

Lei 8.072/90 e regime inicial de cumprimento de pena - 1

O Plenário julgou prejudicado *habeas corpus*, afetado pela 1ª Turma, em que discutida a constitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei 8.072/90. Na espécie, os pacientes foram condenados, pela prática do crime de tráfico de entorpecentes privilegiado, a penas inferiores a oito anos de reclusão. Alegava a defesa que, de acordo com a regra geral prevista no Código Penal, caberia a imposição de regime inicial semiaberto e que, portanto, a norma impugnada atentaria contra o princípio da individualização da pena. Ocorre que os pacientes estariam, atualmente, em livramento condicional, daí a perda superveniente de objeto do presente *writ*.

HC 101284/MG, rel. Min. Dias Toffoli, 14.6.2012. (HC-101284)

Lei 8.072/90 e regime inicial de cumprimento de pena - 2

Em seguida, o Plenário iniciou julgamento de *habeas corpus* em que também se debate a constitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei 8.072/90. No caso, o crime de tráfico perpetrado pelo paciente, que resultara em reprimenda inferior a oito anos de reclusão, ocorrera na vigência da Lei 11.464/2007, que instituiu a obrigatoriedade de imposição de regime de pena inicialmente fechado a crimes hediondos e assemelhados. O Min. Dias Toffoli, acompanhado pelos Ministros Rosa Weber, Cármen Lúcia, Ricardo Lewandowski e Cezar Peluso, concedeu a ordem, para alterar o regime inicial de pena para o semiaberto. Incidentalmente, declarou a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei 8.072/90, na parte em que contida a obrigatoriedade de fixação de regime fechado para início de cumprimento de reprimenda aos condenados pela prática de crimes hediondos ou equiparados. Inicialmente, o relator destacou que o juízo de piso, em análise das circunstâncias judiciais do art. 59 do CP, estabeleceu a pena-base em 1/6 acima do mínimo legal, no total de seis anos de reclusão e 600 dias-multa. Ademais, fixara regime inicial fechado exclusivamente com fundamento na lei em vigor. Observou que não teriam sido referidos requisitos subjetivos desfavoráveis ao paciente, considerado tecnicamente primário. Assim, entendeu desnecessário o revolvimento fático-probatório para concluir-se pela possibilidade da pretendida fixação do regime semiaberto para início de cumprimento de pena.

HC 111840/ES, rel. Min. Dias Toffoli, 14.6.2012. (HC-111840)

Lei 8.072/90 e regime inicial de cumprimento de pena - 3

Ressaltou que a Corte, ao analisar o HC 97256/RS (DJe de 16.12.2010), declarara *incidenter tantum* a inconstitucionalidade dos artigos 33, § 4º, e 44, *caput*, da Lei 11.343/2006, na parte em que vedada a substituição de pena privativa de liberdade por restritiva de direitos em condenação pelo delito de tráfico. Ponderou que a negativa de substituição, naquele caso, calcara-se exclusivamente na proibição legal contida no referido art. 44, sem qualquer menção às condições pessoais do paciente, o que não seria possível. Afirmou que o legislador facultaria a possibilidade de substituição com base em critérios objetivos e subjetivos, e não em função do tipo penal. Ressaltou que se a Constituição quisesse permitir à lei essa proibição com base no crime em abstrato, teria incluído a restrição no tópico inscrito no art. 5º, XLIII, da CF. Desse modo, a convalidação de pena privativa de liberdade por restritiva de direitos deveria sempre ser analisada independentemente da natureza da infração, mas em razão de critérios aferidos concretamente, por se tratar de direito subjetivo garantido constitucionalmente ao indivíduo. Sublinhou que, à luz do precedente citado, não se poderia, em idêntica hipótese de tráfico, com pena privativa de liberdade superior a quatro anos — a impedir a possibilidade de substituição por restritiva de direitos —, sustentar a cogência absoluta de que o cumprimento da reprimenda se desse em regime inicialmente fechado, como preconizado pelo § 1º do art. 2º da Lei 8.072/90. Consignou que a Constituição contemplaria as restrições a serem impostas aos incursos em dispositivos da Lei 8.072/90, e dentre elas não se encontraria a obrigatoriedade de imposição de regime extremo para início de cumprimento de pena. Salientou que o art. 5º, XLIII, da CF, afastaria somente a fiança, a graça e a anistia, para, no inciso XLVI, assegurar, de forma abrangente, a individualização da pena.

HC 111840/ES, rel. Min. Dias Toffoli, 14.6.2012. (HC-111840)

Lei 8.072/90 e regime inicial de cumprimento de pena - 4

Assinalou que, a partir do julgamento do HC 82959/SP (DJe de 1º.9.2006), o STF passara a admitir a possibilidade de progressão de regime a condenados pela prática de crimes hediondos, tendo em conta a declaração de inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/90. Frisou que essa possibilidade viera a ser acolhida, posteriormente, pela Lei 11.464/2007, que modificara a Lei 8.072/90, para permitir a progressão. Contudo, estipulava que a pena exarada pela prática de qualquer dos crimes nela mencionados seria, necessariamente, cumprida inicialmente em regime fechado. Concluiu que, superado o dispositivo adversado, deveria ser admitido o início de cumprimento de reprimenda em regime diverso do fechado, a condenados que preenchessem os requisitos previstos no art. 33, § 2º, b; e § 3º, do CP.

HC 111840/ES, rel. Min. Dias Toffoli, 14.6.2012. (HC-111840)

Lei 8.072/90 e regime inicial de cumprimento de pena - 5

Os Ministros Luiz Fux, Joaquim Barbosa e Marco Aurélio, em divergência, indeferiram a ordem. O Min. Luiz Fux registrou que a restrição, quanto ao regime inicial de cumprimento de pena, em relação a crimes hediondos, seria opção legislativa. Aludiu que o Judiciário, nesse campo, deveria ter postura minimalista e respeitar a orientação do legislador ordinário, visto que, no Estado Democrático de Direito, a supremacia seria do parlamento. A primazia judicial, por sua vez, só se instauraria em vácuo legislativo, o que não seria o caso. Apontou que o constituinte originário preocupara-se com os delitos perturbadores da higidez estatal. Por esse motivo, a Constituição estabelecera que a lei consideraria crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática de tráfico ilícito de entorpecentes. Advertiu acerca da gravidade do tema, razão pela qual o legislador constitucional elegera o tráfico de drogas como delito a merecer especial proteção de lei. Articulou que, se a Constituição não permitiria a liberdade em si, na forma de graça, anistia ou fiança, a lei ordinária poderia atuar na escala de valoração da pena, que também abarcaria seu regime de execução. Assim, a lei discutida não seria inconstitucional, apenas atenderia a mandamento da Constituição no sentido de tratar de modo especial o crime de tráfico. Deduziu que a proibição legal justificar-se-ia em razão da presunção de periculosidade do crime e de seu agente, a merecer maior rigor. Enfatizou que, do contrário, haveria estímulo à conduta.

HC 111840/ES, rel. Min. Dias Toffoli, 14.6.2012. (HC-111840)

Lei 8.072/90 e regime inicial de cumprimento de pena - 6

Discorreu, por outro lado, que a execução penal em regime fechado faria parte do contexto da repressão penal, eleita pelo Estado como eficiente para combater delito que preocupava especialmente o constituinte originário. Ademais, entendimento diverso levaria à conclusão de que o art. 33, § 2º, a, do CP, a exigir o cumprimento de pena superior a oito anos em regime inicialmente fechado, seria também inconstitucional, bem como todas as penas mínimas. Ressurtiu que o tratamento legal dado a essa espécie de crime não objetivaria que o cidadão cumprisse a pena em regime fechado, mas teria por escopo a inibição da prática delitiva. Assim, as penas graves e o regime inicial igualmente severo fariam parte dessa estratégia de prevenção. O Min. Marco Aurélio acrescentou que assertiva no sentido de que o preceito em voga seria inconstitucional levaria, de igual modo, à conclusão de que a prisão provisória por trinta dias, na hipótese de crimes hediondos, seria incompatível com a Constituição. Da mesma maneira, seria necessário inferir-se quanto aos requisitos para progressão de regime no que concerne aos crimes da Lei 8.072/90. Estatuiu que o princípio da individualização da pena deveria ser contextualizado, e que aquele que cometesse crime de menor gradação não poderia ter o mesmo regime inicial de cumprimento de pena relativo a quem perpetrasse delito de maior gravidade, como os crimes hediondos. Após, deliberou-se suspender o julgamento para aguardar o voto dos demais Ministros.

HC 111840/ES, rel. Min. Dias Toffoli, 14.6.2012. (HC-111840)