



**UNIVERSIDADE FEDERAL DE CAMPINA GRANDE
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS
UNIDADE ACADÊMICA DE DIREITO
CURSO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS**

VICTOR CARDOSO CAVALCANTI

**POSSIBILIDADE DE PROGRESSÃO DE REGIME PRISIONAL NOS
CRIMES HEDIONDOS EM FACE DA LEI 9.455/97 (LEI DE TORTURA)**

**SOUSA - PB
2005**

VICTOR CARDOSO CAVALCANTI

**POSSIBILIDADE DE PROGRESSÃO DE REGIME PRISIONAL NOS
CRIMES HEDIONDOS EM FACE DA LEI 9.455/97 (LEI DE TORTURA)**

Monografia apresentada ao Curso de Ciências Jurídicas e Sociais do CCJS da Universidade Federal de Campina Grande, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

**Orientadora: Prof^ª. Esp. Doneves Fernandes Dantas.
Co-orientadora: Prof^ª. Esp. Maria de Lourdes Mesquita.**

**SOUSA - PB
2005**



C376p

Cavalcanti, Victor Cardoso.

O processo de transgenitalização perante o SUS e os impasses da requalificação civil do transexual. / Victor Cardoso Cavalcanti. - Sousa - PB: [s.n], 2005.

59 f.

Orientador: Professor Esp. Doneves Fernandes Dantas; Co-orientadora: Professora Esp. Maria de Lourdes Mesquita.

Monografia - Universidade Federal de Campina Grande; Centro de Formação de Professores; Curso de Bacharelado em Ciências Jurídicas e Sociais - Direito.

1. Progressão de regime prisional. 2. Crime hediondo. 3. Direito penal. I. Dantas, Doneves Fernandes. II. Mesquita, Maria de Lourdes. III. Título.

CDU: 343.288(043.1)

Elaboração da Ficha Catalográfica:

Johnny Rodrigues Barbosa
Bibliotecário-Documentalista
CRB-15/626

VÍCTOR CARDOSO CAVALCANTI

POSSIBILIDADE DE PROGRESSÃO DE REGIME PRISIONAL NOS
CRIMES HEDIONDOS EM FACE DA LEI 9.455/97 (LEI DE TORTURA)

BANCA EXAMINADORA

Prof: Doneves Fernandes Dantas (Orientadora)

Prof.

Prof.

Sousa-PB
JULHO/2005

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	10
CAPÍTULO 1 – DIGRESSÃO HISTÓRICA SOBRE TORTURA.....	13
1.1. Das atrocidades tribais da dita barbárie pré-clássica.....	13
1.2. Da tortura instituída.....	14
1.3. Da luta de Cesare Beccaria contra a tortura.....	16
1.4. Da tortura das Ditaduras e das Repúblicas contemporâneas.....	19
CAPITULO 2 - ANÁLISE DO DELITO DE TORTURA PREVISTO NO ART. 1º, DA LEI 9.455/97.....	20
CAPITULO 3 – DA ORIGEM DAS PENAS E DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE.....	24
3.1. Da origem das penas e do direito de punir na visão de Cesare Beccaria.....	24
3.2. Da execução das penas privativas de liberdade no Direito Penal Brasileiro.....	26
CAPÍTULO 4 – LEI DE TORTURA, VERSUS, LEI DOS CRIMES HEDIONDOS NO QUE CONCERNE A PROGRESSÃO DE REGIME PRISIONAL.....	30
4.1 A vedação da prática da tortura, prevista como direito fundamental no art. 5º, III e XLIII, da Constituição Federal de 1988.....	30
4.2 Quebra dos princípios penais e constitucionais trazido pela Lei dos Crimes Hediondos.....	32

4.3 Requisitos indispensáveis para a progressão de regime prisional.....	33
4.4 Corrente que defende a não revogação do art 2º, § 1º da Lei dos Crimes Hediondos pelo art 1º § 7º, da Lei de Tortura.....	37
4.5 Corrente que defende a revogação do art 2º, § 1º da Lei dos Crimes Hediondos pelo art 1º § 7º, da Lei de Tortura.....	39
4.6 A polêmica mudança na Lei de Crimes Hediondos.....	44
CONCLUSÕES.....	47
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	53
ANEXOS.....	55

RESUMO

O escopo principal do presente trabalho é analisar, criticamente, a possibilidade da progressão de regime prisional aos crimes hediondos, em face da lei 9.455/97 (Lei de Tortura), em que sua prática é vedada conforme o artigo 2º, § 1º da Lei dos Crimes Hediondos, fazendo com que o condenado cumpra a sua pena em regime integralmente fechado, infringindo os princípios constitucionais e penais, em contraposição ao crime de tortura que admite tal progressão, conforme o positivado no artigo 1º, §7º, da Lei 9.455/97 (Lei de Tortura) e na Súmula 698 do Supremo Tribunal Federal. No âmbito da lesividade, nenhum dos crimes mencionados é considerado mais ou menos grave, visto serem equiparados tanto pela Constituição Federal como pela própria Lei de Crimes Hediondos. Como resultado dessa controvérsia, surge o STF com a Súmula 698 admitindo a progressão somente ao delito de tortura, ignorando os princípios constitucionais da isonomia e equidade. Em contrário, surge a maioria dos doutrinadores que afirmam a derrogação da Lei dos Crimes Hediondos pela Lei de Tortura, visto que o tempo já mostrou que não é a quantidade exacerbada e o cumprimento integral de pena em regime fechado que diminui a prática desses crimes, mas a melhor solução para resolver esse problema seria a extensão da progressão de regime para os crimes hediondos, o que exterminaria a prática de o preso buscar sua liberdade por meio de fugas e rebeliões.

Palavras-chave: admissibilidade. progressão. delito. tortura. hediondo. barbárie. tendências. princípios.

Dedico esta obra ao meu primo Marcelo,
que sempre está comigo nas minhas
preces me dando o conforto da saudade
e a alegria de viver e vencer.

AGRADEÇO:

A DEUS, que me iluminou para que aqui eu chegasse, e há de me iluminar ao longo dessa caminhada.

Aos meus familiares que me deram força e coragem para enfrentar essa batalha

Aos meus amigos que sempre torceram pela minha vitória

As minhas orientadoras, Doneves e Lurdinha, que nas horas que mais precisei, me ajudaram e me compreenderam para que pudesse concluir essa obra.

Muito Obrigado!!

O direito não é uma simples idéia, é uma força viva. Por isso a justiça sustenta numa das mãos a balança com que pesa o direito, enquanto na outra segura a espada por meio da qual o defende. A espada sem a balança é a força bruta, a balança sem a espada, a impotência do direito. Uma completa a outra, e o verdadeiro estado de direito só pode existir quando a justiça sabe brandir a espada com a mesma habilidade com que manipula a balança.

IHERING

INTRODUÇÃO

A Carta Política de 1988, não obstante ter vedado explicitamente a prática do crime de tortura, o equiparou aos outros, considerados hediondos e assemelhados. Ademais, assegurou especial proteção aos direitos fundamentais do homem, positivados como cláusula pétrea no art. 5º. Posteriormente, adveio a Lei de Crimes Hediondos (Lei 8.072/90) e a Lei de Tortura (Lei 9.455/97), ambas com o fito de punir delitos de extrema barbárie como estes o são, só que com uma grave diferença entre as duas: a progressão de regime prisional, admitida na lei de tortura e proibida na lei de crimes hediondos.

A chegada da lei dos crimes hediondos trouxe consigo um grande problema que, nos últimos anos, só tem se agravado: o número de fugas e rebeliões nas penitenciárias brasileiras. Entretanto existe algo que precisa ser modificado no sistema penal brasileiro, para que acabe ou ao menos diminua esse grave problema causador de tantas mortes no país. Essa mudança refere-se à impossibilidade da progressão de regime aos demais crimes hediondos, visto que, com essa proibição, a única maneira de o preso antecipar a sua liberdade é a fuga, como acontece atualmente.

Neste diapasão, a finalidade do presente estudo consiste em abranger a possibilidade de progressão de regime prisional, concedida ao delito de tortura este que perdura desde a antiguidade, como veremos a seguir, e aos demais crimes hediondos, para que com tal progressão o preso seja ressocializado ao meio que o gerou, já que essas práticas vetam a progressão, como declara a Súmula 698 do STF, afrontando princípios constitucionais e penais que a permitem e causando diversas divergências na doutrina e na jurisprudência.

Com o êxito de alcançar tal objetivo, partir-se-á, no primeiro capítulo, de uma digressão histórica do delito de tortura, demonstrando as suas fases desde a época pré-clássica até os dias atuais.

No segundo capítulo, será feita uma análise do crime de tortura previsto no art 1º da Lei 9.455/90, enfocando a sua admissibilidade de progressão de regime prisional.

Ademais, o terceiro capítulo analisará a visão de Cesare Beccaria sobre o direito de punir, ressaltando como se dá a execução das penas privativas de liberdade no Direito Penal Brasileiro.

Por fim, o quarto capítulo que trata do cerne da presente obra, fará uma análise crítica de tal delito, conforme o previsto na Lei 9.455/97 (Lei de Tortura), atendo-se ao posicionamento jurisprudencial, adotado pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça e ratificado pela Súmula 898 em não abranger a progressão para os crimes hediondos, o que resulta na quebra dos princípios constitucionais e penais até então assegurados. Também, neste capítulo, serão demonstrados os requisitos indispensáveis para a progressão de regime, elencados pela Lei de Execuções Penais. Finalizando, será feita a apresentação das duas correntes que disciplinam a revogação ou não do art 2º, § 1º da Lei dos Crimes Hediondos pelo art 1º § 7º, da Lei de Tortura, concernente à progressão de regime, gerando uma polêmica mudança na Lei dos Crimes Hediondos, trazida pelo Ministro da Justiça, Márcio Thomáz Bastos.

Tudo por considerar que a única maneira de se atender à execução penal igualitária e humana, é o respeito ao sistema prisional progressivo, como determinado pela Constituição Federal de 1988, perseguindo-se ainda a ressocialização e reintegração do preso ao meio que o gerou, e, hipocritamente, o

condenou sob todos os sentidos, social e jurídico.

Para a consecução desta obra, realizou-se um estudo sistemático da Constituição Federal e de inúmeras leis infraconstitucionais pertinentes ao tema (Lei n. 9.455/97; Lei n. 8.072/90; Lei 10.210/84 e Lei n 10.792/2003), bem como, através de um estudo histórico-evolutivo, bibliográfico e jurisprudencial, analisou-se a repercussão sobre a admissibilidade ou não da progressão de regime prisional também para os crimes hediondos, já que é assemelhado à tortura e esta admite tal progressão.

CAPÍTULO 1 DIGRESSÃO HISTÓRICA SOBRE A TORTURA

A história da tortura poderia ser dividida, basicamente, em três fases: a primeira compreende as atrocidades tribais da dita barbárie pré-clássica; a segunda refere-se à tortura institucionalizada das tiranias e impérios antigos, medievais e modernos - as colônias; a terceira consiste na tortura, quase sempre clandestina, das Repúblicas e das Ditaduras contemporâneas. Esta divisão, embora um tanto simplificada, é adotada pelos historiadores Alec Mellor, francês, e Ryley Scott, inglês.

1.1 Das atrocidades tribais da dita barbárie pré-clássica

Na primeira fase, a tortura funciona como ritual de iniciação à vida adulta e à religião, ou de vingança contra os inimigos capturados. O dever do guerreiro era suporta-la com bravura e firmeza, sem gritar, nem implorar piedade, e, assim, os torturadores procuravam torná-la a mais dolorosa possível, a fim de fazer a vítima fraquejar. Como resultado, a iniciação de um guerreiro em sua tribo culminava, muitas vezes, em morte. São exemplos: as tribos da Guiana que iniciavam seus meninos com uma dança de açoitamento, e os aborígenes da Oceania e nativos da África oriental que mutilavam os órgãos genitais, dentre outros rituais primitivos de iniciação à vida adulta.

De acordo com o entendimento de Mattoso (1986, p.37):

As mais antigas civilizações, como a egípcia, babilônica, assíria e

persa, tiveram seus castigos devidamente catalogados e classificados. Cerca de 2000 anos antes de Cristo, a chamada pena de talião (olho por olho, dente por dente) já estava presente no código de Dungi (o rei sumério da lei sumária), que inspirou o código de Hamurábi (rei babilônico), que por sua vez teria inspirado a legislação hebraica (Tora ou Pentateuco) e gregas (código turiano, por exemplo).

Entre os gregos, a tortura probatória aplicava-se tanto aos escravos, quanto aos estrangeiros e cidadãos livres. Demóstenes a descreve como "um meio seguro de obter evidência". (MATTOSO, 1986, p.38). Os romanos por sua vez, grandes conquistadores, aperfeiçoaram a herança grega, incrementando, praticamente, todos os tipos de suplícios da antiguidade. A tortura probatória, em Roma, era denominada *quaestio*. São exemplos de tormentos empregados pelos romanos: *tumentum ignis* (do fogo), *tormentum famis* (da fome), *tormentum sitis* (da sede), dentre outros.

Com efeito, dentre as penas capitais, havia a crucificação, a qual consistia em um método de asfixia lenta e gradual. Muitos dos precursores do cristianismo morreram desta forma, dentre os quais: Jesus, São Pedro e Santo André constituem exemplos. Com a perseguição aos seguidores de Cristo, abriu-se uma nova faceta para a tortura probatória: "em vez da confissão de um crime, o que se exigia era a renegação da fé" (MATTOSO, 1986, p.40).

1.2 Da tortura instituída

Na segunda fase, temos a personificação da tortura institucionalizada com a Santa Inquisição. O termo *inquisitio*, que significa inquérito, investigação ou

interrogatório, tornou-se sinônimo dos Tribunais do Santo Ofício. Destarte, revelou-se uma nova faceta da tortura: a intimidação.

Vale ressaltar que a tortura não era monopólio da Igreja, uma vez que, ainda na Idade Média, os Estados europeus incorporaram torturas probatórias e/ou punitivas. A Igreja reprovava a tortura feita por tribunais civis e exigia a imunidade do clero aos suplícios judiciários.

A obra mais notória sobre o uso da tortura pela Igreja é "O Manual dos Inquisidores" de Nicolau Emérico. Esta obra traz o seguinte sobre a finalidade deste suplício: "aplicar-se-lhe-á a tortura, a fim de lhe poder tirar da boca toda a verdade" (EMÉRICO, 1972, p.42) e a seguir complementa aduzindo que: "se torturava o acusado, com o fim de fazê-lo confessar seus crimes". (EMÉRICO, 1972, p.63).

A França herdou a *quaestio* romana e aperfeiçoou-a em duas categorias: a *question préparatoire* (preparatória) e a *question préalable* (prévia). Aquela acontece antes da confissão do crime; esta ocorre previamente à condenação capital, com o intuito de obter delação dos supostos cúmplices. De acordo com o grau de severidade, a *question* subdividia-se, ainda, em *ordinaire*, que significava dose normal, e em *extraordinaire*, que seria a dose dupla.

Com muita precisão nos afirma MATTOSO (1986, p.45) que: "A Inglaterra, Alemanha e Rússia, até meados do século XVIII, se utilizaram fartamente da tortura laica e profana, a fim de compensar a falta de uma Inquisição soberana". Os tribunais de Inquisição não seguiam ordem jurídica alguma e os processos não obedeciam às formalidades do Direito. Estimulava-se a delação que formalizava a peça acusatória. A denúncia oral fazia-se com as mãos sobre o Evangelho, como juramento e, a partir daí, o inquisidor tramitava o processo, no qual se manteria oculta a identidade do denunciante.

No fim do século XVIII, a tortura seria denunciada como resto das barbáries de uma outra época, marca de uma selvageria denunciada como gótica. É verdade que a prática da tortura remonta à Inquisição, mais longe ainda do que os suplícios dos escravos. Mas não figura no direito clássico como sua característica ou mancha. Ela tem seu lugar estrito em um mecanismo penal complexo no qual o processo de tipo inquisitorial apresenta um lastro de elementos do sistema acusatório, em que a demonstração escrita precisa de um correlato oral; em que as técnicas da prova administrada pelo magistrado se misturam com os procedimentos de provas que eram desafios ao acusado; em que lhe é pedido - se necessário pela coação mais violenta - que desempenhe no processo o papel de parceiro voluntário; em que se trata, em suma, de produzir a verdade por um mecanismo de dois elementos: o do inquirido, conduzido em segredo pela autoridade judiciária, e o do ato realizado ritualmente pelo acusado.

1.3 Da luta de Cesare Beccaria contra a tortura

Com a evolução dos tempos, a Igreja envolveu-se com as idéias humanistas e minorou os procedimentos medievais, estabelecendo igualdade de todos perante a Justiça e, assim, restringiu a prática de torturas e detenções preventivas.

Com muita primazia nos aponta Evaristo (1986, p.39):

O humanista cristão João Vives, em seu comentário a De Civitate Dei, de Santo Agostinho, rejeita decididamente a tortura: como podem viver tantos povos, inclusive bárbaros, como dizem os gregos e latinos, que permitem torturar durissimamente um homem de cujos delitos se duvida? Nós homens dotados de todo senso

humanitário, torturamos homens para que não morram inocentes, embora tenhamos deles mais piedade do que se morressem: muitas vezes os tormentos são de longe, piores do que a morte...

Apesar de vários eventos terem contribuído para o declínio da era institucional da tortura, tais como o Iluminismo, a queda das monarquias e do Poder Absoluto, no entanto, talvez, o principal tenha sido a publicação da obra "Dos Delitos e Das Penas" de Cesare Beccaria, em 1764. Não só este, mas também outros iluministas, como Voltaire e Bayle, posicionaram-se contrariamente à tortura. Levantar-se-ia, então, a tese da injustiça e ineficácia da tortura. Não obstante, em 3 de fevereiro de 1766, o Santo Ofício incluiu no Index de livros proibidos a magnífica e revolucionária obra de Beccaria.

Cesare Beccaria levantou a tese da injustiça e da ineficácia da tortura. Denunciou a crueldade dos suplícios e julgamentos secretos e a prática da tortura como meio de obter a prova do crime - confissão. Outrossim, defendeu a democrática idéia de homens iguais e livres perante as leis. Em suma, a obra de Beccaria influenciou de tal modo o direito penal e o processual penal que várias nações, dentre as quais a Áustria e a Prússia, na segunda metade do século XVIII, reformaram seus códigos, suprimindo ou reduzindo as disposições torcionárias. Destarte, Beccaria não só exerceu influência decisiva na reformulação da legislação vigente à época, bem como estabeleceu os conceitos fundamentais das legislações que se sucederam, inclusive, na atual Lei 9.455/97 (Lei da Tortura).

Segundo os ensinamentos de Beccaria (2000, p.39):

Quando for utilizada a tortura como meio para abstrair a inocência ou culpa de um indivíduo prevalecerá a lei do mais forte. Entre dois homens, igualmente inocentes ou igualmente culpados, o mais robusto e corajoso será absolvido; o mais débil, contudo, será condenado.

Na síntese do pensamento de Beccaria, a tortura era um meio certo de condenar o inocente e absolver o criminoso forte; tudo se resumiria à mensuração da força física do pretense culpado. Ao inocente tão-somente restará gritar que é culpado, a fim de se cessarem os tormentos a ele infligidos; o mesmo meio usado para distinguir o inocente do criminoso fará desaparecer qualquer distinção entre ambos. Assim, quem tem mais a perder com a tortura é o inocente que poderá terminar confessando um crime que não cometeu ou, se tiver sorte, poderá ser absolvido, mas só depois de já ter passado por vários suplícios que não os sofreu por merecer.

Além de se utilizar da tortura para obter a confissão de um homem que se imagina culpado de uma prática delituosa, enumeram-se outras três razões: A primeira dar-se-ia com o fito de elucidar as contradições ocorridas quando do interrogatório; a segunda razão para submeter um acusado ao suplício consistiria em descobrir a participação deste em outros delitos; por fim, a terceira justificar-se-ia para conhecer os seus cúmplices. Vale ressaltar que Beccaria criticou veementemente todas estas razões para se submeter um acusado ao suplício.

1.4 A tortura das Ditaduras e das Repúblicas contemporâneas

Apesar de formalmente extinta, a tortura entra, no século XX, em sua terceira fase: a do apogeu extra-oficial ou clandestino. Hodiernamente, a tortura ainda sobrevive, principalmente nos países subdesenvolvidos e/ou em via de desenvolvimento.

No Brasil, a Constituição Federal de 1988 condena a prática da tortura na clandestinidade (art 5º), fundamentada na dignidade da pessoa humana e nos seus direitos. Vigê, também, a Lei 9.455/97 (Lei da Tortura), art. 1º, §6º que afirma: "o crime de tortura é inafiançável e insuscetível de graça ou anistia".

Apesar de a prática da tortura consistir em uma conduta explicitamente condenada na Carta Magna, na Lei 8.072/90 (Lei de Crimes Hediondos) e na Lei 9.455/97 (Lei da Tortura), há poucos casos de tortura oficialmente registrados no Brasil, uma vez que o torturado sente-se quase sempre intimidado para denunciar os culpados; não se trata tão-somente de uma questão de falta de coragem, mas também de medo de represálias por parte dos torturadores ou de membros das organizações/corporações da qual estes últimos, normalmente, fazem parte.

O torturado quer esquecer o suplício, quem torturou quer a impunidade de uma legislação que vige, mas não obtém a eficácia social almejada.

A ineficácia da Lei da Tortura deve-se, sobretudo, à tolerância dispensada à prática deste tormento, o qual mascara o conflito de duas forças poderosas: a luta do homem pela dominação de seus semelhantes, por poder e prestígio, e os direitos à integridade, à vida e à dignidade, estes expressamente protegidos pela CF.

CAPITULO 2 ANÁLISE DO DELITO DE TORTURA PREVISTO NO ART. 1º, DA LEI 9.455/97.

A definição legal do crime de tortura, bem como a finalidade de sua aplicabilidade, estão presentes no art 1º, da Lei 9.455/97:

Art. 1º Constitui crime de tortura:

I - constranger alguém com emprego de violência ou grave ameaça, causando-lhe sofrimento físico ou mental:

- a) com o fim de obter informação, declaração ou confissão da vítima ou de terceira pessoa;
- b) para provocar ação ou omissão de natureza criminosa;
- c) em razão de discriminação racial ou religiosa.

II - submeter alguém, sob sua guarda, poder ou autoridade, com emprego de violência ou grave ameaça, a intenso sofrimento físico ou mental, como forma de aplicar castigo pessoal ou medida de caráter preventivo.

Pena - reclusão, de dois a oito anos.

Infere-se desta análise do delito de tortura, seis requisitos legais:

- 1º Sujeito ativo com poder de controle sobre sujeito passivo (vítima);
- 2º No art. 1.º, I, da Lei 9.455, o crime é comum, uma vez que o sujeito ativo pode ser qualquer pessoa;
- 3º No art. 1a, II, do supracitado diploma legal, o crime é próprio, porque apenas as pessoas na posição de guarda, poder ou autoridade podem praticá-lo;
- 4º É imprescindível ser a vítima ser humano;
- 5º Necessita estar viva. Cadáver não pode ser torturado;
- 6º A ilegalidade do constrangimento infligido na vítima.

Procedendo-se ao estudo dos requisitos mencionados, chegar-se-á às seguintes constatações: o primeiro significa que o sujeito ativo detém poder de

controle sobre o sujeito passivo, ou seja, sobre a vítima.

Por evidente, o segundo esclarece que no art. 1º, I, da Lei da Tortura, há crime comum, vez que o sujeito ativo pode ser qualquer pessoa. Este esclarecimento contrapõe-se ao disposto no art. 1º, II, do supramencionado diploma legal, pois consiste em delito próprio, porque apenas as pessoas na posição de guarda, poder ou autoridade podem praticá-lo, consubstanciando este o terceiro ponto de destaque do crime ora estudado.

Na verdade, constitui elemento essencial do delito de tortura, ora analisado, o fato da imprescindibilidade de que a vítima seja pessoa humana, visto que o núcleo do tipo descrito trata-se de constranger ou submeter alguém.

Observa-se ainda a presença de outros dois requisitos que devem ser destacados: a vítima precisa estar viva, uma vez que não se pode torturar cadáver; por fim, salienta-se que o constrangimento aplicado ao sujeito passivo é ilegal, pois não se pode submeter alguém ao sofrimento físico ou mental, este ato consiste em uma conduta antijurídica, como bem observa o penalista Everardo da Cunha Luna (1985, p.112):

A antijuricidade é a relação de contrariedade entre a ação do homem e a norma do direito. (...) A antijuricidade é uma relação, ou seja, uma referência de alguma coisa a outra coisa, o modo de ser ou comportar-se dos objetos entre si. Na antijuricidade, as coisas ou objetos relacionados são, de um lado, a ação humana, e, de outro, a norma jurídica. Como a ação é o fato valorizado, e a norma, o fato valorizante há, na antijuricidade, um juízo de contrariedade ao direito, de valor negativo ou de desvalor.

No que se refere às modalidades legais do delito de tortura, vale salientar que, em 7 (sete) de abril de 1997, passou a vigor a Lei n.º 9.455 (Lei da Tortura), a

qual não só define legalmente o que deve ser considerado como tortura, mas também estabelece as finalidades de tal ato. Ademais, cria até tipificação jurídica para a tortura agravada (art 1º, § 4º, incisos I, II e III), em que a pena deverá ser aumentada de um sexto até um terço, caso o crime seja cometido por agente público; cometido contra criança, gestante, deficiente e adolescente ou mediante seqüestro.

Há ainda a tortura qualificada, com um aumento na pena de reclusão, que é de dois a oito anos, estabelecida para a figura típica da tortura simples, no art 1º caput desta lei ora analisada, mas se do crime resultar lesão corporal de natureza grave ou gravíssima, neste caso, a pena em abstrato passará a ser de quatro a dez anos de reclusão; caso resulte em morte, a sanção aumentará mais ainda, com a reclusão de oito a dezesseis anos, como ressalta o art 1º, § 3º da lei.

Com efeito, há também a figura da tortura imprópria, ressaltada no art 1º, § 2º, da Lei da Tortura, segundo a qual quem ficar omissivo em face deste delito, quando tinha o dever de evitá-lo ou de apurá-lo, incorre em pena de detenção de um a quatro anos. Observa-se que do sujeito ativo, citado neste parágrafo, esperar-se-ia conduta capaz de evitar o crime ou de averiguar os fatos e apurar o ocorrido, não sendo necessário ter sido ele o causador do resultado, mas apenas por ter se omitido, quando deveria agir. Frise-se que a pena não será de reclusão, mas, sim, de detenção.

Quanto à natureza jurídico-legal do crime de tortura, trata-se via de regra de delito comissivo. No entanto, há uma exceção: existe tal infração de natureza omissiva em relação às autoridades que não evitam, nem determinam a apuração do fato, quando tinham o dever legal de o fazer (art. 1º, § 2º, da Lei 9.455/97), crime este anteriormente classificado como tortura imprópria.

O delito de tortura exige dolo específico, o agente tem a intenção de torturar desde o princípio, ou preterdolo, quando o resultado vai além da simples tortura e quase sempre isto acontece.

A Tortura consuma-se com a prática da conduta prevista no núcleo verbal (ação ou omissão), independentemente do resultado. Se o agente tortura para obter determinada informação, o crime já está consumado. Se obtém a informação e dela faz uso para a prática de outro delito, responde por concurso material de crimes.

Como ponto primordial desta obra, o art 1º, § 7º da Lei 9.455/97, ordena que o condenado pela prática de tortura cumpra a sua pena, inicialmente, em regime fechado e neste contexto, o termo “inicialmente” nos remete ao entendimento de que, mesmo equiparada aos crimes hediondos, o praticante da tortura não cumprirá a sua pena em regime integralmente fechado, como traz o art 2º, § 1º da Lei dos Crimes Hediondos, ocorrendo, assim, a progressão de regime, benefício não estendido aos praticantes de crimes hediondos.

CAPÍTULO 3 DA ORIGEM DAS PENAS E DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE

3.1 Da origem das penas e do direito de punir, na visão de Cesare Beccaria

A origem das penas e do direito de punir, segundo o renomado italiano Cesare Beccaria (2000, p.19): "reside no fato de o homem encontrar-se fatigado de viver com temor e de ter inimigos por toda parte". Dessa forma, eles sacrificaram uma quantia da sua liberdade com o intuito de usufruir o restante com mais segurança. A soma de tais parcelas de liberdade, sacrificadas ao bem geral, constituem a soberania da nação. Ademais, a fim de controlarem as relações intersubjetivas com o fito de viverem em paz, criaram as penas como sanções para os que infringiam as leis.

Vale salientar que somente a necessidade obriga o homem a ceder uma parcela de sua liberdade, caso em que se cometa um delito.

O fundamento do direito de punir reside na reunião de todas essas pequenas parcelas de liberdade. Afinal, todo exercício do poder que deste fundamento se afastar constitui abuso e não justiça; trata-se de um poder de fato e não de direito, considerado como usurpação, jamais como poder legítimo.

A pena, para ser justa, necessita ser proporcional ao delito praticado, e o juiz deve executar um silogismo perfeito, onde a premissa maior deve ser a lei geral; a menor, a ação conforme ou não ordena a lei e, por fim, a consequência que pode ser a liberdade ou a pena.

O Direito Penal protege bens jurídicos de suma importância: a vida, a liberdade, a honra, o patrimônio, dentre outros. Com efeito, o ordenamento jurídico

deve lutar para que as leis penais e processuais penais sejam cumpridas rigorosamente, a fim de coibir a criminalidade.

No dizer de Beccaria (2000, p.23-24):

Com leis penais cumpridas à letra, qualquer cidadão pode calcular exatamente os inconvenientes de uma ação reprovável; e isso é útil, pois esse conhecimento poderá fazer com que se desvie do crime. Gozará com segurança, de sua liberdade e de seus bens; e isso é justo, pois esse é o fim que leva os homens a se unirem em sociedade.

É certo, também, que os cidadãos adquirirão desse modo um certo espírito de independência e serão menos sujeitos àqueles que ousaram conferir o nome sagrado de virtude à covardia, às fraquezas e às complacências cegas; estão, contudo, menos sujeitos às leis e à autoridade dos magistrados.

Observe-se que a finalidade das penalidades não se consubstancia em torturar e afligir um ser sensível, muito menos consiste em desfazer um crime já praticado. O objetivo único dos castigos é obstar o culpado de tornar-se futuramente prejudicial à sociedade e afastar os seus concidadãos do caminho do delito.

O pensador e epistemólogo francês Michel Foucault (2001, p.87) aborda, sabiamente, a problemática de encontrar o castigo adequado ao crime cometido, visto que “a punição precisa guardar a devida proporcionalidade com a infração legal praticada”.

Vale salientar tal pensamento de Foucault (2001, p.87):

Encontrar para um crime o castigo que convém é encontrar a desvantagem cuja idéia seja tal que torne definitivamente sem atração a idéia de um delito. É uma arte das energias que se combatem, arte das imagens que se associam, fabricação de ligações estáveis que desafiem o tempo. Importa constituir pares de representação de valores opostos, instaurar diferenças quantitativas entre as forças em questão, estabelecer um jogo de sinais-

obstáculos que possam submeter o movimento das forças a uma relação de poder. Que a idéia do suplício esteja sempre presente no coração do homem fraco e domine o sentimento que o arrasta para o crime.

A síntese do pensamento supramencionado consubstancia-se em que a punição ideal será transparente ao crime que sanciona. Assim, para quem a contempla, ela será infalivelmente o sinal do crime que castiga; e, para quem sonha com o crime, a simples idéia do delito despertará o sinal punitivo.

3.2 Da execução das penas privativas de liberdade no Direito Penal Brasileiro

Nos diversos ordenamentos jurídicos, existem, basicamente, três sistemas penitenciários: o filadélfia, no qual o sentenciado cumpre sua pena na cela, sem nunca sair desta; o alburn, em que o sentenciado trabalha com outros sentenciados durante o dia, e à noite, retorna à sua cela; e o sistema inglês ou progressivo, no qual há um período inicial de isolamento e, após este lapso temporal, o indivíduo passa a trabalhar com outros presos durante o dia e, à noite, retorna à cela. Neste, o sentenciado pode obter a liberdade condicional, caso cumpra determinados requisitos expressos em lei.

O ordenamento jurídico pátrio adotou o sistema progressivo com algumas particularidades. Hodiernamente, o início da execução da pena privativa de liberdade dá-se com o trânsito em julgado da sentença condenatória, originando-se, assim, a competência do Juízo das Execuções Penais. No entanto, a execução, na forma de processo, ocorre somente quando o condenado for preso.

As penas privativas de liberdade podem ser de três tipos, em ordem

decrecente de gravidade: reclusão, detenção ou prisão simples. A norma penal em branco, ao tipificar o delito, determina a modalidade de prisão que se aplica à conduta delituosa.

Concernente ao regime prisional, este pode ser fechado, semi-aberto ou aberto. Procedendo-se a conexão do tipo de pena com a modalidade de regime prisional aplicável, chegar-se-á à seguinte conclusão, como claramente explica Alexandre de Moraes (2001, p.167):

(...) nos crimes apenados com reclusão, o regime inicial consistirá no fechado quando for reincidente, independentemente do quantum da pena, bem como, outrossim, se tratará de regime fechado, obrigatoriamente, quando a pena for superior a oito anos, mesmo que o réu não seja reincidente.

Em relação aos apenados por reclusão, o regime inicial de cumprimento da pena será semi-aberto, em dois casos: o juiz poderá fixá-lo se a pena for superior a quatro anos e inferior a oito anos, desde que o réu não seja reincidente e, no caso, o regime inicial consistir no fechado. A outra hipótese trata-se da pessoa do juiz, a seu critério, poder fixar o regime inicial em semi-aberto, mesmo que a pena seja inferior ou igual a quatro anos.

Para os crimes que têm pena de reclusão, o regime inicial de cumprimento poderá consistir no aberto, desde que não reincidente e, concomitantemente, a pena aplicada tenha sido igual ou inferior a quatro anos.

Sendo as penas de detenção ou de prisão simples, nunca ocorrerá o regime fechado para o início de cumprimento, todavia, no caso de detenção, haverá a possibilidade de, no decorrer da execução, vigorar a regressão ao regime fechado.

O regime semi-aberto consistirá em modalidade obrigatória, quando a pena

for superior a quatro anos, mesmo que o réu seja reincidente ou não. Finalmente, o juiz poderá fixar o regime aberto, a seu critério, desde que não seja reincidente.

Como a finalidade da pena consiste em integrar ou propiciar o retorno do condenado ao convívio social, o processo de execução deve ser dinâmico, portanto, sujeito a mutações ditadas pelas respostas do condenado ao tratamento penitenciário.

Ao direcionar a execução para a forma progressiva, há possibilidade de, preenchidos os requisitos legais do art. 112 e do 118, da Lei de Execuções Penais (Lei 7.210/84, de 11 de julho de 1984), ocorrer, respectivamente, a progressão ou a regressão de regime prisional. Na progressão, o condenado passa do regime mais rigoroso para o menos rigoroso, enquanto na regressão dá-se o inverso.

O presente estudo ater-se-á, especificamente, à progressão de regime prisional no delito de tortura, em face do disposto no art. 1º, §7º, da Lei 9.455/97, estendendo-se também aos hediondos, nos quais se veda, taxativamente, tal possibilidade.

Nos crimes hediondos, regidos pela Lei 8.072/90, o regime inicial sempre deverá ser o fechado, em face do disposto no art. 2º, § 1º, do supramencionado diploma legal que afirma 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 artigo será cumprida integralmente em regime fechado.

§ 2º Em caso de sentença penal condenatória, o juiz decidirá fundamentadamente se o réu poderá apelar em liberdade.

§ 3º A prisão temporária, sobre a qual dispõe a Lei nº 7.960, de 21 de dezembro de 1989, nos crimes previstos neste artigo, terá o prazo de 30 (trinta) dias, prorrogável por igual período em caso de extrema e comprovada necessidade.

Dentre os delitos hediondos, o presente estudo concentrar-se-á no crime de tortura, a fim de criticar a possibilidade de progressão de regime prisional aos demais, em face do art. 1º, § 7º da Lei 9.455/97, apesar da expressa vedação acima exposta. Tal delito consiste em crime equiparado aos hediondos, devido ao consagrado no art. 5º, da Carta Política Brasileira e na Lei 8.072/90, bem como na Lei da Tortura.

CAPÍTULO 4 – LEI DE TORTURA, VERSUS, LEI DOS CRIMES HEDIONDOS NO QUE CONCERNE À PROGRESSÃO DE REGIME PRISIONAL

4.1 A vedação da prática da tortura, prevista como direito fundamental no art. 5º, III e XLIII, da Constituição Federal de 1988

Ensina Rodolf Von Ihering (2000, p.27) que “apesar do fim do direito residir na pacificação social, o meio encontrado para tanto consiste na luta”. Segundo esse estudioso, através da e pela luta surgiram os direitos fundamentais, com o fito de estabelecer limites ao poder político e aos próprios cidadãos em suas relações intersubjetivas.

Os direitos fundamentais estão divididos em três gerações. Os direitos da primeira compreendem as liberdades clássicas, negativas ou formais, e sintetizam-se, basicamente, no princípio da liberdade. Por sua vez, os da segunda referem-se a direitos econômicos, sociais e culturais, em suma, acentuam o princípio da igualdade.

Já os direitos de terceira geração, os quais materializam poderes de titularidade coletiva, atribuídos, genericamente, a todas as formações sociais, consagram o princípio da solidariedade/fraternidade.

MARTINS (1998, p.264) informa que “já existem os direitos fundamentais de quarta geração, estes entendidos como biodireitos, direitos que envolvem questões pertinentes à ética e à biologia, principalmente à genética”.

A vedação do delito de tortura presente no art. 5º, III e XLIII, da Carta Magna, faz parte dos direitos fundamentais de primeira geração, uma vez que proíbe

tratamentos degradantes à integridade física e/ou psicológica humana, conforme se infere do supramencionado dispositivo legal exposto:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

I a II- omissis;

III- ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante;

IV a XLII - omissis;

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-los, se omitirem;

XLIV a LXXVII- omissis;

§ 1º As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicabilidade imediata.

§ 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

A Carta Magna, no art. 60, § 4º, acertadamente, dispõe que não poderá ser objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir os direitos e garantias individuais. Destarte, a vedação da prática da tortura constitui direito fundamental assegurado, por se tratar de cláusula pétrea.

Em regra, conforme se infere do art. 5º, § 1º, da Constituição Federal, supracitado, as normas que consubstanciam os direitos fundamentais democráticos e individuais têm aplicabilidade e eficácia imediata. Contudo, Alexandre de Moraes (1999, p.67) entende que “o art. 5º, XLIII, trata de norma constitucional de eficácia limitada, uma vez que necessita da atuação do legislador infraconstitucional para que sua eficácia se produza”. Todavia, a fim de solucionar o problema e de

proporcionar a almejada eficácia social a tal dispositivo constitucional, o legislador editou a Lei de Crimes Hediondos (Lei 8.072/90) e a Lei da Tortura (Lei 9.455/97), remetendo-nos a um problema que ademais virá a ser discutido e, conseqüentemente, resolvido, visto que admite a progressão de regime para o delito de tortura e não aos crimes hediondos, mesmo sendo eles assemelhados como reza com clareza a Carta Magna, atacando fortemente seus princípios, visto que, até ser sancionada a Lei de Crimes Hediondos, todos os condenados tinham direito ao benefício da progressão.

4.2 Quebra dos princípios constitucionais e penais trazidos pela Lei dos Crimes Hediondos

Os juristas criticam que a inclusão do homicídio na Lei dos Crimes Hediondos ocorreu no curso de enorme consternação por conta do crime que vitimou a jovem atriz Daniela Peres, assassinada pelo ex-namorado e também ator, ambos contracenando em uma novela de grande audiência da Rede Globo. Dizem os críticos que a lei resultou numa imperfeição jurídica, a ponto de a simples qualificação de hediondez, embora mesmo não provada, obsta a concessão de liberdade provisória, contrariando princípios constitucionais, como o da presunção de inocência.

Ademais, o art 2º, § 1º da Lei dos Crimes Hediondos não permite a progressão de regime, cumprindo o condenado a pena em regime fechado integral, afrontando penalmente essa prática disciplinada pela Lei de Execuções Penais em seu art. 112 da lei 7.210, de 11 de julho de 1984 (LEP), que traz:

Art. 112. 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. Parágrafo único: a decisão será motivada e precedida de parecer da Comissão Técnica de Classificação e do exame criminológico, quando necessário.

Entretanto vieram a ser infligido os princípios constitucionais da isonomia, também chamados princípios da igualdade perante a lei, deles decorrendo, portanto, a ordem para o legislador tratar os indivíduos de modo igualitário, e ainda o princípio da equidade, em que as coisas e relações iguais devem ser tratadas de modo igual, e as coisas e relações desiguais ou diferentes devem ser tratadas de modo desigual, diferente, onde entre as soluções logicamente possíveis deve preferir-se, a que for mais branda, mais moderna e mais humana. Esse tratamento corresponde ao nosso sentimento de equidade, o modo de tratar uma relação prática que se torna justo pela sua própria natureza, com a tendência sempre para o brande, para o moderado, para o humano. Assim, as restrições de natureza processual devem ser as mesmas, e as proibições de obtenção de benefícios penais também deve ser as mesmas. Afinal tais crimes têm características iguais, visto que ambos tratam de delitos de extrema gravidade e de violência exarcebada, por agredirem o direito fundamental mais supremo de todos, protegido pela Lei Maior em seu artigo 5º, ou seja: o direito à vida, à integridade física e à moral.

4.3 Requisitos indispensáveis à progressão de regime prisional

As penas existem não apenas para coibir a impunidade diante da prática

de ilícitos penais, mas subsistem com a finalidade de integração ou reinserção social do criminoso. Dessa forma, o processo de execução não pode, nem deve ser estanque, muito ao contrário, uma vez que exige dinamicidade e encontra-se sujeito a mutações, sendo estas ditadas pela resposta do condenado ao tratamento penitenciário, como vimos no art 112 da Lei de Execuções Penais – LEP, no tópico acima citado.

Sobre o assunto, vale destacar a posição do penalista Júlio Fabbrini Mirabete (1997, p.260-261), professor da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, ao comentar o supramencionado artigo da LEP:

Não havendo condições de promover-se o fim da pena no ambiente agressivo do cárcere em regime fechado e sendo necessária a gradual integração social do condenado, possibilita-se que ele conquiste a progressão quando dê sinais de modificação de comportamento depois de ter recebido orientação adequada, instrução e ensinamentos com vistas a sua profissionalização ou aperfeiçoamento. A progressão, porém, deve ser efetuada por etapas já que, nas penas de longa duração, a realidade ensina que se deve agir com prudência para não permitir que o condenado salte do regime fechado para o aberto. Por essa razão, a lei vigente torna obrigatória a passagem pelo regime intermediário (semi-aberto). Essa obrigatoriedade defluiu do artigo 112, que se refere à transferência para regime menos rigoroso quando o preso tiver cumprido ao menos um sexto da pena no regime anterior. Aliás, na exposição de motivos da Lei de Execução Penal, afirma-se peremptoriamente que se o condenado estiver no regime fechado não poderá ser transferido diretamente para o regime aberto, pressupondo a progressão o cumprimento mínimo da pena no regime inicial ou anterior.

A Lei de Execuções Penais traz alguns requisitos, objetivos e subjetivos indispensáveis à ocorrência de progressão de regime de cumprimento da pena privativa de liberdade. Tais condições, frise-se, devem ser rigorosamente observadas. Trata-se dos seguintes requisitos: o temporal, cumprimento de no

mínimo 1/6 (um sexto) da pena no regime anterior; mérito do sentenciado; parecer da comissão técnica de classificação e oitiva do Ministério Público.

Com referência ao primeiro dos supracitados requisitos (requisito objetivo), ou seja, o cumprimento de, no mínimo, 1/6 (um sexto) da pena imposta ou do total das penas impostas, no caso de unificação de penas, vale destacar que se o sentenciado já cumpriu o referido lapso temporal e obteve a respectiva progressão do regime fechado para o semi-aberto, caso queira sofrer nova progressão, agora do semi-aberto para o aberto, deverá, novamente, cumprir o requisito temporal de cumprimento de 1/6 (um sexto) da pena restante e não daquela fixada inicialmente na sentença penal condenatória.

Quanto ao mérito do sentenciado (requisito subjetivo), este consistirá na avaliação de seu comportamento carcerário durante a execução de pena privativa de liberdade, imposta na sentença condenatória. Assim, a tentativa de fuga, de rebeliões, bem como de outras infrações disciplinares demonstram a presença de demérito, caractere impossibilitador da progressão do regime cumprido pelo preso para um mais brando de cumprimento da pena.

Concernente ao parecer da comissão técnica de classificação, vale ressaltar que a esta compete o programa individualizador e o acompanhamento da execução da pena, devendo oferecer tal parecer ao Juízo da execução sobre a possibilidade ou não de progressão de regime prisional do preso, nos termos do art. 6º, da LEP.

De acordo com o art. 34 do Código Penal e com o art 8º da Lei de Execuções Penais, a realização do exame criminológico torna-se um requisito obrigatório na progressão do regime fechado para o semi-aberto, mas na progressão do semi-aberto para o aberto ele passa a ser condição facultativa,

consubstanciando, desta forma, um direito subjetivo do sentenciado, caso estejam preenchidos os demais requisitos exigidos para a progressão do regime ora expostos.

Ressalta-se que, com base no art. 119, da LEP (Lei 7.210/84), a lei estadual poderá estabelecer como requisito obrigatório a realização do exame criminológico, a fim de que haja a progressão do semi-aberto para o aberto.

Quanto ao último requisito necessário para que haja a progressão de regime prisional, ou seja, a oitiva do Ministério Público, vale destacar o posicionamento advogado por Alexandre de Moraes (2001, p.180) sobre o assunto:

O Ministério Público deve sempre ser ouvido, sob pena de nulidade absoluta, quando da progressão do sentenciado, pois, como ressaltado pelo Superior Tribunal de Justiça, tratando-se de processo executivo, ou de incidente de execução, é ampla a sua atuação fiscalizadora. A progressão de regime prisional que for autorizada sem prévia manifestação do Ministério Público torna nula a decisão, por claro desrespeito ao art. 67 da LEP, pois o Parquet atua com a função dúplice na execução penal, tanto como titular do *ius puniendi*, representando o Estado e buscando a efetivação da sanção obtida no processo de conhecimento, quanto na função de custos legis, fiscalizando o respeito à lei durante toda a execução da pena.

Observa-se que a não atuação do Ministério Público quanto à progressão do regime prisional do sentenciado irá resultar em nulidade absoluta, visto que este representa o Estado e busca a efetivação da sanção obtida no processo de conhecimento; e como bem relata o Superior Tribunal de Justiça é vasta a sua atuação como fiscal da lei quando se trata de processo de execução ou de incidente de execução. A lei de execuções penais também afirma, em seu artigo 67, que se

torna nula a progressão que for autorizada sem a manifestação do Ministério Público.

4.4 Corrente que defende a não revogação do art 2º, § 1º da Lei dos Crimes Hediondos pelo art 1º § 7º, da Lei de Tortura

É de suma importância destacar o seguinte ensinamento de Foucault (2001, p.75):

(...) Se, aparentemente, a nova legislação criminal se caracteriza por uma suavização das penas, uma codificação mais nítida, uma considerável diminuição do arbitrário, um consenso mais bem estabelecido a respeito do poder de punir (...), ela é apoiada basicamente por uma profunda alteração na economia tradicional das ilegalidades e uma rigorosa coerção para manter seu novo ajustamento. Um sistema penal deve ser concebido como um instrumento para gerir diferencialmente as ilegalidades, não para suprimi-las todas.

A assertiva acima mencionada pode sintetizar o entendimento hodierno do Superior Tribunal de Justiça sobre o delito de tortura e a possibilidade de progressão de regime prisional, em contraposição ao tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, ao terrorismo e aos crimes hediondos, dispostos no art. 1º, da Lei 8.072/90 (Lei de Crimes Hediondos e assemelhados). Nos últimos casos de delito, há vedação expressa de tal progressão, uma vez que a pena será cumprida integralmente em regime fechado e não apenas inicialmente como ocorre no crime de tortura (art 1º, § 7º, da Lei 9.455/97).

Fundamentado no pensamento supramencionado de Foucault, em se tratando da progressividade de regime prisional, o sistema penal e processual penal

pátrio fez a opção de gerir diferentemente duas ilegalidades. De um lado, os crimes hediondos e assemelhados, positivando-lhes a não admissão da progressão de regime prisional; de outro lado, o delito de tortura, no qual é expressamente admitida a concessão do benefício, por força do art. 1º § 7º da Lei 9.455/97.

O Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça optarão por gerir diferentemente, tal qual propõe Foucault, os delitos típicos, antijurídicos e culpáveis, que são os crimes hediondos e os equiparados a esses e ainda o delito de tortura, através de uma interpretação restritiva quanto à possibilidade de progressão de regime prisional, admitindo-a apenas no crime de tortura.

Antônio Lopes Monteiro (2002, p.03) entende que “para o crime de tortura, o legislador deixou muito a critério dos operadores do Direito o enquadramento no tipo penal de tortura”. Acresce ainda que o delito penal de tortura consubstancia-se num tipo penal aberto, uma vez que o tipo objetivo não descreve totalmente as condutas abrangidas, mas deixa uma margem de valoração, sobretudo na hora de o juiz interpretá-las. Esta é uma das razões para que a progressão de regime seja admitida no delito de tortura em contraposição à inadmissibilidade nos crimes hediondos e demais assemelhados, conforme o entendimento assente do Superior Tribunal de Justiça (STJ).

A recente norma não revogou expressamente a Lei 8072/90, referindo-se, sim, a um tema específico – crime de tortura, não podendo o tratamento penal mais benéfico ser estendido a outra figura penal que não esteja nela estritamente mencionada. A analogia *in bonam partem* pode ser aplicada quando a lei é genérica e nunca quando a lei é específica. A jurisprudência vigente do Excelso STF firma entendimento uníssono quanto à não revogação do art. 2º da Lei 8.072/90, Lei dos Crimes Hediondos, pelo art 1º § 7º, da Lei 9.455/97, Lei de Tortura.

Entretanto, o Supremo Tribunal Federal, hodiernamente, editou a Súmula 698, quanto à aplicabilidade ou não da progressão de regime prisional aos crimes hediondos e aos equiparados a esses, que são o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e o delito de tortura.

Eis o teor da Súmula 698 do Supremo Tribunal Federal: "Não se estende aos demais crimes hediondos a admissibilidade de progressão no regime de execução da pena aplicada ao crime de tortura".

Com efeito, através da Súmula 698, o Supremo Tribunal consolidou seu entendimento majoritário, ora exposto, sobre a possibilidade de progressão de regime prisional apenas para o delito de tortura.

4.5 Corrente que defende a revogação do art 2º, § 1º da Lei dos Crimes Hediondos pelo art 1º § 7º, da Lei de Tortura

Salienta-se que há estudiosos do Direito e renomados juristas, dentre os quais Marco Aurélio de Mello, ex-presidente do Supremo Tribunal Federal (STF), que se posicionam de forma diametralmente oposta ao entendimento dominante do STJ sobre a admissibilidade da progressão de regime prisional apenas para o delito de tortura. Esta corrente minoritária entende que deveria ser estendido aos crimes hediondos e assemelhados a possibilidade de não cumprir a pena privativa de liberdade em regime integralmente fechado.

Dentre tais juristas que advogam a tese da corrente minoritária supracitada, encontra-se o Exmo. Sr. Ministro do STJ Edson Vidigal. Mesmo discordando da corrente majoritária, no habeas corpus supramencionado, em que

atuou como relator, o Ministro preferiu apenas fazer a ressalva de seu entendimento e votar no sentido do indeferimento do pedido, a fim de que fosse mantida a posição predominante do STJ e STF, a qual admite a progressão de regime prisional apenas para o delito de tortura.

A posição minoritária utiliza-se dos seguintes argumentos, conforme se verifica no voto do Ministro Edson Vidigal, nos autos do Hábeas Corpus n.º 15800/SP, julgado em 18/06/2001, pelo STJ:

O sentido de toda pena é a recuperação do condenado (...). O cumprimento da pena deve, enfim, ter caráter dinâmico, tendo em vista os objetivos da execução penal. O regime fechado integral, sem direito à progressão, configura mero castigo, típico das cubatas ou repúblicas de bananas, inadmissível em qualquer Estado de Direito Democrático. Fere o princípio da individualização da pena, que por sua natureza constitucional, não pode ser afrontado por uma simples lei.(...) Tendo a nova lei, que trata dos crimes de tortura, garantido o direito à progressão da pena aos condenados por esse crime, há que se estender, por analogia, esse mesmo direito aos condenados por tráfico ilícito de entorpecentes. Inaceitável dizer que a referida lei seja de aplicação restrita, pois isso estaria sepultando a aplicação da analogia *in bonam partem*.

Marco Aurélio de Mello, outrossim advoga a mesma tese, apenas utilizando-se do argumento de que foi revogada a norma do art. 2º, § 1º, da Lei de 8.072/ 90, por causa da incompatibilidade decorrente da imposição constitucional de um sistema penal harmônico, o qual colocou todos os crimes hediondos e assemelhados no mesmo patamar. O ministro entende, portanto, que se deve admitir a progressão de regime prisional nos crimes hediondos e em quaisquer assemelhados a estes.

Com efeito, diante dos julgados ora examinados, observa-se claramente que tanto o STJ como o STF posicionaram-se no sentido de que a progressividade

de regime prisional no delito de tortura, admitida em face do art. 1º, § 7º, da Lei 9.455/97, não se aplica aos crimes hediondos e assemelhados. Tal posicionamento não consiste no mais coerente, visto que não poderia admitir a progressão para o delito de tortura e inadmiti-la aos crimes hediondos, afrontando os princípios da isonomia e o princípio da equidade, claramente mencionados.

Ao combater o dispositivo que impunha o cumprimento da pena em regime integralmente fechado, Toledo (apud Teles, 2004, p. 354) vislumbra com lucidez:

A determinação contida no § 1º do art. 2º (a pena por crime previsto neste art. será cumprida integralmente em regime fechado), é fruto – só pode ser isso – da mais completa ignorância a respeito do sistema progressivo de execução da pena adotado pela reforma penal brasileira de 1984, a respeito do qual salientei, na conferência proferida no encerramento do primeiro Congresso Brasileiro de Política Criminal e Penitenciário de 1981, o seguinte: Em relação a pena de prisão, instituiu-se um subsistema verdadeiramente progressivo, sem possibilidade da perpetuação a segregação social. E deu-se a essa discutida pena o caráter de pena programática, ou seja, de algo que se modifica dentro de certos limites e certas garantias, no curso da execução, por atuação da Administração da Justiça e do próprio condenado, segundo o seu mérito ou demérito. Com isso, abra-se uma concreta esperança, para todo condenado, no sentido de poder conquistar, por seu próprio esforço, a liberdade, bem inalienável de todo o ser humano. Essa esperança na liberdade que, para o preso, deve significar uma conquista, é o único ingrediente, de que se pode valer o aparelhamento penitenciário para impregnar a execução da pena de algum utilitarismo, de sorte a não transforma-lo em mero castigo, dentro de algum retributivismo kantiano, formal e desalmado. (...) É lamentável que um legislador desatento e mal assessorado tenha retirado da Administração da Justiça esse precioso instrumento da manutenção da disciplina no interior dos estabelecimentos penais. Sim, porque, sem o benefício do sistema progressivo, o condenado só terá um caminho para antecipar a liberdade: a rebelião ou a fuga.

Neste sentido, verifica-se que não há uma razão lógica capaz de justificar a aplicação do regime progressivo aos condenados por tortura e não utilizá-la aos outros crimes suprarreferidos. Este é, outrossim, o posicionamento adotado por

Alberto Silva Franco (2000, p.183), que afirma o seguinte:

A colisão entre as duas posições é flagrante, evidenciando uma desuniformidade de perspectiva que contraria o sentido emprestado ao texto constitucional. (...) Não há razão lógica que justifique a aplicação do regime progressivo aos condenados por tortura e se negue, ao mesmo tempo, igual sistema prisional aos condenados por crimes hediondos, por terrorismo ou por tráfico ilícito de entorpecentes. 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 em confronto com os crimes já referidos. Ao contrário, considerado isoladamente, o crime de tortura é o mais grave dos delitos constantes do rol constitucional.

Se a nova lei não tivesse revogado o art. 2º da lei 8.072/90, haveria, doravante, tratamento diferenciado para crimes assemelhados. Crimes Hediondos: inafiançáveis, insuscetíveis de indulto, graça e anistia, com a impossibilidade de liberdade provisória e cumprimento da pena em regime fechado integral. Crime de Tortura: inafiançável, insuscetível de graça ou anistia, com possibilidade de concessão de indulto, liberdade provisória e cumprimento progressivo da pena.

Fica evidente que, se assim fosse, essas duas leis não formariam aquele feixe com todas as suas partes solidárias, e logo viria a desarmonia, a desigualdade, a incongruência, um verdadeiro caos em que crimes de igual potencial ofensivo seriam tratados de maneira diferenciada. São exemplos: Condenado por atentado violento ao pudor, a oito anos de reclusão, cumprirá a pena integralmente em regime fechado, entretanto o condenado por crime de tortura, seguido de morte, a uma pena também de oito anos de reclusão, cumprirá apenas 1/6 no regime fechado, podendo gozar do privilégio da progressão. Qual dos crimes é o mais grave?

Percebe-se que as duas leis não estão compatíveis, visto que o Direito é

um conjunto de normas que se harmonizam, que se complementam e que vivem solidariamente sem atritos, entretanto de acordo com o § 1 do art 2 da Lei de Introdução ao Código Civil, em que a lei posterior revoga a anterior quando seja com ela incompatível.

Para tornar mais interessante a discussão, a Lei n.º 10.792, de 1.º de dezembro de 2003, provocou importantes alterações no Código de Processo Penal e na Lei de Execução Penal. Até aqui, desenvolveu-se a tese de que a progressão de regime de cumprimento de pena é possível nos delitos hediondos pela inconstitucionalidade do art. 2.º, § 1.º, da Lei n.º 8.072/90, a qual afetaria frontalmente alguns princípios constitucionais como o da humanidade, da proporcionalidade e o da individualização da pena. Além disso, os motivos justificadores do art. 112 da Lei de Execução Penal prevaleceriam mesmo no âmbito desses delitos considerados mais graves, ganhando tal preceito novas cores com a vigência da Lei n.º 9.455/97. Ocorre que a Lei n.º 10.792/2003 alterou a redação do art. 112 da Lei de Execução Penal, criando-se a ressalva apontada pela exigência de respeito da progressão às normas que a vedem, visando talvez garantir a interpretação favorável à efetividade do tão polêmico art. 2.º, § 1.º da Lei n.º 8.072/90.

Tal tentativa foi em vão, pois mesmo com tal ressalva não se pode esquecer que a Lei dos Crimes Hediondos violou os princípios constitucionais da isonomia, da equidade, dentre outros que devem ser respeitados também na fase executória. Daí advém a inconstitucionalidade que era reforçada pela afronta ao texto original do art. 112, da Lei n.º 7.210/84, o qual atendia aos anseios da ressocialização pela pena. Com o advento da Lei n.º 9.455/97 (art. 1.º, § 7.º), se

ainda havia alguma dúvida quanto a necessidade de prevalência do sistema progressivo em confronto com a Lei dos Crimes Hediondos, ela foi dissipada, devendo tal possibilidade mais benéfica ser estendida aos demais delitos hediondos ou a eles equiparados.

Desta feita, usando a interpretação sistemática e entende-se que houve a derrogação da Lei dos Crimes Hediondos no que diz respeito ao dispositivo impeditivo da progressão, pela Lei de Tortura, o que é reforçado pelas aludidas inconstitucionalidades, pode-se concluir que não mais existiam, antes mesmo da Lei n.º 10.792/2003, dispositivos válidos em nosso Ordenamento a permitirem a vedação da progressão, devendo permanecer o entendimento esposado, nesse sentido. Ademais, qualquer lei posterior que determine algo parecido com tal vedação estará eivada de inconstitucionalidade. Assim, a última parte do caput do novo art. 112 - cuja redação foi dada pela Lei de 2003 - não tem efetividade jurídica.

A polêmica persistirá, principalmente considerando-se a posição do STF, contrária à defendida nesta ocasião, inclusive diante da novel Súmula n.º 698, felizmente ainda não vinculante. Não obstante, tendo ainda validade os argumentos anteriormente expostos e pelas razões apontadas, reafirma-se que a alteração em debate do caput do art. 112, da LEP, pela Lei de 2003, não foi substancial.

4.6 A Polêmica Mudança na Lei dos Crimes Hediondos

Percebe-se que não são apenas os penalistas que desejam a mudança da Lei dos Crimes Hediondos – LCH (Lei 8.072/90). Em declarações prestadas aos

meios de comunicação, o Ministro da Justiça Márcio Thomas Bastos, com o apoio dos principais secretários de Administração Penitenciária do país, também entende que é preciso revogar o dispositivo da LCH que proíbe a progressão de regime prisional e obriga o condenado por crime hediondo a cumprir sua pena em regime integralmente fechado. Para o Ministro, é preciso saber “quanto custa a Lei dos Crimes Hediondos em termos de indisciplina prisional, de custos financeiros e de formação de quadrilhas no interior de nossas penitenciárias”. Não podemos esquecer que nenhuma lei penal tem sido objeto de tanta discussão e de tanta crítica por parte de leigos e de estudiosos quanto a LCH. Criou-se uma evidente fissura entre o pensamento dos penalistas e o da opinião pública em geral. Em sua grande maioria, os estudiosos do Direito Penal defendem a revogação ou, ao menos, a alteração da referida lei.

Entendem eles que a LCH aumentou, desnecessariamente, as penas de alguns dos crimes rotulados como hediondos e estabeleceu uma série de vedações de benefícios penais que contrariam idéias da correta Política Criminal e afrontam princípios constitucionalmente consagrados. Na verdade, a LCH não foi feliz em proibir, de forma absoluta, a concessão de liberdade provisória ao preso em flagrante por qualquer crime hediondo, mesmo que a prova ali colhida seja duvidosa ou temerária quanto à autoria ou à materialidade do delito. Também não foi feliz em proibir a progressão de regime prisional, desmotivando o preso a enquadrar-se às rígidas regras da disciplina prisional. Não pretendemos dizer que todo preso, principalmente o condenado por crime hediondo, tenha sempre direito à liberdade provisória, nem que todo condenado tenha direito à progressão de regime, mas que poderá ser beneficiário de um destes direitos, se determinados requisitos ou condições legais forem cumpridos. Os estudiosos da Ciência Penal entendem que a

LCH fracassou em seu objetivo principal de combater e reduzir os elevados índices da delinqüência violenta em nosso país, um dos mais violentos do mundo. Os índices de criminalidade aumentaram e continuam aumentando significativamente, o que demonstra a ineficácia dessas normas de maior severidade. Convivemos com uma população carcerária superior a 300 mil presos, mais do que o dobro da verificada há dez anos.

É preciso reconhecer que a opinião pública pensa exatamente o contrário e reivindica penas criminais e tratamento prisional ainda mais severos. Por isso é difícil esperar uma posição do Congresso Nacional, sempre sensível aos apelos populares, favorável ao abrandamento da LCH. O próprio ministro Márcio Thomás Bastos admite que está enfrentando um forte "tabu" no Brasil, e afirma "que vai remar contra a maré, justamente no momento em que a sociedade vê o aumento da criminalidade e cobra punições mais severas".

CONCLUSÃO

A discussão doutrinária e jurisprudencial acerca da possibilidade ou impossibilidade da progressão de regimes na execução das condenações penais dirigidas aos praticantes de delitos, tidos como hediondos ou a eles equiparados, seja em face da Constituição Federal de 1988, da Lei dos Crimes Hediondos ou da Lei de Tortura, fez-se intensa durante anos, sempre com a vitória da corrente jurisprudencial contrária à progressão, em desacordo com a melhor doutrina e métodos interpretativos. Este êxito baseia-se, principalmente, nos precedentes do STF, apesar da validade científica dos argumentos dos defensores do caráter normativo relativamente aos princípios constitucionais fundamentais, culminando toda a discussão com a recente edição da Súmula n.º 698 pelo Pretório Excelso, acompanhada da vigência da Lei n.º 10.792/2003, diploma legal, merecedor de críticas diante da reforma do art. 112 da Lei de Execução Penal.

A Lei dos Crimes Hediondos, em seu artigo 2.º, § 1.º, determinou, equiparando a prática da tortura aos demais crimes nela caracterizados, o cumprimento da pena privativa de liberdade a ser executada pelo torturador, integralmente em regime fechado. Assim sendo, proibiu a progressão de regimes, preconizada pelos pertinentes dispositivos do Código Penal e da Lei de Execução Penal, os quais visavam atender à verdadeira finalidade da pena e aos princípios da isonomia, equidade, humanidade e da individualização da pena, previstos na Constituição Federal de 1988. Por sua vez, no artigo 1.º, § 7.º, da Lei de Tortura, o legislador ordinário utilizou-se do termo "iniciará", para determinar o regime fechado de cumprimento da reprimenda penal.

Em 1990, atendendo à delegação constitucional e visando tornar plena a eficácia social dos mandamentos constitucionais, o legislador federal aprovou a Lei n.º 8.072/90, determinando que o criminoso que se enquadrasse nas situações delituosas que definiu cumprisse a pena em regime integralmente fechado, por meio do dispositivo legal supramencionado. Com isso, para determinados crimes, tornou-se sem efeito o artigo 112, da Lei de Execução Penal, e os dispositivos pertinentes do Código Penal.

Em 1997, entanto a Lei n.º 9.455, corretamente, e seguindo a tendência mundial e constitucional brasileira referente à humanidade das penas privativas de liberdade, na tentativa de dar novas cores à busca de suas verdadeiras finalidades, tratou do tema sob o foco dos delitos de tortura. Suprimiu-se o termo “integralmente” ao determinar a medida da execução da punição reclusiva, referindo-se apenas ao fato de que o “início” do cumprimento deveria atentar para o regime fechado. Conclui-se, desta feita, que a Lei de 1997 permite a progressão de regime ao torturador. Afinal, o tempo já mostrou que não é a quantidade exacerbada e o cumprimento integral da reprimenda em regime fechado que diminuem a prática de crimes ditos hediondos.

A linguagem adotada pelo legislador infraconstitucional da Lei n.º 9.455/97 demonstra, claramente, a sua intenção posterior no sentido de possibilitar, para a execução das penas dos delitos de tortura, o regime progressivo. Dessa forma, a interpretação deve guiar a conclusão de que o artigo 2.º, da Lei dos Crimes Hediondos, em seu § 1.º, foi derogado pelo § 7.º, do artigo 1.º, da lei especial sobre os delitos de tortura, de 1997.

Sabe-se, na verdade, que a única maneira de se atender à execução penal individualizada e humana, como determinado pela Constituição Federal de

1988, perseguindo-se ainda a ressocialização e reintegração do preso ao meio que o gerou e, hipocritamente, o condenou sob todos os sentidos, social e jurídico, é o respeito ao sistema prisional progressivo.

Uma condenação passa por várias situações incidentais, como a progressão de uma etapa mais rigorosa para outra menos severa da prisão, a remição pelos dias de trabalho, indulto ou comutação de penas, a aplicação de medidas penais alternativas, como o livramento condicional, o sursis, ou mesmo a regressão. Enfim, em razão do mérito ou demérito, a condenação sofre alterações para, a cada momento, tornar-se mais adequada e concreta à situação real da pessoa do criminoso. Trata-se da necessidade de verdadeira administração da pena aplicada e sob execução, para melhor individualizá-la e humanizá-la.

Pena executada com um único e uniforme regime prisional significa pena desumana, porque inviabiliza um tratamento penitenciário racional e progressivo; deixa o condenado sem esperança alguma de obter a liberdade antes do termo final do tempo de sua condenação e, portanto, não exerce nenhuma influência psicológica positiva no sentido de seu reinserimento social; e, por fim, desampara a própria sociedade na medida em que devolve o preso à vida societária após submetê-lo a um processo de reinserção às avessas, ou seja, a uma verdadeira dessocialização.

Assim, a nova postura adotada pela Lei n.º 9.455/97, permitindo a progressão na execução da pena ao torturador, deu novas cores à importância de se atentar para a progressividade dos regimes prisionais. Como consequência natural, o legislador contemporâneo, mesmo com todas as imperfeições da lei especial de 1997, viu-se obrigado a mudar sua perspectiva sobre a legislação penal. Assim, o artigo 2.º, da Lei n.º 8.072/90, acabou por ser derogado pela atual Lei n.º 9.455/97,

no que se refere à possibilidade de progressão de regime prisional, até então proibida para aquele que praticasse tortura, pelo ora revogado § 1.º, do referido artigo da Lei dos Crimes Hediondos, ora revogado.

Isto significa que a progressão de regimes não se aplica de maneira específica, como insistem alguns - entre eles, equivocadamente, a jurisprudência do STF, motivadora da novel Súmula nº 698 - aos delitos de tortura, mas sim, a todos os crimes hediondos e outros a eles equiparados, constitucionalmente e legalmente. Antes mesmo da edição e publicação da Lei n.º 9.455/97 já era possível, com fortes argumentos, contestar-se o regime integralmente fechado. Agora, então, com a elaboração e vigência dessa lei, os argumentos contrários aos absurdos tradicionais tornam-se mais fortes.

Como vetor, utiliza insistentemente a tese da equiparação constitucional dos delitos e a relativa harmonia contextual das normas de Direito Interno. O Constituinte, no que se refere ao tratamento estipulado aos delitos descritos no artigo 5.º, inciso XLIII, da Constituição de 1988, criou várias restrições a eles pertinentes, mas, em hipótese alguma, deixou de dar-lhes tratamento uniforme, equiparando-os em sua lesividade social. Significa dizer que nenhum dos crimes ali mencionados é considerado mais ou menos grave que o outro, sendo todos equiparados constitucionalmente. A Lei n.º 8.072/90 também preservou tais hipóteses constitucionalmente igualadas, para fins de restrições penais e processuais penais.

Com a Lei n.º 9.455/97 ocorreu, ao contrário, uma distinção bem nítida. De um lado, o operador do direito depara-se com os delitos classificados como hediondos, o terrorismo e o tráfico ilícito de entorpecentes, aos quais proibia-se a progressão de regime prisional na execução da pena pelo infrator. De outro, a

tortura, anteriormente igualada àqueles delitos, mas que, agora, com o advento da lei especial de 1997, passou a admitir a progressão do regime prisional. Essa distinção, na verdade, é o fundamento, o ponto referencial para a ampliação da regra contida no § 7.º, do artigo 1.º, da Lei n.º 9.455/97, na busca da manutenção da uniformidade de tratamento entre os supramencionados delitos, estabelecida pela Constituição Federal de 1988. Tudo isso porque, como dito, o ordenamento jurídico penal constitui um sistema racional de normas, devendo repelir incoerências internas, como a aplicação de regime progressivo ao torturador e não ao que pratica homicídio qualificado por motivo fútil, por exemplo. Não há razão lógica para se atribuir tal sistemática de execução de pena para o praticante da tortura e, ao mesmo tempo, negá-la aos condenados por crimes hediondos ou aos demais equiparados a eles.

Nem sob o ponto de vista do princípio da lesividade, nem sob o ângulo político-criminal, há possibilidade de se considerar a tortura um fato delituoso menos grave do que os crimes hediondos ou o tráfico ilícito de entorpecentes. Concluindo, pode-se afirmar que a extensão da regra do § 7.º, do art. 1.º 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.

Dessa maneira, só pelos argumentos expostos pode-se, firmemente, contrariar a utilidade do regime integralmente fechado para o atendimento das finalidades e objetivos primordiais da reprimenda penal. A norma que não é útil, não é eficaz para a busca da Justiça. Assim, não pode se utilizar do ordenamento

jurídico como instrumento, devendo ser excluída do sistema legal, em nome da racionalidade contextual.

Conclui-se que a Lei dos Crimes Hediondos nunca revogou o artigo 112, da Lei de Execução Penal. Por isso, a Lei n.º 9.455/97 trouxe cores novas às orientações majoritárias existentes na jurisprudência, indicando uma nova posição a ser tomada daqui para frente, buscando intensamente a Justiça pelo Direito mais adequado à espécie. Deve-se, portanto, estender a progressividade do regime de cumprimento da pena para os demais delitos hediondos e os demais a eles assemelhados, em nome dos princípios fundamentais constitucionais penais, para a adequada e justa realização dos direitos inerentes ao ser humano.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. São Paulo: Martin Claret, 2000.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Colaboração: Pinto, Antônio Luiz de Toledo *et alli*. 30. ed. São Pulo: Saraiva, 2002.

BRASIL. *Código Penal*. Colaboração: Pinto, Antônio Luiz de Toledo *et alli*. 40. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

EMÉRICO, Nicolau. *Manual dos Inquisidores*. Lisboa: Edições Afrodite, 1972.

EVARISTO, D. Paulo. *Brasil nunca mais: um relato para a história*. 14.ed. Petrópolis: Vozes, 1986.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Mini dicionário da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira S.A, 1985.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir*. 24. ed. Petrópolis: Vozes, 2001.

FRANCO, Alberto Silva. *Crimes Hediondos: notas sobre a Lei 8.072/90*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

IHERING, Rudolf Von. *A luta pelo Direito*. São Paulo: Martin Claret, 2000.

LUNA, Everardo Cunha. *Capitulos de Direito Penal – Parte Geral*. São Paulo: Saraiva, 1985.

MARTINS, Daniele Comin. *Os Direitos Humanos e o Direito Internacional*. São Paulo: Renovar, 1998.

MATTOSO, Glauco. *O que é tortura*. São Paulo: Nova Cultural, Brasiliense, 1986.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Execução Penal*. São Paulo: Atlas S.A, 1997.

MONTEIRO Antônio Lopes. *Crimes Hediondos. Textos, comentários e aspectos polêmicos*. São Paulo: Saraiva, 2002.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 5. ed. São Paulo: Atlas S. A, 2001.

✓ TELES, Ney Moura. *Direito Penal, parte geral, arts 1º a 120*. 1.ed. São Paulo: Atlas, 2004.

ANEXOS

Sentença em que a vedação da progressão de regime no cumprimento de pena dos crimes hediondos **FOI** revogada pelo art. 1º, § 7º, da Lei 9.455/97

Vistos,

H M D S, condenado à pena de 06 (seis) anos e 08(oito) meses de reclusão, nos autos da execução penal provisória referente à condenação pela prática do delito dos arts. 12 e 18, I da Lei nº 6.368/76, preso desde 04.01.99 em regime fechado, guia de recolhimento às fls. 43, com parecer da Comissão Técnica de Classificação, às fls. 47 e sgts, teve instaurado incidente de **PROGRESSÃO DE REGIME**, manifestando-se às fls. 50/52, alegando o preenchimento dos requisitos legais, assim como a revogação do preceito proibitivo da Lei 8.072/90.

Certidão de bom comportamento às fls. 54.

O Ministério Público manifestou-se contrário à progressão, trazendo à colação jurisprudência do STF pela vigência do preceito proibitivo criado pela Lei 8.072/90, art. 2º, §1º. (fls. 69/72), ao mesmo tempo em que pediu o reconhecimento de remição da pena.

É o relatório.

DECIDO.

Com efeito, a Lei 8.072/90, quando tenta vedar a progressão de regime, é inconstitucional e deve-se ter afastada a sua aplicação, pois tal vedação fere o princípio da individualização da pena (Art. 5º, XLVI, da Constituição Federal), na medida em que pretende fazer com que todos os apenados, independente da periculosidade e do grau de ressocialização, cumpram todos da mesma forma a pena privativa de liberdade. Assim como deve ser possibilitada a progressão de regime, já que lei posterior relativa ao crime de tortura (Lei 9.455/97) permitiu a progressão, a fim de manter-se a proporcionalidade das penas.

Tal interpretação realmente controversa, majoritária na doutrina e minoritária na jurisprudência, no caso, é o posicionamento oriundo do livre convencimento desse juízo e o que melhor ajusta-se ao princípio da igualdade jurisdicional, o qual "constitui, por outro lado, uma regra de interpretação para o juiz, que deverá sempre dar à lei o entendimento que não crie distinções" (José Afonso da Silva, in "Curso de Direito Constitucional Positivo", 9ªed., Ed. Malheiros, SP).

Por isso que, ao analisar o direito à progressão, devemos nos ater à situação do Direito Penitenciário no Estado do Amazonas, onde vários apenados obtiveram e obtêm tal benefício com base em decisões acertadas do nosso Eg. Tribunal de Justiça:

APELAÇÃO CRIMINAL - PROGRESSÃO DE REGIME - HEDIONDO - Apel. nº 19800326-9 - Manaus/AM - Relator: Exmo. Sr. Des. Djalma Martins da Costa. Ementa: APELAÇÃO - CONSTITUCIONAL - PENAL - PROCESSUAL PENAL - DIREITO DE APELAR EM LIBERDADE - FLAGRANTE FORJADO - DESCLASSIFICAÇÃO DO DELITO - EXECUÇÃO DA PENA - REGIME FECHADO INTEGRAL. [...] A Lei 9.455/97, modificando a Lei 8.072/90, permite aos apenados por crime de tráfico de entorpecentes a progressão de regimes do cumprimento da pena imposta pelo Estado-Juiz. Interpretação que se coaduna com o princípio constitucional da individualização da pena. 2.ª C.Crim., V.U. (10.02.99).

DIREITO PENAL. PROCESSO PENAL - APELAÇÃO CRIMINAL Nº 19800045-6 Manaus/AM - Relator: Exmo. Sr. Des. Alcemir Pessoa Figliuolo - Ementa: DIREITO PENAL. PROCESSUAL PENAL . APELAÇÃO CRIMINAL EM CRIME DE ENTORPECENTES - ACOLHIMENTO PARCIAL – [...] ACORDAM, os senhores Desembargadores que compõem esta Egrégia Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Amazonas, por unânime votação e acolhendo o parecer do Graduado Órgão Ministerial, acolher parcialmente o apelo para que seja concedida a progressão de regime de cumprimento da pena aos apenados, mantendo-se in totum os demais termos da sentença a quo. 2.^a C.Crim., V.U. (27.09.98).

Pena - Regime - Progressão do regime fechado para o semi-aberto - Crime hediondo – Admissibilidade - AGRAVO EM EXECUÇÃO PENAL n.19800265-3 Manaus/AM -Relatora: Exma. Sra. Dodora. Marinildes Costeira de Mendonça Lima EMENTA: - Preenchidos os requisitos subjetivos e objetivos da progressão da pena, não há óbice para o deferimento do pedido. Inteligência do art. 112 da Lei de Execuções Penais - Recurso conhecido e improvido - 1.^a C. Crim.- J. em 14.09.99.

Pena - Regime - Progressão do regime fechado para o semi-aberto - Crime hediondo – Admissibilidade - AGRAVO EM EXECUÇÃO PENAL n.19800354-4 Manaus/AM - Relator: Exmo. Sr. Dr. Ruy Mendes de Queiroz -EMENTA: - Preenchidos os requisitos subjetivos e objetivos da progressão da pena, não há óbice para o deferimento do pedido. Inteligência do art. 112 da Lei 7.210/84. 1.^a C. Crim.- J. em 21.09.99.

As decisões do Eg. Tribunal de Justiça do Amazonas foram unânimes e contra elas não se insurgiu o Ministério Público. Vedar a progressão em primeira instância acabaria por prejudicar apenas os menos favorecidos, sem recursos para contratar advogados e impossibilitados de apresentarem recursos junto à 2.^a instância, pois sabidamente precária a instituição da Defensoria Pública no Estado.

A Lei de Execução Penal, e o próprio Juízo da Execução Penal, foram criados para impedir "a injustificável diversidade de tratamento disciplinar a presos recolhidos ao mesmo estabelecimento, aos quais se assegura idêntico regime jurídico" (Item 18, da Exposição de Motivos da L.E.P.), razão pela qual, para garantir equânime princípio de isonomia, este juízo não poderia vedar a progressão a uns apenados, enquanto outros, na mesma situação, vêm obtendo o benefício. A injustiça de um tratamento desigual leva a descontentamentos originadores das já conhecidas rebeliões, além de ser prejudicial ao fim ressocializador da pena, objetivo maior da execução penal.

Os entendimentos diversos dos Tribunais de Brasília derivam da falta de estrutura do sistema penitenciário dos outros Estados, onde faltam Casas do Albergado e Colônias Agrícolas para uma efetiva execução penal progressiva. Na falta de tais estabelecimentos, para evitar a impunidade, por pura e simples política criminal, Tribunais de outros Estados estão decidindo pela validade do incoerente cumprimento da pena integralmente em regime fechado.

Ocorre que no Estado do Amazonas, a exceção da Cadeia Pública, todos os estabelecimentos penais funcionam a contento, o que impede qualquer tipo de impunidade, pois mesmo no regime aberto há o real cumprimento da reprimenda. Por esta razão ficou a Corte Estadual livre para decidir com base apenas em conceitos jurídicos, como decidiu nos acórdãos citados.

A própria Constituição Federal colocou em relevo a importância das características regionais quando se referiu ao Direito Penitenciário, tanto que possibilitou que os Estados legislassem concorrentemente sobre a matéria (art. 24,

inciso I), não se podendo ignorar as circunstâncias estaduais na aplicação e interpretação desse Direito.

O condenado em questão já cumpriu bem mais que um sexto de sua pena privativa de liberdade, requisito objetivo do art. 112 da Lei de Execuções Penais, além de ter bom comportamento, inclusive executando trabalho interno, objeto do pedido de remição apresentado pelo próprio membro do Ministério Público em atuação neste juízo, méritos do apenado a evidenciar o preenchimento do requisito subjetivo do mesmo artigo.

A Comissão Técnica de Classificação, em seu parecer, refere-se ao ajustamento no cumprimento da pena, perspectivas futuras positivas de reinserção social, além de vínculo familiar afetivo e perspectivas futuras relacionadas à reinserção no campo profissional e à vida familiar e, no Exame Criminológico, ressalta a ausência de traços de anormalidade no condenado, e capacidade para superar obstáculos, entre outras características positivas do apenado, as quais indicam que o mesmo não possui personalidade criminosa, podendo ser classificado, tanto nos estudos de Di Tullio, como nos de Von Liszt, e até mesmo nos de Ferri, como delinqüente ocasional.

ISTO POSTO, verificado o preenchimento dos requisitos legais e afastada a aplicação do §1º, do art. 2º, da Lei 8.072/90, visto a incompatibilidade desta com os princípios constitucionais referidos, garantindo-se o princípio da isonomia na execução penal, defiro a PROGRESSÃO DE REGIME requerida, determinando a remoção do apenado H M D S, para a Colônia Agrícola do Complexo Penitenciário Anísio Jobim, onde passará a cumprir o restante de sua pena em regime semi-aberto. Considerando ainda o trabalho efetuado entre maio e dezembro de 1999 e o efetuado entre janeiro e abril de 2000, para que surta seus jurídicos efeitos, declaro remidos 105 (cento e cinco) dias da pena ora executada.

Intimem-se; Expeça-se mandado de remoção e retifique-se a guia de recolhimento.

Manaus, 21 de julho de 2000.

LUÍS CARLOS H. DE V. COELHO
Juiz de Direito

Sentença em que a vedação da progressão de regime no cumprimento de pena dos crimes hediondos **NÃO FOI** revogada pelo art. 1º, § 7º, da Lei 9.455/97

Decisão publicada no Diário da Justiça de 17 de abril de 1998.

HABEAS CORPUS N. 76.543-5

PROCED: SANTA CATARINA

RELATOR: MIN. SYDNEY SANCHES

PACTE: ROBERTO CESAR DA SILVA

IMPTE: EDUARDO DOURADO DA SILVA

COATOR: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA

Decisão: Por maioria de votos, a Turma indeferiu o pedido de habeas corpus. Vencido, em parte, o Ministro Sepúlveda Pertence que o deferia parcialmente. 1a. Turma, 03.03.98.

EMENTA: - DIREITO CONSTITUCIONAL, PENAL E PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. CONCURSO DE AGENTES. PENA-BASE. MAJORAÇÃO DA PENA (ARTIGOS 12, 14 E 18, III, DA LEI Nº 6.369/76). REGIME DE CUMPRIMENTO DE PENA: INTEGRALMENTE FECHADO (LEIS NºS. 8.072/90, ART. 1º, E 9.455, DE 07.04.1997, ART. 1º, § 7º). ART. 5º, XLIII, DA C.F. "HABEAS CORPUS".

Alegações de:

(...)

c) descabimento do regime integralmente fechado, no cumprimento da pena.

(...)

3. Improcede, por fim, a alegação de que indevida a imposição de regime integralmente fechado.

A Constituição Federal, no inc. XLIII do art. 5º, estabeleceu: "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-los, se omitirem".

Não se cuida aí de regime de cumprimento de pena.

A Lei nº 8.072, de 26.07.1990, aponta, no art. 1º, os crimes que considera hediondos (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, e genocídio; tentados ou consumados).

No art. 2º acrescenta: os crimes hediondos, a prática da tortura, o tráfico de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo são insuscetíveis de:

I-anistia, graça e indulto;

II - fiança e liberdade provisória.

E no § 1º: a pena por crime previsto neste artigo será cumprida integralmente em regime fechado.

Inclusive, portanto, o de tráfico de entorpecentes, como é o caso dos autos.

4. A Lei nº 9.455, de 07.04.1997, que define os crimes de tortura e dá outras providências, no § 7º do art. 1º, esclarece: "o condenado por crime previsto nesta Lei, salvo a hipótese do § 2º, iniciará o cumprimento da pena em regime fechado".

Vale dizer, já não exige que, no crime de tortura, a pena seja cumprida integralmente em regime fechado, mas apenas no início.

Foi, então, mais benigna a lei com o crime de tortura, pois não estendeu tal regime aos demais crimes hediondos, nem ao tráfico de entorpecentes, nem ao terrorismo.

Ora, se a Lei mais benigna tivesse ofendido o princípio da isonomia, seria inconstitucional. E não pode o Juiz estender o benefício decorrente da inconstitucionalidade a outros delitos e a outras penas, pois, se há inconstitucionalidade, o juiz atua como legislador negativo, declarando a invalidade da lei. E não como legislador positivo, ampliando-lhe os efeitos a outras hipóteses não contempladas.

5. De qualquer maneira, bem ou mal, o legislador resolveu ser mais condescendente com o crime de tortura do que com os crimes hediondos, o tráfico de entorpecentes e o terrorismo.

Essa condescendência não pode ser estendida a todos eles, pelo Juiz, como intérprete da Lei, sob pena de usurpar a competência do legislador e de enfraquecer, ainda mais, o combate à criminalidade mais grave.

6. A Constituição Federal, no art. 5º, inc. XLIII, ao considerar 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, não tratou de regime de cumprimento de pena. Ao contrário, cuidou, aí, de permitir a extinção de certas penas, exceto as decorrentes de tais delitos.

Nada impedia, pois, que a Lei nº 9.455, de 07.04.1997, definindo o crime de tortura, possibilitasse o cumprimento da pena em regime apenas inicialmente fechado - e não integralmente, fechado. Pode não ter sido uma boa opção de política criminal. Mas não propriamente viciada de inconstitucionalidade.

7."H.C."indeferido.