

Recurso Extraordinário nº 187.567-SP
(Primeira Turma)

Relator: O Sr. Ministro **Moreira Alves**
Recorrente: *Ministério Público Estadual*
Recorridos: *Evandro Pereira de Araújo e outro*

Regime de cumprimento de pena. Constitucionalidade do § 1º do artigo 2º da Lei nº 8.072/90.

– Em rigor, não foi observado pelo acórdão recorrido o disposto no artigo 97 da Constituição Federal.

– Sucede, porém, que já firmou o Plenário desta Corte o entendimento de que o § 1º do art. 2º da Lei nº 8.072/90 não viola o disposto no artigo 5º, XLVI, da Constituição Federal, sendo, portanto, constitucional. Assim, a título exemplificativo, julgou no HC 69.657 e no HC 69.603.

Dessa orientação divergiu o acórdão recorrido.

Recurso extraordinário conhecido e provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, em conhecer do recurso e lhe dar provimento, nos termos do voto do Relator.

Brasília, 11 de abril de 1995 – **Moreira Alves**, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro **Moreira Alves** (Relator): É este o teor do acórdão recorrido:

“ Evandro Pereira de Araújo e Elma Dias Duarte Moraes, qualificados nos autos, foram condenados, cada um, ao cumprimento da pena de 3 anos de reclusão, em regime fechado, e 50 dias-multa, por infração ao art. 12, da Lei nº 6.368, de 1976, c.c art. 29, caput, do Código Penal, e art. 2º, § 2º, da Lei nº 8.072, de 1990.

Apelaram. O Dr. Defensor de *Elma Dias Duarte* arguiu preliminar de cerceamento de defesa e no mérito pugnou pela absolvição por não ser a prova suficiente para a condenação. O Dr. Defensor de *Evandro Pereira de Araújo* sustentou ser o flagrante forjado, não haver

prova da existência do fato e não existir prova suficiente para a condenação, e, alternativamente, a desclassificação do crime do art. 12, para o do art. 16 da Lei de Tóxicos (Cód. de Processo Penal, art. 386, incs. II e VI, cf. pedido específico à folha 179).

Em contra-razões o Dr. Promotor de Justiça contrariou a preliminar e que o flagrante tivesse sido forjado, e asseverou que as provas autorizavam as condenações.

O Dr. Procurador de Justiça afirmou não ter consistência a arguição preliminar, e após análise das provas opinou pelo não provimento dos apelos.

É o **relatório**, adotado no mais o da r. sentença.

Evandro Pereira de Araújo e *Elma Dias Duarte Moraes*, qualificados nos autos, foram presos em flagrante em 25 de janeiro de 1993, perto das 19:00, na confluência das Avenida Antonio da Fonseca Martins e Rua Washington Luiz, Vila São José, Cidade e Comarca de São Caetano do Sul, por Policiais Militares que se encontravam em serviço de patrulhamento na área, porque previamente ajustados e com propósito único traziam consigo para venda a terceiros 15 papelotes (8 com *Evandro* e 7 com *Elma*), com 2,4 g de substância entorpecente identificada como cocaína, sem autorização e em desacordo com as disposições legais. Estavam no interior de um veículo com licença BX-3729, objeto de roubo dias antes na Cidade de Santo André, deste Estado, e em companhia deles o menor Ronaldo Pereira de Santana.

A arguição de cerceamento de defesa está relacionada ao depoimento prestado pelo menor em segredo de justiça perante o r. Juízo de Direito da Infância e da Juventude, Vara anexa à 3ª (Vara) Criminal onde correu a ação penal.

O menor prestou depoimento no auto de prisão em flagrante. Esclareceu sobre o roubo do veículo por *Evandro* e que "...viu quando os policiais militares encontraram 'cocaína' no bolso do indiciado e de sua companheira' (Folha 09). Não tendo sido possível seu depoimento em Juízo, o Dr. Promotor de Justiça requereu a desistência e diligência junto ao r. Juízo da Infância e Juventude, sendo as pretensões acolhidas, vindo para os autos cópia das declarações prestadas. Nessa oportunidade, elucidou o roubo do veículo e disse "...que não sabia que o indigitado *Leandro* trazia consigo os

papelotes de cocaína..." (Folhas 80, 82/82v e 95).

Trata-se de **prova emprestada** que em princípio poderia ser explorada pela Defesa, além do pretexto adotado (Folha 122), diante da negativa do depoente. Não houve prejuízo de qualquer ordem porque para a r. sentença vê-se claramente que o MM. Juiz formou sua convicção pela livre apreciação das demais provas constantes dos autos (Código de Proc. Penal, art. 157). Não tem amparo também o enfoque da desistência do depoimento pela Acusação, para a arguição de nulidade, haja vista ser faculdade das partes o pedido de desistência e que o menor estava desaparecido (Folha 91).

Não se afigura admissível o flagrante forjado. Os Policiais Militares estavam em serviço de patrulhamento de rotina. Avistaram o veículo com três pessoas no seu interior que, ao sentirem a presença da viatura policial, esboçaram "uma certa reação de medo" (Folha 77). Na revista foram surpreendidos com a droga e, indagados a respeito dos fatos, preferiram calar-se.

E, essa maneira de focalizar os fatos – silêncio – perdurou nos interrogatórios policiais: De *Evandro Pereira de Araújo* "...perguntado pela autoridade policial a respeito da 'cocaína' em sua posse o mesmo preferiu ficar calado..." (folha 08). De *Elma* "...em sua posse prefere ficar calada, somente manifestando-se em Juízo..." (Folha 09). Em Juízo não admitiram a responsabilidade (Folhas 51/52).

Desse comportamento são vivificados claramente a questão de comércio da droga e de que não se cuida de flagrante forjado, mas de flagrante circunstancial, tanto que não há provas de que os agentes policiais conheciam os Apelantes. Não se pode confundir "forjado" com "circunstancial". Forjar é arranjar defeituosamente, é falsificar, é forjicar. Circunstancial é resultante da circunstância, da situação, do momento.

Vem a tempo a lembrança de que o apelante *Evandro Pereira de Araújo*, através da Defensora Tânia Bragança Pinheiro (que também firmou as razões da apelação – folhas 175/179), impetrou perante esta Corte **Habeas Corpus** (**Habeas Corpus** n° 143.003-3/9, julgado em 24 de maio de 1993. Teve como Relator o Eminentíssimo Desembargador **Renato Talli**) que, por v.u. foi julgado prejudicado por existir decisão condenatória posterior à impetração.

A materialidade e a autoria resultaram seguras, assim como os pressupostos da comercialização e da associação criminosa, haja vista o *animus* associativo demonstrado entre os apelantes, compreendido em ajuste prévio no sentido da prática do crime visado. As provas, pela própria evidência, **alijam** com propriedade os demais argumentos defensivos relacionados ao **pedido de desclassificação** do crime do art. 12, para o art. 16, da Lei de Tóxicos.

São válidos os testemunhos dos policiais, de sorte que, investidos na função de Agentes do Estado e efetuando prisão em flagrante, tinham o dever de prestar os depoimentos. Assumiram o compromisso de dizer a verdade e ficaram sujeitos às penas do crime de falso testemunho. Logo, havendo presunção *iuris tantum* de que agiram corretamente no exercício de suas funções, esses depoimentos são considerados não só pela condição de cada um, como pelo conteúdo de verdade e de harmonia com as demais provas dos autos.

“É inaceitável a preconceituosa alegação de que o depoimento de policial deve ser sempre recebido com reservas, porque parcial. O policial não está legalmente impedido de depor e o valor do depoimento prestado não pode ser sumariamente desprezado. Como todo e qualquer testemunho, deve ser avaliado no contexto de um exame global do quadro probatório” (RT 530/372).

As penas estão corretas.

A questão que se afigura controvertida está relacionada na instituição do regime fechado estabelecido pela Lei que dispõe sobre crimes hediondos. É preciso ter em conta que “cada caso é um caso” e que cada um tem suas peculiaridades. Os elementos necessários à formação do conjunto incriminador identificam as características deste caso.

Os crimes hediondos, a prática de tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo são insuscetíveis de anistia, graça, indulto, fiança e liberdade provisória, e a pena deve ser cumprida integralmente em regime fechado (Lei nº 8.072, de 1990, art. 2º, incs. I e II, e § 1º). Mas a própria norma especial, ao restabelecer a figura de “reincidente específico”, diz que cumpridos mais de dois terços da pena, se o apenado não for

reincidente específico em crime dessa natureza, terá direito ao livramento condicional (Lei nº 8.072, de 1990, art. 5º, c.c. art. 83, inc. V, do Código Penal). Mesmo que se admita que os dispositivos sejam conciliáveis, de sorte que enquanto não conseguir a liberdade condicional o condenado deve cumprir a pena em regime fechado, sendo proibida a transferência para os regimes semi-aberto e aberto, há, sem dúvida, uma **contradição aparente**.

No dizer de JÚLIO FABRINI MIRABETE:

“Omissões e imperfeições da Lei 8.072 demonstram que foi ela elaborada com afoiteza e sem os cuidados necessários, exigíveis do legislador, especialmente, em matéria penal (...). Outra dificuldade, esta mais fácil de superar-se, é a que resulta do confronto do art. 2º, § 1º, com o art. 5º, da Lei 8.072, de 25-7-90 (...) Evidentemente, não se tratam de dispositivos inconciliáveis, querendo a lei dizer que, enquanto o condenado cumpre a pena, ficará em regime fechado, mas não lhe está vedada a concessão do livramento condicional se preenchidos os requisitos legais. Lembre-se, porém, que muitos consideram o livramento condicional como execução da pena, o que poderia dar margem a dúvidas quanto ao alcance do dispositivo...” (*Crimes Hediondos. Aplicação e Imperfeições da Lei*. RT 663, págs. 270 e 272).

A Constituição Federal prevê a individualização da pena (art. 5º, inc. XLVI), determina o cumprimento em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado (art. 5º, inc. XLVIII), e assegura ao preso o respeito à integridade física e moral (art. 5º, inc. XLIX). A Lei nº 8.072, de 1990, dispõe que a pena por crime hediondo será cumprida integralmente em regime fechado (art. 2º, § 1º).

Ao instituir os regimes penitenciários (fechado, semi-aberto e aberto), o Código Penal estabeleceu que as penas privativas de liberdade devem ser executadas em forma progressiva, segundo o mérito do condenado, e que a determinação do regime inicial de cumprimento da pena deve atender aos critérios do art. 59 (art. 33, §§ 2º e 3º).

A pena privativa de liberdade será executada em forma progressiva, com a transferência para regime menos rigoroso, a ser determinada pelo juiz, quando o preso tiver cumprido ao menos um sexto da pena no regime anterior e seu mérito indicar a progressão, através de decisão motivada e precedida de parecer da Comissão Técnica de Classificação e do exame criminológico, quando necessário (Lei de Execução Penal, art. 112 e parágrafo único).

A disposição do art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072, de 1990, não é de natureza processual mas altera a essência da execução da pena e interfere no direito de punir. A progressão prisional do condenado está sujeita a normas próprias da execução penal, que não interferem no *quantum* da pena tanto para cumprimento, alteração ou redução.

A lei pode fixar parâmetros para distinguir um processo individualizador, mas não para causar embaraço na especialização da punição. Vê-se que a Lei nº 8.072, de 1990, impondo o cumprimento da pena em regime integralmente fechado, ofende o **princípio constitucional da individualização** garantido pelo art. 5º, inc. XLVI, da Constituição Federal, devidamente regulamentado pelo Código Penal e pela Lei de Execução Penal.

A individualização começa, portanto, com a atividade do magistrado. Este sim é que deverá por excelência tornar adaptável a pena às realidades subjetivas do réu com que se defronta. É certo que procede a existência de uma fase administrativa porque não há dúvida que ensaja-se nos estabelecimentos prisionais um tratamento específico para cada condenado. É sem dúvida uma forma de humanizar-se a pena, fazendo com que ela deixe de traduzir-se na incidência sobre o réu de uma cominação abstratamente prevista. Por mais que a lei fosse minuciosa, jamais poderia contemplar todas as circunstâncias que cercam um determinado fato criminoso. Esta avaliação há sem dúvida de ser feita concretamente pelo magistrado. (CELSO RIBEIRO BASTOS e IVES GANDRA MARTINS, *Comentários à Constituição do Brasil*, 2º vol., pág. 236, Ed. Saraiva, 1989).

Em face do exposto, dá-se provimento parcial à apelação para conceder a progressão ao regime mais favorável, desde que satisfeitas as exigências do art. 33 do

Código Penal, e do art. 112 da Lei de Execução Penal.”
(Fls. 198/206).

Opostos embargos de declaração pelo Ministério Público Estadual, em que se sustentou que o aresto embargado havia declarado a inconstitucionalidade do artigo 2º, II, da Lei de Crimes Hediondos sem a observância do disposto no artigo 97 da Constituição Federal, foram eles rejeitados pelo seguinte acórdão:

“O digno Procurador-Geral de Justiça do Estado, nos autos de apelação Criminal nº 151.451-3/6, onde figuraram como apelantes *Evandro Pereira de Araújo* e *Elma Dias Duarte Moraes*, e Apelada a *Justiça Pública*, opôs **Embargos de Declaração (151.451-3/8-01)** com fundamento no art. 619 do Código de Processo Penal, ao v. Acórdão de folhas 197/206.

Entendeu ressentir-se a decisão de omissão, pois, dando provimento parcial à apelação e concedendo a progressão ao regime mais favorável, enfatizou que o regime fechado “...ofende o princípio constitucional da individualização”, sem “observar que o reconhecimento da inconstitucionalidade, nos termos previstos pelo artigo 97 da Constituição Federal e disposições do Regimento Interno desse Tribunal de Justiça, é reservado a seu Órgão Especial...” (Folhas 209/210).

É o relatório.

Não houve, *permissa venia*, omissão. A conotação dada pelo v. Acórdão não se reveste do caráter de declaração de inconstitucionalidade. Declarar consistiria em **proclamar solenemente**, e, para tanto, deveria atender ao disposto no art. 97 da Constituição Federal e aos termos dos arts. 657 e segs., pertinentes, do Regimento Interno desta Corte. O registro consignado na decisão foi meramente enunciativo e sem esse caráter formal de declaração de inconstitucionalidade.

Trata-se, por outro lado, de expressão que tem sido empregada em decisões de Câmaras Criminais deste E. Tribunal, sem o condão da declaração de inconstitucionalidade, mas como supedâneo da decomposição do fato frente à norma jurídica:

“O art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/90, ao dispor que a pena por crime previsto neste artigo será cumprida integralmente em regime fechado, **ofende** o princípio constitu-

cional da individualização da pena, hoje garantia constitucional prevista no art. 5º, XLVI, da Magna Carta.” (Tribunal de Justiça de São Paulo, Apel. Crim. nº 123.244-3/1, 6ª Câm., J. 3-6-92, Rel. **Márcio Bártoli**, in RT 691/93).

Analogicamente é o que ocorre também na doutrina, como na matéria de responsabilidade de **JACQUES DE CAMARGO PENTEADO**, Procurador de Justiça de São Paulo, quando – **sem declaração de inconstitucionalidade** – diz expressamente:

“ Assim, é inconstitucional o art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90, porque impede a individualização da pena constitucionalmente garantida” (RT 674/288, dez. 1991).

Em face do exposto, rejeita-se os embargos.” (fls. 215/217).

Interposto recurso extraordinário, foi ele admitido por este despacho:

“1. O Ministério Público, insatisfeito com a decisão da Egrégia Segunda Câmara Criminal de Férias de Janeiro de 1994 deste Tribunal, que proveu em parte os apelos de *Evandro Pereira de Araújo* e *Elma Dias Duarte Moraes*, ambos condenados às penas de três anos de reclusão, em regime fechado, e multa, pela infração ao artigo 12, da Lei nº 6.368/76, para permitir a progressão a regime mais favorável no curso da execução da pena privativa de liberdade, ingressou com recurso extraordinário, amparado no artigo 102, inciso III, alíneas a e b, da Constituição Federal. Alega o insurgente, em resumo, que o v. acórdão contrariou o artigo 5º, inciso XLVI, da Carta Magna, e declarou, ainda que incidentalmente, a inconstitucionalidade do artigo 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90.

O inconformismo foi contrariado.

2. O recurso é tempestivo, está deduzido com boa técnica e preenche os requisitos legais.

O tema constitucional foi ventilado no v. acórdão hostilizado, no qual se consignou a respeito do assunto que “a lei pode fixar parâmetros para distinguir um processo individualizador, mas não para causar embaraço na especialização da punição. Vê-se que a Lei nº 8.072, de

1990, impondo o cumprimento da pena em regime integralmente fechado, ofende o princípio constitucional da individualização garantido pelo artigo 5º, inciso XLVI, da Constituição Federal, devidamente regulamentado pelo Código Penal e pela Lei de Execução Penal”.

3. Ante o exposto, admito o recurso extraordinário.

Providencie-se a remessa dos autos ao Colendo Supremo Tribunal Federal.

Intimem-se.” (Fls. 241/242).

Às fls. 247/248, assim se manifesta a Procuradoria-Geral da República, em parecer do Dr. *Edson Oliveira de Almeida*:

“**Tráfico de tóxicos. Execução penal. Vedação da progressão para regime menos rigoroso.** O Plenário do Supremo Tribunal Federal já se orientou no sentido da constitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei dos Crimes Hediondos, que impõe o cumprimento da pena integralmente no regime fechado (HC 69.657-SP, rel. Min. **Francisco Rezek**, DJU 18-6-92; HC 69.603-SP, rel. Min. **Paulo Brossard**, DJU 23-4-93).

1. O Ministério Público do Estado de São Paulo manifesta recurso extraordinário contra decisão do eg. Tribunal de Justiça que assegurou aos recorridos a possibilidade de progressão para regime penal mais favorável, embora condenados a três anos de reclusão e multa como incurso no art. 12 da Lei nº 6.368/76, por fato ocorrido em 1993.

2. Entendeu o acórdão que a “Lei nº 8.072, de 1990, impondo o cumprimento da pena em regime integralmente fechado, ofende o **princípio constitucional da individualização** garantido pelo art. 5º, inc. XLVI, da Constituição Federal, devidamente regulamentado pelo Código Penal e pela Lei de Execução Penal”.

3. Merece acolhida a irresignação. O acórdão recorrido, além de declarar a inconstitucionalidade incidental da Lei nº 8.072/90 sem observar o art. 97 da Constituição, deu ao princípio constitucional da individualização exegese incompatível com aquela já firmada pelo Pretório Excelso.

4. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, como demonstrado pelo recorrente, já se orientou no sentido da plena constitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/

90, o qual determina que a pena imposta aos autores de crimes hediondos seja cumprida **integralmente** no regime fechado (HC 69.657-SP, rel. Min. **Francisco Rezek**, DJU 18-6-92; HC 69.603-SP, rel. Min. **Paulo Brossard**, DJU 23-4-93).

5. Isso posto, opino pelo provimento do recurso extraordinário."

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro **Moreira Alves** (Relator): 1. Em rigor, o acórdão recorrido, ao deixar de aplicar no artigo 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90, por entender expressamente que o disposto nela "**ofende o princípio constitucional da individualização** garantido pelo art. 5º, XLVI, da Constituição Federal", declarou a inconstitucionalidade desse dispositivo legal sem a observância do disposto no artigo 97 da Constituição Federal.

Sucede, porém, que já firmou o Plenário desta Corte o entendimento de que o § 1º do artigo 2º da Lei nº 8.072/90 não viola o disposto no artigo 5º, XLVI, da Constituição Federal, sendo, portanto, constitucional. Assim, a título exemplificativo, julgou no HC 69.657 e no HC 69.603.

Dessa orientação divergiu o acórdão recorrido.

2. Em face do exposto, e tendo em vista a firme orientação desta Corte, conheço do presente recurso extraordinário e lhe dou provimento para, reformando o acórdão recorrido nessa parte, determinar que os ora recorridos cumpram a pena que lhes foi imposta integralmente em regime fechado, como decidido em primeira instância.

VOTO

O Sr. Ministro **Sepúlveda Pertence**: Senhor Presidente, estamos em Sessão de Turma. Não insistirei na minha respeitosa discordância com a maioria do Tribunal. Apenas ressalvo o voto vencido que proferi no *Habeas Corpus* nº 69.603, Relator o Ministro **Paulo Brossard** (RTJ 146/611), e no HC 69.657, Relator o Ministro **Francisco Rezek** (RTJ 147/598), ambos de 18-12-92, reservando-me, quando for o caso para reagitar o problema.

Acompanho o eminente Relator.

EXTRATO DA ATA

RE 187.567-SP – Rel.: Min. **Moreira Alves**. Recte.: *Ministério Público Estadual*. Recdos.: *Evandro Pereira de Araújo e outro* (Adv.s.: *Tania Bragança Pinheiro e outro*).

Decisão: A Turma conheceu do recurso e lhe deu provimento, nos termos do voto do Relator. Unânime.

Presidência do Senhor Ministro **Moreira Alves**. Presentes à Sessão os Senhores Ministros **Sepúlveda Pertence** e **Celso de Mello**. Ausentes, justificadamente, os Senhores Ministros **Sydney Sanches** e **Ilmar Galvão**. Subprocurador-Geral da República, Dr. *Geraldo Brindeiro*.

Brasília, 11 de abril de 1995 – RICARDO DIAS DUARTE, Secretário.