



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

Registro: 2022.0000116060

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Incidente de Arguição de Inconstitucionalidade Criminal nº 0030249-02.2021.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é suscitante 14ª CÂMARA DE DIREITO CRIMINAL DO ESTADO DE SÃO PAULO e Interessada NAYARA MARTINS ZAMBOTTI.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "POR VOTAÇÃO UNÂNIME, ADMITIRAM A ARGUIÇÃO E O INGRESSO DA DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO, COMO AMICUS CURIAE; E, POR MAIORIA DE VOTOS, REJEITARAM A ARGUIÇÃO. ACÓRDÃO COM O EXMO. SR. DES. CAMPOS MELLO. VENCIDOS OS EXMOS. SRS. DES. DÉCIO NOTARANGELI (COM DECLARAÇÃO) E DAMIÃO COGAN. FARÃO DECLARAÇÃO DE VOTO VENCEDOR OS EXMOS. SRS. DES. COSTABILE E SOLIMENE, TORRES DE CARVALHO, GUILHERME STRENGER E XAVIER DE AQUINO. IMPEDIDO O EXMO. SR. DES. FERNANDO TORRES GARCIA.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores CAMPOS MELLO, vencedor, DÉCIO NOTARANGELI, vencido, RICARDO ANAFE (Presidente), MATHEUS FONTES, POÇAS LEITÃO, GUILHERME G. STRENGER, XAVIER DE AQUINO, DAMIÃO COGAN, MOACIR PERES, FERREIRA RODRIGUES, FRANCISCO CASCONI, ADEMIR BENEDITO, VIANNA COTRIM, FÁBIO GOUVÊA, CRISTINA ZUCCHI, JACOB VALENTE, JAMES SIANO, CLAUDIO GODOY, MOREIRA VIEGAS, COSTABILE E SOLIMENE, TORRES DE CARVALHO, LUCIANA BRESCIANI E ELCIO TRUJILLO.

São Paulo, 16 de fevereiro de 2022

*

RELATOR DESIGNADO

Assinatura Eletrônica



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

Inc. de Arg. de Inconst. Crim. 0030249-02.2021.8.26.0000 São Paulo VOTO 79803
 Suscitante: 14ª câmara de direito criminal
 Interessada: Nayara Martins Zambotti

INCIDENTE DE ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. ART. 4º DA LEI Nº 13.769/2018, QUE ESTENDEU A DISPOSIÇÃO DO § 3º DO ART. 112 DA LEI DE EXECUÇÕES PENAIS, ALTERANDO O ART. 2º, § 2º, DA LEI Nº 8072/90. POSSIBILIDADE DE PROGRESSÃO DE REGIME COM NO MÍNIMO 1/8 DE CUMPRIMENTO DE PENA, NO CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS E AFINS, PARA MULHERES CONDENADAS GESTANTES, MÃES OU RESPONSÁVEIS POR MENORES DE DOZE ANOS OU PESSOAS DEFICIENTES. AUSÊNCIA DE AFRONTA AOS PRINCÍPIOS DA ISONOMIA, RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE. ARGUIÇÃO REJEITADA.

Trata-se de arguição de inconstitucionalidade suscitada pela E. 14ª Câmara de Direito Criminal no julgamento do agravo de execução penal nº 0005034-95.2021.8.26.0041, lá em trâmite, em face do artigo 4º da Lei nº 13.769/2018, que estendeu a disposição do § 3º do artigo 112 da Lei de Execuções Penais, alterando o artigo 2º, § 2º, da Lei nº 8.072/90 (Lei dos Crimes Hediondos), de maneira a possibilitar fracionamento especial em progressão de regime, com o cumprimento de no mínimo 1/8 da pena no regime mais gravoso para mulheres condenadas por crimes hediondos, gestantes ou que forem mães ou responsáveis por crianças ou pessoas com deficiência.

Alega-se, em síntese, afronta ao artigo 5º, XLIII, da Constituição Federal, que ao elencar o tráfico ilícito de entorpecentes, drogas e afins no rol de crimes inafiançáveis e equiparados a hediondos explicitou a gravidade extrema dessa conduta, impossibilitando que lei ordinária possa prever tratamento benéfico ao não igualar, mas dispensar melhor e mais célere progressividade a crimes hediondos, quando comparados a crimes de menor gravidade e não hediondos. Haveria, alega-se, lesão aos princípios da razoabilidade, proporcionalidade e isonomia.

Remetidos os autos pelo órgão fracionário, e verificado ser a hipótese do artigo 949, II, do CPC, determinou-se a oitiva da Defesa da sentenciada, que se manifesta a fls. 154/163 pela constitucionalidade da norma questionada, pleiteando o Ministério Público o provimento do incidente, declarando-se a inconstitucionalidade do artigo 4º da Lei nº 13.769/18, fundamentadamente (fls. 172/179). Pede a Defesa sustentação oral



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

(fls. 166).

A Defensoria Pública do Estado de São Paulo pleiteou o ingresso nos autos como amicus curiae, manifestando-se pela inadmissibilidade do incidente ou, caso admitido, por sua rejeição (fls. 183/203).

É o relatório.

A arguição deve ser rejeitada.

O art. 4º da Lei 13.769/2018, no que aqui interessa, alterou a Lei 7210/84, (Lei de Execução Penal) cujo art. 112 passou a ter a seguinte redação: “§ 3º *No caso de mulher gestante ou que for mãe ou responsável por crianças ou pessoas com deficiência, os requisitos para progressão de regime são, cumulativamente: I - não ter cometido crime com violência ou grave ameaça a pessoa; II - não ter cometido o crime contra seu filho ou dependente; III - ter cumprido ao menos 1/8 (um oitavo) da pena no regime anterior; IV - ser primária e ter bom comportamento carcerário, comprovado pelo diretor do estabelecimento; V - não ter integrado organização criminosa. § 4º O cometimento de novo crime doloso ou falta grave implicará a revogação do benefício previsto no § 3º deste artigo”.*

Em síntese, assegurou progressão no regime de cumprimento de pena às sentenciadas que preencherem tais requisitos.

Entendo que tal determinação não afronta a ordem constitucional.

É sabido que a atividade legislativa é basicamente atividade de classificar, ou seja atividade de criar distinções jurídicas. A velha e oportuna lição de San Tiago Dantas vem a calhar: “*Quanto mais progridem e se organizam as coletividades, maior é o grau de diferenciação a que atinge seu sistema legislativo. A lei raramente colhe no mesmo comando todos os indivíduos, quase sempre atende a diferenças de sexo, de profissão, de atividade, de situação econômica, de posição jurídica, de direito anterior; raramente regula do mesmo modo a situação de todos os bens, quase sempre os distingue conforme a natureza, a utilidade, a raridade, a intensidade da valia que oferecem a todos; raramente qualifica de um modo único as múltiplas ocorrências de um mesmo fato, quase sempre os distingue conforme as circunstâncias em que se produzem ou conforme a repercussão que têm no interesse geral*” (Problemas de Direito Positivo”, Ed. Forense, 1953, p. 56, apud Carlos Roberto Siqueira Castro, “O Devido Processo Legal e os Princípios da Razoabilidade e da Proporcionalidade”, Ed.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

Forense, 5^a ed., 2010, p. 136).

Cumpra agora assentar mais uma premissa necessária ao desate, segundo a qual constitui princípio básico de hermenêutica, aquele que manda, em princípio, presumir a constitucionalidade das leis (Carlos Maximiliano, “Hermenêutica e Interpretação do Direito”, Ed. Forense, 9^a ed., 1980, p. 307; Uadi Lammêgo Bulos, “Manual de Interpretação Constitucional”, Ed. Saraiva, 1997, p. 15; Fernando Osorio de Almeida Junior, “Interpretação conforme a Constituição e Direito Tributário”, Ed. Dialética, 2002, p. 21; Ronaldo Poletti, “Controle de Constitucionalidade das Leis, Ed. Forense, 2^a ed., 1995, p. 105 e seguintes). A inconstitucionalidade não se presume, mas deve resultar de manifesta ofensa à Lei Maior (STF – Representação 881/MG, in RTJ 66/631, Rel. Min. Djaci Falcão e desta Corte R.J.T.J.S.P. 24/170, Rel. Des. Macedo Bittencourt, 68/121, Rel. Des. João Del Nero).

O r. voto do relator sorteado proclamou que o dispositivo legal em exame viola os princípios da razoabilidade, proporcionalidade e igualdade.

Em relação aos dois primeiros, cumpre assinalar que grassa divergência na doutrina acerca das respectivas características. Há quem sustente até que, em realidade, eles podem ser empregados de modo fungível, por serem intercambiáveis (cf. Luís Roberto Barroso e Ana Paula de Barcellos, “O Começo da História. A Nova Interpretação Constitucional e o Papel dos Princípios no Direito Brasileiro”, in “A Nova Interpretação Constitucional – Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas”, obra coletiva, Ed. Renovar, 3^a ed., 2008, p. 362). Sustenta-se também que são princípios que não estão expressos na Constituição, mas têm fundamento no devido processo legal substantivo e na ideia de justiça (Barroso e Barcellos, ob. cit., p. 363). Há, porém, quem ancore o princípio da proporcionalidade na necessidade de observância do devido processo legal substantivo, tal como previsto no art. 5^o, LIV, da Constituição Federal (Gilmar Ferreira Mendes, Inocência Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco, “Curso de Direito Constitucional, Ed. Saraiva, 5^a ed., 2010, p. 407). Finalmente, há quem proclame que ambos os rotulados princípios são, em realidade, máximas, cânones de interpretação, que possibilitam o sopesamento entre princípios constitucionais contrapostos e a verificação da legitimidade e juridicidade dos atos administrativos, legislativos e judiciais. Seriam parâmetros de aferição da ordenação lógica e coerente do sistema jurídico e da atuação do Poder Público (José Sérgio da Silva Cristóvam, “Princípios Constitucionais – Razoabilidade,



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

Proporcionalidade e Argumentação Jurídica”, Ed. Juruá, 2ª ed., 2016, p. 215). Tais princípios são ainda definidos como postulados normativos, metanormas ou normas de segundo grau, que estabelecem os critérios de aplicação dos princípios e normas (Humberto Ávila, “Teoria dos Princípios – da Definição à Aplicação dos Princípios Jurídicos”, Ed. Malheiros, 6ª ed., 2006, p. 125).

Como quer que seja, o que se constata é que o exame da legislação em questão conduz à conclusão de que ambas as máximas de interpretação ou normas de segundo grau foram observadas pelo legislador ordinário. A finalidade da lei não é a de proteger ou privilegiar as gestantes ou as mães sentenciadas. Muito ao contrário, o que se quer proteger é o nascituro e o infante. Tal proteção tem inequívoca matriz constitucional (art. 227, caput, da Lei Maior). É razoável que as mães e gestantes sentenciadas possam receber regime menos gravoso, não em seu próprio benefício, mas visando a assegurar maior proteção a seus infantes.

Aliás, a progressão, em si mesma, nada tem de desproporcional. Basta lembrar que a lei que a impedia foi fulminada no Supremo Tribunal Federal. E mais recentemente, o Pretório Excelso **reduziu** o prazo para progressão para autores de crimes hediondos. Esta Corte havia estabelecido o interstício de 60% de cumprimento para que o sentenciado condenado por tráfico de drogas e já condenado por crime anterior pudesse progredir. Posteriormente, o Superior Tribunal de Justiça retificou o cálculo para 40%, conforme o previsto no art. 112, V, da Lei de Execução Penal. Contra essa decisão, o Ministério Público Federal apresentou recurso ao Supremo. Em sua manifestação pelo reconhecimento da repercussão geral e pela reafirmação da jurisprudência, o relator do recurso, ministro Gilmar Mendes, explicou que o pacote "anticrime" alterou o artigo 112 da LEP em relação à progressão de regime de condenados, prevendo três situações relevantes. Uma é o caso de primário condenado por crime hediondo (40% para progressão); outra é referente aos primários condenados por crime hediondo ou equiparado, com resultado morte ou em posição de comando da organização criminosa (50% para progressão); por fim, a hipótese de pessoa condenada reiteradamente por crime hediondo (60% para progressão). Isso revela que o Supremo Tribunal Federal entendeu que está no âmbito das atribuições do legislador ordinário o estabelecimento de critérios temporalmente diversos para que possa ser exercido o direito de progressão (cf. ARE 1.327.963, v. u. (Tema 1169) j. 17.9. 2021),

Então, parece claro que o estabelecimento de critérios temporais diversos para progressão de regime de pena, ainda por quem tenha praticado crime hediondo, não é algo que tenha o condão de



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

tornar inconstitucional o dispositivo legal que o determine, máxime, como na espécie, em que tal determinação reflete imperativo que, como visto, é de índole constitucional.

Releva notar que tampouco há maltrato ao princípio da igualdade. Este só é vulnerado quando ocorre desequiparação arbitrária ou caprichosa. A lição de Celso Antonio Bandeira de Mello vem a calhar: “... é agredida a igualdade quando o fator diferencial adotado para qualificar os atingidos pela regra não guarda relação de pertinência lógica com a inclusão ou exclusão no benefício deferido ou com a inserção ou arredamento do gravame” (“O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade”, Ed. Malheiros, 3ª ed., 19ª tiragem, 2010, p. 38). É necessário que haja “...uma adequação racional entre o tratamento diferenciado construído e a razão diferencial que lhe serviu de supedâneo” (ob. cit., p. 39).

E aqui, como visto, a desequiparação tem matriz constitucional, pois que visa a proteger os infantes e nascituros. Não pode ser considerada caprichosa ou arbitrária.

Releva finalmente assinalar que muito recentemente o Superior Tribunal de Justiça admitiu expressamente a progressão de regime a sentenciada condenada por associação ao tráfico, que já cumprira 1/8 de sua pena em regime fechado, nos moldes da Lei 13769/2018, sem cogitar de eventual inconstitucionalidade, Refiro-me ao julgamento de AgRg no HABEAS CORPUS Nº 679.715 – MG, Quinta Turma, v. u. Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, DJe 3.11.2021, o que demonstra que a Corte à qual compete a padronização do direito federal infraconstitucional reconheceu a juridicidade dessa progressão.

A lei pode não agradar, pode não ser boa, mas isso não a torna inconstitucional.

São esses os motivos que me levam a rejeitar a arguição e determinar a devolução dos autos à Câmara de origem, para prosseguimento do julgamento.

Pelo exposto, rejeito a arguição de inconstitucionalidade suscitada pela E. 14ª Câmara de Direito Criminal.

Campos Mello
 Relator designado