

COATOR(A/S)(ES): SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

COATOR(A/S)(ES): TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Decisão: Apresentado o feito em mesa pelo Relator, o julgamento foi adiado. Presidência do Senhor Ministro Maurício Corrêa. Plenário, 01.07.2003.

Decisão: Após os votos dos Senhores Ministros Marco Aurélio, Relator, e Carlos Britto, que deferiam a ordem para cassar o acórdão proferido pelo Superior Tribunal de Justiça e assentar o direito do paciente à progressão no regime de cumprimento da pena, e dos votos dos Senhores Ministros Carlos Velloso e Joaquim Barbosa, indeferindo-a, pediu vista o Senhor Ministro Cezar Peluso. Presidência do Senhor Ministro Maurício Corrêa. Plenário, 06.08.2003.

Presidência do Senhor Ministro Maurício Corrêa. Presentes à sessão os Senhores Ministros Sepúlveda Pertence, Celso de Mello, Carlos Velloso, Marco Aurélio, Nelson Jobim, Ellen Gracie, Gilmar Mendes, Cezar Peluso, Carlos Britto e Joaquim Barbosa.

Procurador-Geral da República, Dr. Cláudio Lemos Fonteles.

Luiz Tomimatsu
Luiz Tomimatsu
PI Coordenador

18/12/2003

TRIBUNAL PLENO

HABEAS CORPUS 82.959-7 SÃO PAULO**VOTO-VISTA**

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO – Senhor Presidente, o paciente e impetrante foi acusado da prática do delito previsto no art. 214, cc. arts. 224, § 1º, I, 226, III, e 71, todos do Código Penal. Condenado, interpôs apelação, julgada pela 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que lhe deu parcial provimento para reduzir a pena a 12 anos e 3 meses de reclusão, mantido o regime integral fechado para o seu cumprimento (fls 23).

Em *writ* impetrado perante o Superior Tribunal de Justiça (**HC nº 23.920**), argumentou o impetrante que o crime pelo qual fora condenado não poderia ser considerado hediondo, já que dele não resultara lesão corporal grave nem morte, tendo sido praticado apenas com violência presumida. Sustentou, outrossim, a inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90, que veda a progressão de regime, acrescentando, em alternativa, que tal norma teria sido revogada pela Lei nº 9.455/97.

A Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça indeferiu a ordem nos termos do voto do e. Min. **VICENTE LEAL**, em acórdão que recebeu a seguinte ementa:



PROCESSUAL PENAL. *HABEAS-CORPUS*. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. INEXISTÊNCIA DE LESÃO CORPORAL GRAVE OU MORTE. VIOLÊNCIA PRESUMIDA. CRIME HEDIONDO. REGIME INTEGRALMENTE FECHADO. ART. 2º, § 1º, LEI 8.072/90. CONSTITUCIONALIDADE. NÃO REVOGAÇÃO PELA LEI 9.455/97.

- A jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça consolidou-se no sentido de que os crimes de estupro e atentado violento ao pudor, nas suas formas qualificadas ou simples, ou seja, mesmo que deles não resulte lesão corporal grave ou morte, e ainda que praticados mediante violência presumida, são considerados hediondos, devendo as suas respectivas penas serem cumpridas em regime integralmente fechado, por aplicação do disposto no art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/90.

- E na linha do pensamento predominante no Supremo Tribunal Federal, consolidou, majoritariamente, o entendimento de que a Lei nº 9.455/97, que admitiu a progressão do regime prisional para os crimes de tortura, não revogou o art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90, que prevê o regime fechado integral para os chamados crimes hediondos.

- É firme o posicionamento desta Corte, em consonância com a jurisprudência do STF, no sentido da compatibilidade da norma do art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/90 com a Constituição Federal.

- **Habeas-corpus** denegado.” (DJ de 17/02/2003).

É contra este v. acórdão que se insurge agora o impetrante, reclamando, conforme o relatório, que o ato deveria considerado obsceno, e não, atentado violento ao pudor; que a violência presumida contra menor de quatorze anos não qualificaria o crime como hediondo; que haveria ausência de fundamentação no acórdão proferido pelo Superior Tribunal de Justiça; que não quadraria aumento da pena em um sexto, por não ser a espécie crime continuado; e que seria incoerente a admissão de progressão de regime no cumprimento de pena por crime de tortura, e não, nos crimes hediondos.

Remete-se a julgados do Superior Tribunal de Justiça, segundo os quais “os crimes de estupro e atentado violento ao pudor, na modalidade ficta (com violência presumida) não são considerados crimes hediondos” (HC nº 9345; HC nº 11.537; RESP nº 203.580), e a Lei nº 9.455/97 alcança a pena dos



crimes previstos na Lei nº 8.072/90, autorizando a progressão no regime de cumprimento (HC nº 10.658).

Solicitadas informações, o Superior Tribunal de Justiça enviou cópia integral do acórdão proferido no HC nº 23.920.

O parecer da Procuradoria Geral da República é pelo indeferimento da ordem.

Já votaram os ministros **MARCO AURÉLIO**, Relator, **CARLOS VELLOSO** e **CARLOS BRITTO**. O Relator, no sentido da concessão da ordem por não ser hediondo o crime de atentado violento ao pudor na forma simples. O Min. **CARLOS VELLOSO**, em antecipação de voto, é pelo indeferimento, nos termos do precedente da Corte no HC nº 81.288. O Min. **CARLOS BRITTO**, pelo deferimento, quanto à declaração de inconstitucionalidade do §1º do art. 2º da Lei nº 8.072/90, que veda progressão de regime.

2. Pedi vista para exame mais cauteloso de ser, ou não, o crime de atentado violento ao pudor, na forma simples, considerado hediondo, e da vedação da progressão de regime.

3.1. Quanto à primeira questão, cumpre atentar na evolução no trato legislativo do crime de atentado violento ao pudor.

Na redação original do Código Penal, a pena cominada ao crime previsto no art. 214 era a de reclusão de 2 (dois) a 7 (sete) anos.



Com a edição da Lei nº 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente), foi-lhe acrescentado **parágrafo único** para punir mais severamente o autor do crime, quando praticado **em prejuízo de vítima menor de 14 (quatorze) anos**, caso em que a pena seria de **3 (três) a 9 (nove) de reclusão**.

A entrada em vigor desta lei foi protraída para 13 de outubro de 1990 e, durante a *vacatio*, veio a lume a Lei nº 8.073/90 - Lei dos Crimes Hediondos, que, no art. 6º, determinou o aumento dos limites máximo e mínimo da pena do **crime de atentado violento ao pudor na forma simples**, os quais passaram a ser de 6 a 10 anos de reclusão.¹ Essa lei entrou em vigor em 25 de julho de 1990 e, em vários dispositivos, tratou do crime de atentado violento ao pudor, *verbis*:

Art. 1º. São considerados hediondos os crimes de ...; atentado violento ao pudor (art. 214 e sua combinação com o art. 223, *caput* e parágrafo único); (...).

Art. 6º. Os arts. ...; 213, 214, 223, *caput* e seu parágrafo único; ... passam a vigorar com a seguinte redação.

Art. 9º. As penas fixadas no art. 6º para os crimes capitulados nos arts. ... 214 e sua combinação com o art. 223, *caput* e parágrafo único, todos do Código Penal, são acrescidas de metade, respeitado o limite superior de 30 (trinta) anos de reclusão, estando a vítima em qualquer das hipóteses referidas no art. 224² também do Código Penal.

¹ E, ainda, indevidamente igualou as penas cominadas ao crime de estupro e ao crime de atentado violento ao pudor.

² Art. 224. Presume-se a violência, se a vítima: a) não é maior de 14 (quatorze) anos; b) é alienada ou débil mental, e o agente conhecia esta circunstância; c) não pode, por qualquer outra causa, oferecer resistência.



A pena originária para o crime de atentado violento ao pudor foi, assim, **triplicada em seu mínimo legal**.

O aparente conflito entre as normas do Estatuto da Criança e do Adolescente e aquelas previstas na Lei dos Crimes Hediondos resolveu-se, não sem considerável controvérsia, pelo entendimento de revogação tácita dos parágrafos acrescidos aos arts. 213 e 214 do Código Penal, que acabaram expressamente revogados pela Lei nº 9.281/96.

Antes desta revogação expressa e em virtude da controvérsia, foi editada a Lei nº 8.930/94, que deu nova redação ao art. 1º da Lei nº 8.072/90, alterando a redação originária, que passou a esta, no que interessa ao caso:

“Art. 1º. São considerados hediondos os seguintes crimes, todos tipificados no Dec.-lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, consumados ou tentados:

...
VI – atentado violento ao pudor (art. 214³ e sua combinação com o art. 223, *caput* e parágrafo único⁴)”.

Não houve alteração substancial no que tange à matéria *sub judice*.

Aqui, foi o paciente condenado pelo crime definido no art. 214, cc. o disposto no art. 224, letra “a”, ambos do Código Penal, ou seja, na

³ **Art. 214.** Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a praticar ou permitir que com ele se pratique ato libidinoso diverso da conjunção carnal: Pena – reclusão, de 6 (seis) a 10 (dez) anos.

⁴ **Art. 223.** Se da violência resulta lesão corporal de natureza grave: Pena – reclusão, de 8 (oito) a 12 (doze) anos. **Parágrafo único.** Se do fato resulta a morte: Pena – reclusão, de 12 (doze) a 25 (vinte e cinco) anos.

hmm

modalidade de **violência presumida ou ficta, em razão da menoridade da vítima**. Ou seja, a condenação deu-se pela prática do crime de atentado violento ao pudor na forma **simples** (art. 214 do CP).

Tal crime não poderia ser considerado hediondo, segundo sustenta o impetrante, à medida que o inc. VI do art. 1º da Lei nº 8.072/90 somente teria atribuído essa qualidade às formas qualificadas do atentado, isto é, àquelas descritas no art. 223, *caput* e § único, do Código Penal, o mesmo sucedendo com a causa de aumento de pena prevista no art. 9º da Lei nº 8.072/90.

A questão já foi tema de aceso debate nesta Corte, merecendo análise o acórdão do Plenário nos autos do **HC nº 81.288-1** (Relator para acórdão o Min. **CARLOS VELLOSO**, j. em 17.12.2001) e que é precedente decisivo na matéria.

Vencidos os Ministros **MAURÍCIO CORRÊA**, **SEPÚLVEDA PERTENCE**, **NÉRI DA SILVEIRA** e **MARCO AURÉLIO**, decidiu-se ali que:

“Os crimes de estupro e atentado violento ao pudor, tanto nas suas formas simples – Código Penal, arts. 213 e 214 – como nas qualificadas (Código Penal, art. 223, *caput* e parágrafo único), são crimes hediondos. Leis 8.072/90, redação da Lei 8.930/94, art. 1º, V e VI.” (HC 81.228, j. 17/12/2001, DJ 25.04.2003).

A tese vencedora contou com os votos dos Min. **CARLOS VELLOSO**, **ELLEN GRACIE**, **ILMAR GALVÃO**, **NELSON JOBIM**, **SYDNEY SANCHES**, **CELSO DE MELLO** e **MOREIRA ALVES**.



A discussão centrou-se no valor semântico da conjunção “e” constante do inciso VI do art. 1º da Lei nº 8.072/90: “*atentado violento ao pudor (art. 214 e sua combinação com o art. 223, caput e parágrafo único)*”.

Para a douta maioria, a conjunção “e”, coordenativa aditiva, daria a idéia de soma e, como tal, indicaria que tanto o atentado violento ao pudor na forma simples, quanto o qualificado por morte ou lesão corporal grave seriam considerados hediondos para os fins da Lei nº 8.072/90.

O entendimento seria reforçado pelo fato de que o disposto no art. 6º da Lei nº 8.072/90 (que aumentou a pena originariamente prevista para os crimes de estupro e atentado violento ao pudor na redação do Código Penal), aumentando as penas, assim das figuras simples, como das qualificadas, estaria a predicar que a conjunção “e”, nos incs. V e VI do art. 1º, guardaria alcance de soma, acréscimo (fls. 281-2).

Por outro lado, quando o legislador quis considerar hediondos somente as figuras qualificadas de alguns delitos (*v.g.*, extorsão, roubo, epidemia), tê-lo-ia feito de forma clara. No caso do estupro e do atentado violento ao pudor, porém, a adjetivação de hediondo estendeu-se às duas formas: simples e qualificada (fls. 285 e 305). Além disso, excetuado o próprio homicídio, não haveria, no Código Penal, previsão de comportamento mais agressivo e nefasto (fls. 285).

Os votos vencidos professaram, todavia, que as normas incriminadoras se sujeitam à interpretação estrita, vedadas analogia e interpretação extensiva em dano do acusado (fls. 267):



“ainda que se desenvolva raciocínio adstrito à interpretação literal, exsurge que a conjunção e, contida na expressão ‘e sua combinação com’ estampada no inciso V do art. 1º da Lei dos Crimes Hediondos, equivale e dizer ‘combinado com’. Não havendo combinação com a qualificadora que define a hediondez, o delito simples não pode ser considerado hediondo.” (fls.268).

Isto porque:

“não se mostra razoável, ante a axiologia jurídico-penal, que uma ação delitiva na figura simples, punível com reclusão de 6 a 10 anos, seja considerada como da mesma natureza hedionda atribuída à sua forma qualificada, também punível com reclusão que varia de 8 a 12 anos (quando resulta lesão corporal grave) e de 12 a 25 anos (quando resulta morte)” (Min. MAURÍCIO CORRÊA, fls. 269, cf. precedentes aí citados: HC nº 80.353, rel. Min. MAURÍCIO CORRÊA; HC nº 80.479 e HC nº 80.223, rel. Min. NELSON JOBIM; HC nº 78.305-4, rel. Min. NÉRI DA SILVEIRA).

Concluiu o Min. MAURÍCIO CORRÊA:

“De qualquer sorte, é regra básica de hermenêutica que a lei não contém palavras inúteis. Se a norma tencionasse qualificar como hedionda qualquer espécie de estupro, teria feito referência apenas e tão-somente ao tipo com a indicação isolada, entre parênteses, do dispositivo penal – **estupro (art. 213)** --, tornando-se absolutamente desnecessária a explicação que acompanha, na lei vigente, o *normen iuris* -- **estupro (art. 213 e sua combinação com o art. 223, ‘caput’ e parágrafo único)**” (fls. 273, grifei).

O Min. SEPÚLVEDA PERTENCE ponderou:

“Não consigo entender, para incluir mais um delito nesse rol infeliz dos crimes hediondos, ser necessário fazer referência – ainda que com uma redação, confesso, infeliz – à forma qualificada de um delito, se a forma simples já merecesse o fogo do inferno dos crimes hediondos.” (323, grifei).



O Min. **MARCO AURÉLIO** aduziu:

“numa interpretação para mim teleológica e sistemática, que a Lei n° 8.072/90 somente enquadra como hediondo os crimes de estupro e o de atentado violento ao pudor quando cometidos com grave lesão ou seguidos de morte. Ao assim proceder, considere a própria lei mencionada e, mais do que isso, a ordem natural das coisas, a impossibilidade de colocar, na mesma vala, o atentado violento ao pudor e o estupro – sem a grave lesão, sem a morte – e os crimes com essas qualificadoras. Não há como dar aos preceitos interpretação que leve à incoerência – o homicídio simples não é crime hediondo, mas o atentado violento ao pudor, sem as ocorrências citadas, o é” (fls. 338).

3.2. *Data venia*, tenho que a interpretação acertada é a que reputa hediondo somente o atentado violento ao pudor – raciocínio que se estende ao crime de estupro – qualificado pelo resultado **morte** ou **lesão corporal**.

A leitura do rol dos crimes considerados hediondos mostra-nos que o legislador reservou tratamento mais severo, na maior parte das hipóteses, às formas mais graves dos delitos que previu:

a) homicídio, *quando praticado em atividade típica de grupo de extermínio*, ainda que cometido por um só agente, e homicídio *qualificado* (art. 1°, I);

b) latrocínio, que é *figura qualificada pelo resultado do crime e roubo* (art. 157, § 3°, *in fine*, do CP) (art. 1°, II);

c) extorsão *qualificada pela morte* (art. 1°, III);

d) extorsão mediante seqüestro e na forma *qualificada* (art. 1°, IV);

e) epidemia *com resultado morte* (art. 1°, VII);



f) falsificação, corrupção, adulteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais (art. 1º, VII-B).

Quanto aos crimes de estupro e atentado violento ao pudor, guardou o *nomen iuris* dos crimes, abrindo, em seguida, parêntese para especificar, nos dois casos e após remissão aos respectivos artigos do Código Penal (arts. 213 e 214), "e sua combinação com o art. 223, caput e parágrafo único."

ALBERTO SILVA FRANCO, apoiando-se nos ensinamentos do Des. **GERALDO ROBERTO DE SOUZA**, entende que as figuras simples, tanto do estupro, como do atentado violento ao pudor, não foram considerados crimes hediondos pela Lei nº 8.072/90:

"E sobram razões no sentido desse entendimento, conforme considerações feitas pelo Des. Geraldo Roberto de Souza, do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, nesses termos:

(...)

Já houve interpretação no sentido de que o tipo básico (*estupro e atentado violento ao pudor*) também deva ser considerado crime hediondo. Não é a melhor exegese. O legislador, nesse caso, deixou antes e fora dos parênteses só o *nomen iuris* (estupro, atentado violento ao pudor); abriu imediatamente o parêntese, significando que introduziu esclarecimento, explicação a esses termos, obviamente por não lhe bastar a citação pura e simples do *nomen iuris* do tipo penal. Aberto o parêntese, o legislador menciona os números dos artigos (213 e 214, respectivamente), mas não é só o que pretende explicar, pois acrescenta 'e sua combinação com o art. 223, caput e parágrafo único'. A novidade é esta expressão grifada, que *formalmente* (e em virtude da conjunção aditiva e) parece somar aos arts. 213 e 214 as formas qualificadas do *caput* do art. 223 (resultado: lesão corporal grave) e do parágrafo único (resultado: morte). Mas na verdade a nova expressão é *conceitualmente* a mesma que *combinado com*, muito mais usada na linguagem jurídica, tanto na doutrina, como na jurisprudência e na lei. Não se trata, portanto, de coordenação entre substantivos, mas de verdadeira subordinação de categorias diversas. O fato mesmo de o legislador não ter apostado o termo *caput* ao número dos arts. 213 e 214, como fez antes no inciso IV com o art. 159 e agora faz com o art. 223; e de não ter acrescentado ao *nomen iuris* a expressão e na forma qualificada, antes e fora do parêntese,



como antes fez no inciso IV, denota que não está relacionando com o tipo básico (estupro e atentado violento ao pudor) as formas qualificadas do art. 223 e do seu parágrafo único, como se fossem figuras somadas, mas, ao contrário, está integrando a redação do tipo básico com as orações subordinadas que compõem o *caput* e o parágrafo único do art. 223, assim: ‘Constranger mulher à conjunção carnal, mediante violência, pena tal, se da violência ou do fato resulta respectivamente lesão corporal de natureza grave ou morte’. Em suma, aquele *e sua combinação com*, a saber, a combinação do teor do tipo básico com o teor de suas formas qualificadas, vale o mesmo que ‘extorsão qualificada’ (substantivo adjetivado), como se o legislador tivesse redigido ‘estupro combinado com’ ou ‘estupro qualificado’ (substantivo + adjetivo), figura una.

Não importa que a redação original no art. 1º da Lei 8.072/90 tenha escrito *caput* em seguida ao art. 213. Já não escrevera em seguida ao art. 214. Sua oposição hoje seria até indevida, porque esses artigos estão sem incisos e sem parágrafo. É verdade que, à época da redação original do art. 1º da Lei 8.072/90, os arts. 213 e 214 apresentavam um parágrafo único, que foi revogado em 1996, mas o que conta é a redação atual e a interpretação de que o *e* depois dos arts. 213 e 214, na Lei dos Crimes Hediondos, não soma as formas qualificadas ao tipo básico, mas apenas participa de redação inovadora, que substitui a forma mais corrente e usual de ‘combinado com’ ou mesmo ‘qualificado’, por ‘e sua combinação com’.

De outra parte, é indiferente que o art. 9º da Lei 8.072/90 tenha mantido o termo *caput* depois do art. 213. As considerações acima se sustentam, mesmo porque não teria cabimento que um dispositivo que apenas determina uma causa de aumento de pena (art. 9º) viesse modificar a classificação dos crimes hediondos estabelecida por art. específico (o art. 1º), tão-só por inadvertência de sua redação que deveria ter sido igualmente alterada pela Lei 8.930/94, como foi o art. 1º da Lei 8.072/90.’

Aliás, o Superior Tribunal de Justiça tem interpretado, de forma quase pacífica, que o art. 9º da Lei 8.072/90 só é aplicável em relação ao estupro qualificado pelo resultado e não ao estupro simples, o que significa que aquele é hediondo e este não exibe esse rótulo (...).”⁵

O que me reforça o convencimento e, desde o princípio, me relevou a atenção, foi a combinação de duas circunstâncias. A primeira, a imperatividade da interpretação **restrita** de normas que reduzam a amplitude de direitos fundamentais, *in casu* a liberdade individual, sobretudo daquelas que instituem o mais rigoroso regime jurídico-penal vigente no país, as da Lei nº

⁵ FRANCO, Alberto Silva. *Crimes hediondos*. 4. ed. rev. atual. ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p.237-8.



8.072/90. A segunda, o fato mesmo de a discussão ter desnudado a complexidade e as dificuldades teóricas do tema, como tais de todo em todo incompatíveis com a idéia de um sentido normativo claro, que prescindisse do recurso ao velho princípio da solução hermenêutica mais favorável à liberdade. O acórdão proferido no autos do **HC n° 81.288**, desenvolveu-se por longas setenta e sete páginas. Ora, ninguém alterca por quase oitenta páginas para provar o apodítico! Então, é que dúvida havia e, séria, devia resolvida *pro libertate*.

4. De todo modo, o tema não se resume ao disposto no inc. VI, do art. 1º, da Lei n° 8.072/90, mas encerra questão da aplicabilidade da **causa de aumento da penas**, prevista no art. 9º, ao crime de atentado violento ao pudor:

“**Art. 9º.** As penas fixadas no art. 6º para os crimes capitulados nos artigos ... **214 e sua combinação com o art. 223, caput e parágrafo único**, todos do Código Penal, são **acrescidas de metade**, respeitado o limite superior de 30 (trinta) anos de reclusão, **estando a vítima em qualquer das hipóteses referidas no art. 224⁶** também do Código Penal”. (grifos nossos).

Tal causa de aumento da pena, pelas mesmas razões, aplica-se tão-somente ao crime de atentado violento ao pudor qualificado pelo resultado (morte ou lesões corporais graves), ou, o que é dizer o mesmo, somente quando

⁶ Art. 224. Presume-se a violência, se a vítima: a) não é maior de 14 (quatorze) anos; b) é alienada ou débil mental, e o agente conhecia esta circunstância; c) não pode, por qualquer outra causa, oferecer resistência.



seja praticado o crime descrito no art. 214, cc. o art. 223, *caput* e § único, todos do Código Penal.

5. Sustenta o impetrante, ainda, a inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90,⁷ que veda a progressão de regime, sem prejuízo da alegação de que o dispositivo teria sido revogado pela Lei nº 9.455/97.

O texto é o seguinte:

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

I – anistia, graça e indulto;

II – fiança e liberdade provisória;

§ 1º. A pena por crime previsto neste art. será cumprida integralmente em regime fechado.

§ 2º. Em caso de sentença condenatória, o juiz decidirá fundamentadamente se o réu poderá apelar em liberdade.” (grifei)

Em 1992, o Plenário fixou precedente no julgamento do **HC nº 69.657-SP**, que recebeu a seguinte ementa:

HABEAS CORPUS. LEI DOS CRIMES HEDIONDOS. PENA CUMPRIDA NECESSARIAMENTE EM REGIME FECHADO. CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 2. PAR. 1. DA LEI 8072.

Tráfico ilícito de entorpecentes. Condenação, onde o art. 2º, § 1º da Lei 8.072/90, dos crimes hediondos, impõe o 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

⁷ Sobre os “equivocos e casuísmos” de que padece a Lei n. 8.072/90 desde suas origens até sua redação atual, vale à pena a leitura de LEAL, João José. Lei dos crimes hediondos ou *direito penal da severidade*: 12 anos de equivocos e casuísmos. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v.40, out-dez.2002, p.154 e ss.

juiz

individual à fixação da pena, sobretudo no que se refere à intensidade da mesma.

Habeas corpus indeferido por maioria.

Nesse julgamento, ficaram vencidos o Relator, Min. **MARCO AURÉLIO** e o Min. **SEPÚLVEDA PERTENCE**. Relator para o acórdão foi o Min. **FRANCISCO REZEK**, acompanhado por **MOREIRA ALVES**, **NÉRI DA SILVEIRA**, **OCTAVIO GALLOTTI**, **PAULO BROSSARD**, **CELSO DE MELLO**, **CARLOS VELLOSO** e **ILMAR GALVÃO**.

A tese vencedora subtraiu ao âmbito do princípio da individualização da pena o momento da execução, limitando-o ao ato da dosimetria.

Mas o Min. **MARCO AURÉLIO** ponderou, a meu juízo, com razão, que:

“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.” (fls. 420)



E advertiu o Min. **SEPÚLVEDA PERTENCE**:

“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 art. 5º, que diz respeito ao estabelecimento penitenciário em que se cumprirá a privação da liberdade e não às formas alternativas do aprisionamento propiciadas pelo regime legal de progressão da penas.” (437).

O entendimento vencedor tampouco escapou à censura doutrinária. **MARIA LÚCIA KARAM** foi incisiva a respeito:

“Os argumentos, acenados pela corrente que se tornou prevalecente no Supremo Tribunal Federal, no sentido de que o princípio da individualização se satisfaria e se esgotaria na definição da quantidade da pena, não impedindo que o legislador ordinário retirasse do juiz qualquer discricionariedade na fixação do regime prisional, simplesmente excluem a execução da pena privativa de liberdade do alcance daquele princípio.

Com isso, subtrai-se campo de atuação à norma constitucional, assim, inquestionavelmente, sendo-lhe retirada eficácia, para permitir ao legislador ordinário uma regulação da execução da pena privativa de liberdade à margem da ordem constitucional, como se, exatamente ali, onde a pena encontra seu momento de maior concreção, fosse autorizado ao legislador ordinário ignorar a particularização operada na pena concretamente imposta, para, com disposições de caráter genérico, retornar ao momento anterior de sua cominação abstrata, como se o comando constitucional que lhe determina assegurar a individualização da pena pudesse, exatamente neste momento de maior concreção, de maior personalização, ser pura e simplesmente afastado.”⁸

A Constituição Federal, ao criar a figura do **crime hediondo**, assim dispôs no art. 5º, XLIII:

“a lei considerará **inafiáveis 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

⁸ KARAM, Maria Lúcia. Regimes de cumprimento da pena privativa de liberdade. “In”: *Escritos em homenagem a Alberto Silva Franco*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p.315-6.

17

respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem”. (grifei)

Excepcionou, portanto, de modo nítido, da **regra geral** da liberdade sob fiança e da possibilidade de graça ou anistia, dentre outros, os crimes hediondos, vedando-lhes apenas com igual nitidez: a) a liberdade provisória sob fiança; b) a concessão de graça; c) a concessão de anistia.

Não fez menção nenhuma a vedação de progressão de regime, como, aliás - é bom lembrar -, tampouco receitou tratamento penal *stricto sensu* (sanção penal) mais severo, quer no que tange ao incremento das penas, quer no tocante à sua execução.

Preceituou, antes, em dois incisos:

“XLVI - a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes (...);

...
XLVIII - a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado”. (grifei)

É, pois, norma constitucional que a pena **deve ser individualizada**, ainda que nos limites da lei, e que sua execução em estabelecimento prisional **deve ser individualizada**, quando menos, **de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado**.

Evidente, assim, que, perante a Constituição, o **princípio da individualização da pena** compreende: a) proporcionalidade entre o crime praticado e a sanção abstratamente cominada no preceito secundário da norma penal; b) individualização da pena aplicada em conformidade com o ato singular praticado por agente em concreto (dosimetria da pena); c) individualização da

~

sua execução, segundo a dignidade humana (art. 1º, III), o comportamento do condenado no cumprimento da pena (no cárcere ou fora dele, no caso das demais penas que não a privativa de liberdade) e à vista do delito cometido (art. 5º, XLVIII).

Logo, tendo predicamento constitucional o **princípio da individualização da pena** (em abstrato, em concreto e em sua execução), exceção somente poderia aberta por norma de igual hierarquia nomológica.

*“A imposição de um regime único e inflexível para o cumprimento da pena privativa de liberdade”, nota **MARIA LÚCIA KARAM**, “com a vedação da progressividade em sua execução, atinge o próprio núcleo do princípio individualizador, assim, indevidamente retirando-lhe eficácia, assim indevidamente diminuindo a razão de ser da norma constitucional que, assentada no inciso XLVI do art. 5º da Carta de 1988, o preconiza e garante”.⁹*

Já sob este aspecto, falta, pois, legitimidade à norma inserta no § 1º do art. 2º da Lei nº 8.072/90.

Mas não é só.

Quando o constituinte reservou o tratamento excepcional (no sentido primário de *exceção*) aos crimes hediondos, não lhes vetou progressão de regime (forma de individualização da execução da pena), nem impôs outra restrição qualquer à incidência da regra da individualização.

J.J. GOMES CANOTILHO, ao cuidar do *regime das leis restritivas de direitos fundamentais*, ensina que compreende ele três instâncias:



1ª. delimitação do âmbito de proteção da norma; 2ª. averiguação do tipo, natureza e finalidade da restrição; e, 3ª. controle da observância dos limites estabelecidos pela Constituição às leis restritivas (problema do limite de limites).¹⁰ Tais instâncias funcionam como critérios de interpretação-aplicação das normas restritivas de direitos, liberdades e garantias.

Dentro do âmbito da 3ª instância – limite de limites – enquadra-se a exigência de autorização de restrição expressa, que, nas palavras do eminente constitucionalista português, “*tem como objectivo obrigar o legislador a procurar sempre nas mesmas normas constitucionais o fundamento concreto para o exercício de sua competência de restrição de direitos, liberdades e garantias, e criar segurança jurídica nos cidadãos, que poderão contar com a inexistência de medidas restritivas de direitos fora dos casos expressamente considerados pelas normas constitucionais como sujeitos a reserva de lei restritiva.*” E, acrescenta, “*a exigência de autorização constitucional expressa visa exercer uma função da advertência (Warnfunktion) relativamente ao legislador, tornando-o consciente do significado e alcance da limitação de direitos, liberdades e garantias, e constituir uma norma de proibição, pois sob reserva de lei restritiva não se poderão englobar outros direitos salvo os autorizados pela Constituição.*”¹¹

⁹ KARAM, Maria Lúcia. Regimes de cumprimento da pena privativa de liberdade. “In”: *Escritos em homenagem a Alberto Silva Franco*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p.314.

¹⁰ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 2ª ed., Coimbra: Almedina, 98, p. 411.

¹¹ *Idem*, p.412.



A autorização constitucional para a restrição de direitos deve, pois, ser observada à risca pelo legislador, sob pena de entrar em contraste com a Constituição.

De modo que não resiste a tal exigência a vedação de progressão de regime prevista no dispositivo controverso, que deve, por ambos os fundamentos, ser declarado inconstitucional.

Ademais, conforme acentuado por **ALBERTO SILVA FRANCO**, “o sistema progressivo é, em verdade, o precipitado lógico, a decorrência natural, o resultado prático de alguns princípios constitucionais inseridos na Constituição Federal. **É o ponto de interseção em que se conectam os princípios da legalidade, da individualização e da humanidade da pena.**”¹² “O princípio da individualização da pena”, prossegue, “garante, em resumo, uma pena particularizada, pessoal, distinta e, portanto, inextensível a outro cidadão, em situação fática igual ou assemelhada.”¹³ Pondera: “mais importante do que a sentença em si é o seu cumprimento, porque é na execução que a pena, cominada em abstrato pelo legislador e ajustada pelo juiz à situação singular, encontra o seu momento de maior concreção. É aí que o processo de individualização chega à sua derradeira etapa: a da pena real que adere, de modo definitivo, à pessoa do condenado.”¹⁴

Ensina, ainda, que os objetivos do sistema progressivo de execução da pena – parte essencial da individualização da mesma – tem triplo objetivo: “a) a diminuição gradativa do tónus da pena; b) o estímulo à boa

¹² FRANCO, Alberto Silva, ob. cit., p.161. 

conduta, e c) a obtenção paulatina da reforma moral do recluso e sua conseqüente preparação para a vida em liberdade.”¹⁵

E conclui, em nosso entender, acertadamente, que “excluir, portanto, o sistema progressivo, também denominado ‘sistema de individualização científica’, da fase de execução é impedir que se faça valer, nessa fase, o princípio constitucional da individualização da pena. Lei ordinária que estabeleça regime prisional único, sem possibilidade de nenhuma progressão atenta, portanto, contra tal princípio, de indiscutível embasamento constitucional.”¹⁶

Deveras, a aniquilação do sistema progressivo conflita com o princípio da humanidade da pena (art. 5º, III, XLVII e LXIX, da CF), transformando-lhe a finalidade “numa resposta estatal que paga o mal causado com um mal, de igual ou superior intensidade, dela eliminando não apenas qualquer intento ressocializador (que pode ter expressão até na tentativa de evitar um processo dessocializador), mas também o mínimo ético que é exigível na execução penal.”¹⁷

O mesmo entendimento é perfilhado por **TUPINAMBÁ PINTO DE AZEVEDO**, para quem

- “a) norma constitucional que cerceia direitos ou garantias deve ser interpretada restritivamente, inclusive pelo legislador ordinário;
- b) o princípio da individualização da pena deve ser observado também na fase de execução, sendo absolutamente ilegítima a

¹³ Idem, p.163.

¹⁴ Idem, p.164.

¹⁵ Idem, p.165.

¹⁶ idem, p.165.

¹⁷ Idem, p.168



consideração de fato delituoso para fins de concessão dos benefícios executórios.”¹⁸

Acresça-se que o **Pacto de São José da Costa Rica**, promulgado pelo Decreto n° 678, de 6 de novembro de 1992, não só veda a submissão de qualquer pessoa a penas desumanas ou degradantes (art. 5, n° 2), como fixa os escopos que devem orientar a disciplina legal e a execução das penas privativas de liberdade, *verbis*:

“As penas privativas de liberdade devem ter por finalidade essencial a reforma e a readaptação social dos condenados.” (art. 5, n° 6).

Independentemente do grau hierárquico que na escala nomológica se atribua aos dispositivos oriundos de tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil – refiro-me ao significado do disposto no § 2° do art. 5° da Constituição Federal –, o fato é que a norma é posterior à Lei n° 8.072/90 e se mostra de todo incompatível com seu art. 1°, § 1°, em sendo evidente que a proibição da progressão de regime impede a reforma e a readaptação social dos condenados.

É bom não esquecer ainda que a Lei de Execuções Penais (Lei n° 7.210/84), no art. 1°, estatui que *“a execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado”* (grifei).

ALBERTO ZACHARIAS TORON, em percuciente crítica da Lei n° 8.072/90, aponta o profundo divórcio entre a disciplina da Lei n° 8.092/90 e os

¹⁸ AZEVEDO, Tupinambá Pinto de. Crimes hediondos e regime carcerário único: novos motivos de inconstitucionalidade. “In”: CARVALHO, Salo de (org.). *Crítica à execução penal*: doutrina,



princípios que governam a execução penal. Ao analisar as restrições às medidas penais previstas na lei (elevação das penas, inclusive do estupro e do atentado violento ao pudor, e supressão do regime progressivo), afirma que:

“apontam para um reforço da retribuição fora dos marcos da proporcionalidade quando se comparam os novos patamares punitivos estabelecidos pela lei em estudo, com as penas fixadas para outros delitos. Dessa maneira, impondo-se uma reprimenda em todos os sentidos severa, veicula-se no âmbito da sociedade uma visão de rigor que, ao mesmo tempo, deveria atuar como contra-estímulo a novas ações delitivas.” E, arremata, “no plano do agente criminoso e a despeito do Pacto de São José da Costa Rica, **despreza-se por inteiro a prevenção positiva, pois, ao se expungir o sistema progressivo, prestigiou-se a custódia com efeito neutralizador.** Vale dizer, descendo-se da ressocialização, joga-se na única coisa aparentemente certa: enquanto preso, o delinqüente não ameaça os bens juridicamente protegidos e, enfim, preserva-se a paz social.”¹⁹ (grifei).

Tão incongruente com o princípio da individualização da pena, da readaptação dos condenados, tão ilógica e irracional se desvela a disciplina instaurada pela chamada Lei dos Crimes Hediondos, que, hoje, temos situação insólita: o condenado por crimes hediondos não pode progredir no regime, mas pode obter livramento condicional, tanto que cumpridos três quartos da pena (art. 83, V, CP – inciso acrescentado pela própria Lei nº 8.072/90).²⁰ Ou seja, **sem que se possa avaliar o seu grau de ressocialização e/ou proporcionar ao condenado condições para sua harmônica integração social por meio da**

jurisprudência e projetos legislativos. RJ: Lumen Juris, 2002, p.588, grifos do original.

¹⁹ TORON, Alberto Zacharias. *Crimes hediondos: o mito da repressão penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, p.133, grifei. Cf., no mesmo sentido, CERNICCHIARO, Luiz Vicente. *Pena: cumprimento integral em regime fechado*. “In”: *Escritos em homenagem a Alberto Silva Franco*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p.291.

²⁰ No mesmo sentido, Min. MARCO AURÉLIO, *verbis*: “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.” (HC 69.657-1, fls. 417).



progressão para regimes menos severos (semi-aberto e aberto), sai ele diretamente de estabelecimento prisional de segurança máxima (art. 3º da Lei nº 8.072/90) para as ruas!

Concluo com as palavras de **LUIZ VICENTE CERNICCHIARO**:

*“Só se aprende a viver em sociedade vivendo na sociedade!”*²¹

6. Tenho, em conseqüência, por prejudicada a questão da derrogação do § 1º do art. 2º da Lei nº 8.072/90, pela Lei nº 9.544/97.

7. Mas outra questão, não versada no voto do ilustre Relator, chamou-me a atenção. Trata-se da aplicação (cf. fls. 23 = 62 xerocopiada), ao crime praticado pelo paciente, da causa de aumento de pena prevista no art. 226, III, do Código Penal, *verbis*:

“Art. 226. A pena é aumentada da quarta parte:

...
III – se o agente é casado”.

Conforme observou **NELSON HUNGRIA**, à luz da então vigente regra constitucional de indissolubilidade, *“a razão da majorante está na impossibilidade, por parte do agente, de reparar o mal pelo subseqüente matrimônio. Como acertadamente adverte Noronha, a especial agravante*

²¹ CERNICCHIARO, Luiz Vicente. Pena: cumprimento integral em regime fechado. “In”: *Escritos em homenagem a Alberto Silva Franco*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p.291.



subsiste ainda no caso de ser o agente desquitado, pois o desquite não rompe o vínculo conjugal".²²

Ocorre que, desde a Emenda nº 9, de 1977, com a admissibilidade constitucional do desfazimento do vínculo, agora incorporada ao novo Código Civil (art. 1.571), o só fato de ser o agente casado já não impede a reparação do mal por casamento. Esvaiu-se a **ratio iuris** da norma agravante!

A questão que se propõe, então, é esta: **continuará ela a vigor com base noutra ratio?**

Receio que não.

Do ponto de vista do bem jurídico tutelado pelas normas incriminadoras, descritas nos arts. 213 a 222, qual seja, a **liberdade sexual**, ser o agente casado em nada implica ofensa mais grave ou exacerbação do dano causado à vítima, nem tampouco impossibilidade de repará-lo, segundo a concepção de 1940, aliás eminentemente patriarcal, porque centrada na idéia de que a reparação do crime de estupro, por exemplo, se adscreveria ao casamento do agente com a vítima.

Mas as outras hipóteses de causa de aumento da pena previstas no mesmo dispositivo – ser o crime cometido com o concurso de duas ou mais pessoas (inc. I) e, praticado por quem detenha título de autoridade sobre a vítima, como ascendente, pai adotivo, padrasto, irmão, tutor ou curador, preceptor ou empregador, etc. (inc. II) – guardam, todas, nexos de pertinência com o objeto jurídico tutelado, a liberdade sexual da vítima, assim porque lhe

²² HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. 3ed., Rio de Janeiro: Forense, 1956, v. VII,



agravam o dano (inc. I), como porque, praticado o delito por pessoa que tenha especial dever de proteção e vigilância relativamente ao bem jurídico tutelado, o caso envolve sempre abuso de relação de confiança oriunda de vínculo familiar, civil ou profissional, colhendo a vítima em situação de desvantagem (inc. II).²³

Ora, tais nexos lógico-normativos entre o bem jurídico tutelado e as causas de aumento da pena já se não encontram nem descobrem na hipótese do aumento por ser o *agente casado*, cuja condição de per si não avulta o dano imposto à vítima, não corrompe dever de proteção e vigilância, nem induz abuso de relação de confiança.

Poder-se-ia excogitar que o aumento visaria a tutelar, indiretamente, o *dever de fidelidade conjugal*, nos casos de crime em que, como o do previsto no art. 213, sua prática importe violação de tal dever.

O argumento é pobre. E é-o por várias razões: a) quando a prática do crime supõe necessariamente conjunção carnal, configura-se, em concurso formal, o crime de adultério (art. 240 Código Penal), que já tutela de forma autônoma a violação do dever de fidelidade, não se prestando a esfera dos crimes contra a liberdade sexual à proteção do mesmo dever; b) se se entendesse doutro modo, a punição do autor, agravada nos termos do art. 226, III, do Código Penal, seria sempre superior à pena cominada para o próprio crime de adultério (detenção, de 15 dias a 6 meses),²⁴ o que conduziria à

p.250-1.

²³ Cf., neste sentido, HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. 3ed., Rio de Janeiro: Forense, 1956, v. VII, p.248-9.

²⁴ De fato, tomando por critério de comparação a pena mínima cominada a cada um dos tipos sujeitos à causa de aumento (arts. 213 a 220 do Código Penal) e calculando um quarto de cada



absurda situação de a *circunstância* de um crime determinar pena maior do que a prevista para a prática do crime em si; e, c) por fim, alguns dos crimes aos quais se aplicaria a causa de aumento não compreendem violação do dever de fidelidade, como, por exemplo, o crime de assédio sexual (art. 216-A) e o de corrupção de menores, na modalidade de facilitação (art. 218), o que só confirma não ser a tutela da fidelidade conjugal a razão normativa do aumento, até porque já inspirou figura penal autônoma.

LUIS RÉGIS PRADO, pensa que, além da impossibilidade de reparar o dano pelo casamento, a causa de aumento da pena teria levado “*em consideração o fato de que o agente casado, mais do que o solteiro, tem o dever de ser guardião dos bons costumes, em nome dos interesses da sociedade, da qual sua própria família, como a da vítima, é parte integrante.*”²⁵

Objete-se desde logo que a *entidade familiar*, a qual recebe particular proteção constitucional, não se limita àquela formada em torno do *casamento*. Entidade familiar, antes, é hoje instituição que abarca não só o casamento, como também a união estável e o grupo formado por qualquer dos pais e seus descendentes (art. 226, CF). Assim, se fora em atenção à integridade da família que se exigisse do agente ser o “guardião dos bons

uma delas (o art. 226, III, manda aumentar em **um quarto** a pena aplicada), teremos que o **menor aumento será de 3 meses** (arts. 215, 216, 216-A, 220) e o **maior de um ano e meio** (arts. 213 e 214), **muito superiores, portanto, à própria pena prevista para o crime de adultério que é de 15 dias a 6 meses de detenção!**

²⁵ PRADO, Luiz Régis. *Comentários ao Código Penal*: doutrina, jurisprudência selecionada, leitura indicada. 2ed. rev. atual., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p.869.



costumes”, certamente o dispositivo hospedaria insustentável discriminação e, como tal, não teria sido recebido pelo ordenamento jurídico vigente.

Poderia, então, o legislador instituir causa de aumento da pena com fundamento na exigência de ser o homem casado o “guardião dos bons costumes”, ou, em outros termos, o simples fato de o agente ser casado e praticar crimes contra a liberdade sexual de terceiro justificaria maior reprovabilidade, por conta do vínculo conjugal, e, pois, ampliação da restrição da liberdade do ofensor? Ou, o que é o mesmo, o atentado violento ao pudor praticado por agente solteiro, divorciado, ou viúvo, é menos grave, ou menos reprovável, sob o ponto de vista da lesão sofrida pelo bem jurídico tutelado, do que o cometido por agente casado?

A questão remete-nos ainda à separação entre Moral e Direito e, especialmente, entre Moral e Direito Penal, distinção legada pelo Iluminismo. A confusão entre Moral e Direito Penal, não custa lembrar, esteve à raiz de notórias aberrações, como a criminalização do homossexualismo. Aliás, foi em torno da confusão estabelecida entre Direito Penal, Moral e religião que se elaboraram as “teorias do bem jurídico-penal” – desde **ANSELM VON FEUERBACH** até **CLAUS ROXIN** --, hoje largamente desenvolvidas e aceitas pela doutrina e pela jurisprudência, nacional e estrangeira.²⁶

Segundo recorda **GIOVANNI FIANDACA**, o renascimento dos estudos sobre o tema do bem jurídico na Alemanha Ocidental “foi, em grande parte, ocasionado pelos esforços de reforma dos delitos sexuais – isto é, de uma



matéria que, de qualquer maneira, tornou-se o 'locus classicus do interesse moderno sobre os limites do direito penal' --, mas, também, dos delitos contra a religião – setor este não menos sintomático da demonstração do nível de secularização alcançado pelo instrumento penalístico.¹²⁷

A concepção iluminista e laica, de **HOBBS**, passando por **LOCKE**, **BENTHAM**, **BECCARIA**, **MILL**, **BOBBIO** e **HART**, baseia-se na separação entre Direito e Moral. “O direito, segundo esta tese, não é – não deve ser, pois a razão jurídica não o permite, nem a razão moral o pretende – um instrumento de reforçado da moral. O seu objectivo não é o de oferecer um braço armado à moral, ou melhor, dada a existência de várias concepções morais na sociedade, a uma determinada moral. O direito tem o dever, diferente e mais limitado, de assegurar a paz e a convivência civil, impedindo os danos que as pessoas podem causar umas às outras – ne cives ad arma veniant – sem lhes impor sacrifícios inúteis ou insustentáveis.”¹²⁸

LUIGI FERRAJOLI, insiste sobre necessidade dessa separação:

“Podemos identificar esta segunda posição – a da separação axiológica entre direito e moral – com o primeiro postulado do liberalismo: ou seja, com o princípio do pluralismo moral e cultural que devemos admitir e tolerar na sociedade. **Direito e moral, com base nela, não só são, como devem permanecer sistemas deontológicos separados.** Todos estamos submetidos ao mesmo direito: é uma condição da igualdade e, antes ainda, da certeza e do próprio papel normativo do direito. Ao contrário, **nem todos temos, e nem sequer devemos ter,**

²⁶ Consulte-se, por todos, POLAINO NAVARRETE, Miguel. *El bien jurídico em el derecho penal*. Sevilla: Universidad de Sevilla, 1974.

²⁷ FIANDACA, Giovanni. O “bem jurídico” como problema teórico e como critério de política criminal. Trad. de Heloisa Estellita. *Revista dos Tribunais*, v. 776, 2000, p.410.

²⁸ FERRAJOLI, Luigi. *A questão do embrião entre direito e moral*. Revista do Ministério Público, Coimbra, ano 24, abr.jun.2003, n° 94, p.11.

[Handwritten mark]

numa sociedade liberal, as mesmas opiniões, ou crenças, ou valores morais ou culturais.

É nesta assimetria e nesta sua recíproca autonomia que se baseiam tanto o direito moderno como a ética moderna: por um lado, a moral laica fundada, em oposição à heteronomia do direito, na autonomia da consciência individual, ou seja, na tese metaética da separação da moral do direito, em virtude da qual o juízo moral sobre um facto é independente da sua qualificação jurídica; por outro, a secularização do direito e a laicidade do Estado baseadas na tese metajurídica da separação do direito da moral, em virtude da qual o direito positivo não somente é uma coisa diferente da moral, como nem sequer deve reflectir uma determinada moral, proibindo um comportamento como crime só porque é considerado pecado.

(...) O direito e o Estado, em virtude deste princípio, não encarnam valores morais e também não têm o dever de afirmar, apoiar ou reforçar a (ou uma determinada) moral ou a (ou uma determinada) cultura, mas apenas têm o dever de tutelar os cidadãos, garantindo os seus direitos. O Estado não tem portanto de se meter na vida moral dos cidadãos, defendendo ou impedindo estilos morais de vida, crenças ideológicas ou religiosas, opções ou atitudes culturais. O seu dever é apenas o de garantir a igualdade, a segurança e os mínimos vitais. (...) É precisamente nesta sua neutralidade moral, ideológica e cultural, e portanto na sua não invasão da vida privada das pessoas a não ser para proibir condutas que prejudiquem terceiros, que reside a laicidade do direito e do Estado liberal. Por isso mesmo, o direito penal foi o terreno no qual nasceu o liberalismo e ao mesmo tempo o Estado de Direito. Por isso, o princípio da ofensividade, como critério de justificação do que é punível, é um corolário do princípio liberal”.²⁹

Constituindo-se a República Federativa do Brasil em Estado Democrático de Direito, laico, fundado na dignidade da pessoa humana (art. 1º, *caput* e inc. III) e na tolerância para com cultos, crenças, consciência e opinião (art. 5º, IV e VI), à medida que não prejudiquem direitos alheios, não pode o direito positivo assumir, ou seja, impor coativamente aos cidadãos, determinada concepção moral ou “de bons costumes”, nem muito menos fazê-lo sob a

²⁹ FERRAJOLI, Luigi. *A questão do embrião entre direito e moral*. Revista do Ministério Público, Coimbra, ano 24, abr.jun.2003, n° 94, p.11-12, grifamos.

7

ameaça de restrição a direito fundamental, como a liberdade física (art. 5º, *caput*).³⁰

“Não devem”, ensina **MIGUEL REALE JÚNIOR**, “em um Estado de Direito Democrático constituir valores penalmente tutelados ou bens jurídico-penais convicções de cunho moral ou religioso, punindo-se por exemplo o homossexualismo ou a prática da quimbanda”.³¹

Vale a pena transcrever palavras de **MARIA DA CONCEIÇÃO FERREIRA CUNHA**, que, em primoroso estudo acerca das relações entre Direito Penal e Constituição, tratou dos limites que a adoção do Estado Democrático de Direito impõe ao Direito Penal:

“esta doutrina retira do conceito de Estado de direito, democrático e social, constitucionalmente consagrado, um princípio geral, de onde decorrem três indicações básicas, as primeiras de tipo negativo e a última, sua conseqüências, de tipo positivo, para a delimitação da área criminalizável: **Do princípio da liberdade e da tolerância** – da máxima liberdade individual compatível com a liberdade alheia e, assim, da máxima tolerância compatível com uma vida em comum – **decorre a exclusão da legitimidade do Direito Penal para tutelar valores puramente morais, religiosos ou ideológicos** (em si e por si mesmos considerados) cujo desrespeito não cause verdadeiros danos sociais; para tutelar meras intenções não exteriorizadas em factos, cuja punição redundaria numa intromissão na liberdade de consciência individual; e, assim, uma legitimidade criminalizadora limitada à tutela de condições *básicas* para a vida em comum, sendo certo que, numa sociedade democrática, pluralista e compromissória, estas condições não podem identificar com aqueles valores puramente morais ou ideológicos...

³⁰ Sequer poderia ser veículo de implementação de políticas sociais – vício da legislação penal contemporânea –, o que não passa de falácia essa utilização “na medida em que a resposta penal a uma determinada demanda social nada mais é que uma forma de fugir à responsabilidade de atender efetivamente a essa demanda” (PASCHOAL, Janaina Conceição. *Constituição, criminalização e direito penal mínimo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p.126).

³¹ REALE JÚNIOR, Miguel. *Instituições de direito penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, v. 1, p.25.

✓

Seria importante acentuar este aspecto: em sociedades democráticas, cuja essência reside no princípio da liberdade, ligado à exigência de respeito pela dignidade humana (de todo e qualquer homem, qualquer que sejam as suas particulares convicções e modo de vida); sociedades que não se baseiam num monismo axiológico, mas que promovem até 'a diversidade ética como algo intrinsecamente valioso', sociedades pluralistas e, necessariamente compromissórias, não se poderia vir defender ser a moral e a ideologia maioritária (mesmo que bastante dominante), em si e por si mesma considerada – ou seja, desligada de eventuais efeitos danosos para outros valores considerados básicos – um bem jurídico penal ancorado constitucionalmente, assim como não se poderia defender a punição de meras intenções, não competindo ao Estado exercer o papel de conformador ou tutor moral dos cidadãos, mas, apenas, a menos ambiciosa função de preservação dos bens essenciais para uma vida em comunidade. Até porque, o valor da liberdade individual e tolerância se sobrepõem, como mais essenciais, à moral dominante (...). O mandato de tolerância exige do Estado, principalmente em matérias discutidas no aspecto religioso ou ideológico, prescindir de regulamentações jurídicas, desde que a capacidade funcional da convivência social tenha por *imprescindível* uma intervenção do legislador. Também Figueiredo Dias sublinha a necessidade de distinção entre Direito e moral, com a conseqüente **expurgação do Direito Penal de todas as 'excrecências moralistas'** salientando ser esta uma exigência da **própria moral**. Assim, defende-se um princípio de imanência social, no sentido de que o Direito Penal não deverá perseguir finalidades transcendentais, mas permanecer 'fiel à terra' e às suas necessidades; assim como se defende o 'princípio do consenso' na determinação dos factos a criminalizar".³²

GIOVANNI FIANDACA filia-se neste mesmo pensamento, ao postular que "*princípios de indiscutível relevo constitucional, como o direito à liberdade moral, à livre manifestação do pensamento, o princípio de tolerância ideológica e de tutela das minorias, impedem que se transforme o Direito Penal de um Estado Democrático em tutor da virtude, desta forma, impõe a limitação da repressão penal somente àquelas infrações da, assim chamada, moralidade*

³² CUNHA, Maria da Conceição Ferreira. *Constituição e crime: uma perspectiva da criminalização e da descriminalização*. Porto: Universidade Católica Portuguesa, 1995, p.135-138, grifei.



*pública que sejam, de fato, socialmente danosas e que, de qualquer maneira, violem o direito à ‘autodeterminação sexual’.*³³

CLAUS ROXIN, de longa data aliás, sustentava a inadmissibilidade da criminalização de comportamentos enquanto simplesmente imorais, dentre outras razões, porque própria da democracia é a tolerância: “*o hodierno Estado democrático de direito, enquanto laico e fundado na soberania popular, não pode perseguir o aperfeiçoamento moral dos cidadãos adultos, mas deve limitar-se a assegurar as condições de uma convivência pacífica.*”³⁴

Em tal perspectiva, não só não pode o Direito predefinir quais sejam os “bons costumes”, como, se pudera, não lhe seria dado eleger a pessoa casada, exclusivamente, como guardiã de tais valores morais, impondo-lhe maior restrição à liberdade, quando praticasse crimes, suposto aqueles que visam a proteger a liberdade sexual. Ou seja, maior reprovabilidade fundada apenas no grau teórico de imoralidade do ato praticado pelo agente casado não encontraria apoio em nosso ordenamento jurídico.

Por outro lado, se é verdade que – e é - o ordenamento jurídico num Estado Democrático de Direito laico e que tem por vocação a indulgência para com as diferenças – o que é, aliás, uma das festejadas qualidades da cultura e da alma brasileiras – somente pode imiscuir-se na vida privada para “*para proibir comportamentos que prejudiquem terceiros*”, nisto residindo sua laicidade, é força concluir pela incompatibilidade da causa de aumento em

³³ FIANDACA, Giovanni. O “bem jurídico” como problema teórico e como critério de política criminal. Trad. de Heloisa Estellita. *Revista dos Tribunais*, v. 776, 2000, p.428, grifei.

³⁴ *Apud* ESTELLITA, Heloisa. *Tutela penal e as obrigações tributárias na Constituição Federal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p.39.



exame com tais postulados, porque o fato de o agente ser casado não redundava em maior prejuízo à vítima dos crimes contra a **liberdade sexual**.

MARIÂNGELA GAMA DE MAGALHÃES GOMES, citando **NILO BATISTA**, assevera que, dentre as quatro funções atribuídas ao princípio da ofensividade que estrutura a intervenção penal, a quarta significa a proibição da incriminação de condutas desviadas, *“ou seja, orientadas em direção oposta àquela aprovada pela coletividade, que não afetem qualquer bem jurídico; esta proibição funda-se no chamado ‘direito à diferença’, de práticas e hábitos de grupos minoritários que não podem ser criminalizados”*.³⁵

Como observa com acuidade **GIOVANNI FIANDACA**, é precisamente no campo dos delitos sexuais que se deve observar com mais rigor a separação entre Direito e Moral, pois *“quanto più la vita di una comunità si ispira a precetti universalmente accettati, che fissano rigidamente anche gli ambiti delle manifestazioni sessuali lecite, tanto più forte sarà la tentazione di identificare i delitti sessuali con i delitti contro la morale e di far coincidere, perciò, crimine e peccato; la distinzione di principio tra azione delittuosa, da un lato e azione semplicemente immorale, dall’altro, sarà invece più marcata nella misura in cui predominino in una determinata comunità sociale concezioni laiche ispirate al pluralismo ideologico”*.³⁶

³⁵ FIANDACA, Giovanni. I reati sessuali nel pensiero di Francesco Carrara: un onorevole compromesso tra audacia illuministica e rispetto per la tradizione. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, v.31, 1988, p.428.

³⁶ FIANDACA, Giovanni. I reati sessuali nel pensiero di Francesco Carrara: un onorevole compromesso tra audacia illuministica e rispetto per la tradizione. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, v.31, 1988, p.904.

Mas, continua o professor italiano, “*al diritto penale non spetta ergersi a tutore della virtù morale dei cittadini, onde non dovrebbe mai essere elevato a delitto un fatto pur eticamente condannabile ma privo di apprezzabili conseguenze dannose a carico di terzi*”.³⁷ Concluindo que, na esfera dos delitos sexuais, tal qual fez **CARRARA** em seu *Programma*, deve-se evitar “*il più possibile la confusione tra magistero punitivo e sfera morale*”, assumir “*la libertà/integrità della singola persona umana a oggetto di tutela delle norme che incriminano condotte di violenza sessuale*” e “*nel problematizzare la necessità e/o meritevolezza di pena con riguardo ai comportamenti che, privi di conseguenze tangibili nei confronti di vittime ben determinate, si considerato tradizionalmente offensive di quel bene-fantasma che continua ancor oggi a essere evocato con la ‘diafana’ etichetta ‘moralità pubblica’*”.³⁸

Em suma, não implicando maior ofensividade ao bem jurídico tutelado e, ademais, tendo perdido a razão normativa, que estava na indissolubilidade do vínculo matrimonial, a causa de aumento aparece claro como mero julgamento ético desfavorável ao agente casado, tarefa que, certamente, não incumbe ao Direito e, muito menos, ao Direito Penal.

Por tais razões, afasto o aumento de pena imposto ao paciente com base no art. 226, III, CP, anulando o título condenatório nesse capítulo, para determinar ao magistrado que proceda a nova adequação da pena.

³⁷ Ibid., p.906.

³⁸ Ibid., p.919.

8. Do exposto, acompanho o Relator no entendimento de que, na forma simples, o crime de atentado violento ao pudor não é hediondo, não se lhe aplicando, portanto, o respectivo regime jurídico, nem tampouco a causa de aumento de pena prevista no art. 9º da Lei nº 8.07/90. E faço-o, sem prejuízo de entender, seguindo ainda o Relator, que o disposto no § 1º do art. 2º desse diploma é inconstitucional, preexcluído, o exame da questão atinente à derrogação da norma pela Lei nº 9.455/97. E concedo por fim a ordem, para, cassando o acórdão proferido pelo Superior Tribunal de Justiça, garantir ao paciente, não só o direito à progressão de regime, mas também, a inaplicabilidade da causa de aumento prevista no art. 226, inciso III, do Código Penal.



18/12/2003

TRIBUNAL PLENO

HABEAS CORPUS 82.959-7 SÃO PAULO**RELATOR : MIN. MARCO AURÉLIO**

PACIENTE(S) : OSEAS DE CAMPOS

IMPETRANTE(S) : OSEAS DE CAMPOS

COATOR(A/S)(ES) : SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

COATOR(A/S)(ES) : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

EXPLICAÇÃO

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) - Na condição de relator, acompanharia, com convencimento, o voto proferido pelo ministro Cezar Peluso quanto à causa de aumento. Agora, pelo trecho que foi enxertado na inicial, manuscrita - talvez seja de pessoa que tenha o costume de fazer peças em benefício dos reclusos -, não contamos com essa causa de aumento no decreto condenatório. No caso, houve a aplicação da agravante do artigo 61, II, "f" - pelo menos é o que está nesse trecho.

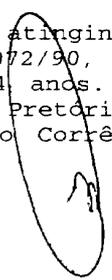
Não sei se consta do processo a decisão condenatória; existe a inserção, como eu disse, na inicial de parte da sentença, que, quanto à dosimetria, assim consigna:

"Nessas condições, e levando-se em consideração, também, que as conseqüências foram de menor monta, salvo de escandalizar as crianças, seqüelas psicológicas não aclaradas, a pena-base deve ser" - fixada - "em 06 anos e 06 meses, com o fim de adequá-la a uma justa retribuição a uma reprobatória.

Em seguida, já na segunda fase, adotando-se os fundamentos da sentença, a pena é aumentada para 07 anos, em decorrência da circunstância agravante prevista no artigo 61, inc. II, "f", do Código Penal.

Ao final, a reprimenda é acrescida de metade, atingindo 10 anos e 06 meses em razão do artigo 9º da Lei nº 8.072/90, já que os crimes foram perpetrados contra menores de 14 anos. A respeito do tema, a Colenda Segunda Turma do Excelso Pretório, no julgamento do HC nº 74.780/RJ, Rel. Min. Maurício Corrêa, deixou sufragado o seguinte:"

E, paramos aqui.



18/12/2003

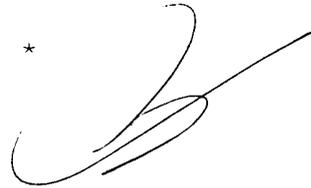
TRIBUNAL PLENO

HABEAS CORPUS 82.959-7 SÃO PAULO

CONFIRMAÇÃO DE VOTO

O SENHOR MINISTRO CARLOS AYRES BRITTO - Senhor Presidente, só queria confirmar que o fundamento do meu voto é apenas um: sou pela inconstitucionalidade da lei por vedar o regime de progressão da execução da pena.

* * * * *



PLENÁRIO

EXTRATO DE ATA

HABEAS CORPUS 82.959-7

PROCED.: SÃO PAULO

RELATOR : MIN. MARCO AURÉLIO

PACTE.(S): OSEAS DE CAMPOS

IMPTE.(S): OSEAS DE CAMPOS

COATOR(A/S)(ES): SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

COATOR(A/S)(ES): TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Decisão: Apresentado o feito em mesa pelo Relator, o julgamento foi adiado. Presidência do Senhor Ministro Maurício Corrêa. Plenário, 01.07.2003.

Decisão: Após os votos dos Senhores Ministros Marco Aurélio, Relator, e Carlos Britto, que deferiam a ordem para cassar o acórdão proferido pelo Superior Tribunal de Justiça e assentar o direito do paciente à progressão no regime de cumprimento da pena, e dos votos dos Senhores Ministros Carlos Velloso e Joaquim Barbosa, indeferindo-a, pediu vista o Senhor Ministro Cezar Peluso. Presidência do Senhor Ministro Maurício Corrêa. Plenário, 06.08.2003.

Decisão: Após os votos dos Senhores Ministros Marco Aurélio, Relator, e Carlos Britto, que deferiam a ordem para cassar o direito do paciente à progressão do regime de cumprimento de pena; dos votos dos Senhores Ministros Carlos Velloso e Joaquim Barbosa, que a indeferiam; e o do Senhor Ministro Cezar Peluso, que acompanhava o Relator e cancelava *ex officio* o aumento da pena do artigo 226, III, do Código Penal, pediu vista dos autos o Senhor Ministro Gilmar Mendes. Ausentes, justificadamente, o Senhor Ministro Celso de Mello e, neste julgamento, os Senhores Ministros Nelson Jobim e Joaquim Barbosa. Presidência do Senhor Ministro Maurício Corrêa. Plenário, 18.12.2003.

Presidência do Senhor Ministro Maurício Corrêa. Presentes à sessão os Senhores Ministros Sepúlveda Pertence, Carlos Velloso, Marco Aurélio, Nelson Jobim, Ellen Gracie, Gilmar Mendes, Cezar Peluso, Carlos Britto e Joaquim Barbosa.

Procurador-Geral da República, Dr. Cláudio Lemos Fonteles.

71 
Luiz Tomimatsu
Coordenador

02/12/2004

TRIBUNAL PLENO

HABEAS CORPUS 82.959-7 SÃO PAULO**V O T O - V I S T A****O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES:****INTRODUÇÃO**

Valho-me da síntese constante do voto do Min. Cezar Peluso, *verbis*:

"O paciente e impetrante foi acusado da prática do delito previsto no art. 214, cc. arts. 224, § 1º, I, 226, III, e 71, todos do Código Penal. Condenado, interpôs apelação, julgada pela 1ª Câmara do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que lhe deu parcial provimento para reduzir a pena a 12 anos e 3 meses de reclusão, mantido o regime integral fechado para o seu cumprimento (fls. 23).

Em writ impetrado perante o Superior Tribunal de Justiça (HC nº 23.920), argumentou o impetrante que o crime pelo qual fora condenado não poderia ser considerado hediondo, já que dele não resultara lesão corporal grave nem morte, tendo sido praticado apenas com violência presumida. Sustentou, outrossim, a inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90, que veda a progressão de regime,



HC 82.959 / SP

acrescentando, em alternativa, que tal norma teria sido revogada pela Lei nº 9.455/97.

A Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça indeferiu a ordem nos termos do voto do e. Min. **VICENTE LEAL**, em acórdão que recebeu a seguinte ementa:

'PROCESSUAL PENAL. HABEAS-CORPUS. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. INEXISTÊNCIA DE LESÃO CORPORAL GRAVE OU MORTE. VIOLÊNCIA PRESUMIDA. CRIME HEDIONDO. REGIME INTEGRALMENTE FECHADO. ART. 2º, § 1º, LEI 8.072/90. CONSTITUCIONALIDADE. NÃO REVOGAÇÃO PELA LEI 9.455/97.

- A jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça consolidou-se no sentido de que os crimes de estupro e atentado violento ao pudor, nas suas formas qualificadas ou simples, ou seja, mesmo que deles não resulte lesão corporal grave ou morte, e ainda que praticados mediante violência presumida, são considerados hediondos devendo, as suas respectivas penas serem cumpridas em regime integralmente fechado, por aplicação do disposto no art. 2º, § 1º da Lei 8.072/90.

- E na linha do pensamento predominante no Supremo Tribunal Federal, consolidou, majoritariamente, o entendimento de que a Lei nº 9.455/97, que admitiu a progressão do regime prisional para os crimes de tortura, não revogou o art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90,

HC 82.959 / SP

que prevê o regime fechado integral para os chamados crimes hediondos.

- É firme o posicionamento desta Corte, em consonância com a jurisprudência do STF, no sentido da compatibilidade da norma do art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/90 com a Constituição Federal

- *Habeas-corpus* denegado.' (DJ de 17/02/2003).

É contra este v. acórdão que se insurge agora o impetrante, reclamando, conforme o relatório, que o ato deveria ser considerado obsceno, e não, atentado violento ao pudor; que a violência presumida contra menor de quatorze anos não qualifica o crime como hediondo; que haveria ausência de fundamentação no acórdão proferido pelo Superior Tribunal de Justiça; que não quadraria aumento da pena em um sexto, por não ser a espécie crime continuado; e que seria incoerente a admissão de progressão de regime no cumprimento de pena por crime de tortura, e não, nos crimes hediondos.

Remete-se a julgados do Superior Tribunal de Justiça, segundo os quais 'os crimes de estupro e atentado violento ao pudor, na modalidade ficta (com violência presumida) não são considerados crimes hediondos' (HC nº 9345; HC nº 11.537; RESP nº 203.580), e a Lei nº 9.455/97 alcança a pena dos crimes previstos na Lei nº 8.072/90, autorizando a progressão no regime de cumprimento (HC nº 10.658).



HC 82.959 / SP

Solicitadas informações, o Superior Tribunal de Justiça enviou cópia integral do acórdão proferido no **HC nº 23.920**.

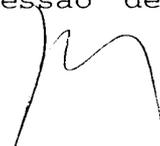
O parecer da Procuradoria-Geral da República é pelo indeferimento da ordem.

Já votaram os Ministros **MARCO AURÉLIO**, Relator, **CARLOS VELLOSO** e **CARLOS BRITTO**. O Relator, no sentido da concessão da ordem por não ser hediondo o crime de atentado violento ao pudor na forma simples. O Min. **CARLOS VELLOSO**, em antecipação de voto, é pelo indeferimento, nos termos do precedente da Corte no HC nº 81.288. O Min. **CARLOS BRITTO**, pelo deferimento, quanto à declaração de inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei nº 8.072/90, que veda progressão de regime."

Também votou pelo indeferimento o Ministro Joaquim Barbosa.

O Ministro Cezar Peluso concluiu o seu voto no sentido de não ser hediondo o crime de atentado violento ao pudor, na forma simples, e de ser inconstitucional o § 1º, do art. 2º da Lei nº 8.072, de 1990. Por conseguinte, concedeu a ordem de *habeas corpus* para garantir ao paciente não só o direito à progressão de regime, mas também, a inaplicabilidade da causa de aumento prevista no art. 226, inciso III, do Código Penal.

Pedi vista dos autos para melhor analisar a questão. Registro que devolvi os autos para julgamento em 26 de maio. O que se tem visto nos últimos meses é, em face da rediscussão pelo Supremo Tribunal Federal sobre a progressão de regime em crimes



HC 82.959 / SP

hediondos, instaurou-se um amplo debate sobre a matéria agora capitaneada pelo Governo.

DA PROGRESSÃO DE REGIME NOS CRIMES HEDIONDOS**A orientação do Supremo Tribunal Federal**

Tem-se revelado assaz polêmica na jurisprudência da Corte a interpretação do disposto no art. 5º, XLVI, da Constituição, sobre a natureza do princípio da individualização da pena. A questão tem assumido relevo em razão da expressa disposição da Lei de Crimes Hediondos, que nega a possibilidade de progressão de regime.

No julgamento do HC 69.657, DJ 18.06.1993, essa questão foi amplamente discutida, tendo restado vencedora a posição que sustentava constitucionalidade da norma da Lei nº 8.072/90 que veda a progressão de regime.

Registre-se a orientação adotada por Rezek, *verbis*:

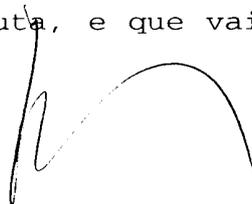
"Se o legislador ordinário estabelece, no que diz respeito à pena, algo não caracterizado pela plasticidade; se o legislador diz que no caso de determinado crime o regime da pena será necessariamente fechado, não me parece que esteja por isso sendo afrontado o princípio isonômico - mediante um tratamento 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 eminente 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 grégária, 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 lugar do Congresso, a lei dos crimes hediondos -- seguramente não lhe daríamos esse nome, e provavelmente, na esteira da melhor doutrina, não

HC 82.959 / SP

permitiríamos que ela se editasse com tantos defeitos." (RTJ 147/604-605)

Na defesa dessa posição, destaque-se também a manifestação de Celso de Mello, ao enfatizar que a norma constitucional teria como destinatário apenas o legislador, *verbis*:

"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 discricção - 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 conseqüência, 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 imponível. A par dessa individualização **in abstracto**, o legislador -) ainda com apoio em sua

HC 82.959 / SP

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. 52, 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 de individualização penal." (RTJ 147/607-608)

Dessa orientação divergiu Marco Aurélio, nos termos seguintes:

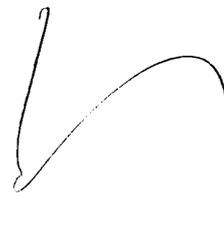


"Assentar-se, a esta altura, que a definição do regime e modificações posteriores não estão compreendidas na individualização da pena é passo demasiadamente largo, implicando restringir garantia constitucional em detrimento de todo um sistema e, o que é pior, a transgressão a princípios tão caros em 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 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." (RTJ 147/602)

Também Sepúlveda Pertence manifestou orientação diversa, ao afirmar:

"(...) 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.



HC 82.959 / SP

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

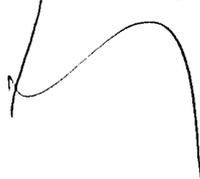
De nada vale individualizar a pena no momento da aplicação, se a execução, em razão da natureza do crime, fará que penas idênticas, segundo os critérios da individualização, signifiquem coisas absolutamente diversas quanto à sua efetiva execução." (RTJ 147/608)

No julgamento do presente HC esta questão foi renovada. O relator, Marco Aurélio, reafirmou o entendimento anteriormente manifestado. Também Ayres Britto defendeu orientação semelhante.

Cezar Peluso reforça a idéia de inconstitucionalidade da norma questionada pelos seguintes fundamentos:

"A Constituição Federal, ao criar a figura do **crime hediondo**, assim dispôs no art. 5º, XLIII:

'a lei considerará **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.' (grifei)



Excepcionou, portanto, de modo nítido, da **regra geral** da liberdade sob fiança e da possibilidade de graça ou anistia, dentre outros, os crimes hediondos, vedando-lhes apenas com igual nitidez: a) a liberdade provisória sob fiança; b) a concessão de graça; c) a concessão de anistia.

Não fez menção nenhuma a vedação de progressão de regime, como, aliás - é bom lembrar -, tampouco receitou tratamento penal *stricto sensu* (sanção penal) mais severo, quer no que tange ao incremento das penas, quer no tocante à sua execução.

Preceituou, antes, em dois incisos:

'XLVI - a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes (...);

...

XLVIII - a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado'. (grifei)

É, pois, norma constitucional que a pena **deve ser individualizada**, ainda que nos limites da lei, e que sua execução em estabelecimento prisional **deve ser individualizada**, quando menos, **de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado**.

Evidente, assim, que, perante a Constituição, o **princípio da individualização da pena** compreende: a) proporcionalidade entre o crime praticado e a sanção abstratamente cominada no preceito secundário da

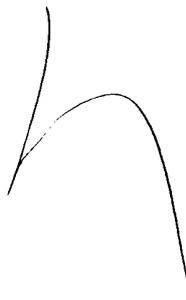
HC 82.959 / SP

norma penal; b) individualização da pena aplicada em conformidade com o ato singular praticado por agente em concreto (dosimetria da pena); c) individualização da sua execução, segundo a dignidade humana (art. 1º, III), o comportamento do condenado no cumprimento da pena (no cárcere ou fora dele, no caso das demais penas que não a privativa de liberdade) e à vista do delito cometido (art. 5º, XLVIII).

Logo, tendo predicamento constitucional o princípio da **individualização da pena** (em abstrato, em concreto e em sua execução), exceção somente poderia aberta por norma de igual hierarquia nomológica.

*'A imposição de um regime único e inflexível para o cumprimento da pena privativa de liberdade', nota **MARIA LÚCIA KARAM**, 'com a vedação da progressividade em sua execução, atinge o próprio núcleo do princípio individualizador, assim, indevidamente retirando-lhe eficácia, assim indevidamente diminuindo a razão de ser da norma constitucional que, assentada no inciso XLVI do art. 5º da Carta de 1988, preconiza e garante'.*

Já sob este aspecto, falta, pois, legitimidade à norma inserta no § 1º do art. 2º da Lei nº 8.072/90."

A reserva legal

HC 82.959 / SP

O texto constitucional brasileiro, como sabemos, não conferiu um tratamento uniforme à chamada reserva legal ou restrição legal, de modo que encontramos as mais diversas formas de referências à intervenção do legislador no chamado âmbito de proteção dos direitos fundamentais.

A Constituição autoriza, em diversas disposições, a intervenção do legislador no âmbito de proteção de diferentes direitos individuais.

Assim, a prestação de assistência religiosa nas entidades civis e militares de internação é assegurada, *nos termos da lei* (CF, art. 5º, VI).

Tem-se, nesse exemplo, caso típico de *simples reserva legal* ou de *simples restrição legal* (*einfacher Gesetzesvobehalt*), exigindo-se apenas que eventual restrição seja prevista em lei.

Tal como referido, a leitura de alguns incisos do art. 5º do texto constitucional explicita exemplos de reserva legal simples:

"VI - é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias;

VII - é assegurada, nos termos da lei, a prestação de assistência religiosa nas entidades civis e militares de internação coletiva;

XV - é livre a locomoção no território nacional em tempo de paz, podendo qualquer pessoa, nos termos da lei, nele entrar, permanecer ou dele sair com seus bens;

HC 82.959 / SP

XLV - nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido;

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

- a) privação ou restrição de liberdade;
- b) perda de bens;
- c) multa;
- d) prestação social alternativa;
- e) suspensão ou interdição de direitos;

LVII - o civilmente identificado não será submetido a identificação criminal, salvo nas hipóteses previstas em lei;"

Os casos elencados acima demonstram que o constituinte vale-se de fórmulas diversas para explicitar a chamada reserva legal simples (*na forma da lei; nos termos da lei; salvo nas hipóteses previstas em lei*).

O entendimento segundo o qual a disposição constitucional sobre a individualização estaria exclusivamente voltada para o legislador, sem qualquer significado para a posição individual, além de revelar que se cuidaria então de norma extravagante no catálogo de direitos fundamentais, esvaziaria por completo qualquer eficácia dessa norma. É que, para fixar a individualização da pena *in abstracto*, o legislador não precisaria sequer de autorização constitucional expressa. Bastaria aqui o critério geral do *nullum crimen, nulla poena sine lege*.



HC 82.959 / SP

Em verdade, estou convencido de que a fórmula aberta parece indicar, tal como em relação aos demais comandos constitucionais que remetem a uma intervenção legislativa, que o princípio da individualização da pena fundamenta um direito subjetivo, que se não se restringe à simples fixação da pena *in abstracto*, mas que se revela abrangente da própria forma de individualização (progressão).

Em outros termos, a fórmula utilizada pelo constituinte assegura um direito fundamental à individualização da pena. A referência à lei - princípio da reserva legal - explicita tão-somente, que esse direito está submetido a uma restrição legal expressa e que o legislador poderá fazer as distinções e qualificações, tendo em vista as múltiplas peculiaridades que dimanam da situação a reclamar regulação.

É evidente, porém, que, como todos sabem, que a reserva legal também está submetida a limites. Do contrário, ter-se-ia a possibilidade de nulificação do direito fundamental submetido à reserva legal por simples decisão legislativa. Este é o cerne da questão. Se se está diante de um direito fundamental à individualização da pena e não de uma mera orientação geral ao legislador - até porque para isso - despidianda seria a inclusão do dispositivo no elenco dos direitos fundamentais - então há que se cogitar do limite à ação do legislador na espécie.

Em outras palavras, é de se indagar se o legislador poderia, tendo em vista a natureza do delito, prescrever, como o fez na espécie, que a pena privativa de liberdade seria cumprida integralmente em regime fechado, isto é, se na autorização para intervenção no âmbito de proteção desse direito está implícita a

HC 82.959 / SP

possibilidade de eliminar qualquer progressividade na execução da pena.

Essa indagação remete-nos para discussão de um outro tema sensível da dogmática dos direitos fundamentais, que é o da identificação de um núcleo essencial, como limite do limite para o legislador.

O princípio da proteção do núcleo essencial

1 Considerações Preliminares

Alguns ordenamentos constitucionais consagram a expressa proteção do núcleo essencial, como se lê no art. 19, II da Lei Fundamental alemã de 1949, na Constituição Portuguesa de 1976 (art. 18, III) e na Constituição espanhola de 1978 (art. 53, nº 1) Em outros sistemas, como o norte-americano, cogita-se, igualmente, da existência de um núcleo essencial de direitos individuais.

É preciso ressaltar, porém, que a cláusula constante do art. 19, II da Lei Fundamental configura uma tentativa de fornecer resposta ao poder quase ilimitado do legislador no âmbito dos direitos fundamentais, tal como amplamente reconhecido pela doutrina até o início do século passado. A proteção dos direitos individuais realizava-se mediante a aplicação do princípio da legalidade da Administração e dos postulados da reserva legal e da supremacia da lei¹. Isso significava que os direitos fundamentais submetidos a uma reserva legal poderiam ter a sua eficácia completamente esvaziada

¹. Cf., a propósito, HERBERT, *Der Wesensgehalt der Grundrechte*, in *EuGRZ* 1985, p. 321.

HC 82.959 / SP

pela ação legislativa (*Die Grundrechte waren nicht "verfassungskräftig", sondern lediglich gesetzeskräftig" und daher "leerlaufend"*)².

Tentou-se contornar o perigo do esvaziamento dos direitos de liberdade pela ação do legislador democrático com a doutrina das "garantias institucionais" ("Institutgarantien"), segundo a qual determinados direitos concebidos como instituições jurídicas deveriam ter o mínimo de sua essência garantido constitucionalmente³. A falta de mecanismos efetivos de controle de constitucionalidade das leis - somente em 1925 reconheceu o *Reichsgericht* a possibilidade de se proceder ao controle de constitucionalidade do direito ordinário⁴ - e a ausência de instrumentos asseguradores de efetividade dos direitos fundamentais em face dos atos administrativos contribuíam ainda mais para a onipotência do legislador.

A Lei Fundamental de Bonn declarou expressamente a vinculação do legislador aos direitos fundamentais (LF, art. 1, III), estabelecendo diversos graus de intervenção legislativa no âmbito de proteção desses direitos. No art. 19, II, consagrou-se, por seu turno, a proteção do núcleo essencial (*In keinem Falle darf ein Grundrecht in seinem Wesengehalt angetastet werden*). Essa

². THOMAS, Richard. Grundrechte und Polizeigewalt, in: TRIEPEL, Heinrich (Org.), Festgabe zur Feier des fünfzigjährigen Bestehens des Preussischen Oberverwaltungsgerichts, 1925, p. 183-223 (191 s.); ANSCHÜTZ, Gerhard, Die Verfassung des Deutschen Reichs vom 11. August 1919, 14ª edição, 1933, p. 517 s.

³. WOLFF, Martin, Reichsverfassung und Eigentum, in: Festgabe der Berliner Juristischen Fakultät für Wilhelm Kahl zum Doktorjubiläum am 19. April 1923, p. IV1-30; SCHMITT, Carl, Verfassungslehre, 1928, p. 170 s; Idem, Freiheitsrechte und institutionelle Garantien der Reichsverfassung (1931), in: Verfassungsrechtliche Aufsätze aus den Jahren 1924, 1954. Materialien zu einer Verfassungslehre, 1958, p. 140-173; Cf., também, HERBERT, Georg, Der Wesensgehalt der Grundrechte, in: EuGRZ 1985, p. 321 (322).

⁴. RGZ 111, p. 320 s.

HC 82.959 / SP

disposição, que pode ser considerada uma reação contra os abusos cometidos pelo nacional-socialismo⁵, atendia também aos reclamos da doutrina constitucional da época de Weimar, que, como visto, ansiava por impor limites à ação legislativa no âmbito dos direitos fundamentais⁶. Na mesma linha, a Constituição Portuguesa e a Constituição Espanhola contêm dispositivos que limitam a atuação do legislador na restrição ou conformação dos direitos fundamentais (Cf. Constituição portuguesa de 1976, art. 18º, nº 3 e Constituição espanhola de 1978, art. 53, nº 1)⁷

De ressaltar, porém, que, enquanto princípio expressamente consagrado na Constituição ou enquanto postulado constitucional imanente, o princípio da proteção do núcleo essencial destina-se a evitar o esvaziamento do conteúdo do direito fundamental decorrente de restrições descabidas, desmesuradas ou desproporcionais⁸.

2 Diferentes posições dogmáticas sobre a proteção do núcleo essencial

⁵. VON MANGOLDT, Hermann, Das Bonner Grundgesetz, 1ª edição, 1953, Considerações sobre os direitos fundamentais, p. 37, Art. 19, nota 1.

⁶. WOLFF, Martin, Reichsverfassung und Eigentum, in: Festgabe der Berliner Juristischen Fakultät für Wilhelm Kahl zum Doktorjubiläum am 19. April 1923, p. IV1-30; SCHMITT, Carl, Verfassungslehre, 1928, p. 170 s; Idem, Freiheitsrechte und institutionelle Garantien der Reichsverfassung (1931), in: Verfassungsrechtliche Aufsätze aus den Jahren 1924'1954. Materialien zu einer Verfassungslehre, 1958, p. 140-173; Cf., também, HERBERT, Der Wesensgehalt der Grundrechte, in: EuGRZ 1985, p. 321 (322); KREBS, Walter, in von Münch/Kunig, Grundgesetz-Kommentar, vol. I, Art. 19, II, nr. 23, p. 999.

⁷. O art. 18º, n. 3 da Constituição portuguesa de 1976 assim estabelece: "As leis restritivas de direitos, liberdades e garantias têm de revestir carácter geral e abstracto e não podem ter efeito retroactivo nem diminuir a extensão e o alcance do conteúdo essencial dos preceitos constitucionais." Já o art. 53, n. 1 da Constituição espanhola de 1978 assim dispõe: "Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo segundo del presente Título vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos e libertades, que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el artículo 161, 1, a. (???????? repetido)"

⁸. HESSE, Grunzüge des Verfassungsrechts, p. 134.

HC 82.959 / SP

O significado de semelhante cláusula e da própria idéia de proteção do núcleo essencial não é unívoco na doutrina e na jurisprudência.

No âmbito da controvérsia sobre o núcleo essencial suscitam-se indagações expressas em dois modelos básicos:

(1) Os adeptos da chamada *teoria absoluta* ("*absolute Theorie*") entendem o núcleo essencial dos direitos fundamentais (*Wesensgehalt*) como unidade substancial autônoma (*substantieller Wesenskern*) que, independentemente de qualquer situação concreta, estaria a salvo de eventual decisão legislativa⁹. Essa concepção adota uma interpretação material, segundo a qual existe um espaço interior livre de qualquer intervenção estatal¹⁰. Em outras palavras, haveria um espaço que seria suscetível de limitação por parte do legislador; outro seria insuscetível de limitação. Nesse caso, além da exigência de justificação, imprescindível em qualquer hipótese, ter-se-ia um "limite do limite" para a própria ação legislativa, consistente na identificação de um espaço insuscetível de regulação.

(2) Os sectários da chamada *teoria relativa* ("*relative Theorie*") entendem que o núcleo essencial há de ser definido para cada caso, tendo em vista o objetivo perseguido pela norma de caráter restritivo. O núcleo essencial seria aferido mediante a

⁹ VON MANGOLDT/Klein, Franz, *Das Bonner Grundgesetz*, 2a. edição, 1957, m Art. 19, nota V 4; SCHNEIDER, Ludwig, *Der Schutz des Wesensgehalts von Grundrechten* na Art 19, II, GG, 1983, p. 189 s. Cf. sobre o assunto, também, PIEROTH/SCHLINK, *Grundrechte - Staatsrecht II*, p. 69; HERBERT, *Der Wesensgehalt der Grundrechte*, EuGRZ 1985, p. 321 (323).

¹⁰ MARTÍNEZ-PUJALTE, Antonio-Luis, *La Garantia del contenido esencial de los derechos fundamentales*, Madri, 1997, p. 22-23.

HC 82.959 / SP

utilização de um processo de ponderação entre meios e fins (*Zweck-Mittel-Prüfung*), com base no princípio da proporcionalidade¹¹. O núcleo essencial seria aquele mínimo insuscetível de restrição ou redução com base nesse processo de ponderação¹². Segundo essa concepção, a proteção do núcleo essencial teria significado marcadamente declaratório.

Gavara de Cara observa, a propósito, que, para a teoria relativa, "o conteúdo essencial não é uma medida pré-estabelecida e fixa, uma vez que não se trata de um elemento autônomo ou parte dos direitos fundamentais"¹³. Por isso, segundo Alexy, a garantia do art. 19, II, da Lei Fundamental alemã, não apresenta, em face do princípio da proporcionalidade, qualquer limite adicional à restrição dos direitos fundamentais¹⁴.

Tanto a teoria absoluta quanto a teoria relativa pretendem assegurar uma maior proteção dos direitos fundamentais, na medida em que buscam preservar os direitos fundamentais contra uma ação legislativa desarrazoada¹⁵.

Todavia, todas elas apresentam insuficiências.

¹¹. MAUNZ, in: Maunz-Dürig-Herzog-Scholz, Grundgesetz - Kommentar, art. 19, II, nº 16 s.

¹². Cf. SCHMIDT, Walter, Der Verfassungsvorbehalt der Grundrechte, AöR 106 (1981), p. 497-525 (515); Ver, também, HERBERT, Der Wesensgehalt der Grundrechte, EuGRZ 1985, p. 321 (323).

¹³. GAVARA DE CARA, Juan Carlos, Derechos Fundamentales y Desarrollo Legislativo, Madri, 1994, p. 331.

¹⁴. ALEXY, Theorie der Grundrechte, p. 272.

¹⁵. Cf. HERBERT, Der Wesensgehalt der Grundrechte, EuGRZ 1988, p. 321 (323).

HC 82.959 / SP

É verdade que a teoria absoluta, ao acolher uma noção material do núcleo essencial¹⁶, insuscetível de redução por parte do legislador, pode converter-se, em muitos casos, numa fórmula vazia, dada a dificuldade ou até mesmo a impossibilidade de se demonstrar ou caracterizar *in abstracto* a existência desse mínimo essencial. É certo, outrossim, que a idéia de uma proteção ao núcleo essencial do direito fundamental, de difícil identificação, pode ensejar o sacrifício do objeto que se pretende proteger¹⁷. Não é preciso dizer também que a idéia de núcleo essencial sugere a existência clara de elementos centrais ou essenciais e elementos acidentais, o que não deixa de preparar significativos embaraços teóricos e práticos¹⁸.

Por seu turno, uma opção pela teoria relativa pode conferir uma flexibilidade exagerada ao estatuto dos direitos fundamentais, o que acaba por descaracterizá-los como princípios centrais do sistema constitucional¹⁹.

Por essa razão, propõe Hesse uma fórmula conciliadora, que reconhece no princípio da proporcionalidade uma proteção contra as limitações arbitrárias ou desarrazoadas (teoria relativa), mas também contra a lesão ao núcleo essencial dos direitos fundamentais²⁰. É que, observa Hesse, a proporcionalidade não há de ser interpretada em sentido meramente econômico, de adequação da

¹⁶. MARTINEZ-PUJALTE, Antonio-Luiz, La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales, Madrid, 1997, p. 22

¹⁷. MARTINEZ-PUJALTE, La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales, p. 29.

¹⁸. MARTINEZ-PUJALTE, La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales, p. 31.

¹⁹. MARTINEZ-PUJALTE, La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales, p. 28.

²⁰. HESSE, Grundzüge des Verfassungsrechts, p. 149.

HC 82.959 / SP

medida limitadora ao fim perseguido, devendo também cuidar da harmonização dessa finalidade com o direito afetado pela medida²¹.

Embora o texto constitucional brasileiro não tenha estabelecido expressamente a idéia de um núcleo essencial, é certo que tal princípio decorre do próprio modelo garantístico utilizado pelo constituinte. A não-admissão de um limite ao afazer legislativo tornaria inócua qualquer proteção fundamental.

Vale aqui transcrever excerto do voto do Min. Rodrigues Alckmin sobre a liberdade de conformação do legislador:

"Essa liberdade, dentro de regime constitucional vigente, não é absoluta, excludente de qualquer limitação por via de lei ordinária.

Tanto assim é que a cláusula final ('observadas as condições de capacidade que a lei estabelecer') já revela, de maneira insofismável, a possibilidade de restrições ao exercício de certas atividades.

Mas também não ficou ao livre critério do legislador ordinário estabelecer as restrições que entenda ao exercício de qualquer gênero de atividade lícita. Se assim fosse, a garantia constitucional seria ilusória e despida de qualquer sentido.

Que adiantaria afirmar 'livre' o exercício de qualquer profissão, se a lei ordinária tivesse o poder de restringir tal exercício, a seu critério e

²¹ . HESSE, Grundzüge des Verfassungsrechts, p. 149.



alvitre, por meio de requisitos e condições que estipulasse, aos casos e pessoas que entendesse?

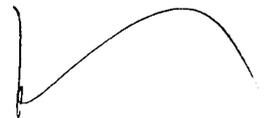
É preciso, portanto, um exame aprofundado da espécie, para fixar quais os limites a que a lei ordinária tem de ater-se, ao indicar as 'condições de capacidade'. E quais os excessos que, decorrentes direta ou indiretamente das leis ordinárias, desatendem à garantia constitucional." (Rp 930, Rel. Min. Rodrigues Alckmin, DJ 02.09.77)

Transcreve Alckmin lição de Fiorini:

"Observa, a este respeito, Fiorini (Poder de Polícia, págs. 149 e segs.):

'No hay duda que las leyes reglamentarias no pueden destruir las libertades consagradas como inviolables y fundamentales. Cuál debe ser la forma como debe actuar el legislador cuando sanciona normas limitativas sobre los derechos individuales? La misma pregunta puede referirse al administrador cuando concreta actos particulares. Si el Estado democrático exhibe el valor inapreciable con carácter absoluto como es la persona humana, aquí se halla la primera regla que rige cualquier clase de limitaciones. La persona humana ante todo. Teniendo en mira este supuesto fundante, es como debe actuar con carácter razonable la reglamentación policial. La jurisprudencia y la logica jurídica han instituido cuatro principios que rigen este

hacer: 1º) la limitacion debe ser justificada; 2º) el medio utilizado, es decir, la cantidad y el modo de la medida, debe ser adecuado al fin deseado; 3º) el medio y el fin utilizados deben manifestarse proporcionalmente; 4º) todas las medidas deben ser limitadas. La razonabilidad se expresa con la justificación, adecuación, proporcionalidad y restricción de las normas que se sancionen. Hasta la policia de antaño pretendia estos datos de razonabilidad que enmarcaban con los principios de la justicia, pues deseaba que no fuera arbitraria. Los principios lógicos expuestos no son fáciles de realizar en al pacto con la realidad social, máxime cuando se debe tener en cuenta un valor que se valoró en la relación con mayor grado que cualquier otro: la persona humana. Se ha pretendido hallar una fórmula gramatical comprensiva y salvadora diciendo que las limitaciones policiales deben ser siempre justas y razonables. La locución es genérica y de difícil compresión ante la realidad social, puesto que comprende a otros muchos valores, la moderación, corrección, etc., que se confunden con una medida más genérica como lo es la equidad. La jurisprudencia en nuestro país, y en especial la norteamericana, condensa en muchos de sus fallos las cuatro reglas expuestas bajo la denominación de 'razoabilidad' aunque no la determinen en forma expresa y positiva. La razoabilidad, cuando se



refiere a la medida dictada por la gestión policial, debe hallarse justificada, realizada en forma adecuada y sacrificando minimamente los ámbitos individuales. La justa y razonable reglamentación de los derechos declarados como fundamentales para la existencia humana en sociedad, halla en el 'due process of law' de la jurisprudencia norteamericana substancial solución sobre este objeto jurídico que algunos califican 'standard jurídico'. Juan F. Linares la ha calificado de 'garantía innominada' en la Constitución Argentina, presentandola como la garantía de la seguridad de la 'legal y justa aplicación del derecho'. Esta garantía justifica en forma directa el control jurisdiccional sobre cualquier clase de actos realizados por la actividad policial y la responsabilidad por sus desviaciones'.

E adiante, invocando decisão da Corte Suprema Argentina:

"... es incuestionable que... pueden los tribunales resolver en circunstancias extraordinarias de manifiesto e insalvable conflicto entre aquéllas y la ley fundamental, que las mismas no tienen relación con sus fines aparentes y que se han desconocido con ellas, innecesaria e injustificadamente, derechos primordiales que el poder judicial debe amparar... porque de otra suerte la facultad de

HC 82.959 / SP

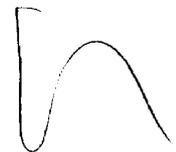
reglamentación de las legislaturas y de las municipalidades seria ilimitada" (fls. 176)

Vê-se, pois, que a argumentação desenvolvida no belíssimo precedente parece não distinguir as situações de aplicação do princípio da proporcionalidade com as do princípio do núcleo essencial

Independentemente da filiação a uma das teorias postas em questão, é certo que o modelo adotado na Lei nº 8.072/90 faz *tabula rasa* do direito à individualização no que concerne aos chamados crimes hediondos.

A condenação por prática de qualquer desses crimes haverá de ser cumprida integralmente em regime fechado. O núcleo essencial desse direito, em relação aos crimes hediondos, resta completamente afetado. Na espécie, é certo que a forma eleita pelo legislador elimina toda e qualquer possibilidade de progressão de regime e, por conseguinte, transforma a idéia de individualização enquanto aplicação da pena em razão de situações concretas em maculatura.

Daí afirmar Maria Lucia Karam, em texto já referido por Peluso, que *"a imposição de um regime único e inflexível para o cumprimento de pena privativa de liberdade, com vedação de progressividade em sua execução, atinge o próprio núcleo do princípio individualizador, assim indevidamente retirando-lhe eficácia, assim, indevidamente diminuindo a razão de ser da norma constitucional que assentada no inciso XLVI do art. 5º da Carta de 1988, o preconiza e garante."* (Regimes de cumprimento da pena privativa de liberdade, in: *Escrito em Homenagem a Alberto Silva Franco*, São Paulo, 2003, p. 314).



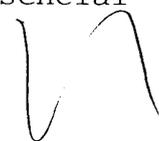
HC 82.959 / SP

No caso dos crimes hediondos, o constituinte adotou um conceito jurídico indeterminado que conferiu ao legislador ampla liberdade, o que permite quase a conversão da reserva legal em um caso de interpretação da Constituição segundo a lei. Os crimes definidos como hediondos passam a ter um tratamento penal agravado pela simples decisão legislativa. E a extensão legislativa que se emprestou à conceituação de crimes hediondos, como resultado de uma política criminal fortemente simbólica, agravou ainda mais esse quadro.

A ampliação dos crimes considerados hediondos torna ainda mais geral a vulneração do princípio da individualização, o que, em outras palavras, quase que transforma a exceção em regra. Todos os crimes mais graves ou que provocam maior repulsa na opinião pública passam a ser tipificados como crimes hediondos e, por conseguinte, exigem o cumprimento da pena em regime integralmente fechado. Os direitos básicos do apenado a uma individualização são totalmente desconsiderados em favor de uma opção política radical.

Não é difícil perceber que fixação *in abstracto* de semelhante modelo, sem permitir que se levem em conta as particularidades de cada indivíduo, a sua capacidade de reintegração social e os esforços envidados com vistas à ressocialização, retira qualquer caráter substancial da garantia da individualização da pena. Ela passa a ser uma delegação em branco oferecida ao legislador, que tudo poderá fazer. Se assim se entender, tem-se a completa descaracterização de uma garantia fundamental.

Portanto, nessa hipótese, independentemente da doutrina que pretenda adotar sobre a proteção do núcleo essencial - relativa



HC 82.959 / SP

ou absoluta -, afigura-se inequívoca a afronta a esse elemento integrante do direito fundamental. É que o próprio direito fundamental restaria violado.

É interessante notar que o próprio Governo federal, na gestão do Ministro Jobim no Ministério da Justiça, encaminhou Projeto de Lei (Projeto de Lei nº 724-A, de 1995, que pretendia introduzir uma nova política para os denominados crimes de especial gravidade. A Exposição de Motivos do Projeto ressaltava a filosofia que haveria de lhe dar embasamento nos seguintes termos:

"(...) Essa proposta, transformada em lei, permitirá o tratamento rigoroso desses crimes, que se irradiará para todo o sistema, seja na aplicação da pena, seja na sua execução, sem contudo inviabilizar a individualização dessa mesma pena.

(...)

O Projeto, em resumo, estabelece como nítida orientação de Política Criminal, tratamento penal mais severo para os crimes nele referidos mas permite, por outro lado, que esse tratamento se ajuste ao sistema progressivo do cumprimento de pena, instituído pela reforma de 1984, sem o qual torna-se impossível pensar-se em um razoável 'sistema penitenciário'. Se retirarmos do condenado a esperança de antecipar a liberdade pelo seu próprio mérito, pela conduta disciplinada, pelo trabalho produtivo durante a execução da pena, estaremos seguramente acenando-lhe, como única saída, a revolta, as rebeliões, a fuga, a corrupção." (JOBIM,



HC 82.959 / SP

Nelson. Mensagem nº 783. *Diário da Câmara dos Deputados*, 19 de janeiro de 1996, p. 1898)

O aludido Projeto de Lei, aprovado na Câmara dos Deputados, acrescentava o seguinte § 4º ao art. 33 do Código Penal:

"§ 4º. O juiz determinará o cumprimento de metade da pena aplicada em regime fechado, desde o início, quando o crime for de especial gravidade."

Tal proposta demonstra que o modelo previsto na Lei nº 8.072/90, se já não se revela inadequado, é, pelo menos **desnecessário**, uma vez que existem alternativas, igualmente eficazes e menos gravosas para a posição jurídica afetada.

Em verdade, tal como apontado por Marco Aurélio e Peluso, a Lei dos Crimes Hediondos contém uma incongruência grave, pois, ao mesmo tempo em que repele a progressividade, admite o livramento condicional desde que cumpridos dois terços da pena (CP, art. 83, V). Tem-se, pois, o retorno à vida social sem que tenha havido progressão do regime, com a reintrodução gradual do condenado na vida em sociedade.

Essa incongruência explícita, a um só tempo, a *desnecessidade* da medida adotada (lesão ao princípio da proporcionalidade) e a falta de cuidado por parte do legislador na fixação de limites do direito fundamental à individualização da pena (caráter arbitrário da norma).

Fica evidente, assim, que a fórmula abstrata consagrada pelo legislador, que veda a progressão aos crimes hediondos, não se



HC 82.959 / SP

compatibiliza também com o princípio da proporcionalidade, na acepção da *necessidade* (existência de outro meio eficaz menos lesivo aos direitos fundamentais). Verificada a **desnecessidade** da medida, resta evidenciada a lesão ao princípio da proporcionalidade.

A previsão da Lei nº 9.455/97 quanto à possibilidade progressão do crime de tortura (§ 7º, art. 1º) se não tem caráter revogatório da Lei nº 8.072/90, parece indicar, também, a **desnecessidade** da medida enquanto instrumento de combate à criminalidade.

Como explicar, com algum grau de plausibilidade, que o crime de tortura possa ter a progressão de regime expressamente admitida e os demais crimes considerados hediondos estejam excluídos desse benefício?

Ora, semelhante incongruência também demonstra, de forma insofismável, a **ausência de necessidade** da providência fixada na Lei nº 8.072/90. Do contrário, não haveria justificativa para o legislador conferir tratamento díspar a situações idênticas.

Ressalto, que não sou refratário à idéia de que se possa adotar um diferente critério de progressividade para os crimes hediondos. Não preconizo a aplicação do princípio da igualdade em toda a sua extensão, tal como defendido pelo Min. Marco Aurélio, porque, a rigor, foi a própria Constituição que os distinguiu em relação aos demais crimes. O que não encontra amparo constitucional, a meu ver, é a vedação, geral e abstrata, da progressão. Como demonstrado, essa proibição não passa pelo juízo de proporcionalidade.



HC 82.959 / SP

Demonstrada a inconstitucionalidade da proibição da progressão de regime em crime hediondo, passo a adotar as razões esposadas na RCL 2.391, pois, também agora entendo que o Tribunal, ante a sua reiterada jurisprudência anteriormente firmada, haverá de fixar a eficácia restrita dos efeitos da presente declaração.

A eventual revisão da jurisprudência

Talvez um dos temas mais ricos da teoria do direito e da moderna teoria constitucional seja aquele relativo à evolução jurisprudencial e, especialmente, a possível mutação constitucional. Se a sua repercussão no plano material é inegável, são inúmeros os desafios no plano do processo em geral e, em especial, do processo constitucional.

Nesse sentido, vale registrar a douta observação de Larenz:

“De entre os factores que dão motivo a uma revisão e, com isso, freqüentemente, a uma modificação da interpretação anterior, cabe uma importância proeminente à alteração da situação normativa. Trata-se a este propósito de que as relações fácticas ou usos que o legislador histórico tinha perante si e em conformidade aos quais projectou a sua regulação, para os quais a tinha pensado, variaram de tal modo que a norma dada deixou de se ‘ajustar’ às novas relações. É o factor temporal que se faz notar aqui. Qualquer lei está, como facto histórico, em relação actuante com o seu tempo. Mas



o tempo também não está em quietude; o que no momento da gênese da lei actuava de modo determinado, desejado pelo legislador, pode posteriormente actuar de um modo que nem sequer o legislador previu, nem, se o pudesse ter previsto, estaria disposto a aprovar. Mas, uma vez que a lei, dado que pretende ter também validade para uma multiplicidade de casos futuros, procura também garantir uma certa constância nas relações inter-humanas, a qual é, por seu lado, pressuposto de muitas disposições orientadas para o futuro, nem toda a modificação de relações acarreta por si só, de imediato, uma alteração do conteúdo da norma. Existe a princípio, ao invés, uma relação de tensão que só impele a uma solução - por via de uma interpretação modificada ou de um desenvolvimento judicial do Direito - quando a insuficiência do entendimento anterior da lei passou a ser 'evidente'." (Karl Larenz, *Metodologia da Ciência do Direito*, 3ª. Edição, Lisboa, 1997, p. 495).

Daí afirmar Larenz:

"A alteração da situação normativa pode assim conduzir à modificação - restrição ou extensão - do significado da norma até aqui prevalecente. De par com a alteração da situação normativa, existem factos tais como, sobretudo, modificações na estrutura da ordem jurídica global, uma nítida tendência da legislação mais recente, um novo entendimento da *ratio legis* ou dos critérios teleológico-objectivos,



bem como a necessidade de adequação do Direito pré-constitucional aos princípios constitucionais, que podem provocar uma alteração de interpretação. Disto falámos nós já. Os tribunais podem abandonar a sua interpretação anterior porque se convenceram que era incorrecta, que assentava em falsas suposições ou em conclusões não suficientemente seguras. Mas ao tomar em consideração o factor temporal, pode também resultar que uma interpretação que antes era correcta agora não o seja." (Larenz, Metodologia, cit., p. 498-500) .

Por isso, ensina, Larenz, de forma lapidar:

"O preciso momento em que deixou de ser 'correcta' é impossível de determinar. Isto assenta em que as alterações subjacentes se efectuam na maior parte das vezes de modo contínuo e não de repente. Durante um 'tempo intermédio' podem ser 'plausíveis' ambas as coisas, a manutenção de uma interpretação constante e a passagem a uma interpretação modificada, adequada ao tempo. É também possível que uma interpretação que aparecia originariamente como conforme à Constituição, deixe de o ser na seqüência de uma modificação das relações determinantes. Então é de escolher a interpretação, no quadro das possíveis, segundo os outros critérios de interpretação, que seja agora a única conforme à Constituição".

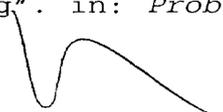


HC 82.959 / SP

No plano constitucional, esse tema mereceu uma análise superior no trabalho de Inocêncio Mártires Coelho sobre interpretação constitucional (Inocêncio Mártires Coelho, *Interpretação Constitucional*. Sergio Antonio Fabris, Porto Alegre, 1997).

No Capítulo 4 da obra em referência, que trata das conseqüências da diferença entre lei e Constituição, propicia-se uma **releitura** do fenômeno da chamada **mutação constitucional**, asseverando-se que as situações da vida são constitutivas do significado das regras de direito, posto que é somente no momento de sua aplicação aos casos ocorrentes que se revelam o sentido e o alcance dos enunciados normativos. Com base em Perez Luño e Reale, enfatiza-se que, em verdade, a norma jurídica não é o *pressuposto*, mas o *resultado* do processo interpretativo ou que a *norma* é a sua *interpretação*.

Essa colocação coincide, fundamentalmente, com a observação de Häberle, segundo a qual não existe norma jurídica, senão norma jurídica interpretada (*Es gibt keine Rechtsnormen, es gibt nur interpretierte Rechtsnormen*), ressaltando-se que interpretar um ato normativo nada mais é do que colocá-lo no tempo ou integrá-lo na realidade pública (*Einen Rechssatz "auslegen" bedeutet, ihn in die Zeit, d.h. in die öffentliche Wirklichkeit stellen - um seiner Wirksamkeit willen*). Por isso, Häberle introduz o conceito de *pós-compreensão* (*Nachverständnis*), entendido como o conjunto de fatores temporalmente condicionados com base nos quais se compreende "supervenientemente" uma dada norma. A *pós-compreensão* nada mais seria, para Häberle, do que a *pré-compreensão do futuro*, isto é, o elemento dialético correspondente da idéia de *pré-compreensão* (Häberle, Peter. "Zeit und Verfassung". in: *Probleme der*



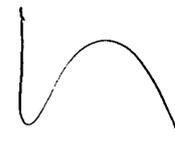
HC 82.959 / SP

Verfassungsinterpretation, org: Dreier, Ralf/Schwegmann, Friedrich, Nomos, Baden-Baden, 1976, p.312-313).

Tal concepção permite a Häberle afirmar que, em sentido amplo, toda lei interpretada - não apenas as chamadas leis temporárias - é uma lei com duração temporal limitada (*In einem weiteren Sinne sind alle - interpretierten - Gesetzen "Zeitgesetze" - nicht nur die zeitlich befristeten*). Em outras palavras, o texto, confrontado com novas experiências, transforma-se necessariamente em um outro.

Essa reflexão e a idéia segundo a qual a atividade hermenêutica nada mais é do que um procedimento historicamente situado autorizam Häberle a realçar que uma interpretação constitucional aberta prescinde do conceito de *mutação constitucional* (*Verfassungswandel*) enquanto categoria autônoma.

Nesses casos, fica evidente que o Tribunal não poderá **fingir** que sempre pensara dessa forma. Daí a necessidade de, em tais casos, fazer-se o ajuste do resultado, adotando-se técnica de decisão que, tanto quanto possível, traduza a mudança de valoração. No plano constitucional, esses casos de mudança na concepção jurídica podem produzir uma *mutação normativa* ou a *evolução na interpretação*, permitindo que venha a ser reconhecida a inconstitucionalidade de situações anteriormente consideradas legítimas. A orientação doutrinária tradicional, marcada por uma alternativa rigorosa entre *atos legítimos* ou *ilegítimos* (*entweder als rechtmässig oder als rechtswidrig*), encontra dificuldade para identificar a consolidação de um *processo de inconstitucionalização* (*Prozess des Verfassungswidrigwerdens*). Prefere-se admitir que,



HC 82.959 / SP

embora não tivesse sido identificada, a ilegitimidade sempre existira.

Daí afirmar Häberle:

"O Direito Constitucional vive, *prima facie*, uma problemática temporal. De um lado, a dificuldade de alteração e a conseqüente duração e continuidade, confiabilidade e segurança; de outro, o tempo envolve agora mesmo, especificamente o Direito Constitucional. É que o processo de reforma constitucional deverá ser feito de forma flexível e a partir de uma interpretação constitucional aberta. A continuidade da Constituição somente será possível se *passado e futuro* estiverem nela associados." (Häberle, *Zeit und Verfassung, cit.*, p. 295-296)

Häberle indaga:

"O que significa tempo? Objetivamente, tempo é a possibilidade de se introduzir mudança, ainda que não haja a necessidade de produzi-la." (Häberle, *Zeit und Verfassung, cit.*, p. 300).

Tal como anota Häberle, "o tempo sinaliza ou indica uma reunião (*ensemble*) de forças sociais e idéias. (...) A ênfase ao 'fator tempo' não deve levar ao entendimento de que o tempo há de ser utilizado como 'sujeito' de transformação ou de movimento (...). A história (da comunidade) tem muitos sujeitos. O tempo nada mais é do que a dimensão na qual as mudanças se tornam possíveis e necessárias (...)." (Häberle, *Zeit und Verfassung, cit.*, p. 300)



Uma nova visão dos direitos fundamentais e suas repercussões

Não é raro que essas alterações de concepções se verifiquem, dentre outros campos, exatamente em matéria de defesa dos direitos fundamentais. Aqui talvez se mesquem as mais diversas concepções existentes na própria sociedade e o processo dialético que as envolve. E os diversos entendimentos de mundo convivem, sem que, muitas vezes, o "novo" tenha condições de superar o "velho".

É natural também que esse tipo de situação se coloque de forma bastante evidente no quadro de uma nova ordem constitucional. Aqui, entendimentos na jurisprudência, doutrina e legislação tornam, às vezes, inevitável, que a interpretação da Constituição se realize, em um primeiro momento, com base na situação jurídica pré-existente. Assim, até mesmo institutos novos poderão ser interpretados segundo entendimento consolidado na jurisprudência e na legislação pré-constitucionais. Nesse caso, é, igualmente, compreensível, que uma nova orientação hermenêutica reclame cuidados especiais.

Nesse sentido, refiro-me mais uma vez às lições de Larenz:

"O que é para os tribunais civis, quando muito, uma exceção, adequa-se em muito maior medida a um Tribunal Constitucional. Decerto que se poderá, por exemplo, resolver muitas vezes sobre recursos constitucionais de modo rotineiro, com os meios normais da argumentação jurídica. Aqui tão-pouco faltam casos comparáveis. Mas nas resoluções de



grande alcance político para o futuro da comunidade, estes meios não são suficientes. Ao Tribunal Constitucional incumbe uma responsabilidade política na manutenção da ordem jurídico-estadual e da sua capacidade de funcionamento. Não pode proceder segundo a máxima: *fiat justitia, pereat res publica*. Nenhum juiz constitucional procederá assim na prática. Aqui a ponderação das consequências é, portanto, de todo irrenunciável, e neste ponto tem KRIELE razão. Certamente que as consequências (mais remotas) tão pouco são susceptíveis de ser entrevistadas com segurança por um Tribunal Constitucional, se bem que este disponha de possibilidades muito mais amplas do que um simples juiz civil de conseguir uma imagem daquelas. Mas isto tem que ser aceite. No que se refere à avaliação das consequências previsíveis, esta avaliação só pode estar orientada à idéia de 'bem comum', especialmente à manutenção ou aperfeiçoamento da capacidade funcional do Estado de Direito. É, neste sentido, uma avaliação política, mas devendo exigir-se de cada juiz constitucional que se liberte, tanto quanto lhe seja possível - e este é, seguramente, em larga escala o caso - da sua orientação política subjectiva, de simpatia para com determinados grupos políticos, ou de antipatia para com outros, e procure uma resolução despreconceituada, 'racional'." (Metodologia, *cit.*, p. 517).

Talvez o caso historicamente mais relevante da assim chamada mutação constitucional seja expresso na concepção da



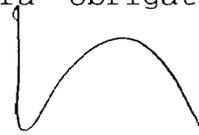
HC 82.959 / SP

igualdade racial nos Estados Unidos. Em 1896, no caso *Plessy versus Ferguson*, a Corte Suprema americana reconheceu que a separação entre brancos e negros em espaços distintos, no caso específico - em vagões de trens - era legítima. Foi a consagração da fórmula "equal but separated". Essa orientação veio a ser superada no já clássico *Brown versus Board of Education* (1954), no qual se assentou a incompatibilidade dessa separação com os princípios básicos da igualdade.

Nos próprios Estados Unidos, a decisão tomada em *Mapp versus Ohio*, 367 U.S. 643 (1961), posteriormente confirmada em *Linkletter versus Walker*, 381 U.S. 618 (1965), a propósito da busca e apreensão realizada na residência da Sra. Dollree Mapp, acusada de portar material pornográfico, em evidente violação às leis de Ohio, traduz uma significativa mudança da orientação até então esposada pela Corte Suprema.

A condenação de Dollree Mapp foi obtida com base em evidências obtidas pela polícia quando adentraram sua residência, em 1957, apesar de não disporem de mandado judicial de busca e apreensão. A Suprema Corte, contrariando o julgamento da 1ª Instância, declarou que a 'regra de exclusão' (baseada na Quarta Emenda da Constituição), que proíbe o uso de provas obtidas por meios ilegais nas Cortes federais, deveria ser estendida também às Cortes estaduais. A decisão provocou muita controvérsia, mas os proponentes da 'regra de exclusão' afirmavam constituir esta a única forma de assegurar que provas obtidas ilegalmente não fossem utilizadas.

A decisão de *Mapp v. Ohio* superou o precedente *Wolf v. Colorado*, 338 U.S. 25 (1949), tornando a regra obrigatória aos



HC 82.959 / SP

Estados, e àqueles acusados, cujas investigações e processos não tinham atendido a estes princípios, era conferido o direito de *habeas corpus*.

Em 1965 a Suprema Corte americana julgou o caso *Linkletter v. Walker*, 381 U.S. 618, no qual um condenado por arrombamento na Corte de Louisiana requereu o direito de *habeas corpus*, com fundamento na decisão do caso *Mapp v. Ohio*.

A Suprema Corte decidiu contrariamente à aplicação retroativa da norma, naqueles casos que tiveram o julgamento final antes da decisão proferida em *Mapp*. Essa mudança foi descrita por Christina Aires Lima em sua dissertação de Mestrado:

"Apesar do entendimento da Corte Federal do Distrito de Louisiana e da Corte de Apelação do Estado, de que no caso *Linkletter* as investigações sobre a pessoa e bens do acusado foram feitas de modo ilegal, tais Cortes decidiram que a regra estabelecida no caso *Mapp* não poderia ser aplicada retroativamente às condenações das cortes estaduais, que se tornaram finais antes do anúncio da decisão do referido precedente.

As decisões dessas Cortes foram fundadas no entendimento de que, conferir-se efeito retroativo aos casos que tiveram julgamento final antes da decisão do caso *Mapp*, causaria um enorme e preocupante problema para a administração da Justiça.

A Suprema Corte americana admitiu o *certiorari* requerido por *Linkletter*, restrito à questão de saber se deveria, ou não, aplicar efeito retroativo à

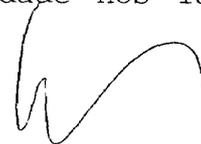
decisão proferida no caso *Mapp*." (Lima, Christina Aires Corrêa. *O Princípio da Nulidade das Leis Inconstitucionais*, UnB, 2000, p. 84)

Ao justificar o indeferimento da aplicação da norma retroativamente, a opinião majoritária da Corte Suprema americana, no julgamento do caso *Linkletter v. Walker*, foi no seguinte sentido:

"Uma vez aceita a premissa de que não somos requeridos e nem proibidos de aplicar uma decisão retroativamente, devemos então sopesar os méritos e deméritos em cada caso, analisando o histórico anterior da norma em questão, seu objetivo e efeito, e se a operação retrospectiva irá adiantar ou retardar sua operação. Acreditamos que essa abordagem é particularmente correta com referência às proibições da 4ª. Emenda, no que concerne às buscas e apreensões desarrazoadas. Ao invés de 'depreciar' a Emenda devemos aplicar a sabedoria do Justice Holmes que dizia que 'na vida da lei não existe lógica: o que há é experiência'." (*United States Reports*, Vol. 381, p. 629).

E mais adiante ressaltou:

"A conduta imprópria da polícia, anterior à decisão em *Mapp*, já ocorreu e não será corrigida pela soltura dos prisioneiros envolvidos. Nem sequer dará harmonia ao delicado relacionamento estadual-federal que discutimos como parte do objetivo de *Mapp*. Finalmente, a invasão de privacidade nos lares das



HC 82.959 / SP

vítimas e seus efeitos não podem ser revertidos. A reparação chegou muito tarde." (*United States Reports*, Vol. 381, p. 637).

No direito alemão, mencione-se o famoso caso sobre o regime da execução penal (*Strafgefangene*), de 14 de março de 1972. Segundo a concepção tradicional, o estabelecimento de restrições aos direitos fundamentais dos presidiários mediante atos normativos secundários era considerada, inicialmente, compatível com a Lei Fundamental. Na espécie, cuidava-se de *Verfassungsbeschwerde* proposta por presô que tivera carta dirigida a uma organização de ajuda aos presidiários interceptada, porque continha críticas à direção do presídio. A decisão respaldava-se em uma portaria do Ministério da Justiça do Estado.

A Corte Constitucional alemã colocou em dúvida esse entendimento na decisão proferida sobre problemática da execução penal, como se logra depreender da seguinte passagem do acórdão:

"O constituinte contemplou, por ocasião da promulgação da Lei Fundamental, a situação tradicional da execução da pena, tal como resulta dos artigos 2º, parágrafo 2º, 2º período, e 104, parágrafos 1º e 2º da Lei Fundamental, não existindo qualquer sinal de que ele partira da premissa de que o legislador haveria de editar uma lei imediatamente após a entrada em vigor da Lei Fundamental. Na apreciação da questão sobre o decurso de prazo razoável para o legislador disciplinar a matéria e, por conseguinte, sobre a configuração de ofensa à Constituição, deve-se considerar também que, até



HC 82.959 / SP

recentemente, admitia-se, com fundamento das **relações peculiares de poder (besondere Gewaltverhältnisse)**, que os direitos fundamentais do preso estavam submetidos a uma restrição geral decorrente das condições de execução da pena. Cuidar-se-ia de limitação implícita, que não precisava estar prevista expressamente em lei. Assinale-se, todavia, que, segundo a orientação que se contrapõe à corrente tradicional, a Lei Fundamental, enquanto ordenação objetiva de valores com ampla proteção dos direitos fundamentais, não pode admitir uma restrição **ipso jure** da proteção dos direitos fundamentais para determinados grupos de pessoas. Essa corrente somente impôs-se após lento e gradual processo." (BVerfGE 33, 1 (12))

A especificidade da situação impunha, todavia, que se tolerassem, provisoriamente, as restrições aos direitos fundamentais dos presidiários, ainda que sem fundamento legal exposto. O legislador deveria emprestar nova disciplina à matéria, em consonância com a orientação agora dominante sobre os direitos fundamentais.

A evolução do entendimento doutrinário e jurisprudencial - uma autêntica *mutação constitucional* - passava a exigir, no entanto, que qualquer restrição a esses direitos devesse ser estabelecida mediante expressa autorização legal.

Efeitos da declaração de inconstitucionalidade



HC 82.959 / SP

Embora a Lei n° 9.868, de 10 de novembro de 1999, tenha autorizado o Supremo Tribunal Federal a declarar a inconstitucionalidade com efeitos limitados, é lícito indagar sobre a admissibilidade do uso dessa técnica de decisão no âmbito do controle difuso.

Ressalte-se que não estou a discutir a constitucionalidade do art. 27 da Lei n° 9.868, de 1999. Cuida-se aqui tão-somente de examinar a possibilidade de aplicação da orientação nele contida no controle incidental de constitucionalidade.

Para tanto, faz-se necessária, inicialmente, uma análise da questão no direito americano, que é a matriz do sistema brasileiro de controle.

É interessante notar que, nos próprios Estados Unidos da América, onde a doutrina acentuara tão enfaticamente a idéia de que a expressão "lei inconstitucional" configurava uma *contradictio in terminis*, uma vez que "*the unconstitutional statute is not law at all*" (Willoughby, Westel Woodbury. *The Constitutional Law of the United States*, New York, 1910, v. 1, p. 9/10; cf. Cooley, Thomas M., *Treaties on the Constitutional Limitations*, 1878, p. 227), passou-se a admitir, após a Grande Depressão, a necessidade de se estabelecerem limites à declaração de inconstitucionalidade (Tribe, Laurence. *The American Constitutional Law*, The Foundation Press, Mineola, New York, 1988). A Suprema Corte americana vem considerando o problema proposto pela eficácia retroativa de juízos de inconstitucionalidade a propósito de decisões em processos criminais. Se as leis ou atos inconstitucionais nunca existiram enquanto tais, eventuais condenações nelas baseadas quedam ilegítimas, e, portanto, o juízo de inconstitucionalidade implicaria



HC 82.959 / SP

a possibilidade de impugnação imediata de todas as condenações efetuadas sob a vigência da norma inconstitucional. Por outro lado, se a declaração de inconstitucionalidade afeta tão-somente a demanda em que foi levada a efeito, não se há que cogitar de alteração de julgados anteriores.

Sobre o tema, afirma Tribe:

"No caso *Linkletter v. Walker*, a Corte rejeitou ambos os extremos: 'a Constituição nem proíbe nem exige efeito retroativo.' Parafraseando o Justice Cardozo pela assertiva de que 'a constituição federal nada diz sobre o assunto', a Corte de *Linkletter* tratou da questão da retroatividade como um assunto puramente de política (política judiciária), a ser decidido novamente em cada caso. A Suprema Corte codificou a abordagem de *Linkletter* no caso *Stovall v. Denno*: 'Os critérios condutores da solução da questão implicam (a) o uso a ser servido pelos novos padrões, (b) a extensão da dependência das autoridades responsáveis pelo cumprimento da lei com relação aos antigos padrões, e (c) o efeito sobre a administração da justiça de uma aplicação retroativa dos novos padrões". (Tribe, *American Constitutional Law*, cit., p. 30)

Vê-se, pois, que o sistema difuso ou incidental mais tradicional do mundo passou a admitir a mitigação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade e, em casos determinados, acolheu até mesmo a pura declaração de inconstitucionalidade com efeito exclusivamente *pro futuro* (Cf. a propósito, Sesma, *El*



HC 82.959 / SP

Precedente, cit., p. 174 s). De resto, assinala-se que, antes do advento da Lei nº 9.868, de 1999, talvez fosse o STF, muito provavelmente, o único órgão importante de jurisdição constitucional a não fazer uso, de modo expresso, da limitação de efeitos na declaração de inconstitucionalidade. Não só a Suprema Corte americana (caso *Linkletter v. Walker*), mas também uma série expressiva de Cortes Constitucionais e Cortes Supremas adotam a técnica da limitação de efeitos (Cf. v.g. Corte Constitucional austríaca (Constituição, art. 140), a Corte Constitucional alemã (Lei Orgânica, § 31, 2 e 79, 1), a Corte Constitucional espanhola (embora não expressa na Constituição, adotou, desde 1989, a técnica da *declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade*. Cf. Garcia de Enterría, *Justicia Constitucional, cit., p. 5*), a Corte Constitucional portuguesa (Constituição, art. 282, n. 4), o Tribunal de Justiça da Comunidade Européia (art.174, 2 do Tratado de Roma), o Tribunal Europeu de Direitos Humanos (caso *Markx*, de 13 de junho de 1979. Cf. Siqueira Castro, Carlos Roberto. *Da Declaração de Inconstitucionalidade e seus efeitos em face das Leis nº 9.868 e 9882/99*, in: Sarmento, Daniel, *O Controle de Constitucionalidade e a Lei 9.868/99* (organizador), Rio de Janeiro, 2001).

No que interessa para a discussão da questão em apreço, ressalte-se que o modelo difuso não se mostra incompatível com a doutrina da limitação dos efeitos.

Sem dúvida, afigura-se relevante no sistema misto brasileiro o significado da decisão limitadora tomada pelo Supremo Tribunal Federal no controle abstrato de normas sobre os julgados proferidos pelos demais juízes e tribunais no sistema difuso.

O tema relativo à compatibilização de decisões nos modelos



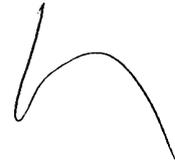
HC 82.959 / SP

concreto e abstrato não é exatamente novo e foi suscitado, inicialmente, na Áustria, tendo em vista os reflexos da decisão da Corte Constitucional sobre os casos concretos que deram origem ao incidente de inconstitucionalidade (1920-1929). Optou-se ali por atribuir efeito *ex tunc* excepcional à repercussão da decisão de inconstitucionalidade sobre o caso concreto (Constituição austríaca, art. 140 , n. 7, 2ª. parte).

No direito americano, a matéria poderia assumir feição delicada tendo em vista o caráter incidental ou difuso do sistema, isto é, modelo marcadamente voltado para a defesa de posições subjetivas. Todavia, ao contrário do que se poderia imaginar, não é rara a pronúncia de inconstitucionalidade sem atribuição de eficácia retroativa, especialmente nas decisões judiciais que introduzem alteração de jurisprudência (*prospective overruling*). Em alguns casos, a nova regra afirmada para decisão aplica-se aos processos pendentes (*limited prospectivity*); em outros, a eficácia *ex tunc* exclui-se de forma absoluta (*pure prospectivity*). Embora tenham surgido no contexto das alterações jurisprudenciais de precedentes, as *prospectivity* têm integral aplicação às hipóteses de mudança de orientação que leve à declaração de inconstitucionalidade de uma lei antes considerada constitucional (Cf. Medeiros, *A Decisão de Inconstitucionalidade*, cit., p. 743).

A prática da *prospectivity*, em qualquer de suas versões, no sistema de controle americano, demonstra, pelo menos, que o controle incidental não é incompatível com a idéia da limitação de efeitos na decisão de inconstitucionalidade.

Há de se reconhecer que o tema assume entre nós peculiar complexidade tendo em vista a inevitável convivência entre os



HC 82.959 / SP

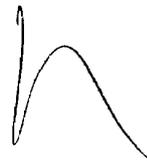
modelos difuso e direto. Quais serão, assim, os efeitos da decisão *ex nunc* do Supremo Tribunal Federal, proferida *in abstracto*, sobre as decisões já proferidas pelas instâncias afirmadoras da inconstitucionalidade com eficácia *ex tunc*?

Um argumento que pode ser suscitado diz respeito ao direito fundamental de acesso à justiça, tal como já argüido no direito português, afirmando-se que haveria a frustração da expectativa daqueles que obtiveram o reconhecimento jurisdicional do fundamento de sua pretensão (Cf. Medeiros, *A Decisão de Inconstitucionalidade*, cit., p. 746).

A propósito dessa objeção, Rui Medeiros apresenta as seguintes respostas:

"-- É sabido, desde logo, que existem domínios em que a restrição do alcance do julgamento de inconstitucionalidade não é, por definição, susceptível de pôr em causa esse direito fundamental (v.g., invocação do n.º 4 do art. 282 para justificar a aplicação da norma penal inconstitucional mais favorável ao argüido do que a norma repristinada);

-- Além disso, mostra-se claramente claudicante a representação do direito de acção judicial como um direito a uma sentença de mérito favorável, tudo apontando antes no sentido de que o artigo 20 da Constituição não vincula os tribunais a 'uma obrigação-resultado (procedência do pedido) mas a uma mera obrigação-meio, isto é, a encontrar uma solução justa e legal para o conflito de interesse entre as partes';



-- Acresce que, mesmo que a limitação de efeitos contrariasse o direito de acesso aos tribunais, ela seria imposta por razões jurídico-constitucionais e, por isso, a solução não poderia passar pela absoluta prevalência do interesse tutelado pelo art. 20 da Constituição, postulando ao invés uma tarefa de harmonização entre os diferentes interesse em conflito;

-- Finalmente, a admissibilidade de uma limitação de efeitos na fiscalização concreta não significa que um tribunal possa desatender, com base numa decisão puramente discricionária, a expectativa daquele que iniciou um processo jurisdicional com a consciência da inconstitucionalidade da lei que se opunha ao reconhecimento da sua pretensão. A delimitação da eficácia da decisão de inconstitucionalidade não é fruto de 'mero decisionismo' do órgão de controlo. O que se verifica é tão-somente que, à luz do ordenamento constitucional no seu todo, a pretensão do autor à não-aplicação da lei desconforme com a Constituição não tem, no caso concreto, fundamento." (Cf. Medeiros, *A Decisão de Inconstitucionalidade*, cit., p. 746-747)

Essas colocações têm a virtude de demonstrar que a declaração de inconstitucionalidade *in concreto* também se mostra passível de limitação de efeitos. A base constitucional dessa limitação - necessidade de um outro princípio que justifique a não-aplicação do princípio da nulidade - parece sugerir que, se aplicável, a declaração de inconstitucionalidade restrita revela-se



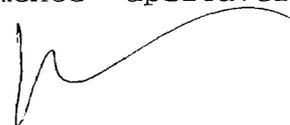
HC 82.959 / SP

abrangente do modelo de controle de constitucionalidade como um todo. É que, nesses casos, tal como já argumentado, o afastamento do princípio da nulidade da lei assenta-se em fundamentos constitucionais e não em razões de conveniência. Se o sistema constitucional legitima a declaração de inconstitucionalidade restrita no controle abstrato, esta decisão poderá afetar, igualmente, os processos do modelo concreto ou incidental de normas. Do contrário, poder-se-ia ter inclusive um esvaziamento ou uma perda de significado da própria declaração de inconstitucionalidade restrita ou limitada.

A questão tem relevância especial no direito português, porque, ao lado do modelo abstrato de controle, de perfil concentrado, adota a Constituição um modelo concreto de perfil incidental à semelhança do sistema americano ou brasileiro. Trata-se de herança do sistema adotado pela Constituição portuguesa de 1911.

É claro que, nesse contexto, tendo em vista os próprios fundamentos legitimadores da restrição de efeitos, poderá o Tribunal declarar a inconstitucionalidade com efeitos limitados, fazendo, porém, a ressalva dos casos já decididos ou dos casos pendentes até um determinado momento (v.g., até a decisão *in abstracto*). É o que ocorre no sistema português, onde o Tribunal Constitucional ressalva, freqüentemente, os efeitos produzidos até à data da publicação da declaração de inconstitucionalidade no Diário da República ou, ainda, acrescenta no dispositivo que são excetuadas aquelas situações que estejam pendentes de impugnação contenciosa (Cf. Medeiros, *A Decisão de Inconstitucionalidade*, *cit.*, p. 748).

Essa orientação afigura-se integralmente aplicável ao sistema brasileiro.



HC 82.959 / SP

Assim, pode-se entender que se o STF declarar a inconstitucionalidade restrita, sem qualquer ressalva, essa decisão afeta os demais processos com pedidos idênticos pendentes de decisão nas diversas instâncias. Os próprios fundamentos constitucionais legitimadores da restrição embasam a declaração de inconstitucionalidade com eficácia *ex nunc* nos casos concretos. A inconstitucionalidade da lei há de ser reconhecida a partir do trânsito em julgado. Os casos concretos ainda não transitados em julgado não de ter o mesmo tratamento (decisões com eficácia *ex nunc*) se e quando submetidos ao STF.

É verdade que, tendo em vista a autonomia dos processos de controle incidental ou concreto e de controle abstrato, entre nós, mostra-se possível um distanciamento temporal entre as decisões proferidas nos dois sistemas (decisões anteriores, no sistema incidental, com eficácia *ex tunc* e decisão posterior, no sistema abstrato, com eficácia *ex nunc*). Esse fato poderá ensejar uma grande insegurança jurídica. Daí parecer razoável que o próprio STF declare, nesses casos, a inconstitucionalidade com eficácia *ex nunc* na ação direta, ressaltando, porém, os casos concretos já julgados ou, em determinadas situações, até mesmo os casos *sub judice*, até a data de ajuizamento da ação direta de inconstitucionalidade. Essa ressalva assenta-se em razões de índole constitucional, especialmente no princípio da segurança jurídica. Ressalte-se aqui que, além da ponderação central entre o princípio da nulidade e outro princípio constitucional, com a finalidade de definir a dimensão básica da limitação, deverá a Corte fazer outras ponderações, tendo em vista a repercussão da decisão tomada no processo de controle *in abstracto* nos diversos processos de controle concreto.



HC 82.959 / SP

Dessa forma, tem-se, a nosso ver, uma adequada solução para o difícil problema da convivência entre os dois modelos de controle de constitucionalidade existentes no direito brasileiro, também no que diz respeito à técnica de decisão.

Aludida abordagem responde a uma outra questão intimamente vinculada a esta. Trata-se de saber se o STF poderia, ao apreciar recurso extraordinário, declarar a inconstitucionalidade com efeitos limitados.

Não parece haver dúvida de que, tal como já exposto, a limitação de efeito é um apanágio do controle judicial de constitucionalidade, podendo ser aplicado tanto no controle direto quanto no controle incidental.

Na jurisprudência do STF pode-se identificar uma tímida tentativa, levada a efeito em 1977, no sentido de, com base na doutrina de Kelsen e em concepções desenvolvidas no direito americano, abandonar a teoria da nulidade em favor da chamada teoria da anulabilidade para o caso concreto.

Em verdade, no caso específico, considerou o Relator, Leitão de Abreu, que a matéria não comportava a aplicação da doutrina restritiva, pois, ao celebrar o negócio jurídico, o recorrido não tomara em consideração a regra posta no ato legislativo declarado inconstitucional (RTJ 82, p. 795/6). Assim, parece claro que toda argumentação desenvolvida por Leitão de Abreu, na espécie, não passa de *obiter dictum*.

Segundo essa concepção, a lei inconstitucional não poderia



HC 82.959 / SP

ser considerada nula, porque, tendo sido editada regularmente, gozaria de presunção de constitucionalidade, e sua aplicação continuada produziria conseqüências que não poderiam ser olvidadas. A lei inconstitucional não seria, portanto, nula *ipso jure*, mas apenas anulável. A declaração de inconstitucionalidade teria, assim, caráter constitutivo. Da mesma forma que o legislador poderia dispor sobre os efeitos da lei inconstitucional, seria facultado ao Tribunal reconhecer que a lei aplicada por longo período haveria de ser considerada como fato eficaz, apto a produzir conseqüências pelo menos nas relações jurídicas entre pessoas privadas e o Poder Público. Esse seria também o caso se, com a cassação de um ato administrativo, se configurasse uma quebra da segurança jurídica e do princípio da boa-fé (RE 79.343, Rel. Min. Leitão de Abreu, RTJ 82, p. 795).

É interessante registrar a síntese da argumentação desenvolvida por Leitão de Abreu:

"Hans Kelsen, enfrentando o problema, na sua General Theory of Law and State, inclina-se pela opinião que dá pela anulabilidade, não pela nulidade da lei inconstitucional. Consigna ele, em nota que figura à p. 160, desse livro: The void ab initio theory is not generally accepted. (Cf. for instance Chief Justice Hughes in Chicot County Drainage District v. Baxter State Bank, 308, U. S. 371 (1940)). The best formulation of the problem is to be found in Wellington et al. Petitioners, 16 Piock. 87 (Mass., 1834), at 96: 'Perhaps, however, it may be well doubted whether a formal act of legislation can ever with strict legal propriety be said to be void;



It seems more consistent with the nature of the subject, and the principles applicable to analogous cases, to treat it as voidable'. Com base nessa orientação jurisprudencial, escreve o famoso teórico do direito: 'A decisão tomada pela autoridade competente de que algo que se apresenta como norma é nulo ab initio, porque preenche os requisitos da nulidade determinados pela ordem jurídica, é um ato constitutivo; possui um efeito legal definido; sem esse ato e antes dele o fenômeno em questão não pode ser considerado 'nulo'. Donde não se tratar de decisão 'declaratória', não constituindo, como se afigura, declaração de nulidade: é uma verdadeira anulação, uma anulação com força retroativa, pois se faz mister haver legalmente existente a que a decisão se refira. Logo o fenômeno em questão não pode ser algo nulo ab initio, isto é, o não ser legal. É preciso que esse algo seja considerado como uma força anulada com força retroativa pela decisão que a declarou nula ab initio' (Ob. cit., p. 161). Acertado se me afigura, também, o entendimento de que se não deve ter como nulo ab initio ato legislativo que entrou no mundo jurídico munido de presunção de validade, impondo-se, em razão disso, enquanto não declarado inconstitucional, à obediência pelos destinatários dos seus comandos. Razoável é a inteligência, a meu ver, de que se cuida, em verdade de ato anulável, possuindo caráter constitutivo a decisão que decreta nulidade. Como, entretanto, em princípio, os efeitos dessa decisão operam retroativamente, não se resolve, com isso, de modo



pleno, a questão de saber se é mister haver como delitos do orbe jurídico atos ou fatos verificados em conformidade com a norma que haja sido pronunciada como inconsistente com a ordem constitucional. Tenho que procede a tese, consagrada pela corrente discrepante, a que se refere o Corpus Juris Secundum, de que a lei inconstitucional é um fato eficaz, ao menos antes da determinação de inconstitucionalidade, podendo ter conseqüências que não é lícito ignorar. A tutela da boa-fé exige que, em determinadas circunstâncias, notadamente quando, sob a lei ainda não declarada inconstitucional, se estabeleceram relações entre o particular e o poder público, se apure, prudencialmente, até que ponto a retroatividade da decisão, que decreta a inconstitucionalidade, pode atingir, prejudicando-o, o agente que teve por legítimo o ato e, fundado nele, operou na presunção de que estava procedendo sob o amparo do direito objetivo" (RE 79.343, Rel. Min. Leitão de Abreu, RTJ 82, p. 794/5).

Essa posição não provocou qualquer mudança na jurisprudência sobre a nulidade *ipso jure*. E, em verdade, é possível até que não fosse apta a provocar qualquer mudança. É que o próprio relator, Leitão de Abreu, ao julgar o RE 93.356, em 24 de março de 1981, destacou, *verbis*:

"Nos dois casos, a tese por mim sustentada pressupunha a existência de situação jurídica formalmente constituída, com base em ato praticado, de boa-fé, sob a lei que só posteriormente veio a ser

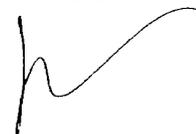


HC 82.959 / SP

declarada inconstitucional. Ora, como assinala, com precisão o parecer da Procuradoria-Geral da República, não é esse o caso dos autos, pois que o poder público não chegou a reconhecer ao recorrente o direito ao cômputo do tempo de serviço, a que reporta". (RE 93.356, Rel. Min. Leitão de Abreu, RTJ 97, p. 1.369)

Orientação semelhante já havia sido adotada no primeiro precedente (RE 79.343, Rel. Min. Leitão de Abreu, RTJ 82, p. 791 ss), tendo sido reâlçado que não havia falar-se de proteção de boa-fé, pois restara claro que, ao concluir o negócio jurídico, não tomara o recorrido em consideração a regra posta no ato legislativo posteriormente declarado inconstitucional.

Assim, talvez seja lícito dizer que Leitão de Abreu limitou-se a propor uma reflexão sobre o tema da limitação dos efeitos, no caso concreto, a ser aplicada em alguma questão apropriada. Nessa parte, as considerações por ele trazidas equivalem a simples *obiter dicta*. Ressalte-se, porém, que, se aceita a tese esposada por Leitão, ter-se-ia a possibilidade de limitação de efeitos da decisão no próprio controle incidental ou da decisão *in concreto*. Em outras palavras, o Tribunal poderia declarar a inconstitucionalidade, incidentalmente, com eficácia restrita, o que daria ensejo à aplicação da norma inconstitucional no caso concreto. Tanto quanto é possível depreender da argumentação desenvolvida por Leitão de Abreu, a opção por uma declaração de inconstitucionalidade com efeito limitado decorreria de critérios de conveniência ou de política judiciária, tal como admitido no direito americano.



HC 82.959 / SP

Diferentemente da posição externada por Leitão de Abreu, entendo que o princípio da nulidade enquanto cláusula não-escrita continua a ter plena aplicação entre nós.

Não se nega, pois, caráter de princípio constitucional ao princípio da nulidade da lei inconstitucional. Entende-se, porém, que tal princípio não poderá ser aplicado nos casos em que se revelar absolutamente inidôneo para a finalidade perseguida (casos de omissão; exclusão de benefício incompatível com o princípio da igualdade), bem como nas hipóteses em que a sua aplicação pudesse trazer danos para o próprio sistema jurídico constitucional (grave ameaça à segurança jurídica).

Assim, configurado eventual conflito entre o princípio da nulidade e o princípio da segurança jurídica, que, entre nós, tem status constitucional, a solução da questão há de ser, igualmente, levada a efeito em um processo de complexa ponderação.

Desse modo, em muitos casos, há de se preferir a declaração de inconstitucionalidade com efeitos restritos à insegurança jurídica de uma declaração de nulidade, como demonstram os múltiplos exemplos do direito comparado e do nosso direito.

A aceitação do princípio da nulidade da lei inconstitucional não impede, assim, que se reconheça a possibilidade de adoção, entre nós, de uma declaração de inconstitucionalidade alternativa. É o que demonstra a experiência do direito comparado, acima referida. Ao revés, a adoção de uma decisão alternativa é inerente ao modelo de controle de constitucionalidade amplo, que exige, ao lado da tradicional decisão de perfil cassatório com eficácia retroativa, também decisões de conteúdo outro, que não



HC 82.959 / SP

importem, necessariamente, na eliminação direta e imediata da lei do ordenamento jurídico.

Acentue-se, desde logo, que, no direito brasileiro, jamais se aceitou a idéia de que a nulidade da lei importaria na eventual nulidade de todos os atos que com base nela viessem a ser praticados. Embora a ordem jurídica brasileira não disponha de preceitos semelhantes aos constantes do § 79 da Lei do *Bundesverfassungsgericht*, que prescreve a intangibilidade dos atos não mais suscetíveis de impugnação, não se deve supor que a declaração de nulidade afete, entre nós, todos os atos praticados com fundamento na lei inconstitucional. É verdade que o nosso ordenamento não contém regra expressa sobre o assunto, aceitando-se, genericamente, a idéia de que o ato fundado em lei inconstitucional está eivado, igualmente, de iliceidade (Cf., a propósito, RMS 17.976, Rel. Min. Amaral Santos, RTJ 55, p. 744). Concede-se, porém, proteção ao ato singular, em homenagem ao princípio da segurança jurídica, procedendo-se à diferenciação entre o efeito da decisão no plano normativo (*Normebene*) e no plano do ato singular (*Einzelaktebene*) mediante a utilização das chamadas fórmulas de preclusão (cf. Ipsen, Jörn, *Rechtsfolgen der Verfassungswidrigkeit von Norm und Einzelakt*, Baden-Baden, 1980, p. 266 e s. Ver, também, Mendes, Gilmar, *Jurisdição Constitucional*, São Paulo, 2004, p. 305).

Assim, os atos praticados com base na lei inconstitucional que não mais se afigurem suscetíveis de revisão não são afetados pela declaração de inconstitucionalidade.

Vislumbra-se uma exceção expressa a esse entendimento na sentença condenatória penal, uma vez que aqui inexiste prazo, fixado pela legislação ordinária, para a propositura da revisão. Nos termos



HC 82.959 / SP

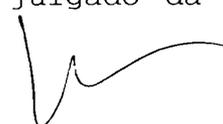
do art. 621 do Código de Processo Penal, a revisão pode ser proposta a qualquer tempo se a sentença condenatória for contrária a texto expresso da lei penal. Esse fundamento abrange, inequivocamente, a sentença penal condenatória proferida com base na lei inconstitucional (HC 45.232, Rel. Min. Themístocles Cavalcanti, RTJ 44, p. 322 ss).

Essa constatação mostra também que a preservação de efeitos dos atos praticados com base na lei inconstitucional passa por uma decisão do legislador ordinário. É ele quem define, em última instância, a existência e os limites das fórmulas de preclusão, fixando *ipso jure* os próprios limites da idéia de retroatividade contemplada no princípio da nulidade.

Como ressaltado, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal procede à diferenciação entre o plano da norma (*Normebene*) e o plano do ato concreto (*Einzelaktebene*) também para excluir a possibilidade de anulação deste em virtude da inconstitucionalidade do ato normativo que lhe dá respaldo.

Admite-se que uma das causas que pode dar ensejo à instauração da ação rescisória no âmbito do processo civil – violação a literal disposição de lei (art. 485, V, do CPC) – contempla, também, a inconstitucionalidade de uma lei na qual se fundou o juiz para proferir a decisão transitada em julgado (RMS 17.976, Rel. Min. Amaral Santos, RTJ 55, p. 744 ss; RE 86.056, Rel. Min. Rodrigues Alckmin, DJ 01.07.77).

Todavia, a rescisão de sentença proferida com base em uma lei considerada inconstitucional somente pode ser instaurada dentro do prazo de dois anos, a contar do trânsito em julgado da decisão



HC 82.959 / SP

(CPC, arts. 485 e 495).

No modelo consagrado pelo § 79, (3), da Lei do *Bundesverfassungsgericht*, admite-se a possibilidade de que a execução de sentença calcada em lei inconstitucional seja impugnada mediante embargos à execução (CPC alemão, § 767).

Inicialmente, a impugnação de sentença trânsita em julgado, no sistema brasileiro, somente haveria de se verificar por via de ação rescisória.

Em julgado de 13 de setembro de 1968, explicitou-se essa orientação:

"A suspensão da vigência da lei por inconstitucionalidade torna sem efeito todos os atos praticados sob o império da lei inconstitucional. Contudo, a nulidade da decisão judicial transitada em julgado só pode ser declarada por via de ação rescisória, sendo impróprio o mandado de segurança (...)" (RMS 17.076, Rel. Min. Amaral Santos, RTJ 55, p. 744).

Esse entendimento foi reiterado posteriormente, enfatizando-se que a execução judicial de uma decisão transitada em julgado não pode ser obstada com a oposição de embargos, uma vez que a nulidade dessa decisão deve ser aferida do âmbito da ação rescisória (RE 86.056, Rel. Min. Rodrigues Alckmin, DJ 01.01.77). Em acórdão mais recente, ressaltou-se que *"a execução (...) está amparada no respeito à coisa julgada, que se impõe ao Juízo executante, e que impede que, sobre ela (e até que venha a ser*



HC 82.959 / SP

regularmente desconstituída a sentença que lhe deu margem), tenha eficácia o acórdão posterior desta Corte" (RCL 148, Rel. Min. Moreira Alves, RTJ 109, p. 463).

A Medida Provisória nº 2.180-35, de 24 de agosto de 2001, introduziu regra segundo a qual, para os fins de execução judicial, "considera-se inexigível o título judicial fundado em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal ou em aplicação ou interpretação tidas por incompatíveis com a Constituição Federal". (art. 741, parágrafo único do CPC; art. 836, parágrafo único, CLT).

Assim sendo, ressalvada a hipótese de uma declaração de inconstitucionalidade com limitação de efeitos (art. 27, Lei nº 9.868, de 1999), a declaração de inconstitucionalidade (com eficácia *ex tunc*) em relação a sentenças já transitadas em julgado poderá ser invocada, eficazmente, tanto em ação rescisória, como nos embargos à execução.

Às vezes, invoca-se diretamente fundamento de segurança jurídica para impedir a repercussão da decisão de inconstitucionalidade sobre as situações jurídicas concretas.

Nessa linha, tem-se asseverado a legitimidade dos atos praticados por oficiais de justiça investidos na função pública por força de lei posteriormente declarada inconstitucional. No RE 79.620, da relatoria de Aliomar Baleeiro, declarou-se ser "válida a penhora feita por agentes do Executivo, sob as ordens dos juízes, nos termos da lei estadual de São Paulo s/nº, de 3.12.71, mormente se nenhum prejuízo disso adveio para o executado" (DJ 13.12.74; Cf., também, RE 78.809, Rel. Min. Aliomar Baleeiro, DJ 11.10.74).



HC 82.959 / SP

Orientação semelhante foi firmada no RE 78.594, da relatoria de Bilac Pinto, assentando-se que, *"apesar de proclamada a ilegalidade da investidura do funcionário público na função de oficial de justiça, em razão da declaração de inconstitucionalidade da lei estadual que autorizou tal designação, o ato por ele praticado é válido"* (DJ 04.11.74).

Em outros termos, razões de segurança jurídica podem obstar à revisão do ato praticado com base na lei declarada inconstitucional.

Registre-se ainda, por amor à completude, que a jurisprudência do STF contempla, ainda, uma peculiaridade no que se refere aos efeitos da decisão que declara a inconstitucionalidade da lei concessiva de vantagens a segmentos do funcionalismo, especialmente aos magistrados. Anteriormente já havia o STF afirmado que *"a irredutibilidade dos vencimentos dos magistrados garante, sobretudo, o direito que já nasceu e que não pode ser suprimido sem que sejam diminuídas as prerrogativas que suportam o seu cargo"* (RE 105.789, Rel. Min. Carlos Madeira, RTJ 118, p. 301).

Por essa razão, tal garantia superaria o próprio efeito *ex tunc* da declaração de inconstitucionalidade da norma (RE 105.789, Rel. Min. Carlos Madeira, RTJ 118, p. 301). Decisão publicada em 08.04.1994, também relativa à remuneração de magistrados, retrata entendimento no sentido de que a *"retribuição declarada inconstitucional não é de ser devolvida no período de validade inquestionada da lei declarada inconstitucional - mas tampouco paga após a declaração de inconstitucionalidade"* (RE 122.202, Rel. Min. Francisco Rezek, DJ 08.04.94).



HC 82.959 / SP

Essa tentativa, um tanto quanto heterodoxa, de preservar as vantagens pecuniárias já pagas a servidores públicos, com base numa lei posteriormente declarada inconstitucional, parece carecer de fundamentação jurídica consistente em face da doutrina da nulidade da lei inconstitucional. Ela demonstra, ademais, que o Tribunal, na hipótese, acabou por produzir uma mitigação de efeitos com base em artifícios quase que exclusivamente retóricos. Mais apropriado seria reconhecer que, nos casos referidos, a retroatividade plena haveria de ser afastada com fundamento no princípio da segurança jurídica, que, como se sabe, também entre nós é dotado de hierarquia constitucional.

Não se afirme que, sob a Constituição de 1988, o STF teria rejeitado a possibilidade de adotar a técnica de decisão com efeitos limitados.

De forma direta, a questão da limitação dos efeitos foi colocada perante o STF, inicialmente na ADI 513, proposta contra dispositivo da Lei nº 8.134, de 1990, que instituiu índice de correção aplicável a imposições tributárias anteriormente fixadas (art. 11, parágrafo único). Célio Borja cuidou, fundamentalmente, de indagar acerca da eventual ocorrência de "excepcional interesse social" que legitimasse o afastamento do princípio da nulidade da lei inconstitucional, *verbis*:

"Alegação de só poder ter efeito ex nunc a decisão que nulifica lei que instituiu ou aumentou tributo auferido pelo tesouro e já aplicado em serviços ou obras públicas. Sua inaplicabilidade à hipótese dos autos que não cogita, exclusivamente, de tributo já integrado ao patrimônio público, mas,

HC 82.959 / SP

de ingresso futuro a ser apurado na declaração anual do contribuinte e recolhido posteriormente. Também não é ela atinente a eventual restituição de imposto pago a maior, porque está prevista em lei e terá seu valor reduzido pela aplicação de coeficiente menos gravoso.

Não existe ameaça iminente à solvência do tesouro, à continuidade dos serviços públicos ou a algum bem política ou socialmente relevante, que justifique a supressão, in casu, do efeito próprio, no Brasil, do juízo de inconstitucionalidade da norma, que é a sua nulidade. É de repelir-se, portanto, a alegada ameaça de lacuna jurídica ameaçadora (*bedrohliche Rechtslucke*)". (ADI 513, Rel. Min. Célio Borja, RTJ 141, p. 739).

Nesses termos, ainda que Célio Borja tenha, no caso concreto sob exame, negado a ocorrência dos pressupostos aptos a afastar a incidência do princípio da nulidade da lei inconstitucional, não negou ele a legitimidade de proceder-se a uma tal ponderação.

É verdade, na ADI 1.102, julgada em 5 de outubro de 1995, Maurício Corrêa tornou manifesta sua preocupação com o problema:

"Creio não constituir-se afronta ao ordenamento constitucional exercer a Corte política judicial de conveniência, se viesse a adotar sistemática, caso por caso, para a aplicação de quais os efeitos que deveriam ser impostos, quando, como nesta hipótese, defluísse situação tal a recomendar, na salvaguarda



HC 82.959 / SP

dos superiores interesses do Estado e em razão da calamidade dos cofres da Previdência Social, se buscasse o dies a quo, para a eficácia dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, a data do deferimento da cautelar.

(...)

Ressalvada a minha posição pessoal quanto aos efeitos para a eficácia da decisão que, em nome da conveniência e da relevância da segurança social, seriam a partir da concessão da cautelar deferida em 9 de setembro de 1994, e acolhendo a manifestação do Procurador-Geral da República, julgo procedentes as Ações Diretas de Inconstitucionalidade nºs 1.102-2, 1.108-1 e 1.116-2, para, confirmando a liminar concedida pela maioria, declarar a inconstitucionalidade das expressões 'empresários' e 'autônomos' contidas no inciso I do artigo 22 da Lei nº 8.212, de 25 de julho de 1991." (ADI 1.102, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJ 17.11.95)

É expressivo, a propósito da limitação dos efeitos, o voto de Sepúlveda Pertence, *verbis*:

"De logo - a observação é de Garcia de Enterría - a conseqüente eficácia ex tunc da pronúncia de inconstitucionalidade gera, no cotidiano da Justiça Constitucional, um sério inconveniente, que é o de levar os tribunais competentes, até inconscientemente, a evitar o mais possível a declaração de invalidade da norma, à vista dos efeitos radicais sobre o passado.



HC 82.959 / SP

O caso presente, entretanto, não é adequado para suscitar a discussão.

O problema dramático da eficácia ex tunc da declaração de inconstitucionalidade surge, quando ela vem surpreender uma lei cuja validade, pelo menos, era 'dada de barato', e de repente, passados tempos, vem a Suprema Corte a declarar-lhe a invalidez de origem. Não é este o caso: a incidência da contribuição social sobre a remuneração de administradores, autônomos e avulsos vem sendo questionada desde a vigência da Lei 7.787, e creio que, nas vias do controle difuso, poucas terão sido as decisões favoráveis à Previdência Social. (...)

Sou em tese favorável a que, com todos os temperamentos e contrafortes possíveis e para situações absolutamente excepcionais, se permita a ruptura do dogma da nulidade ex radice da lei inconstitucional, facultando-se ao Tribunal protrair o início da eficácia erga omnes da declaração. Mas, como aqui já se advertiu, essa solução, se generalizada, traz também o grande perigo de estimular a inconstitucionalidade". (ADI 1.102, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJ 17.11.95).

Entendeu-se, portanto, quando do julgamento da ADI 1.102, que, embora aceitável, em tese, a discussão sobre a restrição de efeitos, o caso não se mostrava adequado, tendo em vista que modelo legal adotado vinha sendo sistematicamente impugnado no Judiciário, inclusive no âmbito do próprio Supremo Tribunal Federal.

Observe-se que, em decisão de 23 de março de 1994, no



HC 82.959 / SP

juízo do HC 70.514 (Rel. Sydney Sanches, DJ 27.06.97), teve o STF oportunidade de ampliar a já complexa tessitura das técnicas de decisão no controle de constitucionalidade, admitindo que lei que concedia prazo em dobro para a Defensoria Pública era de ser considerada constitucional enquanto esses órgãos não estivessem devidamente habilitados ou estruturados.

Assim, o Relator, Sydney Sanches, ressaltou que a inconstitucionalidade do § 5.º do art. 5.º da Lei nº 1.060, de 5 de fevereiro de 1950, acrescentado pela Lei nº 7.871, de 8 de novembro de 1989, não haveria de ser reconhecida, no ponto em que confere prazo em dobro, para recurso, às Defensorias Públicas, "ao menos até que sua organização, nos Estados, alcance o nível da organização do respectivo Ministério Público" (HC 70.514, Rel. Min. Sydney Sanches, DJ 27.06.97).

Da mesma forma pronunciou-se Moreira Alves, como se pode depreender da seguinte passagem de seu voto, no julgamento do HC 70.514:

"A única justificativa, Sr. Presidente, que encontro para esse tratamento desigual em favor da Defensoria Pública em face do Ministério Público é a de caráter temporário: a circunstância de as Defensorias Públicas ainda não estarem, por sua recente implantação, devidamente aparelhadas como se acha o Ministério Público.

Por isso, para casos como este, parece-me deva adotar-se a construção da Corte Constitucional alemã no sentido de considerar que uma lei, em virtude das circunstâncias de fato, pode vir a ser



HC 82.959 / SP

inconstitucional, não o sendo, porém, enquanto essas circunstâncias de fato não se apresentarem com a intensidade necessária para que se tornem inconstitucionais.

Assim, a lei em causa será constitucional enquanto a Defensoria Pública, concretamente, não estiver organizada com a estrutura que lhe possibilite atuar em posição de igualdade com o Ministério Público, tornando-se inconstitucional, porém, quando essa circunstância de fato não mais se verificar".

Afigura-se, igualmente, relevante destacar o voto de Sepúlveda Pertence, que assim feriu a questão no mesmo Habeas Corpus:

"No Habeas Corpus 67.930, quando o Tribunal afirmou a subsistência, sob a Constituição de 88, da legitimação de qualquer do povo, independentemente de qualificação profissional e capacidade postulatória, para a impetração de habeas corpus, tive a oportunidade de realçar essa situação de fato da Defensoria Pública.

E, por isso, ao acompanhar o eminente Relator acentuei que, dada essa pobreza dos serviços da Assistência Judiciária, e até que ela venha a ser superada, a afirmação da indispensabilidade do advogado, para requerer habeas corpus, que seria o ideal, viria, na verdade, a ser um entrave de fato, à salvaguarda imediata da liberdade.

Agora, em situação inversa, também esse mesmo



HC 82.959 / SP

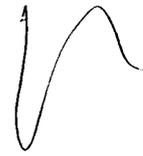
estado de fato me leva, na linha dos votos até aqui proferidos, com exceção do voto do Ministro Marco Aurélio - a quem peço vênia -, a acompanhar o eminente Relator e rejeitar a prejudicial de inconstitucionalidade rebus sic stantibus".

Ressalvou-se, portanto, de forma expressa, a possibilidade de que o Tribunal pudesse vir a declarar a inconstitucionalidade da disposição em apreço, uma vez que a afirmação sobre a legitimidade da norma assentava-se em uma circunstância de fato que se modifica no tempo.

Posteriormente, em 19 de maio de 1998, no Recurso Extraordinário Criminal nº 147.776, da relatoria de Sepúlveda Pertence, o tema voltou a ser agitado de forma pertinente. A ementa do acórdão revela, por si só, o significado da decisão para atual evolução das técnicas de controle de constitucionalidade:

"Ministério Público: Legitimação para promoção, no juízo cível, do ressarcimento do dano resultante de crime, sobre o titular do direito à reparação: C. Pr. Pen. art. 68, ainda constitucional (cf. RE 135.328): processo de inconstitucionalização das leis.

1. *A alternativa radical da jurisdição constitucional ortodoxa entre a constitucionalidade plena e a declaração de inconstitucionalidade ou revogação por inconstitucionalidade da lei com fulminante eficácia ex tunc faz abstração da evidência de que a implementação de uma nova ordem constitucional não é um fato instantâneo, mas um*



processo, no qual a possibilidade de realização da norma da Constituição – ainda quanto teoricamente não se cuide de preceito de eficácia limitada – subordina-se muitas vezes a alterações da realidade fáctica que a viabilizem.

2. No contexto da Constituição de 1988, a atribuição anteriormente dada ao Ministério Público pelo art. 68 C. Pr. Penal – constituindo modalidade de assistência judiciária – deve reputar-se transferida para a Defensoria Pública: essa, porém, para esse fim, só se pode considerar existente, onde e quando organizada, de direito e de fato, nos moldes do art. 134 da própria Constituição e da lei complementar por ela ordenada: até que – na União ou em cada Estado considerado –, se implemente essa condição de viabilização da cogitada transferência constitucional de atribuições, o art. 68 C. Pr. Pen. será considerado ainda vigente: é o caso do Estado de São Paulo, como decidiu o plenário no RE 135.328." (DJ 19.06.98)

Revela-se expressiva, para a análise do tema em discussão nestes autos, a seguinte passagem do voto de Pertence:

"O caso mostra, com efeito, a inflexível estreiteza da alternativa da jurisdição constitucional ortodoxa, com a qual ainda jogamos no Brasil: consideramo-nos presos ao dilema entre a constitucionalidade plena e definitiva da lei ou a declaração de sua inconstitucionalidade com fulminante eficácia ex tunc; ou ainda, na hipótese



de lei ordinária pré-constitucional, entre o reconhecimento da recepção incondicional e a da perda de vigência desde a data da Constituição.

Essas alternativas radicais – além dos notórios inconvenientes que gera – faz abstração da evidência de que a implementação de uma nova ordem constitucional não é um fato instantâneo, mas um processo, no qual a possibilidade da realização da norma da Constituição – ainda quando teoricamente não se cuide de um preceito de eficácia limitada –, subordina-se muitas vezes a alterações da realidade fáctica que a viabilizem.

É tipicamente o que sucede com as normas constitucionais que transferem poderes e atribuições de uma instituição preexistente para outra criada pela Constituição, mas cuja implantação real pende não apenas de legislação infraconstitucional, que lhe dê organização normativa, mas também de fatos materiais que lhe possibilitem atuação efetiva.

Isso o que se passa com a Defensoria Pública, no âmbito da União e no da maioria das Unidades da Federação.

Certo, enquanto garantia individual do pobre e correspondente dever do Poder Público, a assistência judiciária alçou-se ao plano constitucional desde o art. 141, § 35, da Constituição de 1946 e subsistiu nas cartas subseqüentes (1967, art. 150, § 32; 1969, art. 153, § 32) e na Constituição em vigor, sob a forma ampliada de 'assistência jurídica integral' (art. 5.º, LXXIV).

Entretanto, é inovação substancial do texto de



1988 a imposição à União e aos Estados da instituição da Defensoria Pública, organizada em carreira própria, com membros dotados da garantia constitucional da inamovibilidade e impedidos do exercício privado da advocacia.

O esboço constitucional da Defensoria Pública vem de ser desenvolvido em cores fortes pela LC 80, de 12.1.94, que, em cumprimento do art. 134 da Constituição, 'organiza a Defensoria Pública da União, do Distrito Federal e dos Territórios e prescreve normas gerais para sua organização nos Estados'. Do diploma se infere a preocupação de assimilar, quanto possível, o estatuto da Defensoria e o dos seus agentes aos do Ministério Público: assim, a enumeração dos mesmos princípios institucionais de unidade, indivisibilidade e independência funcional (art. 3.º); a nomeação a termo, por dois anos, permitida uma recondução, do Defensor Público Geral da União (art. 6.º) e do Distrito Federal (art. 54); a amplitude das garantias e prerrogativas outorgadas aos Defensores Públicos, entre as quais, de particular importância, a de 'requisitar de autoridade pública e de seus agentes exames, certidões, perícias, vistorias, diligências, processos, documentos, informações, esclarecimentos e providências necessárias ao exercício de suas atribuições' (arts. 43, X; 89, X e 128, X).

A Defensoria Pública ganhou, assim, da Constituição e da lei complementar, um equipamento institucional incomparável – em termos de adequação



às suas funções típicas -, ao dos agentes de outros organismos públicos - a exemplo da Procuradoria de diversos Estados -, aos quais se vinha entregando individualmente, sem que constituíssem um corpo com identidade própria, a atribuição atípica da prestação de assistência judiciária aos necessitados.

Ora, no direito pré-constitucional, o art. 68 C. Pr. Pen. - ao confiá-lo ao Ministério Público -, erigiu em modalidade específica e qualificada de assistência judiciária o patrocínio em juízo da pretensão reparatória do lesado pelo crime.

Estou em que, no contexto da Constituição de 1988, essa atribuição deva efetivamente reputar-se transferida do Ministério Público para a Defensoria Pública: essa, porém, para esse fim, só se pode considerar existente, onde e quando organizada, de direito e de fato, nos moldes do art. 134 da própria Constituição e da lei complementar por ela ordenada: até que - na União ou em cada Estado considerado -, se implemente essa condição de viabilização da cogitada transferência constitucional de atribuições, o art. 68 C. Pr. Pen. será considerado ainda vigente.

O caso concreto é de São Paulo, onde, notoriamente, não existe Defensoria Pública, persistindo a assistência jurídica como tarefa atípica de Procuradores do Estado.

O acórdão - ainda não publicado - acabou por ser tomado nesse sentido por unanimidade, na sessão plenária de 1.6.94, com a reconsideração dos votos



antes proferidos em contrário.

Ora, é notório, no Estado de São Paulo a situação permanece a mesma considerada no precedente: à falta de Defensoria Pública instituída e implementada segundo os moldes da Constituição, a assistência judiciária continua a ser prestada pela Procuradoria-Geral do Estado ou, na sua falta, por advogado".

Fica evidente, pois, que o STF deu um passo significativo rumo à flexibilização das técnicas de decisão no juízo de controle de constitucionalidade, introduzindo, ao lado da fórmula apodítica da declaração de inconstitucionalidade com equivalência de nulidade, o reconhecimento de um estado imperfeito, insuficiente para justificar a declaração de ilegitimidade da lei ou bastante para justificar a sua aplicação provisória. Expressiva nesse sentido é a observação de Pertence, ao destacar que "o caso mostra, com efeito, a inflexível estreiteza da alternativa da jurisdição constitucional ortodoxa, com a qual ainda jogamos no Brasil: consideramo-nos presos ao dilema entre a constitucionalidade plena e definitiva da lei ou a declaração de sua inconstitucionalidade com fulminante eficácia extunc; ou ainda, na hipótese de lei ordinária pré-constitucional, entre o reconhecimento da recepção incondicional e a da perda de vigência desde a data da Constituição." Daí observar, ainda, os reflexos dessa orientação no plano da segurança jurídica, ao enfatizar que essas "alternativas radicais - além dos notórios inconvenientes que gera - faz abstração da evidência de que a implementação de uma nova ordem constitucional não é um fato instantâneo, mas um processo, no qual a possibilidade da realização da norma da Constituição - ainda quando teoricamente não se cuide de um preceito de eficácia limitada -, subordina-se muitas vezes a



HC 82.959 / SP

alterações da realidade fáctica que a viabilizem" (RECrIm 147.776, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 19.06.98)

É inegável que a opção desenvolvida pelo STF inspira-se diretamente no uso que a Corte Constitucional alemã faz do "apelo ao legislador", especialmente nas situações imperfeitas ou no "processo de inconstitucionalização". Nessas hipóteses, avalia-se, igualmente, que, tendo em vista razões de segurança jurídica, a supressão da norma poderá ser mais danosa para o sistema do que a sua preservação temporária.

Não há negar, ademais, que aceita a idéia da situação "ainda constitucional", deverá o Tribunal, se tiver que declarar a inconstitucionalidade da norma, em outro momento, fazê-lo com eficácia restritiva ou limitada. Em outros termos, o "apelo ao legislador" e a declaração de inconstitucionalidade com efeitos limitados ou restritos estão muito próximos do prisma conceitual ou ontológico.

Essas considerações demonstram que razões de segurança jurídica podem revelar-se aptas a justificar a não-aplicação do princípio da nulidade da lei inconstitucional.

Nesses termos, resta evidente que a norma contida no art. 27 da Lei 9.868, de 1999, tem caráter fundamentalmente interpretativo, desde que se entenda que os conceitos jurídicos indeterminados utilizados - segurança jurídica e excepcional interesse social - se revestem de base constitucional. No que diz respeito à segurança jurídica, parece não haver dúvida de que encontra expressão no próprio princípio do Estado de Direito consoante, amplamente aceito pela doutrina pátria e alienígena.



HC 82.959 / SP

Excepcional interesse social pode encontrar fundamento em diversas normas constitucionais. O que importa assinalar é que, consoante a interpretação aqui preconizada, o princípio da nulidade somente há de ser afastado se se puder demonstrar, com base numa ponderação concreta, que a declaração de inconstitucionalidade ortodoxa envolveria o sacrifício da segurança jurídica ou de outro valor constitucional materializável sob a forma de interesse social (Cf., a propósito do direito português, Medeiros, *A Decisão de Inconstitucionalidade*, cit., p. 716).

Observe-se que sequer o argumento de que a existência de uma decisão alternativa acabaria por debilitar a aplicação da norma constitucional há de ter acolhida aqui. Como observa Garcia de Enterría, se não se aceita o pronunciamento prospectivo, não se declara a inconstitucionalidade de um número elevado de leis, permitindo que se crie um estado de *greater restraint* (Cf., Garcia de Enterría, *Justicia Constitucional*, cit., p. 13). Tudo indica, pois, que é a ausência de uma técnica alternativa à simples declaração de nulidade que pode enfraquecer a aplicação da norma constitucional.

Portanto, o princípio da nulidade continua a ser a regra também no direito brasileiro. O afastamento de sua incidência dependerá de um severo juízo de ponderação que, tendo em vista análise fundada no princípio da proporcionalidade, faça prevalecer a idéia de segurança jurídica ou outro princípio constitucionalmente relevante manifestado sob a forma de interesse social relevante. Assim, aqui, como no direito português, a não-aplicação do princípio da nulidade não se há de basear em consideração de política judiciária, mas em fundamento constitucional próprio.



HC 82.959 / SP

No caso em tela, observa-se que eventual declaração de inconstitucionalidade com efeito *ex tunc* ocasionaria repercussões em todo o sistema vigente.

Anoto que, a despeito do caráter de cláusula geral ou conceito jurídico indeterminado que marca o art. 282 (4), da Constituição portuguesa, a doutrina e jurisprudência entendem que a margem de escolha conferida ao Tribunal para a fixação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade não legitima a adoção de decisões arbitrárias, estando condicionada pelo princípio de proporcionalidade.

A propósito, Rui Medeiros assinala que as três vertentes do princípio da proporcionalidade têm aplicação na espécie (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito).

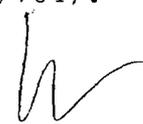
Peculiar relevo assume a proporcionalidade em sentido estrito na visão de Rui Medeiros:

"A proporcionalidade nesta terceira vertente tanto pode ser perspectivada pelo lado da limitação de efeitos como pelo lado da declaração de inconstitucionalidade. Tudo se reconduz, neste segundo caso, a saber se à luz do princípio da proporcionalidade as conseqüências gerais da declaração de inconstitucionalidade são ou não excessivas. Impõe-se, para o efeito, ponderação dos diferentes interesses em jogo, e, concretamente, o confronto entre interesses afectado pela lei inconstitucional e aqueles que hipoteticamente seriam sacrificados em conseqüência da declaração de



inconstitucionalidade com eficácia retroactiva e repristinatória.

Todavia, ainda quanto a esta terceira vertente do princípio da proporcionalidade, não é constitucionalmente indiferente perspectivar o problema das conseqüências da declaração de inconstitucionalidade do lado da limitação de efeitos ou do lado da própria declaração de inconstitucionalidade. A declaração de inconstitucionalidade com eficácia ex tunc tem, manifestamente prioridade de aplicação. Todo o sistema de fiscalização de constitucionalidade português está orientado para a expurgação de normas inconstitucionais. É, aliás, significativa a recusa de atribuição de força obrigatória geral às decisões de não inconstitucionalidade. Não basta, pois, afirmar que "o Tribunal Constitucional deve fazer um juízo de proporcionalidade, cotejando o interesse na reafirmação da ordem jurídica -- que a eficácia ex tunc da declaração plenamente potencia - com o interesse na eliminação do factor de incerteza e de insegurança - que a retroactividade, em princípio, acarreta (Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 308/93)". É preciso acrescentar que o Tribunal Constitucional deve declarar a inconstitucionalidade com força obrigatória geral e eficácia retroactiva e repristinatória, a menos que uma tal solução envolva o sacrifício excessivo da segurança jurídica, da equidade ou de interesse público de excepcional relevo" (Medeiros, A Decisão de Inconstitucionalidade, cit., p. 703/704).



HC 82.959 / SP

Conclusão

Considerando que, reiteradamente, o Tribunal reconheceu a constitucionalidade da vedação de progressão de regime nos crimes hediondos, bem como todas as possíveis repercussões que a declaração de inconstitucionalidade haveria de ter no campo civil, processual e penal, reconheço que, ante a nova orientação que se desenha, a decisão somente poderia ser tomada com eficácia *ex nunc*. É que, como observa Larenz, também a justiça constitucional não se opera sob o paradigma do "*fiât justitia, pereat res publica*". Assente que se cuida de uma revisão de jurisprudência, de um autêntico "*overruling*", e entendo que o Tribunal deverá fazê-lo com eficácia restrita. E, certamente, elas não eram - nem deveriam ser consideradas - inconstitucionais, quando proferidas.

Com essas considerações, também eu, Senhor Presidente, declaro a inconstitucionalidade do artigo 2º, § 1º, da Lei nº 8.072, de 1990. Faço isso, com efeito ***ex nunc***, nos termos do artigo 27 da Lei nº 9.868, de 1999, que entendo aplicável à espécie. Ressalto que esse efeito *ex nunc* deve ser entendido como aplicável às condenações que envolvam situações ainda suscetíveis de serem submetidas ao regime de progressão.

Defiro a ordem de *habeas corpus*, para que se devolva ao juízo de origem o exame acerca do preenchimento pelo paciente das condições para a progressão de regime.

Relativamente aos outros dois aspectos abordados no presente *habeas corpus* - o enquadramento do atentado violento ao



HC 82.959 / SP

puodor como crime hediondo²² e a aplicação da causa de aumento - permaneço com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

²² Já se encontra assentado na jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal que os crimes de estupro e de atentado violento ao pudor, tanto nas suas formas simples - Código Penal, arts. 213 e 214 - como nas qualificadas (Código Penal, art. 223, caput e parágrafo único), são crimes hediondos.

Nesta assentada, não vejo razão para serem afastadas as considerações esposadas pela Ministra Ellen Gracie, no HC 81.288, julgado pelo Plenário da Corte, *verbis*:

"A Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, ao relacionar quais os delitos considerados hediondos, foi expressa ao referir o estupro, apondo-lhe, entre parênteses, a capitulação legal: art. 213 e sua combinação com o art. 223, caput e parágrafo único. Vale dizer, foi intenção do legislador, ao utilizar-se da conjunção coordenativa aditiva, significar que são considerados hediondos: (1) o estupro em sua forma simples, que, na definição legal, corresponde a: constranger mulher à conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça; (2) o estupro de que resulte lesão corporal de natureza grave; e (3) o estupro do qual resulte a morte da vítima.

A análise sistêmica do artigo 1º da Lei nº 8.072/90 revela a correção desta assertiva, pelo tratamento dado a outros delitos igualmente classificados entre os que merecem especial repúdio do corpo social. Assim, na extorsão (art. 158, parágrafo 2º), no roubo (art. 157, parágrafo 3º, *in fine*), na epidemia (art. 267, parágrafo 1º), o legislador delimitou a reprimenda exclusivamente para a forma qualificada. Não o fez relativamente ao delito de estupro. Assim deliberando, mostrou-se o legislador atento à efetiva gravidade deste crime, raras vezes denunciado, e que produz em suas vítimas tantas seqüelas, tão graves e de tão extensa duração. Creio ser possível afirmar, com base científica, não haja no rol do Código Penal, excetuado o próprio homicídio, outra conduta agressiva que sujeite a respectiva vítima a tamanhas conseqüências nefastas e que tanto se prolonguem no tempo.

Até mesmo a pura análise gramatical, ou literal, do dispositivo nos leva à mesma conclusão. Compõe-se a redação do inciso como segue: '*V - estupro (art. 213 e sua combinação com o art. 223, caput, parágrafo único)*'. Vale dizer, após o *nomen juris* genérico do delito e, entre parênteses, encontra-se o número que o artigo assumiu no corpo do Código Penal. Seguem-se (e aí estão, a meu sentir, as duas palavras de cuja exata apreensão semântico/estrutural depende a perfeita interpretação de todo o artigo e o deslinde da *mens legis*), a conjunção e e o pronome sua (combinação etc)." (HC 81.288, Rel. p/ acórdão Min. Carlos Velloso, DJ 25.04.03)

E concluiu magistralmente a Ministra:

"De tudo, é possível concluir que, não fora a expressa inclusão do delito, em sua forma simples, entre os que o artigo 1º da Lei nº 8.072/90 reputou hediondos, como procurei demonstrar no início deste voto, e, ainda assim, seria viável afirmar que não existe estupro do qual não resulte lesão de natureza grave.

HC 82.959 / SP

É como voto.



Na lição do mestre Nelson Hungria, em caso de lesão corporal 'não se trata, como o nomen juris poderia sugerir, prima facie, apenas do mal infligido à inteireza anatômica da pessoa. Lesão corporal compreende toda e qualquer ofensa ocasionada à normalidade funcional do corpo ou organismo humano, seja do ponto de vista anatômico, seja do ponto de vista fisiológico ou psíquico. Mesmo a desintegração da saúde mental é lesão corporal, pois a inteligência, a vontade ou a memória dizem com a atividade funcional do cérebro, que é um dos mais importantes órgãos do corpo. Não se concebe uma perturbação mental sem um dano à saúde e é inconcebível um dano à saúde sem um mal corpóreo ou uma alteração do corpo. Quer como alteração da integridade física, quer como perturbação do equilíbrio funcional do organismo (saúde), a lesão corporal resulta sempre de uma violência exercida sobre a pessoa.'

Para as Profas. Silvia Pimentel, Ana Lucia P. Schitzmeyer e Valéria Pandjarian, integrantes do Comitê LatinoAmericano e do Caribe para a Defesa dos Direitos da Mulher - CLADEM e do Núcleo de Estudos da Violência da Universidade de São Paulo, "A violência sexual do estupro, enquanto violência de gênero é fenômeno praticamente universal. Contudo não é inevitável e muito menos incontrolável. Como demonstram estudos transculturais, as relações entre os sexos e as políticas dos sexos diferem radicalmente de sociedade para sociedade, sendo em muito determinadas por complexas configurações de arranjos econômicos, políticos, domésticos e ideológicos." As autoras lembram que "a polícia, o Ministério Público e o Poder Judiciário não se comportam de forma criativa e ativa em relação a providências que poderiam melhor garantir a efetividade do processo legal" e enfatizam a necessidade de sensibilização quanto à questão de gênero dos operadores do Direito. A esse propósito, nunca será demasiado louvar a iniciativa pioneira da Associação Internacional de Mulheres Magistradas, que, sob a dedicada coordenação da ilustre Desembargadora Shelma Lombardi de Kato, tem promovido os seminários do projeto 'Jurisprudência da Igualdade', nos quais espaço especial é reservado à divulgação e ênfase na efetiva implementação dos instrumentos internacionais a que nosso País tem apresentado pronta adesão e que têm por objetivo a garantia dos direitos da mulher, em sua acepção ampla de direitos humanos.

Ao repelir a interpretação que afasta do rol dos crimes hediondos o delito de estupro em sua forma simples, estará esta Corte dando à lei sua correta inteligência e ademais e, principalmente, sinalizando que o Estado Brasileiro, para além da simples retórica, estende proteção efetiva às mulheres e crianças vítimas de tal violência e reprime, com a severidade que a sociedade exige, os seus perpetradores."

02/12/2004

TRIBUNAL PLENO

HABEAS CORPUS 82.959-7 SÃO PAULO

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Senhor Presidente,
no *habeas* temos causas de pedir e objetivos diversos, porque, se se
afastasse totalmente, como preconizei em meu voto, a Lei nº
8.072/90, não se daria a majoração da pena relativa a atentado
violento ao pudor.



PLENÁRIO**EXTRATO DE ATA****HABEAS CORPUS 82.959-7**

PROCED.: SÃO PAULO

RELATOR : MIN. MARCO AURÉLIO

PACTE.(S): OSEAS DE CAMPOS

IMPTE.(S): OSEAS DE CAMPOS

COATOR(A/S) (ES): SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

COATOR(A/S) (ES): TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Decisão: Apresentado o feito em mesa pelo Relator, o julgamento foi adiado. Presidência do Senhor Ministro Maurício Corrêa. Plenário, 01.07.2003.

Decisão: Após os votos dos Senhores Ministros Marco Aurélio, Relator, e Carlos Britto, que deferiam a ordem para cassar o acórdão proferido pelo Superior Tribunal de Justiça e assentar o direito do paciente à progressão no regime de cumprimento da pena, e dos votos dos Senhores Ministros Carlos Velloso e Joaquim Barbosa, indeferindo-a, pediu vista o Senhor Ministro Cezar Peluso. Presidência do Senhor Ministro Maurício Corrêa. Plenário, 06.08.2003.

Decisão: Após os votos dos Senhores Ministros Marco Aurélio, Relator, e Carlos Britto, que deferiam a ordem para cassar o acórdão proferido pelo Superior Tribunal de Justiça e assentar o direito do paciente à progressão no regime de cumprimento da pena; dos votos dos Senhores Ministros Carlos Velloso e Joaquim Barbosa, que a indeferiam; e o do Senhor Ministro Cezar Peluso, que acompanhava o Relator e cancelava *ex officio* o aumento da pena do artigo 226, III, do Código Penal, pediu vista dos autos o Senhor Ministro Gilmar Mendes. Ausentes, justificadamente, o Senhor Ministro Celso de Mello e, neste julgamento, os Senhores Ministros Nelson Jobim e Joaquim Barbosa. Presidência do Senhor Ministro Maurício Corrêa. Plenário, 18.12.2003.

Decisão: Renovado o pedido de vista do Senhor Ministro Gilmar Mendes, justificadamente, nos termos do § 1º do artigo 1º da Resolução nº 278, de 15 de dezembro de 2003. Presidência do Senhor Ministro Maurício Corrêa. Plenário, 28.04.2004.

C

Decisão: Após os votos dos Senhores Ministros Marco Aurélio (Relator) e Carlos Britto, que deferiam a ordem para cassar o acórdão proferido pelo Superior Tribunal de Justiça e assentavam o direito do paciente à progressão do regime de cumprimento da pena; dos votos dos Senhores Ministros Carlos Velloso e Joaquim Barbosa, que indeferiam a ordem; do voto do Senhor Ministro Cezar Peluso, que acompanhava o Relator e cancelava *ex officio* o aumento da pena do artigo 226, III, do Código Penal; e do voto do Senhor Ministro Gilmar Mendes, que declarava a inconstitucionalidade do § 1º do artigo 2º, com eficácia *ex nunc*, pediu vista dos autos a Senhora Ministra Ellen Gracie. Presidência do Senhor Ministro Nelson Jobim. Plenário, 02.12.2004.

Presidência do Senhor Ministro Nelson Jobim. Presentes à sessão os Senhores Ministros Sepúlveda Pertence, Celso de Mello, Carlos Velloso, Marco Aurélio, Ellen Gracie, Gilmar Mendes, Cezar Peluso, Carlos Britto, Joaquim Barbosa e Eros Grau.

Vice-Procurador-Geral da República, Dr. Antônio Fernando Barros e Silva de Souza.

Luiz Tomimatsu
Secretário

23/02/2006

TRIBUNAL PLENO

HABEAS CORPUS 82.959-7 SÃO PAULO**ESCLARECIMENTOS**

A Senhora Ministra Ellen Gracie: Pedi vista destes autos após a manifestação do eminente Ministro Gilmar Mendes, que, tal como o haviam feito os Colegas Ministros Carlos Britto e Cezar Peluso, acompanhava o Relator, Ministro Marco Aurélio, para deferir ao paciente, condenado pela prática de crime hediondo, a progressão de regime. Pelo indeferimento da ordem, manifestaram-se os Ministros Carlos Velloso e Joaquim Barbosa.

Dado o lapso de tempo transcorrido, rememoro brevemente os votos já proferidos. O eminente Relator limitou a manifestação da Corte nestes autos nos seguintes termos: *“apenas cabe o exame da questão referente à Lei nº 8.072/90 (progressividade de regime) e a relativa à alegada falta de fundamentação do que decidido.”* Afastou S. Exa., desde logo, a alegação de falta de fundamentação do acórdão. No que diz respeito à questão de constitucionalidade, entendeu que a garantia de individualização da pena, inserida no rol dos direitos assegurados pelo art. 5º da Constituição Federal, inclui a fase de execução da pena aplicada, donde não ser viável afastar a possibilidade de progressão do respectivo regime de cumprimento. Segundo S. Exa., a edição da Lei 9.455/97, que permitiu a progressão para o crime de tortura, indica a necessidade de igual tratamento para os outros delitos rotulados hediondos e corresponde a uma derrogação implícita da norma do § 1º do art. 2º do mencionado texto legal. Por tal motivo, concedeu a ordem para assegurar a progressão. No final de seu voto, muito embora houvesse circunscrito o tema às duas questões antes referidas, teceu considerações em que reafirmou seu entendimento de que o estupro – e, no caso, o atentado violento ao pudor – só se insere entre os crimes hediondos quando sobrevenha lesão corporal grave ou morte.

Também o Ministro Carlos Britto aplicou o princípio da individualização da pena para assegurar a progressão de regime. Manifestou-se S. Exa. todavia em desacordo com o Relator no que diz respeito à classificação do delito entre os que a lei considera hediondos, mantendo a jurisprudência firmada sobre o tema.

Já o Ministro Cezar Peluso rejeita a qualificação de hediondo para o delito em sua forma simples. Também nega a possibilidade do aumento de metade, determinado pelo art. 9º da Lei nº 8.072/90, quando o delito não seja qualificado pelo evento morte ou lesão corporal grave. Na questão de constitucionalidade, entende S. Exa. que a individualização da pena não se resume à dosimetria, mas se estende à execução.

O Ministro Gilmar Mendes, em longo e erudito voto, cuja fundamentação seria temerário tentar resumir, entende, em suma, que a progressão de regime também está incluída no direito fundamental à individualização da pena. Propõe a declaração de inconstitucionalidade com efeitos limitados de modo a não abranger as situações constituídas durante o lapso de tempo em que a lei foi tida por constitucional. Por fim, mantém a jurisprudência da Casa no que diz respeito à classificação do delito como hediondo.

Diante deste quadro e, principalmente, tendo em vista a referida delimitação temática estabelecida pelo eminente Relator, faz-se necessário que o Tribunal defina se também estará em debate, na presente Sessão, a questão da classificação do crime de atentado violento ao pudor, na sua forma simples, entre os crimes hediondos, ou se a Corte ficará restrita ao exame da constitucionalidade da vedação da progressão de regime prisional para tais delitos.



23/02/2006

TRIBUNAL PLENO

HABEAS CORPUS 82.959-7 SÃO PAULO

O SENHOR MINISTRO NELSON JOBIM (PRESIDENTE) - Ministra Ellen Gracie, o impetrante efetivamente sustentou, no pedido de habeas corpus, que o ato praticado deveria merecer enquadramento como obsceno e não como atentado violento ao pudor. Foi isso que Vossa Excelência referiu.

Sustenta, também, que a violência presumida não qualifica o crime de atentado violento ao pudor como hediondo. Alega, ainda, a ausência de fundamentação do acórdão, a impossibilidade de aplicar o aumento da pena em 1/6 (um sexto), por não se tratar de crime continuado; e, por último, o direito à progressão no regime de cumprimento de pena.

O problema é que Vossa Excelência examinará só a última hipótese.

A SRA. MINISTRA ELLEN GRACIE - Cuidei de ler o voto do Relator, que fez essa delimitação, e, posteriormente, houve o voto do Ministro Carlos Britto, que também analisou as duas questões - progressão de regime e classificação do delito - divergindo do relator nesse ponto. Na seqüência, ainda, manifestou-se o Ministro Cezar Peluso, acompanhando o Sr. Ministro Marco Aurélio quanto ao

crime hediondo e, também, quanto à progressão de regime. Mas como Sua Excelência havia feito essa delimitação inicial - e eu tratei de transcrevê-la literalmente -, indago ao Relator e ao Tribunal se vamos analisar ambas as questões ou se vamos ficar restritos.

O SENHOR MINISTRO NELSON JOBIM (PRESIDENTE)- Aqui, temos o seguinte: os Ministros Cezar Peluso e Marco Aurélio referem-se ao problema do crime hediondo além da questão da progressão.

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE - Mas objeto do pedido do paciente é a progressão.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR)- Na condição de relator, gostaria de prestar justamente esses esclarecimentos. Em última análise, há concentração de causas de pedir, todas elas voltadas ao afastamento do cumprimento da pena integralmente em regime fechado. De qualquer forma, confirmarei esse dado porque já prolatei o voto há algum tempo.

Então, se o Tribunal concluir que a Lei nº 8.072/90 é inconstitucional, no que impõe o regime integralmente fechado para cumprimento da pena nos crimes hediondos, as demais causas ficam suplantadas, tendo em conta o pedido formulado na inicial.

O SENHOR MINISTRO NELSON JOBIM (PRESIDENTE)- Veja, Ministro Marco Aurélio, a petição inicial é manuscrita e tem uma síntese no início.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) - Geralmente tem-se uma petição inicial com letra...

O SENHOR MINISTRO NELSON JOBIM (PRESIDENTE) - Na página dois há uma síntese do pedido:

"Habeas Corpus.

Eu, requerente ora Preso..."

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) -

... vem com todo o respeito solicitar ... o direito à individualização da pena.
Progressão de regime.

Então, foi o que disse: o objeto é único, ou seja, a progressão de regime. É dado separar a matéria e votar. As demais causas podem ficar prejudicadas.

O SENHOR MINISTRO NELSON JOBIM (PRESIDENTE) - Então, vamos nos restringir à progressão de regime.

A SRA. MINISTRA ELLEN GRACIE - Sr. Presidente, essa era a indagação inicial que eu precisava esclarecer com o Tribunal, porque tenho um longo voto proferido em *habeas corpus* anterior, da relatoria do Ministro Carlos Velloso, específico sobre a questão do estupro como crime hediondo.

O SENHOR MINISTRO NELSON JOBIM (PRESIDENTE) - Ministra Ellen Gracie, apenas para organizar: concedem o pedido, pela progressão do regime de cumprimento da pena, os Srs. Ministros Marco Aurélio (Relator), Carlos Britto e Cezar Peluso; o Sr. Ministro

Gilmar Mendes declarou a inconstitucionalidade do § 1º do artigo 2º; negam a progressão do regime os Srs. Ministros Carlos Velloso e Joaquim Barbosa.

A SRA. MINISTRA ELLEN GRACIE - Sr. Presidente, vou poupar o Tribunal da leitura das anotações que trouxe com relação à classificação desse delito como crime hediondo.

23/02/2006

TRIBUNAL PLENO

HABEAS CORPUS 82.959-7 SÃO PAULO**VOTO VISTA**
(Sobre a Progressão do Regime Prisional)

A Senhora Ministra Ellen Gracie: Delimitado, portanto, o objeto sobre o qual este Plenário deverá se ater na presente sessão de julgamento, passo, efetivamente, à análise da viabilidade da progressão do regime prisional no tocante aos crimes hediondos, apenas fazendo juntar ao acórdão, tal como fizeram os colegas que me antecederam, a minha manifestação sobre a classificação dos delitos de estupro e de atentado violento ao pudor como crime hediondo.

Inicialmente, para bem delimitar a questão que está posta, vou à origem da ação penal. O paciente foi acusado de molestar 3 crianças de idades entre 6 e 8 anos. Apresentando-se como pastor da Igreja do Evangelho Quadrangular, granjeou a confiança dos pais dos menores, que lhe deram hospitalidade e lhe permitiram passear a sós com as crianças. Nessas ocasiões foram praticados os abusos. A sentença de primeiro grau e o acórdão do TJSP reconheceram a prática de atentado violento ao pudor com violência presumida e em caráter continuado. O juiz sentenciante calculou a pena-base em 9 anos de reclusão. Aplicadas as causas de aumento, a reprimenda acabou fixada em 18 anos de reclusão. Ao analisar a apelação, o TJSP reduziu a pena-base e a fixou em 6 anos e 6 meses. Em decorrência dessa redução e aplicada (1) a agravante prevista no artigo 61, II, *f*, do Código Penal¹, (2) aumentada a pena de metade em face da incidência do art. 9º da Lei nº 8.072/90² e (3) acrescida de 1/6 pela continuidade, resultou numa pena de 12 anos e 3 meses de reclusão a ser cumprida em regime fechado.

¹ Art. 61. São circunstâncias que sempre agravam a pena, quando não constituem ou qualificam o crime:

II - ter o agente cometido o crime:

f) com abuso de autoridade ou prevalecendo-se de relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade;

² Lei 8.072/90. Art. 9º As penas fixadas no art. 6º para os crimes capitulados nos arts. 157, § 3º, 158, § 2º, 159, *caput* e seus §§ 1º, 2º e 3º, 213, *caput* e sua combinação com o art. 223, *caput* e parágrafo único, 214 e sua combinação com o art. 223, *caput* e parágrafo único, todos do Código Penal, são acrescidas de metade, respeitado o limite superior de trinta anos de reclusão, estando a vítima em qualquer das hipóteses referidas no art. 224 também do Código Penal.

Peço licença para esclarecer que o acréscimo pela incidência do artigo 9º da Lei nº 8.072/90 já foi excluído por decisão do STJ nos autos do Habeas Corpus 25.321, rel. Min. Vicente Leal, julgado em 11.03.2003, DJU de 07.04.2003³. Tal discussão está, portanto, prejudicada.

2. No que diz respeito à possibilidade de progressão, rememoro que o instituto da individualização da pena foi constitucionalizado com a Constituição de 1946 no seu artigo 141, § 29. A redação foi a seguinte: “*A Lei regulará a individualização da pena.*” Essa mesma redação foi repetida nas Cartas subseqüentes (Constituição Federal de 1969, art. 153, § 23; Constituição Federal de 1988, artigo 5º, XL). O constituinte deixou ao legislador ordinário a regulação e a disciplina do instituto. Surgiram, então, as Leis 7.209/84 e 7.210/84. A primeira alterou a Parte Geral do Código Penal e cuidou da individualização da pena; a segunda tratou da individualização da execução penal. É importante ressaltar, porém, que, antes dessa normatização, a individualização da pena sempre foi observada. Isso porque o Código Penal sempre dispôs de normas que equacionavam a operação de correspondência entre a responsabilidade do agente e a punição. O legislador ordinário discriminou as sanções cabíveis, fixou as espécies delituosas, formulou o preceito sancionador das normas incriminadoras, ligando a cada um dos fatos típicos uma pena que varia de um mínimo a um máximo claramente determinados. Estabeleceu circunstâncias qualificadoras, atenuantes e agravantes e instituiu os preceitos que regulam o aumento e a diminuição das penas.

Ao juiz, portanto, dentro de tais limitadores, cabe a tarefa meticulosa de graduar a pena em face do contato com o criminoso e do imediato conhecimento de sua personalidade, incluindo a perquirição de sua maior ou menor periculosidade.

O arcabouço da individualização da pena é constituído por um complexo de normas e conta com as atuações legislativa e judicial, culminando com a sentença condenatória, resultado da ponderação que o juiz faz dos elementos subjetivos e objetivos do crime em relação a cada réu. O juiz transforma em coação concreta o preceito sancionador abstrato da norma penal.

Surge, então, o título executivo penal, que, como se viu, levou em consideração as circunstâncias personalíssimas do acusado.

³ « (...) na hipótese de crime contra os costumes praticado contra não maior de 14 anos, com violência presumida, não incide a causa de aumento de pena prevista no art. 9º da Lei nº 8.072/90, pois o fundamento dessa causa é a violência contra criança, e esta, em sua modalidade ficta, já constitui elemento constitutivo do tipo, sendo inadmissível um *bis in idem*. Assim, a majorante só é aplicável quando ocorrer violência real, lesão corporal ou morte, sendo a vítima criança não maior de 14 anos.»

A individualização, porém, não se esgota no título executivo penal. Ela prossegue na fase executória, visto que a pena será cumprida em estabelecimentos penais distintos de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado. É o que dispõe a Constituição, no seu artigo 5º, inciso XLVIII. Ao longo da execução, serão também observados procedimentos disciplinares previstos em legislação específica. E, aqui, novamente, a individualidade do apenado determinará o curso da execução.

É difícil, portanto, admitir, dentro desse grande complexo de normas que constituem o arcabouço do instituto da individualização da pena e de sua execução, que a restrição na aplicação de uma única dessas normas, por opção de política criminal, possa afetar todo o instituto. E mais, que possa essa restrição representar afronta à norma constitucional que instituiu a individualização da pena, ou seja, imaginar que o todo ficaria contaminado porque uma determinada parcela foi objeto de restrição. Por isso, com a devida vênia, não considero eivada de inconstitucionalidade a norma que restringiu a aplicação da regra da progressividade no regime prisional.

O legislador ordinário que instituiu essa progressividade, em 1984, com o advento da Lei de Execução Penal (art. 112), poderia até mesmo desconstituí-la. E, se pode o legislador desconstituí-la, pode, também, restringi-la, negando a sua aplicação aos crimes hediondos. Nada mais faz o legislador do que seguir a trilha do constituinte, que discriminou determinados delitos, privando seus autores de alguns benefícios penais. É o caso, no art. 5º da Constituição Federal, dos incisos XLII, XLIII e XLIV, que tratam dos delitos de racismo, tortura, tráfico, terrorismo e grupos armados.

O instituto da individualização da pena não fica comprometido apenas porque o legislador não permitiu ao juiz uma dada opção. A escolha do juiz em matéria de pena está submetida ao princípio da legalidade. Há crimes punidos apenas com privação de liberdade. Não pode o juiz substituir essa pena de privação de liberdade por restritiva de direitos ou prestação pecuniária. Essa limitação, no entanto, não compromete a individualização da pena. Bem a propósito, diz o tópico da ementa do HC 69.603, lavrada pelo Ministro Paulo Brossard: *À lei ordinária, disse Sua Excelência, “competete 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 ele não quis*

deixar, em relação aos crimes dessa natureza, qualquer discricionariedade ao juiz na fixação do regime prisional.”

Muitas críticas foram feitas à Lei 8.072/90. Até mesmo com relação ao nome da lei. Mas como lembrou o Ministro Francisco Rezek no HC 69.657, também sobre o mesmo tema: *“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.”*

3. Deixo de acolher as ponderações do Ministro Gilmar Mendes, que, com seu brilho invulgar de *scholar*, ainda assim não me consegue fazer aderir à sua proposição de uma declaração de inconstitucionalidade modulada, de sorte a apenas abranger as hipóteses futuras (*pure prospectivity*), ou seja, as sentenças ainda não proferidas, com ressalva dos casos já decididos. Se adotarmos tal solução, não poderemos aplicá-la ao paciente deste *habeas corpus*. Mas essa proposição nos cria um problema insolúvel. Tudo porque, em controle difuso, como é o caso presente, ou a declaração de inconstitucionalidade serve à solução da controvérsia ou ela nem se pode colocar. No controle difuso, não se produz interpretação constitucional, a menos que ela seja útil ao caso. Não se define o *status* de constitucionalidade de uma regra jurídica, senão quando ela esteja sendo aplicada ao caso concreto. E, se não for para ser aplicada no caso presente, a declaração de inconstitucionalidade não tem substrato válido, já que esta não é hipótese de controle abstrato. A alternativa, portanto, seria fazer valer, para a hipótese presente, a nova interpretação *limited prospectivity*. Essa proposta, porém, não supera outro obstáculo lógico. Se as sentenças já publicadas ficam resguardadas da nova interpretação, pelo bom motivo de que os juízes que as proferiram não poderiam prever que a jurisprudência assente da Casa – e tantos anos após a promulgação da nova Constituição – se fosse reverter dessa sorte, como excetuar dessa salvaguarda a sentença condenatória do caso presente? O juiz que a prolatou, tanto quanto o TJSP, encontrava-se na mesma situação fática de insciência ou imprevisibilidade de todos os seus demais colegas.

As propostas de solução inspiradas no direito americano não encontram aplicação. Nem é preciso lembrar que lá o controle de constitucionalidade só se faz por via difusa, enquanto entre nós vigora sistema muito mais complexo que

concilia as formas difusa e concentrada de controle. Isso nos obriga a respeitar as limitações decorrentes dessa coexistência de técnicas de controle.

Para que a inconstitucionalidade da norma pudesse ser reconhecida com efeitos limitados, seria necessário que a Corte a analisasse em Ação Direta.

Por isso, entendo que declarar a inconstitucionalidade, com temperamento, desse artigo para aplicar a interpretação inovadora a este caso concreto seria exercício de voluntarismo que nada nos autoriza fazer. Sirvo-me de citação que fez o Ministro Gilmar Mendes do Prof. Rui Medeiros, para quem “*A delimitação da eficácia da decisão de inconstitucionalidade não é fruto de mero ‘decisionismo’ do órgão de controle*” (in *A decisão de inconstitucionalidade*, p. 746-747). A Corte estaria se avocando um arbítrio excessivo ao “selecionar” quais réus serão beneficiados retroativamente por seu novo entendimento. Por isso, com vênias ao Ministro Gilmar Mendes, não me parece aplicável aqui a doutrina da limitação de efeitos da declaração de inconstitucionalidade.

Mantenho, por isso, quanto ao tema da progressão de regime, o entendimento tradicional desta Corte e rejeito a alegação de inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei nº 8.072/90.

4. Por tais razões, **indefiro** o pedido de *habeas corpus*, acompanhando a divergência que foi iniciada pelo Ministro Carlos Velloso.



23/02/2006

TRIBUNAL PLENO

HABEAS CORPUS 82.959-7 SÃO PAULO**VOTO VISTA**

(Sobre o atentado violento ao pudor como crime hediondo)

A Senhora Ministra Ellen Gracie: No julgamento do Habeas Corpus 81.288, rel. Min. Carlos Velloso, o Plenário apreciou a questão da classificação do crime de estupro, na sua forma simples, entre os crimes hediondos, o qual guarda perfeito paralelismo de tratamento com o atentado violento ao pudor. Alinhei-me, na ocasião daquele julgamento, com o Relator e persisto no entendimento de que o legislador quis incluir as formas não qualificadas desses delitos entre aqueles que merecem a mais severa repressão.

Reproduzo, em razão da alteração de composição da Corte, aquilo que consignei no julgamento do HC 81.288. Disse naquela ocasião:

“A Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, ao relacionar quais os delitos considerados hediondos, foi expressa ao referir o estupro [e aqui aplica-se o mesmo ao atentado violento ao pudor], apondo-lhe, entre parênteses, a capitulação legal: art. 213 e sua combinação com o art. 223, caput e parágrafo único. Vale dizer, foi intenção do legislador, ao utilizar-se da conjunção coordenativa aditiva, significar que são considerados hediondos: (1) o estupro em sua forma simples, que, na definição legal, corresponde a: constranger mulher à conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça; (2) o estupro de que resulte lesão corporal de natureza grave; e (3) o estupro do qual resulte a morte da vítima.

A análise sistêmica¹ do artigo 1º da Lei nº 8.072/90 revela a correção desta assertiva, pelo tratamento dado a outros delitos igualmente classificados entre os que merecem especial repúdio do corpo social. Assim, na extorsão (art. 158, parágrafo 2º), no roubo (art. 157, parágrafo 3º, in fine), na epidemia (art. 267, parágrafo 1º), o legislador delimitou a reprimenda exclusivamente

¹ Quadro anexo nº 1

para a forma qualificada. Não o fez relativamente ao delito de estupro. Assim deliberando, mostrou-se o legislador atento à efetiva gravidade desse crime, raras vezes denunciado, e que produz em suas vítimas tantas seqüelas, tão graves e de tão extensa duração. Creio ser possível afirmar, com base científica, não haja no rol do Código Penal, excetuado o próprio homicídio, outra conduta agressiva que sujeite a respectiva vítima a tamanhas conseqüências nefastas e que tanto se prolonguem no tempo.

Até mesmo a pura análise gramatical, ou literal, do dispositivo nos leva à mesma conclusão. Compõe-se a redação do inciso como segue: **V - estupro [e aqui no caso atentado violento ao pudor] (art. 213 [ou 214] e sua combinação com o art. 223, caput, parágrafo único)**. Vale dizer, após o nomen juris genérico do delito e, entre parênteses, encontra-se o número que o artigo assumiu no corpo do Código Penal. Seguem-se (e aí estão, a meu sentir, as duas palavras de cuja exata apreensão semântico/estrutural depende a perfeita interpretação de todo o artigo e o deslinde da mens legis), a conjunção e e o pronome sua (combinação etc).

Na língua portuguesa, a conjunção e tanto pode assumir significado aditivo quanto adversativo.

A última estrofe do belíssimo poema “Acordar da cidade de Lisboa”, de Fernando Pessoa, no heterônimo Álvaro de Campos, nos dá exemplo de ambas as formas. Diz ele:

“Por isso, não te importes com o que penso,
E muito embora o que eu te peça,
Te pareça que não quer dizer nada,
(...)
Dá-me rosas, rosas,
E lírios também.”²

Valho-me do concurso do Prof. Adalberto Kaspary, autor renomado de diversos livros de português jurídico³, para

² Pessoa, Fernando — Poesias de Álvaro de Campos, Lisboa, Ática, 1964, f. 102.

³ KASPARY, Adalberto José. Habeas Verba: português para juristas. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1994. 235 p.

KASPARY, Adalberto José. O Verbo na Linguagem Jurídica: acepções e regimes. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 4ª ed. 1996. 388p.

afirmar que “na estrofe do poeta, o primeiro **E** tem valor adversativo, sendo perfeitamente substituível por uma das conjunções adversativas propriamente ditas, tais como mas ou porém.”

“Já no dispositivo sob análise, a conjunção **e** está inquestionavelmente em sua acepção básica, originária, isto é, aditiva. Até porque a conotação adversativa desta conjunção se verifica mais em textos literários, subjetivos, sendo incompatível com o valor denotativo, não-subjetivo, com que as palavras devem ser empregadas no linguajar jurídico-legal.”

Para efeito da análise de que nos ocupamos, seria possível substituir, no texto de Pessoa, o primeiro **E** pelas conjunções mas ou porém (adversativas). O segundo **E**, tem nítida conotação aditiva. Dá-me rosas e, mais ainda, e, além delas, lírios também.

No inciso de que estamos tratando é possível ler: “V - estupro (art. 213 e, mais ainda, sua combinação com ...”; ou “V - estupro (art. 213 e, além dele, sua combinação com ...”. Todavia, é impossível fazer a leitura substituindo o e por mas ou porém. Donde concluir-se que, no caso, a conjunção tem significado inegavelmente aditivo.

Diz ainda o Prof. Kaspary: “De outra parte, a forma pronominal **sua** está no dispositivo em apreço, na condição de pronome adjetivo possessivo, na sua relação originária de posse, pertinência. Sinonimiza com a forma genitiva **dele** do pronome pessoal reto da terceira pessoa e, na estrutura redacional do dispositivo (inciso V), refere-se ao termo **artigo 213**, que o precede.”

Assim, a redação original do inciso V, que é:

“estupro (art. 213 e sua combinação com o art. 223, caput, parágrafo único)”

Deve-se ler:

“estupro (art. 213 mais a combinação dele [art. 213] com o art. 223, caput, parágrafo único).”

Ou seja, o legislador pretendeu significar - e corretamente redigiu o dispositivo para tanto - que estava

apontando, para inclusão no rol dos delitos considerados hediondos, o estupro, tal como vai descrito no art. 213, mais as suas formas qualificadas pela lesão corporal de natureza grave e a morte.

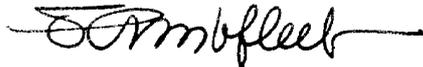
Insistem alguns defensores na tese de que o delito, em sua forma simples, vale dizer, aquela correspondente ao art. 213, teria sido retirado do rol dos crimes hediondos, quando, a partir da edição da Lei nº 8.930/94, foi eliminada da redação do art. 1º, inciso V, da Lei nº 8.072/90, a referência ao caput do mesmo art. 213. O argumento, que à primeira vista pode impressionar, todavia, não se sustenta.

A extração da palavra caput da redação do art. 1º, V, corresponde, não a uma alteração de conteúdo do dispositivo, mas tão-somente, à adaptação de sua forma às alterações legislativas que se seguiram à redação original da Lei dos Crimes Hediondos. Para compreender adequadamente essa evolução legislativa, é preciso remontar à redação original do Código Penal, que impunha ao delito de estupro penalidade de reclusão de 3 (três) a 8 (oito) anos. Em 1990, o Congresso Nacional editou uma das legislações mais modernas de proteção da infância, o conhecido Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei nº 8.069, de 13.7.90. Esta Lei, entre tantos outros dispositivos acauteladores dos interesses dos menores, inseriu, por meio de seu artigo 263, parágrafos únicos aos artigos 213 e 214 do Código Penal, agravando as penas aplicáveis a tais delitos, quando cometidos contra menores de 14 anos. Estabeleceu o referido artigo 263 pena de reclusão de quatro a dez anos para o estupro praticado contra menor e pena de três a nove anos de reclusão para o atentado violento ao pudor quando, igualmente, a vítima fosse menor. Todavia, o referido estatuto teve sua vigência protraída por noventa dias (art. 266), entrando em vigor apenas em 13.10.90. Antes dessa data, a saber, em 25.7.90, foi promulgada, e com vigência imediata, a Lei dos Crimes Hediondos, que veio a prever para os mesmos delitos, penas ainda mais severas, vale dizer, reclusão de seis a dez anos, tanto para o estupro, quanto para o atentado violento ao pudor. Em razão dessa incongruência, os parágrafos introduzidos pela Lei nº 8.069/90, se porventura aplicados, levariam à situação paradoxal de reprimirem-se com menor severidade as violações praticadas contra menores do que aquelas que fossem perpetradas contra pessoas adultas, em clara contradição com o espírito inspirador da norma protetiva da

infância. Por isso mesmo, considerou-se que tais parágrafos haviam sido tacitamente revogados pela Lei nº 8.072/90, antes mesmo que entrasse em vigor a Lei nº 8.069/90, que os estabeleceu. Não fazia mesmo qualquer sentido viesse o agressor de menores a ser beneficiado com apenamento mais brando, invocando-se justamente a legislação concebida para estender maior proteção à criança e ao adolescente. Tal revogação se fez, afinal, de forma expressa, por meio da Lei nº 9.281/96. Portanto, a expressão caput, cuja inclusão em qualquer redação legislativa só faz sentido quando existam parágrafos que qualifiquem os dispositivos inseridos na cabeça do artigo, era, e é, de todo desnecessária, e sua exclusão não leva à consequência pretendida pelos ilustres defensores. Como se viu, embora inicialmente introduzidos na redação original do Código Penal, tais parágrafos, na realidade, nunca foram implementados, pois sua aplicação pelo julgador resultaria em solução aberrante do sistema de proteção ao menor.”

A redação legislativa não deixa dúvidas. Quando o artigo 9º, por exemplo, menciona: “artigo 157, 3º”, está remetendo apenas à hipótese daquele parágrafo, ou seja, à forma qualificada do delito do artigo 157 (latrocínio). Quando, no entanto, diz: artigo 159, *caput* e seus parágrafos 1º, 2º e 3º, significa que o seqüestro, em todas as suas formas, está incluído entre os delitos que o legislador entende necessário tratar com maior rigor⁴. O paralelismo de formas é absoluto. Conforme já expliquei, a desnecessidade da expressão *caput* se explica pela inexistência de parágrafos tanto ao art. 213, quanto ao art. 214.

Reitero, assim, estas e todas as demais razões contidas no extenso voto que proferi no HC 81.288 para manter a jurisprudência formada a partir daquele precedente.



⁴ Não há dúvida na doutrina ou na jurisprudência quanto à classificação do seqüestro, em sua forma simples, entre os crimes hediondos. Cf. FRANCO, Alberto Silva. *Crimes hediondos*. 4ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 244. LEAL, João José. *Crimes hediondos – aspectos político-jurídicos da Lei nº 8.072/90*. São Paulo: Atlas, p. 68. MONTEIRO, Antônio Lopes. *Crimes hediondos – Texto, comentários e aspectos polêmicos*. 7ª ed., Rio de Janeiro: Saraiva, p. 41. NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal Comentado*. 4ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 543. BITENCOURT, Cesar Roberto. *Código Penal Comentado*. Rio de Janeiro: Saraiva, 2002, p. 698. STJ, HC 27.452; HC 41.438; HC 44.690.

ANEXO 1

Texto da Lei 8.072/90 com a redação que lhe foi dada pela Lei nº 8.930/94	Texto do Código Penal	Leitura integrada
Art. 1º São considerados hediondos:		
I - homicídio (art. 121), quando praticado em atividade típica de grupo de extermínio, ainda que cometido por um só agente, e homicídio qualificado (art. 121, § 2º, I, II, III, IV e V)	Art. 121, § 2º: matar alguém, I - mediante paga ou promessa de recompensa, ou por outro motivo torpe; II - por motivo fútil; III - com emprego de veneno, fogo, explosivo, asfixia, tortura ou outro meio insidioso ou cruel, ou de que possa resultar perigo comum; IV - à traição, de emboscada, ou mediante dissimulação ou outro recurso que dificulte ou torne impossível a defesa do ofendido; V - para assegurar a execução, a ocultação, a impunidade ou vantagem de outro crime; Pena - reclusão, de doze a trinta anos.	Não o homicídio simples, mas, apenas aquele do art. 121, § 2º
II - latrocínio (art. 157, § 3º, in fine)	Art. 157. Subtrair coisa móvel alheia, para si ou para outrem, mediante grave ameaça ou violência a pessoa, ou depois de havê-la, por qualquer meio, reduzido à impossibilidade de resistência: § 3º. Se da violência resulta lesão corporal de natureza grave, a pena é de reclusão, de sete a quinze anos, além da multa; se resulta morte, a reclusão é de vinte a trinta anos, sem prejuízo da multa.	Não o roubo simples, mas apenas aquele que resulte em morte.
III - extorsão qualificada pela morte (art. 158, § 2º)	Art. 158. Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, e com o intuito de obter para si ou para outrem indevida vantagem econômica, a fazer, tolerar que se faça ou deixar de fazer alguma coisa: § 2º. Aplica-se à extorsão praticada mediante violência o disposto no § 3º do artigo anterior	Não a forma simples
IV - extorsão mediante seqüestro e na forma qualificada (art. 159, caput e §§ 1º, 2º e 3º)	Art. 159. Seqüestrar pessoa com o fim de obter, para si ou para outrem, qualquer vantagem, como condição ou preço do resgate: Pena - reclusão, de oito a quinze anos. § 1º. Se o seqüestro dura mais de vinte e quatro hora, se o seqüestrado é menor de dezoito anos, ou se o crime é cometido por bando ou quadrilha: Pena - reclusão de doze a vinte anos.	Na forma simples e na qualificada

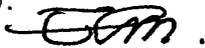
	<p>§ 2º. Se do fato resulta lesão corporal de natureza grave: Pena - reclusão, de dezesseis a vinte e quatro anos</p> <p>§ 3º. Se resulta a morte: Pena - reclusão de vinte e quatro a trinta anos</p>	
V - estupro (art. 213 e sua <u>combinação</u> com o art. 223, <i>caput</i> , § único)	<p>Art. 213. Constranger a mulher a conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça: Pena - reclusão, de seis a dez anos.</p> <p>Art. 223. Se da violência resulta lesão corporal de natureza grave: Pena - reclusão, de oito a doze anos</p> <p>Parágrafo único. Se do fato resulta morte: Pena - reclusão, de doze a vinte e cinco anos</p>	Na forma simples e na qualificada
VI - atentado violento ao pudor (art. 214 e sua <u>combinação</u> com o art. 223, <i>caput</i> e § único)	<p>Art. 214. Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a praticar ou permitir que com ele se pratique ato libidinoso diverso da conjunção carnal: Pena - reclusão, de seis a dez anos.</p> <p>Art. 223. Se da violência resulta lesão corporal de natureza grave: Pena - reclusão, de oito a doze anos</p> <p>Parágrafo único. Se do fato resulta morte: Pena - reclusão, de doze a vinte e cinco anos</p>	Na forma simples e na qualificada
VII - epidemia com resultado morte (art. 267, § 1º)	<p>Art. 267. Causar epidemia, mediante a propagação de germes patogênicos: Pena - reclusão, de dez a quinze anos.</p> <p>§ 1º. Se do fato resulta morte, a pena é aplicada em dobro.</p>	Somente na forma qualificada

23/02/2006

TRIBUNAL PLENO

HABEAS CORPUS 82.959-7 SÃO PAULO**DEBATES**
(Apartes)

A Sra. Ministra Ellen Gracie – Senhor Presidente, peço auxílio ao Ministro Celso de Mello, que, na sessão da última terça-feira, rememorou decisão recente da Primeira Turma no sentido de afirmar que, no controle difuso, não se faz a limitação de efeitos. Lembro-me de se tratar de uma questão tributária, relativa a IPTU.



O Senhor Ministro Sepúlveda Pertence – O Município do Rio de Janeiro tem insistido nessa questão do IPTU sem nenhum dos pressupostos da modulação dos efeitos temporais.

O Senhor Ministro Celso de Mello – Na realidade, a pretensão manifestada pelo Município do Rio de Janeiro - **que busca**, em tais processos (IPTU), **a atribuição** de eficácia prospectiva às decisões desta Corte neles proferidas - **revela-se** inviável, **pois** a modulação, **no tempo**, dos efeitos **resultantes** da declaração de inconstitucionalidade (**que supõe** a pronúncia de ilegitimidade constitucional da norma estatal) **não se aplica** aos casos, como os ora referidos, em que este Tribunal, **tratando-se** de leis **pré-constitucionais**, **formula**, quanto a estas, mero juízo **negativo** de recepção. **Sem o necessário pressuposto** da declaração de inconstitucionalidade (**a que não corresponde** a formulação de um simples juízo **negativo** de recepção do ordenamento positivo **pré-constitucional**), **não se mostra possível** a utilização da técnica da modulação dos efeitos peculiares à pronúncia de ilegitimidade constitucional.

O Senhor Ministro Sepúlveda Pertence – De qualquer maneira, antes, sequer se fixara a jurisprudência pela validade do IPTU.

O Senhor Ministro Sepúlveda Pertence – Nisso concordo com a Ministra Ellen Gracie. Aliás, o sistema austríaco, que começa com a postura radical de Kelsen de que a inconstitucionalidade era motivo de anulabilidade da lei, teve de render-se à evidência de que não era possível negar os efeitos da “anulação” da lei àquele que lhe provocara o controle. E, nessa série do Rio de Janeiro, era isso: teríamos de começar por negar ao impetrante - que, desde o início, não se conformou com o IPTU progressivo, antes da Emenda nº 29 - o direito que ele pleiteia desde o início.

A Sra. Ministra Ellen Gracie – A questão é importante para a coerência do sistema.

EGM

O Senhor Ministro Gilmar Mendes – Aí não é o caso de afirmar que não se aplica no controle incidental e, sim, que não se aplica no caso determinado, que foi a hipótese que se colocou àquela incongruência, àquele lapso do modelo kelseniano. Em 1920, só havia o controle com eficácia **ex nunc** ou pro futuro.

O Senhor Ministro Sepúlveda Pertence – Logo depois, a reforma de 29 da Constituição austríaca já fez essa ressalva.

O Senhor Ministro Gilmar Mendes – Exatamente, há essa possibilidade.

E, entre os americanos, tem-se admitido, até mesmo, para ressaltar em matéria processual penal, a discussão “Linkletter versus Walker”, que é o típico controle incidental. Portanto, não há nenhuma impossibilidade.

Agora, quanto à aplicação no caso concreto – e, aí, o Ministro Sepúlveda Pertence já esclarece -: se alguém impetrou um mandado de segurança para não pagar um tributo, porque o considerava inconstitucional, agora, depois de anos vir a considerar que ele ganha, mas não leva, portanto, acabaria por produzir uma absoluta iniquidade. Daí, não ser aplicável um caso, mas essa é uma outra questão.

Agora, aqui, o que tivemos? Em 1990, 1991, 1992, o Tribunal declarou constitucional essa lei. Neste momento, temos um outro desenho. Se se configura a maioria que se está a desenhar, podemos chegar a um resultado de declaração de inconstitucionalidade da lei que foi declarada, anteriormente,

constitucional. Ora, se isso ocorrer, vamos ter de fazer uma série de perguntas, inclusive, em matéria penal, como por exemplo, a responsabilidade civil do Estado e tudo mais. Daí, a minha proposta de aplicar uma eficácia **ex nunc** mitigada.

Em um outro caso, no do recolhimento da prisão, até sofistiquei um pouco mais a proposta, mostrando que, a rigor, não seria eficácia **ex nunc** “tout court”, porque se aplicaria a todos os casos que tivessem ainda alguma eficácia.

O Senhor Ministro Sepúlveda Pertence – Enfim, em síntese, a todas as penas que estejam sendo cumpridas.

O Senhor Ministro Gilmar Mendes – Se houver ainda um dia de pena, teremos a progressão.

O Senhor Ministro Sepúlveda Pertence – Eu estava com a preocupação do Ministro Gilmar Mendes, porque essa declaração, na verdade, equivale à introdução de uma lei penal mais benéfica e, esta, até por imperativo constitucional, teria de aplicar-se.

A Sra. Ministra Ellen Gracie – Teria de ser retroativa. 

O Senhor Ministro Sepúlveda Pertence – Creio que a preocupação do Ministro Gilmar Mendes, lendo, hoje, a monografia que é o voto de Sua Excelência sobre a modulação temporal da declaração de inconstitucionalidade que, depois, dedica cinco linhas ao caso concreto. Creio que a preocupação principal foi a responsabilidade civil pelas penas já cumpridas integralmente em regime fechado às extintas, porque Sua Excelência ressalva ao final do seu voto-vista no presente Habeas Corpus:

*“Com essas considerações, também eu, Senhor Presidente, declaro a inconstitucionalidade do artigo 2º, § 1º, da Lei nº 8.072, de 1990. Faço isso, com efeito **ex nunc**, nos termos do artigo 27 da Lei nº 9.868, de 1999, que entendo aplicável à espécie. Ressalto que esse efeito **ex nunc** deve ser entendido como aplicável às condenações que envolvam situações ainda suscetíveis de serem submetidas ao regime de progressão.”*

Então, creio, realmente, Sua Excelência não dá efeitos **ex tunc** apenas com relação a conseqüências não penais do eventual cumprimento integral da pena em regime fechado.

O Senhor Ministro Gilmar Mendes – Não posso supor que o Estado vá agora responder pela prisão, se se considera que era constitucional à época.

O Senhor Ministro Sepúlveda Pertence – Haveria, primeiro, ação regressiva contra o Brossard e o Resek.

23/02/2006

TRIBUNAL PLENO

HABEAS CORPUS 82.959-7 SÃO PAULOV O T O

O SENHOR MINISTRO Eros Grau: O Hábeas Corpus n. 69.657 foi julgado em 1.993, relativamente pouco tempo depois da entrada em vigor da Lei 8.072, de junho de 1.990. A realidade agora é outra, totalmente diferente.

2. A crítica de ALBERTO SILVA FRANCO¹ ao casuismo do legislador na elaboração da lei 8.072/90 --- a onda de extorsão mediante seqüestro, notadamente os casos Abílio Diniz, em São Paulo, e Roberto Medina, no Rio de Janeiro, e a reação a que de pronto deu causa --- é bastante expressiva:

"É mister, portanto, que se denuncie com eloquência esta postura ideológica, que representa um movimento regressivo, quer no direito penal, quer no direito processual penal, quer ainda na própria execução penal. [...] Não basta a denúncia da postura autoritária. É necessário o seu desmonte implacável. E isso poderá ser feito, sem dúvida, pelo próprio juiz na medida em que, indiferente às pressões dos meios de comunicação social e à incompreensão de seus próprios colegas, tenha a coragem de apontar as inconstitucionalidades e as impropriedades contidas na Lei 8.072/90".

¹ Crimes Hediondos: anotações sistemáticas à Lei 8.072/90, 4ª ed., São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2000, pp. 98/99.

3. A regulação jurídica é sempre provisória e está sujeita a ser atropelada pela violência dos fatos. Não me refiro, neste ponto, à violência de todos os delitos, nem à circunstância de o direito afirmar-se precisamente quando violado, quando suas regras e princípios sejam desacatados --- o Poder Judiciário se ocupa exclusivamente das leis que tenham sido violadas. Desejo fazer alusão à circunstância de a realidade não parar quieta, ela sim derrubando bibliotecas e preceitos que já não sejam com ela coerentes. Por isso mesmo afirmo que o direito é um organismo vivo que não envelhece, nem permanece jovem, na medida em que, em virtude da sua interpretação/aplicação, é [= deve ser] contemporâneo à realidade.

4. Tenho reiteradamente insistido em que a interpretação do direito é compreensão não apenas dos textos, mas também --- repito-me --- da realidade. Alterada a realidade social, a norma que se extrai de um mesmo texto será diversa daquela que dele seria extraída anteriormente à mudança da realidade.

5. Daí a distinção entre inconstitucionalidade originária e inconstitucionalidade superveniente. No primeiro caso o texto porta em si, desde o seu primeiro momento de vigência, a nódoa da inconstitucionalidade. No segundo, nasce são; mas, no correr do tempo, outra sendo a realidade, torna-se supervenientemente inconstitucional.

6. Alguns, entre nós, afirmam, ao eventualmente alterar posição diante de um determinado texto normativo, que "evoluíram". Mudanças nas pessoas certamente ocorrem, mas o que se dá de modo mais freqüente é a mudança na própria realidade, determinando a convolução do que era constitucional em inconstitucional; e mesmo o

contrário --- convolação do que era inconstitucional em constitucional --- poderá, em tese, vir a ocorrer.

7. É o que atualmente se verifica. Tenho que, ao menos atualmente, a lei de 1.990 entra em testilhas com o disposto no artigo 5o, XLVI [individualização da pena], no artigo 1o, III [dignidade da pessoa humana] e no artigo 5o, XLVII, e [proibição da imposição de penas cruéis] da Constituição do Brasil.

8. No que tange à proibição da progressão de regime nos crimes hediondos, afronta o princípio da individualização da pena [art. 5o, XLVI], direcionado ao legislador, que não pode impor regra fixa que impeça o julgador de individualizar, segundo sua avaliação, caso a caso, a pena do condenado que tenha praticado qualquer dos crimes relacionados como hediondos. Considere-se ainda a vedação da imposição de penas cruéis [art. 5o, XLVII, e] e o respeito à dignidade da pessoa humana [art. 1o, III], sendo também certo que o cumprimento da pena em regime integral, por ser cruel e desumano, importa violação a esses preceitos constitucionais. De outra banda, a lei possibilita, objetivamente, a progressão de regime aos condenados pelo crime de tortura. Acaso seria, esse delito, de menor gravidade em relação aos demais arrolados no artigo 1o da Lei 8.072/90?

9. A declaração de inconstitucionalidade, por este Tribunal, da proibição da progressão de regime na referida lei, em acatamento a princípios basilares da boa execução penal, não configurará, de modo algum, a abertura de portas dos presídios. A decisão final sobre a progressão do regime do apenado é tarefa do Juízo de Execução Penal [art. 66, III, "b" da Lei de Execuções Penais - LEP; Lei n. 7.210/84], precedida de parecer da Comissão Técnica de



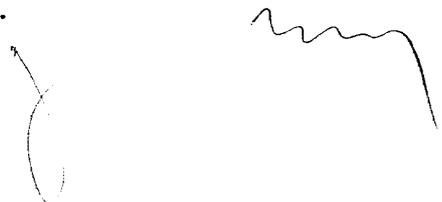
Classificação e do exame criminológico, quando necessário [art. 112 e parágrafo único da LEP].

10. Esse é o ponto que eu queria enfatizar; quer dizer, a decisão final sobre a progressão é sempre do juiz.

11. Outro aspecto diz com a liberdade condicional, se atendidos determinados requisitos (Código Penal, artigo 83 --- cumprimento de 2/3 da pena e ausência de reincidência específica). É de indagar-se: a inserção do preso em regime integralmente fechado, sem que se lhe possibilite o reingresso gradativo no meio social, é benéfica a ele próprio e à sociedade? Obviamente não. A doutrina, ancorada na realidade, sustenta acertadamente que o recluso submetido ao regime integral tende a embrutecer na medida em que não vislumbre qualquer horizonte, qualquer esperança de reabilitar-se e ser útil à sociedade.

12. Resta prejudicada, em conseqüência, a questão atinente à progressão de regime na chamada Lei da Tortura. Ainda que assim não fosse, trata-se de lei especial posterior à Lei dos Crimes Hediondos, derogando-a em tudo quanto com ela conflite, sendo de rigor a observância do disposto no parágrafo único do art. 2º do Código Penal, em razão do que se aplica ao condenado a lei mais benéfica, mesmo para os fatos anteriores à sua promulgação.

13. Sendo assim, concedo a ordem, voto pela inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/90, com aquela conformação bem peculiar que foi proposta pelo Ministro Gilmar Mendes.



23/02/2006

TRIBUNAL PLENO

HABEAS CORPUS 82.959-7 SÃO PAULOV O T O

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: Entendo, Senhor Presidente, **que razões de política criminal** - fundamentadas em preceito **da própria** Constituição da República, **em texto que submete** a tratamento penal objetivamente **mais rigoroso** a prática do tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, do terrorismo e dos delitos legalmente definidos como hediondos (CF, art. 5º, XLIII) - **justificam** a norma inscrita no art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90.

Tenho para mim que a determinação legal de cumprimento das penas, por crimes **previstos** na Lei nº 8.072/90, em regime **integralmente** fechado, **longe de transgredir** o princípio de individualização da pena (CF, art. 5º, XLVI), **objetiva** dar-lhe concreção e efetividade, **consideradas** as diretrizes **que resultam** da cláusula **inscrita** no art. 5º, inciso XLIII, da Lei Fundamental.

Na realidade, o postulado da individualização penal, **presente** o contexto em exame, **tem por destinatário** o próprio legislador, **a quem compete**, 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 discricção - **cominar**, em momento de pura abstração, **as penas** respectivas e **definir** os correspondentes regimes de execução.

No caso, o legislador - **a quem se dirige** a normatividade emergente do comando constitucional em questão -, **atuando** 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 imponível. **A par** dessa individualização "*in abstracto*", o Poder Legislativo, **legitimado** por vetores condicionantes de sua atuação institucional **resultantes** de norma fundada **na própria** Constituição (art. 5º, XLIII), **definiu**, de modo **inteiramente** legítimo, **sem** qualquer ofensa a princípios ou a valores consagrados na Carta Política, **o regime de execução** pertinente às sanções impostas pela prática dos delitos em questão.

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 em causa **encontra apoio** em fatores **que não se revelam conflitantes** com o nosso sistema de direito constitucional positivo, **como resulta claro** da própria natureza (**e especial gravidade**) dos delitos



hediondos (e daqueles que lhes são equiparados) relacionados na Lei nº 8.072/90, com as alterações subsequentes nela introduzidas:

1. homicídio simples praticado por grupo de extermínio;
2. homicídio qualificado;
3. latrocínio;
4. extorsão qualificada pela morte;
5. extorsão mediante seqüestro e na forma qualificada;
6. estupro;
7. atentado violento ao pudor;
8. epidemia com resultado morte;
9. falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais;
10. crime de genocídio previsto nos arts. 1º, 2º e 3º da Lei nº 2.889/56;
11. tráfico ilícito de entorpecentes e de drogas afins;
12. terrorismo.

Vê-se, desse texto legal, que a escolha legislativa a que procedeu o Estado brasileiro mostra-se adequada à exigência de rigor que deriva do próprio texto constitucional e cujas prescrições justificam, plenamente, o tratamento penal mais gravoso dispensado aos delitos hediondos e aos crimes a estes equiparados.

Na realidade, a cláusula legal que impõe o cumprimento da execução da pena em regime integralmente fechado revela-se impregnada de racionalidade, cuja justificação - presentes os critérios constitucionais que legitimam reação estatal e tratamento



penal **mais** rigorosos **nos casos** previstos no art. 5º, XLIII, da Carta Política - **resulta da necessidade** de o Estado estabelecer **mecanismos diferenciados** de repressão à criminalidade violenta, **cuja perpetração** põe em risco valores fundamentais que estruturam a própria organização social, **além de produzir**, considerada a sua eficácia **altamente** desestabilizadora, conseqüências socialmente desestruturantes e profundamente lesivas à segurança dos cidadãos.

Tais fatores **viabilizam** o exercício, pelo Estado, **de seu poder** de conformação legislativa, **legitimando**, em conseqüência, as formulações normativas de disciplina penitenciária de caráter **mais restritivo**, cujo regramento **reflete**, na verdade, **diretrizes** de política criminal delineadas **pelo próprio** texto constitucional, **ajustando-se**, por isso mesmo, **ao postulado** da individualização penal.

Não foi por outro motivo que este Egrégio **Plenário** do Supremo Tribunal Federal, **ao apreciar** a questão ora em exame (**validade jurídico-constitucional** do art. 2º, § 1º da Lei nº 8.072/90, **que impôs** a execução da pena em regime **exclusivamente** fechado, **tratando-se** de crimes hediondos, de tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e de terrorismo), **teve a oportunidade de reconhecer**, com absoluta correção, **a plena**



constitucionalidade da norma legal em referência, **proferindo** decisões consubstanciadas em acórdãos assim ementados:

"**HABEAS CORPUS. LEI DOS CRIMES HEDIONDOS. PENA CUMPRIDA NECESSARIAMENTE EM REGIME FECHADO. CONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 2º, § 1º DA LEI 8.072.**

Tráfico ilícito de entorpecentes. Condenação, onde o artigo 2º - § 1º da Lei 8.072, 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."
(RTJ 147/598, Rel. Min. FRANCISCO REZEK)

"**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 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.**"
(RTJ 146/611, Rel. Min. PAULO BROSSARD - grifei)

Cumpre referir, no ponto, em face de sua extrema pertinência e inquestionável correção, **expressiva passagem** do voto

proferido pelo eminente Ministro NÉRI DA SILVEIRA, quando do julgamento do HC 69.657/SP (RTJ 147/598, Rel. Min. FRANCISCO REZEK), oportunidade em que salientou:

"O Estado, então, que há-de combater a criminalidade, sem 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, o 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." (grifei)

A resposta penal do Estado, Senhores Ministros, concebida na perspectiva da legítima formulação, pelo Poder Público, de uma política de repressão a delitos que afetam as próprias condições existenciais da coletividade e que expõem a riscos gravíssimos os cidadãos desta República, revela-se proporcional e compatível com a extrema seriedade dos crimes que compõem o rol inscrito no art. 1º da Lei nº 8.072/90, ajustando-se, por isso mesmo, de modo harmonioso, ao postulado constitucional da individualização da pena.



Daí a correta observação que fez o eminente Ministro PAULO BROSSARD, quando do julgamento plenário do HC 69.603/SP, de que foi Relator (RTJ 146/611, 615):

"A disposição constitucional traça um preceito de política criminal que consagra a individualização da pena. Princípio este, cujos parâmetros vêm sintetizados no artigo 59 do Código Penal, **que fixa** as regras que devem nortear o juiz no cumprimento desse princípio constitucional, **estabelecendo** que, ao aplicar a pena cominada ao caso concreto, **deve o julgador - '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' - estabelecer - 'conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime:**

- I - as penas aplicáveis dentre as cominadas;**
- II - a quantidade da pena aplicável, dentro dos limites previstos;**
- III - o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade;**
- IV - a substituição da pena privativa da liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível.'**

4. Assim, a disciplina da pena, que é deferida à legislação ordinária e se fará de conformidade com o que ela dispuser. Se a lei ordinária dispõe que nos crimes a que for cominada a pena de reclusão superior a oito anos deverá começar a cumpri-la em regime fechado (art. 33, § 2º, 'a', CP), não pode o juiz dispor em contrário.

5. É à lei ordinária que compete fixar os parâmetros dentro dos quais o julgador poderá efetivar ou a concreção ou a individualização da pena.

6. Alguns autores entendem que a individualização da pena pode se dar em três fases: a legislativa, a judicial e a administrativa. Assim, se o legislador ordinário, no uso da prerrogativa constitucional, que

lhe foi deferida pelo artigo 5º, inciso XLVI, **dispõe** 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.

Poderia o legislador ordinário fazer o que fez? Entendo que sim, já que a própria norma constitucional lhe deferiu esta faculdade. **Se a referida disposição é retrógrada ou não, se é justa ou injusta, se o legislador agiu bem ou mal, não é questão que compete ao julgador decidir.** Não é o Judiciário o foro adequado para dirimir essa questão." (grifei)

Essa mesma percepção quanto à plena compatibilidade do art. 2º, § 1º, da Lei dos Crimes Hediondos **com o que dispõe** o art. 5º, XLVI, da Carta Política **foi também revelada**, nesta Corte, pelo eminente Ministro FRANCISCO REZEK, **por ocasião** do julgamento plenário do HC 69.657/SP, de que se tornou Relator para o acórdão (RTJ 147/598, 604-605):

"**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.

Reflieto 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 eminente 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." (**grifei**)

Não vejo razão, Senhor Presidente, **que justifique**, de minha parte, mudança na percepção do tema ora em exame, **pois também partilho** do mesmo entendimento que a eminente Ministra ELLEN GRACIE **acaba de expor** em seu douto voto.

Caso venha a prevalecer, no entanto, Senhor Presidente, a declaração **incidental** de inconstitucionalidade **do § 1º** do art. 2º da Lei nº 8.072/90, **como parece indicar** o resultado da presente votação, **entendo** que a proclamação de inconstitucionalidade em causa, **embora afastando** a restrição fundada na norma legal em questão, **não afetará nem impedirá** o exercício, pelo magistrado **de**



primeira instância, da competência que lhe é inerente **em sede** de execução penal (LEP, art. 66, III, "b"), **a significar**, portanto, **que caberá**, ao próprio Juízo da Execução, **avaliar**, criteriosamente, **caso a caso**, o preenchimento **dos demais** requisitos necessários **ao ingresso**, ou não, do sentenciado em regime penal **menos** gravoso.

Na realidade, o Supremo Tribunal Federal, ao assim proceder, **caso venha a declarar** a inconstitucionalidade **do § 1º** do art. 2º da Lei nº 8.072/90, **nada mais fará senão respeitar** - tendo presente **o que dispõe** o art. 66, III, "b", da Lei de Execução Penal (LEP) - a competência do magistrado **de primeiro** grau para examinar os requisitos autorizadores da progressão.

É que não assiste, a esta Suprema Corte, mediante atuação "per saltum" - **o que representaria inadmissível** substituição do Juízo da Execução -, **o poder de antecipar** provimento jurisdicional que consubstancie, **desde logo**, a outorga, ao sentenciado, do benefício legal em referência.

Tal observação, Senhor Presidente, **caso efetivamente sobrevenha** a declaração de inconstitucionalidade **pretendida** pelo ora impetrante, **põe em relevo** orientação jurisprudencial que esta Suprema Corte **firmou** em torno da inadequação do processo de "habeas corpus", **quando** utilizado com o objetivo de provocar, **na via**



sumaríssima do remédio constitucional, o **exame dos critérios de índole subjetiva concernentes** à determinação do regime prisional inicial **ou pertinentes** à progressão para regime penal **mais favorável** (RTJ 119/668 - RTJ 125/578 - RTJ 158/866 - RT 721/550, v.g).

Não constitui demasia assinalar, neste ponto, **não obstante o advento** da Lei nº 10.792/2003, **que alterou** o art. 112 da LEP - **para dele excluir** a referência ao exame criminológico -, **que nada impede** que os magistrados **determinem** a realização de mencionado exame, **quando** o entenderem necessário, **consideradas** as eventuais peculiaridades do caso, **desde que o façam**, contudo, em decisão **adequadamente** motivada, **tal como tem sido expressamente reconhecido** pelo E. Superior Tribunal de Justiça (HC 38.719/SP, Rel. Min. HÉLIO QUAGLIA BARBOSA - HC 39.364/PR, Rel. Min. LAURITA VAZ - HC 40.278/PR, Rel. Min. FELIX FISCHER - HC 42.513/PR, Rel. Min. LAURITA VAZ) e, também, **dentre outros**, pelo E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (RT 832/676 - RT 837/568):

"(...). **II - A nova redação do art. 112 da LEP, conferida pela Lei 10.792/03, deixou de exigir a realização dos exames periciais, anteriormente imprescindíveis, não importando, no entanto, em qualquer vedação à sua utilização, sempre que o juiz julgar necessária.**

III - Não há qualquer ilegalidade nas decisões que requisitaram a produção dos laudos técnicos para a comprovação dos requisitos subjetivos necessários à concessão da progressão de regime prisional ao apenado.
(...)."

(HC 37.440/RS, Rel. Min. GILSON DIPP - grifei)

"A Lei 10.792/2003 (que deu nova redação ao art. 112 da Lei de Execução Penal) **não revogou** o Código Penal; **destarte**, nos casos de pedido de benefício em que seja mister aferir mérito, **poderá o juiz determinar a realização de exame criminológico** no sentenciado, **se autor de crime doloso cometido mediante violência ou grave ameaça, pela presunção de periculosidade (art. 83, par. ún., do CP).**"
(RT 836/535, Rel. Des. CARLOS BIASOTTI - grifei)

A razão desse entendimento **apóia-se** na circunstância de que, **embora não mais** indispensável, o **exame criminológico** - cuja realização está sujeita à **avaliação discricionária** do magistrado competente - **reveste-se** de utilidade inquestionável, **pois propicia**, "ao juiz, **com base em parecer técnico**, uma decisão mais consciente a respeito do benefício a ser concedido ao condenado" (RT 613/278).

Em suma: **desde** que venha a ser declarada, "incidentaliter tantum", a inconstitucionalidade do preceito legal em exame (o que se fará **contra** o meu voto), **cabe referir** que as considerações ora expostas **evidenciam** a impossibilidade de se garantir o ingresso imediato do ora paciente em regime penal **mais** favorável.

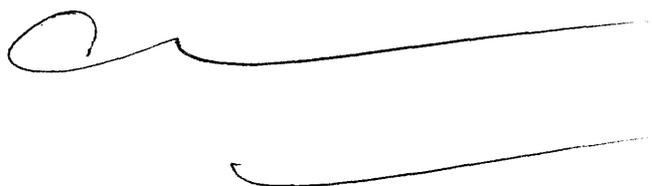
É que, **se** tal ocorrer - **e afastado**, então, o **obstáculo** representado pela norma em análise -, **caberá**, ao magistrado **de primeira** instância, **proceder** à verificação **dos demais** requisitos, **inclusive** daqueles de ordem subjetiva, **para decidir sobre a possibilidade**, ou não, de o condenado, ora paciente, vir a ser



beneficiado com a progressão para regime **mais brando** de cumprimento de pena, **sendo lícito**, ainda, ao juiz competente, **se** o julgar necessário, **ordenar**, em decisão fundamentada, **a realização do exame criminológico**.

Sendo assim, tendo em consideração as razões expostas, **acompanho**, integralmente, **os votos** proferidos pelos eminentes Ministros CARLOS VELLOSO, JOAQUIM BARBOSA e ELLEN GRACIE, **para**, **reconhecendo a plena constitucionalidade do § 1º** do art. 2º, da Lei nº 8.072/90, **indeferir** o pedido de "habeas corpus".

É o meu voto.

A handwritten signature in black ink, consisting of a large, stylized initial 'C' followed by a long horizontal stroke that curves slightly upwards at the end.

23/02/2006

TRIBUNAL PLENO

HABEAS CORPUS 82.959-7 SÃO PAULO

RELATOR : **MIN. MARCO AURÉLIO**
PACIENTE(S) : OSEAS DE CAMPOS
IMPETRANTE(S) : OSEAS DE CAMPOS
COATOR(A/S) (ES) : SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

V O T O

O SENHOR MINISTRO CARLOS AYRES BRITTO - Senhor Presidente, reestudei esta matéria, até para proferir uma decisão monocrática recentemente. Já examinei; tentei extrair da Constituição diretamente os meus juízos, as minhas proposições; e vou fazer uma síntese, que acabei de escrever.

Certamente para homenagear o princípio da dignidade da pessoa humana a nossa Constituição vedou duas penas: a de morte - com a ressalva que conhecemos "em guerra declarada" - e a de prisão perpétua. Ao fazer essa dupla vedação, a Constituição terminou por revelar algo que me parece óbvio: sua crença na regenerabilidade de todo e qualquer condenado, independentemente da natureza ou da gravidade do crime por ele praticado. Se não fosse para acreditar nessa regeneração, a Constituição certamente imporiam a pena capital e a de confinamento perpétuo.

O SENHOR MINISTRO NELSON JOBIM (PRESIDENTE) - Não raciocine pelo legislador, porque é um perigo. Não faça essas observações porque a história pode revelar o contrário.



O SENHOR MINISTRO CARLOS AYRES BRITTO - Extraio esse juízo não do legislador, mas da norma posta. Não caio na veleidade de psicanalisar quem fez a norma, porém, a norma feita.

Coerente com essa crença na regenerabilidade de todo e qualquer condenado, a Constituição instituiu a garantia da individualização da pena, em dispositivo posterior àquele versante sobre crimes hediondos. Depois que a Constituição versou o tema dos crimes hediondos, passou a cuidar da garantia da individualização da pena, sinalizando que ela se aplica mesmo em dois momentos: no momento sentencial, abstrato da cominação, e no momento administrativo, concreto, da execução da pena.

Portanto, a individualização da pena, já no contexto administrativo, penitenciário, de confinamento efetivo, vale-se ou traduz-se naquilo que Norberto Bobbio chamaria de "sanção premial": possibilitar um tratamento mais brando àquele apenado que, de modo personalizado - como sofre a execução da pena -, intramuros, vai respondendo afirmativamente com a melhoria do seu temperamento, do seu caráter, revelando uma nova disposição para voltar ao convívio da sociedade mais aperfeiçoado.

Isso também confirma, de acordo com o que os doutrinadores dizem, que o direito de punir - próprio do Estado - tem dois fundamentos: um, a imposição do castigo, pura e simples, do sofrimento, pois a pena é algo amargo, ou gravoso; o outro, o caráter didático, profilático, recuperador, no plano individual.



Em tese, sei que é fácil, mas, na prática, é um pouco difícil.

Como consequência de tudo isso, penso não podermos recusar o voto do Ministro Marco Aurélio no sentido da superação do óbice levantado pelo § 1º do artigo 2º da Lei nº 8.072/90.

Parece-me que votar contra o Ministro Marco Aurélio é decretar a sentença de morte da garantia da individualização da pena.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) - Permita-me, Vossa Excelência. Não seria votar contra a minha pessoa, em si, mas contra a Constituição.

O SENHOR MINISTRO CARLOS AYRES BRITTO - Perfeito, nessa linha. Mas, Senhor Presidente, há uma perplexidade: que grandeza temporal, que termo aritmético a aplicar como pena mínima de 1/6 se a lei não instituiu, especificamente para os crimes hediondos, essa grandeza de 1/6? Eu diria: realmente, se aplicarmos a grandeza de 1/6 - a que prevalece para os crimes comuns, o cumprimento da pena resultante da prática de um crime comum -, estaremos tratando de modo igual situações desiguais. De modo igual sujeitos ou agentes desiguais, o que me parece inconstitucional. Entretanto, retirar, pura e simplesmente, a eficácia dessa lei das Execuções Penais no que toca essa grandeza de 1/6, tenho como deflagrar, no próprio ordenamento, uma consequência pior; ou seja, esse vácuo legislativo



vai significar, em última análise, o garroteamento do princípio maior da garantia da individualização da pena.

Então, o que proponho? Sem deixar de reconhecer a inconstitucionalidade da aplicação deste 1/6, eu faria uma modulação dos efeitos da nossa decisão para assegurar a eficácia da lei no que toca a 1/6, até que o legislador venha a produzir uma norma específica sobre crimes hediondos.

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE - Até porque se trata apenas da admissibilidade da progressão.

O SENHOR MINISTRO CARLOS AYRES BRITTO - Só isso. Sem prejuízo.

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE - É preciso deixar isso bem claro: não se está impondo ao juízo das execuções que abra as portas indistintamente: há de examinar caso a caso a concorrência dos pressupostos da progressão, abstraída apenas a vedação legal que se declara inconstitucional.

O SENHOR MINISTRO CARLOS AYRES BRITTO - É fundamental. Quanto ao preenchimento de requisitos de índole eminentemente subjetiva, que o juiz da execução penal ocupe este espaço como lhe cabe.



Portanto, com esse fundamento, acompanho o voto do
eminente Ministro-Relator.

* * * * *

A handwritten signature in black ink, consisting of a large, stylized initial 'S' followed by a horizontal line extending to the right.

23/02/2006

TRIBUNAL PLENO

HABEAS CORPUS 82.959-7 SÃO PAULOV O T O**O SENHOR MINISTRO CARLOS AYRES BRITTO**

Senhor Presidente, o que se pede no presente *habeas corpus* é a superação do óbice do § 1º do art. 2º da Lei de Crimes Hediondos.

2. Sobre o tema, inicio este meu voto com o juízo de que a progressão no regime de cumprimento de pena em estabelecimento físico do Estado **finca raízes na vontade objetiva da Constituição de 1988**. Não que a própria Constituição vocalize o fraseado "regime de progressão em estabelecimento penitenciário ou prisional do Poder Público". Porém no sentido inicial de que ela, Constituição Federal, ao proibir a pena de morte ("salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX") e o aprisionamento em caráter perpétuo (alíneas *a* e *b* do inciso XLVII do art. 5º), parece que somente o fez **no pressuposto da regenerabilidade de toda pessoa que se encontre em regime de cumprimento de condenação penal, seja quando essa condenação diga respeito à privação total da liberdade de locomoção, seja quando referente à privação parcial dessa mesma liberdade**. Independentemente, portanto, da natureza e da gravidade do delito afinal reconhecido e já com o trânsito em julgado da respectiva sentença. Pois se o Magno Texto não partisse desse radical *a priori* lógico da possibilidade de regeneração da pessoa humana, nada impediria que ele inserisse nos seus mecanismos de inibição criminal o confinamento penitenciário perpétuo e até mesmo a pena capital.

3. Externando por outra forma a idéia, penso que foi em direta homenagem ao princípio da dignidade da pessoa humana (inciso III do art. 1º) que a nossa Constituição Federal interditou a pena



de morte e a prisão perpétua. Ao assim dispor, teria mesmo que se comprometer com a proclamação da garantia da individualização da pena, como efetivamente ocorreu (inciso XLVI do mesmo art. 5º). E tal proclamação já significa afirmar que o cumprimento da pena privativa de liberdade de locomoção há de ostentar uma dimensão ensejadora da regeneração do encarcerado.

4. Estou a dizer, por conseguinte, que a vedação constitucional da *pena capital* e da prisão perpétua já significa imprimir à efetiva execução das penas privativa ou restritiva da liberdade de locomoção um papel ressocializador (outros preferem dizer "socializador"); de parelha, naturalmente, com a clássica função de castigo ou sofrimento que é indissociável da idéia mesma de pena. Com o que o poder estatal de punir passa a ter naquele primeiro mister socialmente profilático do cumprimento das penas em causa um dos seus fundamentos. Uma das suas justificativas lógicas.

5. Se é assim - vale dizer, se a Constituição mesma parece conferir à execução das penalidades em foco uma paralela função de reabilitação individual, na perspectiva de um saneado retorno do apenado à vida societária, esse mister reeducativo **é de ser desempenhado pelo esforço conjunto da pessoa encarcerada e do Estado-carcereiro**. Esforço conjunto que há de se dar segundo pautas adrede fixadas naquilo que é o próprio cerne do regime que a lei designa como de execuções penais (lei federal nº 8.072/90). Um regime necessariamente concebido para fazer da efetiva constrição da liberdade topográfica de ir e vir um mecanismo tão eficiente no plano do castigo mesmo quanto no aspecto regenerador que a ela é consubstancial.



6. É neste ponto que o regime das execuções penais, para permanecer fiel àquela inspiração constitucional da dignidade da pessoa humana, tem que seqüenciar a conhecida garantia da **individualização da pena**. E se digo "seqüenciar", é pelo fato de que tal garantia não se exaure com a sua primeira e necessária aplicação, que é o momento sentencial da dosimetria da reprimenda que venha a ser imposta ao sujeito condenado em ação penal.

7. Com efeito, as coisas sinalizam imbricamento. Encaixe em congruente unidade. É por reconhecer a todo ser humano uma dignidade inata (inciso III do art. 1º) que a Lei Republicana interdita a pena de morte (como regra geral) e a prisão *ad aeternum*. Imprimindo à execução da pena constritiva de liberdade, por conseqüência, um paralelo mister reeducativo. O que implica trazer para os domínios de tal execução a garantia igualmente constitucional **da individualização da pena**. Seja qual for a gravidade do crime afinal reconhecido, pois o fato é que a garantia da individualização da pena vem consagrada em dispositivo constitucional **posterior àquele que versa, justamente, sobre os delitos de caráter hediondo** (incisos XLVI e XLIII do art. 5º). Restando claro que ela, garantia da individualização da pena, não se esgota com a sentença de condenação de alguém a confinamento carcerário. Quero dizer: a garantia constitucional da individualização da pena, serviente que é do princípio também constitucional da dignidade da pessoa humana, não limita essa dignidade ao momento jurisdicional condenatório que atende pelo nome de **cominação**. Prossegue *vida afora* do sentenciado para alcançar a fase que já se define como de matéria penitenciária ou de Direito Penitenciário, propriamente, porquanto ocorrente no interior de um dado estabelecimento prisional do Poder Público.



8. Convém repetir: há de haver um regime jurídico de gradativo abrandamento dos rigores da execução penal em si, como resultante lógica da garantia constitucional de individualização da pena. Regime tão serviente dessa garantia quanto a precedente decisão judicial condenatória. E tudo a decolar originariamente do proto-princípio da dignidade da pessoa humana, que já se põe como um dos explícitos fundamentos da República Federativa do Brasil (inciso III do art. 1º da Lei Fundamental). Pois é da essência desse fundamental princípio o reconhecimento de que toda pessoa natural é um verdadeiro microcosmo. Um ser absolutamente único, na medida em que, **se é parte de um todo, é também um todo à parte. Se é parte de algo (o corpo social), é também um algo à parte.** A exhibir na lapela da própria alma o bótton da originalidade. Que não cessa pelo fato em si do cometimento de um crime do tipo hediondo, seguido ou não de condenação judicial e posterior cumprimento da pena em estabelecimento prisional do Estado. Afinal, não é de se confundir jamais hediondez do crime com hediondez da pena, visto que direitos subjetivos outros não são nulificados pela condenação penal em si, como os direitos à saúde, à integridade física, psicológica e moral, à recreação, à liberdade de expressão, à preferência sexual e de crença religiosa.

9. Tanto parece razoável assim pensar, tanto o princípio da dignidade da pessoa humana e a garantia da individualização da pena dão mostras de continuar *na escolta* do encarcerado que a Constituição mesma determina que "a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado" (inciso XLVIII do art. 5º). Sem deixar de imediatamente complementar essa proteção individual com a regra de que "é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral" (inciso XLIX), quando, antes, já havia determinado que



"ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante" (inciso III)¹.

10. Por este ângulo de visada, então, **tudo sugere ter-se por inconstitucional um regime carcerário que não reduza o seu teor de severidade à medida que o prisioneiro vá respondendo às normas de disciplina interna com a melhoria do seu próprio (dele, encarcerado) temperamento e caráter.** Com a redução do seu potencial de periculosidade. Visto que todo regime penitenciário de cumprimento da sanção penal deve operar como verdadeiro espelho de cristal, a refletir, sem distorção, o personalizado modo como o prisioneiro passa a responder às normas intra-muros que lhe são impostas. Raciocínio - ainda uma vez enfatize-se - extraído do ineliminável caráter educativo da pena, traduzido no empenho estatal e do próprio condenado para que o regime prisional não deixe de cumprir esta função que é própria de toda penitência: **franquear ao penitente a possibilidade de fazer do *modus operandi* da reprimenda que lhe é infligida uma oportunidade de superação do *animus delinquendi* a que não resistiu quando do cometimento do crime pelo qual veio a ser definitivamente condenado.**

11. É certo que o inciso XLVI do art. 5º da Constituição não regulou, por si mesmo, as condições ou os requisitos da individualização da pena. Convocou o legislador de segundo escalão para fazê-lo ("a lei regulará a individualização da pena (...)"). Mas não é menos certo que se cuida de um transpasse de poder normativo que não priva o dispositivo constitucional de toda e qualquer dimensão eficaz imediata. É exprimir: o preceito constitucional em exame não prescinde da intercalação da lei comum, é fato, **porém**

¹ Consoante observei em outras oportunidades, o regime de progressão penitenciária é uma clara técnica de "sanção premial", a operar, não pela ameaça de castigo como

não é de ser nulificado por ela. Se compete à lei indicar os parâmetros de densificação da garantia constitucional da individualização do castigo, a esse diploma legal não é permitido se desgarrar do núcleo significativo ambivalente que exsurge da Constituição mesma: o momento abstrato da cominação da pena privativa de liberdade, seguido do instante concreto do respectivo cumprimento em recinto penitenciário. Ali, busca da "justa medida" entre ação criminosa dos sentenciados e reação coativa do Estado. Aqui, a mesma procura de uma justa medida, só que no transcurso de uma outra relação de causa e efeito: de uma parte, a resposta crescentemente positiva do encarcerado ao esforço estatal de recuperá-lo para a normalidade do convívio social; de outra banda, a passagem de um regime prisional mais severo (porque integralmente fechado) para outro menos rigoroso (porque já incorporante de saídas do presídio e retorno a ele em horas certas).

12. No ponto questionado, portanto, tenho por bem decidir **pela superação do óbice instituído pelo § 1º do art. 2º da Lei nº 8.072/90, por se tratar de cláusula com flagrante vício de inconstitucionalidade.** Nem por isso a matéria fica de todo resolvida, devo admitir. É que, suplantado o impedimento legal da progressão, um outro desafio temático passa a tomar corpo. Desafio que bem se expressa na seguinte pergunta: que prazo mínimo de cumprimento de pena é de se observar para o efeito de progressão de regime prisional?

13. A mais instantânea resposta só pode ser esta: o prazo de 1/6 da pena imposta, já fixado pelo art. 112 da LEP para os crimes comuns. Isto devido a que não se pode extrair (quero crer) nem do sistema constitucional nem do sistema legislativo-penal-ordinário uma objetiva grandeza temporal, uma espécie de *tempo médio*

fator de punição da conduta socialmente indesejável, porém pela promessa de



que separe as duas situações: a dos condenados por crime sob "o *fartum* ou o *bafio*" da hediondez, de uma parte, e, de outra, a dos apenados por delitos comuns.

14. Acontece que essa utilização do parâmetro uniforme de pelo menos 1/6 da pena judicialmente aplicada redunde em tratamento jurídico igual para situações ontologicamente desiguais. Pois não se pode obscurecer o fato de que, pelo inciso XLIII do art. 5º da Magna Carta Federal, é sonegado às pessoas condenadas por crimes hediondos o acesso a determinados benefícios que ela, Constituição, deixou de interditar aos acusados por delitos comuns. **São, especificamente, os benefícios da fiança, da graça e da anistia** (inciso XLIII do art. 5º). Mais até, não se pode ignorar que a Magna Lei de 1988 exigiu que se levasse em conta a natureza do crime até mesmo para o efeito de segregação em estabelecimento penitenciário oficial (**ainda o art. 5º, inciso XLVIII**). A robustecer o juízo de que tanto o momento jurisdicional da cominação quanto o momento administrativo de execução da pena devem refletir aquela fundamental dicotomia entre os delitos timbrados pela hediondez e os crimes que não chegam a esse *plus* de lesividade social.

15. Daqui resulta que também tenho por inconstitucional a aplicação da regra geral de 1/6 aos condenados pelos delitos hediondos. Invalidez, contudo, que não implica retirar do mundo jurídico o diploma viciado. Explico: o vício da inconstitucionalidade traduz-se, como regra geral, na necessidade de extirpar do Ordenamento Jurídico o ato inválido, de sorte a preservar a coerência de tal Ordenamento e garantir a hierarquia e a rigidez da Constituição Federal. Mas há casos em que tal extirpação normativa é também agressora da própria Constituição da República.

recompensa como fator de estímulo ao comportamento socialmente desejável.



Casos em que "razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social" (art. 27 da Lei nº 9.868/99, aqui subsidiariamente aplicada) se contrapõem ao abate em si do ato inconstitucional. O que tem levado esta Suprema Corte a, num juízo de ponderação, "retrabalhar" os efeitos de certas declarações de inconstitucionalidade².

16. É o que se dá com a aplicação da regra geral de 1/6 aos condenados por delitos hediondos, a exigir que se imprima às respectivas decisões uma ponderação ou modulação temporal de efeitos.

17. Em síntese, também voto pela inconstitucionalidade da incidência da regra geral de 1/6 aos condenados por crimes hediondos. Mas tenho por imperioso protrair-se a eficácia e aplicabilidade da LEP (art. 112), no ponto, até que norma legal específica venha a ser editada. Norma que, agora sim, cuide de forma particularizada o tema da progressão no regime de cumprimento de pena pela prática de crime hediondo. Isto, lógico, **desde que também sejam preenchidos os requisitos subjetivos que a própria lei já estabelece**, o que será analisado, *in concreto*, pelo Juízo da execução.

² No julgamento da RE 197.917, Rel. Min. Maurício Corrêa, este Supremo Tribunal assentou a possibilidade de aplicação subsidiária da regra de modulação de efeitos, inscrita no art. 27 da Lei nº 9.868/99, ao controle incidental de inconstitucionalidade:

"Efeitos. Princípio da segurança jurídica. Situação excepcional em que a declaração de nulidade, com seus normais efeitos *ex tunc*, resultaria grave ameaça a todo o sistema legislativo vigente. Prevalência do interesse público para assegurar, em caráter de exceção, efeitos pro futuro à declaração incidental de inconstitucionalidade".

18. Com estes fundamentos, peço vênua aos colegas que entendem em sentido contrário e defiro a ordem de *habeas corpus*.

É como voto.

A handwritten signature in black ink, consisting of a large, stylized initial 'S' followed by a horizontal stroke and a diagonal flourish.

23/02/2006

TRIBUNAL PLENO

HABEAS CORPUS 82.959-7 SÃO PAULO

À revisão de apartes dos Senhor Ministros GILMAR MENDES, NELSON JOBIM (Presidente) e CELSO DE MELLO.

V O T O

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE - Sr. Presidente, tenho convicção conhecida, expressa em 18 de dezembro de 1992, nos votos vencidos, em companhia do Relator deste caso, eminente Ministro Marco Aurélio, no **Habeas Corpus** nº 69.603, Ministro Paulo Brossard, e no **Habeas Corpus** nº 69.657, Ministro Rezek.

A inconstitucionalidade do § 1º do artigo 2º da Lei Roberto Jefferson basta-me a garantia da individualização da pena expressa no artigo 5º, XLVI, da Constituição Federal.

Disse então:

"Individualização da pena, Sr. Presidente, enquanto as palavras puderem exprimir idéias, é a operação que tem em vista o agente, e não a natureza do delito: em razão dessa última, o que se dimensiona é a cominação abstrata da escala de sanções.

Estou convencido 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 dele faça abstração no momento da execução.

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



fará a pena idêntica, segundo os critérios da individualização, significar coisas absolutamente diversas.”

Ninguém tem dúvida de que a mesma pena de três anos de reclusão imposta, digamos, a um peculatório e a pena mínima de três anos de reclusão imposta ao vapozeiro do fornecedor de maconha na favela serão coisas substancialmente diversas, se uma pode ser cumprida com os mais liberais substitutivos e a outra terá de ser cumprida pelo encarceramento, em regime fechado, durante toda a sua duração.

É claro - e a eminente Ministra Ellen Gracie, com o aticismo habitual, o pondera - que o art. 5º, XLVI, apenas prevê que a lei regulará a individualização da pena.

Seria, porém, o mais inócuo dos preceitos constitucionais, com todas as vênias, se interpretado apenas como previsão ou mandato legislativo, inútil numa legislação penal do Século XX, de que haveria um sistema de graduação de pena conforme parâmetros estabelecidos na lei: nenhum Código Penal o deixou de fazer no século.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - V.Exa. me permite? A rigor, se pudéssemos interpretar dessa forma, apenas como a individualização em abstrato, essa norma perderia o conceito de norma de direito fundamental, porque o legislador poderia fazer tudo com ela.



O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE - Exatamente, o eminente Ministro Gilmar Mendes demonstra, em seu voto magnífico, que assim entendida, sem opor limite à discricção do legislador o respeito ao núcleo essencial, ou ao conteúdo mínimo da regra, enquanto garantia fundamental, o preceito não seria garantia fundamental alguma.

Lembro-me do voto, constantemente recordado, do saudoso Ministro Rodrigues Alckmin, na Representação 930, a propósito do cometimento à lei, pela Constituição, do estabelecimento das condições de capacidade para o exercício de profissões. A anotar:

"Mas, também, não ficou ao livre arbítrio do legislador ordinário estabelecer as restrições que entenda ao exercício de qualquer gênero de atividade ilícita. Se assim fosse, a garantia constitucional seria ilusória e despida de qualquer sentido."

O mesmo seria dizer desta exacerbação das normas constitucionais dos crimes hediondos, cometida pela Lei nº 8.072.

Fizeram-se, aqui, considerações não puramente dogmáticas. De minha parte, não tinha ilusões. Mas creio que o resultado da aplicação por uma década e meia da Lei dos Crimes Hediondos basta a desvelar a falência, mais uma vez, da pretensão ingênua de combate à criminalidade pela exacerbação das penas ou endurecimento de sua execução. As estatísticas o revelam.



O SR. MINISTRO NELSON JOBIM (PRESIDENTE) - Cuidado que isso pode autorizar pena de morte; quando alguém pegar esse gancho, poder dizer: então, há pena de morte.

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE - Não é à toa que V.Exa. citou o saudoso autor da expressão "crime hediondo", por quê? Porque este movimento de exacerbação de penas como solução ou como arma bastante ao combate à criminalidade só tem servido a finalidades retóricas e simbólicas de aplacar a intranqüilidade social, editando leis que, não tocando nos fatores diversos da exacerbação, sobretudo, da criminalidade urbana, nada farão, senão enaltecer os seus autores perante essa opinião pública movida pelo grito histérico dos meios de comunicação em momentos dramáticos.

Por isso, Sr. Presidente, acompanho o voto do eminente Ministro-Relator para declarar a inconstitucionalidade do preceito previsto no § 1º do art. 2º da Lei nº 8.072.

Continuo mantendo as minhas dúvidas, sobretudo quanto à constitucionalidade formal do art. 27 da LADI, dado que, por lei ordinária, conferiu a uma maioria qualificada do Tribunal poderes que, em certas hipóteses, não estão conferidos sequer ao órgão de reforma constitucional.

Mas, é certo que, historicamente, o Supremo Tribunal já, diversas vezes, modulou, no controle difuso, à vista da circunstância ou do caso concreto ou da equação jurídica do caso concreto, os seus efeitos.



Lembro a mais recente e expressiva delas: a do cancelamento da Súmula 394, quando se estabeleceu, por decisão unânime do Plenário, que a nova orientação seria inaplicável aos processos findos. E, também, o caso dos vereadores no qual, em nome da segurança das regras do jogo eleitoral, não se quis cortar, além da metade, o mandato que fora disputado para número de vagas que o Tribunal depois entendeu exagerado.

Explicito, apenas, o que parece estar no voto do Ministro Gilmar Mendes - que acolho, no particular -, que isso não impedirá que o condenado, que esteja, ainda, a cumprir a sua pena, postule a progressão de regime.

De tal modo que não consigo divisar conseqüências penais dessa modulação proposta; ela terá, no máximo, conseqüências de ordem civil, patrimonial, dado que a negativa da progressão se fundou, efetivamente, numa jurisprudência que se tinha por consolidada - e eu mesmo já me rendera a ela com as ressalvas de hábito - pelo Supremo Tribunal Federal.

Enfatizo que estamos tirando do juiz da execução o gesso inconstitucional, que, a meu ver, lhe impôs indevidamente a Lei nº 8.072. Mas não o estamos demitindo da responsabilidade, em cada caso, de examinar se e quando se mostrará devida a progressão.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Talvez até pudéssemos explicitar, se assim entender cabível, que poderá o juiz exigir, até mesmo, o exame criminológico.



O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE - Não tenho a menor dúvida de que não é ilegal submeter o condenado, para qualquer desses benefícios da execução da pena, ao exame criminológico ou a outros meios de prova.

É importante que isso fique muito claro.



23/02/2006

TRIBUNAL PLENO

HABEAS CORPUS 82.959-7 SÃO PAULO

O SENHOR MINISTRO NELSON JOBIM (PRESIDENTE) - Reporto-me ao que afirmei nas hipóteses anteriores e acompanho a divergência do Ministro Carlos Velloso.

Tenho muita desconfiança quando, nas fundamentações de alguns juristas, se faz referência ao que o legislador quis fazer ou deixou de fazer, inventando certas premissas que absolutamente não existem. Seria que os nossos juristas, quando examinassem as questões dos legisladores, tivessem a paciência de perquirir o que realmente aconteceu no seio da Câmara e do Senado.

Observem bem, vamos deixar a ficção quanto à Lei de Torturas naquele momento em que se acrescentou à Lei nº 9.455, publicada em 04 de abril de 1997, o § 7º do artigo 1º, onde estabeleceu que:

" Art.1º-.....

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

Quero, também, noticiar ao Ministro Carlos Britto, não é o caso, mas lembrar que esse dispositivo foi acrescentado pelo Profº Francisco de Assis Toledo e por mim, Ministro da Justiça, à época, na negociação que fazíamos com o Congresso Nacional para aprovar a lei e assegurar o projeto que já tramitava para efeito da Lei de Tortura. Não houve absolutamente nada de vontades "a" ou "b"; houve

HC 82.959 / SP

uma tentativa de um entendimento político que pudesse viabilizar aquilo que o atual governo retirou quando poderia ter sido votado.

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE - Ministro, se o intérprete da Lei fosse se ocupar do que ocorre nas combinações da Câmara...

O SENHOR MINISTRO NELSON JOBIM (PRESIDENTE) - Ministro, estou dizendo isso porque alguns afirmam que se quis isso ou aquilo. Estou meramente contando o que aconteceu.

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE - Usa-se apenas a metáfora quando se fala em vontade da lei ou do legislador.

O SENHOR MINISTRO NELSON JOBIM (PRESIDENTE) - Mas, vamos deixar bem claro que essa metáfora, às vezes, transforma-se em um argumento retórico de uma mera manifestação individual, quando se atribui a terceiro, ou seja, ao processo legislativo em que as considerações não são absolutamente essas que ocorrem. É bom ter presente, principalmente, quando se fala, por exemplo, em situações que se fez ou se deixou de fazer algo. É bom que se tenha a humildade, nessas condições, de examinar, na verdade, o que se passou dentro do Congresso.

Principalmente a academia tem uma dificuldade de circular dentro dos arquivos do Congresso para dizer a genealogia da norma. Lembro-me, inclusive, da obra fundamental de Nietzsche quando trata da genealogia da ética, mostrando, exatamente, a relação de poder, na ética, contra todos os discursos idealistas que vinham, inclusive, de Kant.

HC 82.959 / SP

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE - Quanto a isso, antes de Nietzsche, Bismarck já dissera.

O SENHOR MINISTRO NELSON JOBIM (PRESIDENTE) - Perdão, Bismarck é posterior a Nietzsche. Bismarck é do Século passado e Nietzsche é anterior.

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE - Retifico, mas insisto na comparação das leis com as salsichas.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) - Como não estamos numa academia, não precisamos visitar ou revisitar o Congresso.

O SENHOR MINISTRO NELSON JOBIM (PRESIDENTE) - Só estou dizendo que não devemos procurar atribuir fundamentos que não sejam de natureza dogmática a certas vontades. Concluo dizendo que o que instruiu a elaboração desse projeto de lei foi a seguinte circunstância real, da qual o Ministro Sepúlveda Pertence tem absoluta razão: todos os apenados em crimes hediondos, com longa duração de pena, que não têm nenhuma perspectiva de qualquer tipo de liberação, não têm nenhum constrangimento de praticar crimes dentro do presídio - e o fazem. Quero mostrar um exemplo concreto em relação a isso. Quando exerci aquelas funções, houve o seguinte fato, em um Estado da Federação - lembrem-se que havia aquele sistema, e ainda há, de visitas íntimas, ou seja, as mulheres, esposas dos apenados comparecem para manter relações sexuais com seus maridos -: ocorria que os chefes das galerias identificavam a mulher de algum apenado que vivia em sua galeria, chamava-o e dizia que da próxima vez seria ele; se o apenado não fizesse, matavam-no, como mataram doze, pelo fato de não terem concedido a manutenção de

HC 82.959 / SP

relações sexuais com suas mulheres e filhas, as quais compareciam juntas para fazerem a visita.

Então, observem que a realidade concreta do estabelecimento penal é muito pior do que se imagina. Seria conveniente, inclusive, que alguns juristas comparecessem a esses estabelecimentos e convivesse, como fiz durante um período longo como advogado, depois como Ministro, para mostrar que as coisas são completamente distintas daquela teoria de que a pena vai recuperar, etc, etc. Na verdade, é exatamente o contrário, daí porque a necessidade de um tratamento diferenciado.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Mas, exatamente por isso é que se está preconizando a progressão.

O SENHOR MINISTRO NELSON JOBIM (PRESIDENTE) - O que há, exatamente, Ministro Gilmar, é que, no nosso entendimento, estaríamos ingressando numa seara que era exclusiva do legislador. Esse é o nosso ponto de vista. Desde há muito, não recorro a núcleos essenciais. Tendo núcleos essenciais, teríamos de descobrir qual é o não essencial; porque, se todo núcleo tiver característica adjetivada de essencial, haverá um núcleo não essencial, que não conheço neste dado.

23/02/2006

TRIBUNAL PLENO

HABEAS CORPUS 82.959-7 SÃO PAULO

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) - Senhor Presidente, como relator, apenas ressalto que empresto à declaração de constitucionalidade eficácia *ex tunc* quanto às conseqüências penais, não o fazendo sob o ângulo patrimonial.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Eu parti da premissa, foi todo o desenvolvimento de meu voto, no sentido de que declaramos essa lei inicialmente constitucional - não há dúvida em relação a isso -, e muitas penas se extinguíram segundo esse regime. A Constituição cogita de responsabilidade civil do Estado, ou por erro judicial, ou por prisão excessiva, até mesmo. É uma das hipóteses claras de responsabilidade civil do Estado, por conta desse aspecto. Daí eu ter ressaltado que o efeito **ex nunc** deve ser entendido como aplicável às condenações ainda suscetíveis de serem submetidas ao regime de progressão.

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE - Proporia ao eminente Relator que deixássemos claro que a decisão não se aplica a eventuais conseqüências jurídicas às penas extintas.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - É exatamente esse o objetivo.

O SENHOR MINISTRO NELSON JOBIM (PRESIDENTE) - Se os Colegas concordarem, gostaria de explicitar, como já feito pelo



HC 82.959 / SP

Ministro Sepúlveda Pertence, que, na verdade, não estamos decidindo o caso concreto, estamos decidindo o regime de progressão ou não do sistema.

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE - Temos de comunicar ao Senado.

PLENÁRIO**EXTRATO DE ATA****HABEAS CORPUS 82.959-7**

PROCED.: SÃO PAULO

RELATOR : MIN. MARCO AURÉLIO

PACTE.(S): OSEAS DE CAMPOS

IMPTE.(S): OSEAS DE CAMPOS

ADV.(A/S): ROBERTO DELMANTO JUNIOR E OUTRO(A/S)

COATOR(A/S)(ES): SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Decisão: Apresentado o feito em mesa pelo Relator, o julgamento foi adiado. Presidência do Senhor Ministro Maurício Corrêa. Plenário, 01.07.2003.

Decisão: Após os votos dos Senhores Ministros Marco Aurélio, Relator, e Carlos Britto, que deferiam a ordem para cassar o acórdão proferido pelo Superior Tribunal de Justiça e assentar o direito do paciente à progressão no regime de cumprimento da pena, e dos votos dos Senhores Ministros Carlos Velloso e Joaquim Barbosa, indeferindo-a, pediu vista o Senhor Ministro Cezar Peluso. Presidência do Senhor Ministro Maurício Corrêa. Plenário, 06.08.2003.

Decisão: Após os votos dos Senhores Ministros Marco Aurélio, Relator, e Carlos Britto, que deferiam a ordem para cassar o acórdão proferido pelo Superior Tribunal de Justiça e assentar o direito do paciente à progressão no regime de cumprimento da pena; dos votos dos Senhores Ministros Carlos Velloso e Joaquim Barbosa, que a indeferiam; e o do Senhor Ministro Cezar Peluso, que acompanhava o Relator e cancelava *ex officio* o aumento da pena do artigo 226, III, do Código Penal, pediu vista dos autos o Senhor Ministro Gilmar Mendes. Ausentes, justificadamente, o Senhor Ministro Celso de Mello e, neste julgamento, os Senhores Ministros Nelson Jobim e Joaquim Barbosa. Presidência do Senhor Ministro Maurício Corrêa. Plenário, 18.12.2003.

Decisão: Renovado o pedido de vista do Senhor Ministro Gilmar Mendes, justificadamente, nos termos do § 1º do artigo 1º da Resolução nº 278, de 15 de dezembro de 2003. Presidência do Senhor Ministro Maurício Corrêa. Plenário, 28.04.2004.



Supremo Tribunal Federal

Decisão: Após os votos dos Senhores Ministros Marco Aurélio (Relator) e Carlos Britto, que deferiam a ordem para cassar o acórdão proferido pelo Superior Tribunal de Justiça e assentavam o direito do paciente à progressão do regime de cumprimento da pena; dos votos dos Senhores Ministros Carlos Velloso e Joaquim Barbosa, que indeferiam a ordem; do voto do Senhor Ministro Cezar Peluso, que acompanhava o Relator e cancelava *ex officio* o aumento da pena do artigo 226, III, do Código Penal; e do voto do Senhor Ministro Gilmar Mendes, que declarava a inconstitucionalidade do § 1º do artigo 2º, com eficácia *ex nunc*, pediu vista dos autos a Senhora Ministra Ellen Gracie. Presidência do Senhor Ministro Nelson Jobim. Plenário, 02.12.2004.

Decisão: Renovado o pedido de vista da Senhora Ministra Ellen Gracie, justificadamente, nos termos do § 1º do artigo 1º da Resolução nº 278, de 15 de dezembro de 2003. Presidência do Senhor Ministro Nelson Jobim. Plenário, 24.02.2005.

Decisão: O Tribunal, por maioria, deferiu o pedido de *habeas corpus* e declarou, "incidenter tantum", a inconstitucionalidade do § 1º do artigo 2º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, nos termos do voto do relator, vencidos os Senhores Ministros Carlos Velloso, Joaquim Barbosa, Ellen Gracie, Celso de Mello e Presidente (Ministro Nelson Jobim). O Tribunal, por votação unânime, explicitou que a declaração incidental de inconstitucionalidade do preceito legal em questão não gerará consequências jurídicas com relação às penas já extintas nesta data, pois esta decisão plenária envolve, unicamente, o afastamento do óbice representado pela norma ora declarada inconstitucional, sem prejuízo da apreciação, caso a caso, pelo magistrado competente, dos demais requisitos pertinentes ao reconhecimento da possibilidade de progressão. Votou o Presidente. Plenário, 23.02.2006.

Presidência do Senhor Ministro Nelson Jobim. Presentes à sessão os Senhores Ministros Sepúlveda Pertence, Celso de Mello, Marco Aurélio, Ellen Gracie, Gilmar Mendes, Cezar Peluso, Carlos Britto, Joaquim Barbosa e Eros Grau.

Procurador-Geral da República, Dr. Antônio Fernando Barros e Silva de Souza.


Luiz Tomimatsu
Secretário