

# JURISPRUDÊNCIA COMENTADA

*Liane Barbosa Tourinho\**

**EMENTA:** TORTURA - Pena - Regime inicial fechado - Progressão - Admissibilidade- Aplicação da Lei 9.455/97, mais benéfica ao condenado do que a Lei 8.072/90.

**SUMÁRIO:** 1. Dos fatos. 2. Da constitucionalidade do § 1º, do artigo 2º, da Lei 8.072/90. 3. Do § 7º, do artigo 1º da Lei 9.455/97 face aos crimes hediondos e assemelhados. 4. Da progressão de regime frente ao ordenamento jurídico brasileiro. 5. Das considerações finais. 6. Referências bibliográficas.

## 1. Dos fatos

Domingos Donizete de Andrade Vilani, condenado, pelo Juízo *a quo*, a 10 de anos de reclusão, em regime fechado, pela prática do ilícito tipificado pelo art. 12 da Lei 6.368/76, apelou do r. *decisum* ao TJGO.

Nesse recurso, pugnou a absolvição, ou, alternativamente, redução da pena, atacou a fixação do local de cumprimento da pena, além de insurgir-se contra a perda do caminhão no qual transportava a droga. O Juízo *ad quem* conheceu do recurso e, por unanimidade, deu-lhe provimento parcial ao fito de manter o veículo na esfera de propriedade do apelante.

Mantendo-se a irresignação, recorreu ao STJ, por intermédio de Recurso Especial, no qual pugnou pela diminuição da pena argumentando que essa era exacerbada. Esse recurso, inadmitido em sua origem, recebeu agravo de instrumento, o qual restou provido. Paralelamente, pretendeu a progressão do regime por satisfeitas as condições da LEP.

O STJ, ao seu tempo, não conheceu do recurso, e de ofício, concedeu *habeas corpus* para o único fim de transformar o regime de cumprimento de pena em inicialmente fechado.

---

\* Mestranda em Direito Penal pela Universidade Estadual de Maringá.

## 2. Da constitucionalidade do § 1º, do artigo 2º, da Lei 8.072/90

O acórdão em questão envolve o exame da constitucionalidade da regra inserta no § 1º do art. 2º da Lei dos Crimes Hediondos.

Consagra tese no sentido de que a Lei 8.072/90, ao estabelecer que a pena imposta em condenação pela prática de crimes hediondos e assemelhados (tráfico ilícito de entorpecentes, terrorismo) deve ser cumprida integralmente em regime fechado, contraria o princípio constitucional da individualização da pena.

É de se reconhecer que a norma do § 1º, art. 2º do referido diploma tenha se afastado do sistema de progressão preconizado no Código Penal e na Lei de Execução Penal que prevê a execução da pena privativa de liberdade de forma progressiva, com a transferência de regime mais rigoroso para outro de menor rigor.

Não obstante, embora passível de críticas, no sentido de que inibe de certa forma a prevenção especial da pena, não se pode repelir a incidência de tal dispositivo na ordem jurídica a pretexto de que seja inconstitucional. É que a Carta Magna conferiu ao legislador ordinário competência para dispor sobre a individualização da pena, não estabelecendo qualquer restrição, conforme consta do art. 5º, XLVI, da Constituição Federal. Aliás, pode-se dizer que o legislador ordinário se manteve na mesma linha de rigor, no trato dos crimes hediondos, traçada pelo constituinte (art. 5º, XLIII), preocupado com o combate à criminalidade.

Destarte, combater as condutas mais graves aos olhos da sociedade, como a disseminação das drogas por exemplo, que fere a incolumidade pública, parece ter sido a intenção do legislador, seguindo as diretrizes do próprio constituinte, ao conferir tratamento mais severo a determinados delitos, em que pese ainda, não se possa dizer que o rigor da lei tenha contribuído para a diminuição dos índices de criminalidade.

Assim é que o Supremo Tribunal Federal tem proclamado a constitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei 8072/90. Em acórdão proferido pelo STF, o Min. Francisco Rezek considerou que o princípio da individualização da pena não se ofende diante da impossibilidade de progressão do regime da pena, vez que não impede o juiz de dar trato individual à fixação da pena, mormente no que se refere à intensidade da mesma<sup>1</sup>. No mesmo sentido, o entendimento dos ministros Marco Aurélio, Sepúlveda Pertence, Moreira Alves e Paulo Brossard<sup>2</sup>.

Vê-se, portanto, que não há como afastar a incidência do preceito que ordena o cumprimento integral da pena imposta aos agentes de crimes hediondos em regime fechado.

<sup>1</sup> RT 745/532.

<sup>2</sup> Citações jurisprudenciais de Franco, Alberto Silva. "Crimes Hediondos. Notas sobre a Lei 8.072/90", p.161/162.

### 3. Do §7º, art. 1º da Lei 9.455/97 face aos crimes hediondos e assemelhados

Alguns julgados têm considerado possível a progressão de regime também para os crimes estabelecidos na Lei 8072/90, entendendo ter sido o §1º, art. 2º revogado pelo §7º, art. 1º da Lei 9.455/97, a qual mostrou-se mais benéfica.

Sem sombra de dúvida foi a Lei mais benigna com o crime de tortura, dando nova conotação ao mesmo ao estabelecer que o condenado iniciará o cumprimento da pena em regime fechado, cabendo portanto, a progressão. Isto não autoriza, entretanto, que o juiz, como intérprete, estenda tal condescendência aos crimes hediondos, ao tráfico de entorpecentes ou ao terrorismo, sob pena de usurpar a competência do legislador.

De outro lado, parece pouco crível que uma lei elaborada especificamente para o crime de tortura tenha revogado, ainda que tacitamente, a Lei dos Crimes Hediondos, haja vista que uma lei, para revogar, deve disciplinar totalmente a matéria anterior, ou com ela ser incompatível.

Como adverte Antônio Baldin, “o objetivo da Lei de Tortura não foi e nem pretende ser no sentido de revogar o sistema de cumprimento das penas estabelecido na Lei dos Crimes Hediondos (...) Se a interpretação lógica é aquela que visa compreender o espírito da Lei e a intenção do legislador, foi ele taxativo em definir os crimes de tortura, com providências correlatas, delimitando a revogação, apenas do art. 233 da Lei 8069/90, sem tocar na Lei 8072/90(...) Portanto, não foi revogado, para os crimes hediondos, o integral cumprimento da pena no regime fechado”<sup>3</sup>.

Nesse mesmo passo, segue Júlio Fabbrini Mirabete, entendendo que a Lei 9.455/97 não revogou nem expressa, nem tacitamente, os dispositivos da Lei dos Crimes hediondos, que com ela não se mostram incompatíveis. O autor do crime de tortura sofre a incidência do art. 2º, I e II, da Lei 8072/90 (veda a fiança e a liberdade provisória), distinguindo-se a tortura dos demais crimes previstos no referido diploma apenas quanto a possibilidade de progressão de regime<sup>4</sup>.

Por fim, cabe lembrar que a tese da aplicação analógica *in bonam partem* não pode ser acatada, considerando-se a natureza e as diferenciações dos diversos crimes hediondos<sup>5</sup>. Versando sobre direito excepcional, a regra do § 7º, art. 1º da Lei de Tortura deve ser interpretada restritivamente, afastando o recurso analógico, ainda que em benefício do réu<sup>6</sup>.

<sup>3</sup> Baldin, Antônio. “A Lei de Tortura Revogou a Progressão de Penas?”, RT 753/476.

<sup>4</sup> Mirabete, Júlio Fabbrini. “Tortura: Notas sobre a Lei 9.455/97”, RT 746/481.

<sup>5</sup> Posição sustentada em acórdão proferido pela 2ª Câmara do TJSP- autos 2290873/9, citado por Baldin, Antônio. “A Lei de Tortura Revogou a Progressão de Penas?”.

<sup>6</sup> A propósito, vide: Prado, Luiz Regis. “Argumento Analógico em Matéria Penal”. In: “Revista de Ciências Jurídicas”, nº 1, ano 1997, p. 169.

#### 4. Da progressão de regime frente ao ordenamento jurídico brasileiro

A Lei de Execução Penal, considerando um dos fins da pena, que é preparar o indivíduo ao retorno à sociedade, adotou em seu art. 112, o sistema progressivo no cumprimento das penas. Deste modo, possibilita-se ao condenado, considerando seu mérito e cumpridos um sexto da pena no regime anterior, a evolução de um regime mais rigoroso para outra menos rigoroso.

Não obstante, cada crime traz as suas conseqüências e algumas causam maior dano à sociedade, que passa a exigir uma atuação dotada de maior rigor por parte do Estado quando do exercício do *jus puniendi*. Tanto é assim, que os limites mínimos e máximos são fixados pelo legislador segundo a natureza e o grau de gravidade de cada crime. Daí, pode-se concluir que se tais parâmetros são diferenciados, nada impede que o mesmo ocorra em relação aos regimes prisionais. Com este propósito foi elaborada a Lei 8072/90, estabelecendo os crimes que deveriam ser punidos sob a fortaleza do regime fechado integral, muito embora, como já se disse, em desarmonia com a LEP e o Código Penal<sup>7</sup>, normas que ocupam a mesma posição hierárquica da Lei em questão.

Diante disso, não se pode admitir argumento no sentido de que a tortura apresenta maior potencial ofensivo em relação aos delitos referidos na Lei 8.072/90<sup>8</sup>, no intuito de estender a aplicação do regime mais benigno aos demais crimes marcados pela hediondez, pois, se assim fosse, certamente não teria o legislador ordinário levado tanto tempo para discipliná-la.

#### 5. Das considerações finais

O STJ vem admitindo a progressão de regime para o crime de tráfico de entorpecentes sob o argumento de que o § 1º do art. 2º da Lei dos Crimes Hediondos revela-se inconstitucional, além de ter sido revogado pela Lei 9.455/97 (Lei de Tortura), por tratar-se de Lei mais benigna.

Nosso entendimento, restou claro, é no sentido de que referido diploma não é inconstitucional, nem tampouco está revogado, devendo portanto, ser aplicado pelo juiz, vez que a inconstitucionalidade não se presume, e sob pena de usurpação da competência legislativa.

Entendeu o legislador que o regime integralmente fechado fosse necessário para coibir a prática daquelas infrações mais graves e promover a tutela da sociedade, repelindo a impunidade.

<sup>7</sup> Baldin, Antônio. "A Lei de Tortura Revogou a Progressão de Penas?", RT 753/472.

<sup>8</sup> Telles, Ney Moura. "A Lei nº 9.455/97 Revogou o Art. 2º da Lei dos Crimes Hediondos". Revista Consulex, Ano I, nº 5, 1997, p. 24.

A adoção deste regime pode até não ser justa segundo os ditames do Direito Penal Liberal, pode até não ser uma boa opção de política criminal, pode até não ser científica, mas, extreme de dúvida, não é inconstitucional.

## **6. Referências bibliográficas**

- Baldin, Antônio. *A Lei de Tortura Revogou a Progressão de Penas?* São Paulo: RT 753 de 1.998.
- Franco, Alberto Silva. *Crimes Hediondos - Notas sobre a Lei 8.072/90*. 3. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 1.994.
- Gomes, Luiz Flávio. *Estudos de Direito Penal e Processo Penal*. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 1.998.
- Mirabete, Júlio Fabbrini. *Tortura: Notas Sobre a Lei 9.455/97*. São Paulo: RT 746, 1.997.
- Monteiro, Antônio Lopes. *Crimes Hediondos: Textos, Comentários e Aspectos Polêmicos*, 5ª. ed. São Paulo: Saraiva, 1.997.
- Telles, Ney Moura. *A Lei nº 9.455/97 Revogou o Art. 2º da Lei dos Crimes Hediondos*. Revista Consulex, nº 5, 1.997.