

TEMAS DE DIREITO PENAL

1. NOSSO DIREITO POSITIVO E A TORTURA

2. DA INCONSTITUCIONALIDADE DO § 1.º DO ART. 2.º DA LEI 8.072, DE 25.7.90

MARCO AURÉLIO DE MELLO

Ministro do STF

1. NOSSO DIREITO POSITIVO E A TORTURA

O art. 233 do Estatuto da Criança e do Adolescente tem o seguinte teor:

“Art. 233 — Submeter criança ou adolescente sob sua autoridade, guarda ou vigilância a tortura.

Pena — reclusão de um a cinco anos.

§ 1.º — Se resultar lesão corporal grave:

Pena — reclusão de dois a oito anos.

§ 2.º — Se resultar lesão corporal gravíssima:

Pena — reclusão de quatro a doze anos.

§ 3.º — Se resultar morte:

Pena — reclusão de quinze a trinta anos”.

No Código Penal brasileiro encontramos a tortura não como um tipo autônomo, mas como qualificadora — inc. III do § 2.º do art. 121 — e agravante — alínea “d” do inc. II do art. 61. Relativamente às citadas figuras, possível é o recurso à interpretação analógica, variando o enfoque considerada a formação profissional e humanística do julgador. A tortura, sob os ângulos versados no Código Penal, não se afigu-

ra, em si, um tipo, ou seja, não possui quer previsão, quer, muito menos, definição como crime. A Constituição de 1988 emprestou a certos crimes tratamento especial. Pelo preceito do inc. XLIII do rol das garantias constitucionais, o crime de tortura, ao lado do tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, do terrorismo e dos definidos como crimes hediondos, é tido como inafiançável e insuscetível de graça ou anistia. Já a Lei 8.072/90 trouxe à balha a potencialização dos crimes citados, a revelá-los suficientes a desaguar em pena a ser cumprida, toda ela, no regime fechado. Acrescentou o afastamento do indulto e previu, mais, que a possibilidade de o agente recorrer em liberdade há de ser consignada, fundamentadamente, na sentença condenatória. Disciplinou a prisão temporária, elastecendo o prazo fixado na Lei 7.960, de 21.12.89, de cinco para trinta dias, prorrogável por igual período em caso de extrema e comprovada necessidade. Confira-se com o que se contém no art. 2.º da Lei. Verifica-se, assim, que se deu aos crimes mencionados tratamento dos mais severos. Tendo em vista as repercussões da prática criminosa e o texto da Constituição Federal e da Lei 8.072, Alberto Silva Franco, citado pelo ilustre Rel.

Min. Sydney Sanches, no voto proferido, ressaltou que: "A Constituição Federal inclui a prática da tortura entre os delitos inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia (art. 5.º, XLIII, da CF) deixando, à evidência, para a lei ordinária, a definição de sua estrutura típica. A Lei 8.072/90 referiu-se, em seu art. 2.º à tortura, mas não se preocupou em defini-la, de maneira que, em sua relação, o novo texto legal não possui nenhuma possibilidade operacional: constitui um total vazio".

E assinalou, com a proficiência costumeira: "Não há equiparar a tortura, utilizada pelo agente como meio para a concretização de um determinado fato criminoso, com o delito autônomo de tortura. Deste modo, o homicídio praticado com emprego de tortura (art. 121, § 2.º, II, do CP), o abuso de autoridade que se traduza num atentado à incolumidade física do indivíduo (art. 3.º, *i*, da Lei 4.898/75), as lesões corporais provocadas por atos de tortura (art. 129 do CP) etc. não poderão ser incluídos na Lei 8.072. Como afirmou, com propriedade, Antônio Scarance Fernandes ("Considerações sobre a Lei 8.072, de 29 de julho de 1990 — Crimes Hediondos", RT 660/262, 1990): "se a Constituição impõe a criminalização da prática da tortura não se pode, de maneira ampliativa, pretender atuar o texto a outros fatos criminosos que, eventualmente, possam ser cometidos mediante tortura".

Analisando o Estatuto da Criança, mais precisamente o art. 233, submetido ao crivo da mesma Corte, sentenciou: "Bem por isso — agora em flagrante discordância com o autor antes citado — inadmissível o entendimento de que o art. 233 da Lei 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente) atenda, apenas por ser posterior à Constituição Federal, ao objetivo do texto constitucional. Não há na realidade na figura criminosa referida, descrição que comporte o *nomen iuris* de tortura. A conduta incriminada está con-

tida no verbo submeter, que quer dizer: tornar objeto de, subordinar, sujeitar-se. Criança e adolescente são os objetos diretos da ação referida pelo núcleo do tipo. A tortura constitui objeto indireto: aquilo a que a criança ou o adolescente é submetido. Mas, em verdade, o que é a tortura, no que ela consiste, o que está por detrás deste conceito, quais as ações ou, até mesmo, as omissões que lhe dão corpo e realidade, qual o dado de subjetividade que deve, necessariamente, fazer-se presente nessas ações ou omissões? O art. 233 do Estatuto da Criança e do Adolescente é a esse respeito totalmente silente e admiti-lo como descrição adequada do delito de tortura, conforme exige o texto constitucional, constitui um verdadeiro absurdo. Tipos penais que se caracterizam pela indeterminação ou vacuidade de seus termos; que não permitem captar o que realmente é proibido ou ordenado; que não estabelecem fronteiras, possuindo uma enorme capacidade de expansão; que são dotados de cláusulas gerais; que necessitam de uma atividade de preenchimento de seus elementos de composição, por parte do Juiz ou do intérprete, lesionam, sem dúvida, o princípio constitucional da legalidade".

E cita Hansimer e Muñoz Conde (*Introducción a La Criminología y al Derecho Penal*, 1989, p. 118), segundo os quais "o direito penal está obrigado a dar toda informação que seja possível e com a maior publicidade, tanto sobre suas normas proibitivas ou imperativas, como sobre as sanções e o procedimento adequado para impô-las. A atuação do direito penal não pode nem surpreender nem enganar que foi por ela afetado, e tem de ser publicamente controlável, criticável e, em caso de erro, suscetível de correção. Estas metas só podem ser alcançadas na medida em que os pressupostos e modos de controle social jurídico-penal sejam seguros: este é o sentido que tem o princípio da legalidade visto do ponto de vista da formalização"

(in *Crimes Hediondos*, RT, 1992, 2.^a ed., pp. 51 e 52).

E realmente assim o é. Colho do magistério de Heleno Cláudio Fragoso que: “a interpretação não é atividade criadora, como alguns juristas supõem (Mezger), entendendo que através da interpretação existe uma formação de conceito que cria novos valores do material existente na lei e considerando também o aspecto emocional do processo mental em que se realiza a interpretação. Esta é apenas uma atividade cognoscitiva através da qual se indaga e se descobre a vontade da lei, aplicando-se um conjunto de regras e princípios. Tais regras e princípios não são normas jurídicas, de direito consuetudinário, como afirma Scialoja. Existem, evidentemente, verdadeiras normas jurídicas relativas à interpretação. Este é o caso do art. 5.^o da Lei de Introdução ao Código Civil, e é também o caso da chamada interpretação autêntica. Todavia, as normas ou regras de interpretação são apenas princípios de diversa índole, inclusive lógicos e sistemáticos, não tendo o caráter de verdadeiras normas jurídicas” (*Lições de Direito Penal — Parte Geral*, Forense, RJ, 1985, p. 81).

Assim sendo, a simples menção à tortura, sem que se defina o comportamento suficiente a configurá-la, deixa ao sabor da capacidade até mesmo intuitiva daquele que exerce o ofício judicante o alcance da norma penal, a conclusão sobre a prática, ou não, do crime ao qual o contexto jurídico-constitucional impõe consequências das mais gravosas, como são o afastamento da graça, do indulto e da anistia, da fiança, o elastecimento da prisão temporária e o cumprimento da pena, na sua integralidade, no regime fechado. A insegurança grassará e, o que é pior, o julgamento das ações penais correrá à conta da formação do julgador. Como redigido o art. 233 do Estatuto da Criança e do Adolescente, reclama-se postura do magistrado que contraria a máxima gizada por Nélson Hungria em

Comentários ao Código Penal, Forense, RJ, 1958, 1/86, t. I, consoante a qual “a lei penal deve ser interpretada restritivamente quando prejudicial ao réu e extensivamente no caso contrário”. O juiz partirá para o campo da interpretação extensiva, definindo ele próprio o que se entende como crime de tortura e assumindo, com isso, a posição reservada ao legislador. Talvez mesmo diante desse fato é que são encontrados os mais diversos enfoques sobre o alcance do vocábulo. Cito, como exemplo, ementa de acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo, alusiva à Ap. 145.497-3/6, publicada em *ADCOAS* 142.952 e reproduzida na *Tribuna do Advogado* n. 299: “Crime. Tortura e maus tratos. Distinção. A tortura refere-se ao flagelo, ao martírio, à maldade, praticados por puro sadismo imotivado, ou na expectativa de extorquir notícia, confissão ou informação qualquer, sem se ligar a um sentimento de castigo, de reprimenda, por ato que se reputa errôneo, impensado ou mal-educado, ao passo que o delito de maus tratos, diferentemente, diz respeito ao propósito de punir, de castigar para censurar ou emendar”.

A alusão aos substantivos “flagelo”, “martírio”, “maldade” e a referência à prática “por puro sadismo imotivado” dão a exata medida das oscilações passíveis de ocorrência por não se ter, em preceito de lei, os parâmetros objetivos definidores da prática delituosa. O crime está compreendido dentre os formais, a revelar uma atividade comissiva a ser definida, de forma exaustiva, pela norma de regência.

O grande leque de versões do tipo, passíveis de serem adotadas, deu origem a seis projetos em tramitação, a demonstrar, a mais não poder, a diversidade de enfoques. Faço-o pela ordem em que apresentados:

1) Projeto de Lei do Senado Federal 28, de 1987, de autoria do Senador Jamil Haddad:

"Art. 1.º — Fica acrescentado à parte especial do Código Penal no Título dos Crimes contra a pessoa e no capítulo dos crimes contra a liberdade individual um artigo com a seguinte redação:

Artigo.....— Torturar alguém, causando sofrimento físico, psíquico ou moral, com o propósito de castigo, vingança ou de obtenção de confissão ou informação:

Pena.....";

2) Projeto de Lei do Senado Federal 2.423, de 1989, do Senador Nélson Carneiro:

"Artigo 1.º — Constitui crime torturar alguém causando-lhe sofrimento físico, psíquico e moral, com o propósito de castigo, vingança ou obtenção de confissão ou informação";

3) Projeto de Lei da Câmara dos Deputados 837, 1991, do Deputado Sigmaringa Seixas:

"Ofender a integridade física ou moral de outrem, com intuito de obter informação, ou confissão dele ou de terceira pessoa, mesmo que tendente a caracterizar envolvimento do ofendido, ou de terceiro, em ilícito criminal; ou aplicar, na prisão cautelar ou na execução da pena, na pessoa presa, tratamento cruel, desumano ou degradante.

Pena: reclusão de seis a doze anos.

§ 1.º — Se resulta grave lesão:

Pena — reclusão de oito a dezesseis anos.

§ 2.º — Se resulta morte:

Pena — reclusão de quinze a trinta anos.

§ 3.º — As penas anteriormente previstas aumentam-se na metade, se o autor da tortura for servidor público, civil ou militar, ou se, nessa condição funcional, embora não a executando diretamente, todavia instigou ou coordenou a ação de terceiro à sua prática";

4) Projeto da Câmara dos Deputados 1.035, de 1991, da autoria do Deputado Vivaldo Barbosa:

"Considera-se tortura, nos termos da presente lei, a submissão do ser humano

a procedimento destinado a causar na vítima grave sofrimento físico ou mental";

5) Também o Executivo encaminhou Projeto — o de n. 4.783, de 1990, visando a introduzir, no Código Penal, título relativo aos crimes contra o Estado democrático e a humanidade, revogando a Lei de Segurança Nacional e dando outras providências. O art. 374 assim define o crime de tortura:

"Torturar alguém, causando-lhe sofrimento físico, psíquico ou moral, com propósito de castigo, vingança ou obtenção de confissão ou informação.

Pena.....".

6) Por último, tem-se o Projeto de n. 2.464, de 1991, da autoria do experiente Deputado Federal, na matéria, Hélio Bicudo, e que, dando nova redação ao art. 12 do Dec.-lei 2.448, de 7.12.40 (Código Penal), preceitua:

"Artigo 129 — Submeter alguém, depois de lhe haver reduzido, por qualquer meio, a capacidade de resistência, a maus tratos, com o fim de causar-lhe sofrimento físico ou moral.

Pena.....".

Forçoso é concluir que a iniciativa quanto aos projetos tem uma razão de ser, ou seja, a necessidade de descrever-se o comportamento penalmente condenável, sob o nome jurídico "tortura", para que, com isto, tenha-se como atendido o princípio da reserva legal.

Cumpra salientar ainda que, em 14.12.92, foi constituída uma comissão composta pelos Mins. Evandro Lins e Silva, Francisco de Assis Toledo, Luiz Vicente Cernicchiaro; Des. Alberto Silva Franco; Profs. René Ariel Dotti, João Marcelo de Araújo Junior, Hélio Bicudo, Drs. Paulo Sérgio Pinheiro, Luiza Nagib Eluf, Wandenkolk Moreira, Juarez Tavares e Jair Leonardo Lopes, para, sob a presidência do Min. Evandro Lins e Silva, elaborar, no prazo de cento e oitenta dias, anteprojeto de lei de reforma da parte especial do Código Penal, tudo

de acordo com Portaria do Ministro de Estado da Justiça, Sen. Maurício Corrêa, de n. 581, publicada no Diário Oficial da data supra. Então, aqueles juristas, presentes os contornos constitucionais regedores da matéria, no particular o inc. XXXIX do rol das garantias constitucionais, que encerra a imposição de observar-se a reserva legal, incluíram no título XIV — “Dos crimes contra o Estado Democrático” — mais precisamente no capítulo IV — “Dos crimes contra a humanidade” — o tipo relativo à tortura, fazendo-o de forma minuciosa, como é próprio, a afastar a necessidade de partir-se para a interpretação extensiva, no que contrária à índole do direito penal:

“Art. 458 — Ofender a integridade corporal ou a saúde de alguém, com intuito de obter informação, confissão, ou qualquer outra prova ou declaração, em investigação ou inquérito policial ou em procedimento judicial ou administrativo em curso ou ainda não iniciado;

Pena: reclusão de três a seis anos.

§ 1.º — Na mesma pena incorre quem:

I — dispensa à pessoa presa ou submetida a medida de segurança tratamento cruel, desumano ou que importe em injustificado sofrimento físico ou mental;

II — com o mesmo objetivo do artigo, utiliza aparelho, instrumentos ou substâncias proibidos ou que impliquem sofrimento físico ou mental, ou risco acentuado à saúde da vítima.

§ 2.º — Se do fato resulta lesão corporal grave, a pena é de reclusão de cinco a dez anos; se resulta morte, a pena é de reclusão de seis a vinte anos”.

No art. 459 previu-se a condescendência com a tortura, assim dispondo-se: “Deixar o funcionário público de responsabilizar o autor de tortura ou, faltando competência, não levar o fato ao conhecimento da autoridade competente: pena — reclusão de dois a quatro anos”.

Entender-se que o Estatuto da Criança e do Adolescente, mais precisamente o art. 233 da Lei 8.069, de 13.7.90, har-

moniza-se com a Carta Federal é admitir que a lei possa vir a privilegiar determinadas pessoas, protegendo-as quanto à prática delituosa, muito embora esta transpareça contrária a todos os seres humanos; é agasalhar-se a existência do crime de tortura de forma setORIZADA, considerada a pessoa da vítima, quando, na verdade, a própria Carta da República indica que se trata de crime que, na expressão feliz dos componentes da Comissão designada para elaborar anteprojeto da parte especial do Código Penal, é cometido contra a humanidade. É admitir que, em relação a um mesmo crime, possa-se ter um tipo aberto e outro fechado, conforme o bem protegido. A vingar um dos projetos sobre a matéria, ter-se-á em um mesmo cenário jurídico crime de tortura indefinido, ou melhor, a ser balizado pelo julgador — no caso, contra a criança e o adolescente — e crime de tortura revelado em tipo fechado ou seja, contra pessoa que não seja nem criança nem adolescente. A dualidade discrepa das mais mezinhas noções sobre direito penal. A idade da vítima serve a outras conseqüências, como é o aumento da pena, mas não à diversidade de tipo penal.

Na história do direito penal, o exame dos enfoques conducentes à sua modernização revela a tendência a mitigarem-se as hipóteses de previsão de tipo penal aberto, já que gerador de insegurança jurídica, a comprometer a liberdade do indivíduo. No campo das noções relativas ao tipo, não é demais ter presente as palavras de Aníbal Bruno, contidas em *Direito Penal — Parte Geral*, Forense, RJ, 1967, t. I, p. 222, no que deixou consignado que tipo “é o conjunto de elementos do fato punível descrito na lei penal, ou, para dizermos com Belin, a imagem reguladora (*leitbild*), a qual tem de ajustar-se o fato para constituir crime. Tipicidade é essa conformidade do fato àquela imagem diretriz traçada na lei, a característica que apresenta o fato quando

realiza concretamente o tipo penal". Ora, não se tem, no art. 233, qualquer descrição. Não decorre do citado preceito a imagem reguladora; não exsurge, portanto, abstraída a carga de construção atribuída ao órgão investido do ofício judicante, com a equidistância desejável, sem o envolvimento de paixões incompatíveis com a arte de julgar, a conformidade do fato à imagem diretriz traçada na lei, na definição de Aníbal Bruno. Em *Princípios Básicos de Direito Penal*, de Francisco de Assis Toledo, 2.^a ed., 1986, Saraiva, encontramos também que "o termo tipo exprime a idéia de modelo, esquema" e que não pode ser tomado como "pura criação mental, mas sim descrição esquemática de indivíduos, coisas, objetos ou fenômenos".

A esta altura, indago eu: diante da singeleza do teor do art. 233 em comentário, no que apenas se alude, como está na Constituição Federal e na Lei 8.072/90, ao nome jurídico do crime, onde está a idéia de modelo, esquema, alfin, a descrição dos fatos que consubstanciam a tenebrosa figura da tortura? Também em Damásio de Jesus constatamos a preocupação em situar o que se entende como fato típico. Eis um trecho suficientemente alertador: "O crime, sob o aspecto jurídico-formal, apresenta-se com as características do fato típico e da antijuridicidade. O primeiro requisito é, pois, o fato típico, que consiste no fato que se enquadra no conjunto de elementos descritivos dos delitos contidos na lei penal" (*Direito Penal — Parte Geral*, Saraiva, S. Paulo, 1991, p. 127).

O princípio da taxatividade deve presidir a formulação técnica da lei penal. Nisto está a essência da norma do inc. XXXIX do rol das garantias constitucionais: "Não há crime sem lei que o defina, nem pena sem prévia cominação legal".

Atente-se para a utilização do verbo "definir". A definição não se limita à simples referência ao nome jurídico de um certo acontecimento. É preciso que

a lei contenha a descrição dos fatos que o revelam, sob pena de cair no vazio o citado princípio. Por isso mesmo, Mantovani em *Diritto Penale Parte Generale*, Cedam, Pádua, 1979, pp. 95 e ss., adverte que o legislador está compelido a proceder, quando elabora norma, de maneira precisa na determinação dos tipos legais, a fim de se saber, taxativamente, o que é penalmente ilícito e o que é penalmente admitido.

Evidentemente, ninguém é favorável à tortura. Todavia, até a edição da carta de 1988, dela não se cuidou como tipo autônomo. O açoitamento é nefasto à segurança jurídica que o princípio da reserva legal visa a proporcionar. É preciso que cada qual atue em sua área e, portanto, que o legislador torne extreme de dúvidas, mediante preceito, o que se entende como tortura. Descabe ao Judiciário pretender substituí-lo, mormente quando a hipótese exige mais do que simples interpretação e em questão a liberdade. Não se trata, aqui, de perquirir a formação conservadora ou progressista do magistrado, mas de constatar que o legislador, ao dispor como o fez, no tocante à tortura, no art. 233 do Estatuto da Criança e do Adolescente, agiu distanciado da atual Carta. Reclama-se do Supremo Tribunal Federal postura pedagógica e que em tudo esteja direcionada à supremacia da Lei Básica da República. Lanço a crença nesse norte e cito dois expoentes do Direito Penal. Um do passado, que se mostra sempre atual, e outro do presente, no que vem lutando pelo aprimoramento das letras jurídicas, especialmente no campo penal. Nélson Hungria, redator do Código Penal de 1940, deixou ressaltado em comentários a esse Código, Forense, RJ, 1959, I/86, t. I, que "a lei penal deve ser interpretada restritivamente quando prejudicial ao réu e extensivamente no caso contrário". Ao intérprete não cabe ser rigoroso. Ao intérprete não cumpre preencher as lacunas da lei, fazendo-o ao sabor das emo-

ções reinantes; o intérprete não pode atuar a partir do nada e é justamente o nada, sob o ângulo da reserva legal, que verificamos no teor do art. 233, no que encerra a apenação do crime de tortura. Nele não há nem mesmo uma alusão superficial à conduta incriminada. Valhame do magistério de Ariel Dotti, no que, com insuperável técnica, discorreu sobre o tipo, consideradas as garantias constitucionais: "O princípio da tipicidade constitui um corolário lógico do princípio da legalidade dos delitos e das penas, constitucionalmente instituído como direito e garantia individual. Uma das exigências fundamentais de segurança para um Direito Penal sob as coordenadas do estado democrático de direito é a observância do princípio da taxatividade. A expressão é assim cunhada pelos autores italianos e tem a sua correspondente na designação "tipicidade cerrada" segundo os autores de língua espanhola. Tal princípio se opõe ao uso abusivo das normas penais em branco, bem como a interpretação extensiva e a aplicação analógica em se tratando de normas incriminadoras. Salienta Rodriguez Devesa que a opinião dominante rechaça a teoria dos tipos penais abertos "porque el tipo del injusto ha de ser siempre cerrado, en el sentido de que ha de contener todas las características determinantes del injusto" (José Maria Rodrigues Devesa, *Derecho Penal Español, Parte General*, Ed. Dickson, Madrid, 1992, pp. 422 e 423). Para a submissão da conduta humana ao tipo penal de ilícito não valem as franquias legais estabelecidas pelos arts. 126 do Código de Processo Civil e 3.º do Código de Processo Penal (no que admitem interpretação extensiva e aplicação analógica, bem como o suplemento dos princípios gerais de direito). A exigência da tipicidade, ou seja, da adequação entre o fato humano e o modelo legal, constitui uma das missões de garantia do direito penal consagrada na fórmula romana: "*nullum crimen, nulla*

poena sine praevia lege poenali". Esta é a enfática proclamação de segurança gravada na Constituição e no primeiro artigo do Código Penal e acolhida pela doutrina e pela jurisprudência como princípio de legalidade dos delitos e das penas ou princípio da reserva (ou anterioridade) da lei penal. "O princípio da legalidade e o seu corolário lógico, o princípio da taxatividade, são incompatíveis com a analogia e a interpretação extensiva, sempre que em função de uma ou outra se pretenda caracterizar um ilícito penal ou impor uma sanção correspondente".

Mais uma vez relembre-se, como deixou proclamado Aníbal Bruno, que "o direito punitivo da lei escrita, circunscrito aos fatos que, dentro dos limites da interpretação, ela compreende, não pode ser integrado nas suas lacunas pelo suprimento da analogia" (*Direito Penal — Parte Geral*, p. 222).

2. DA INCONSTITUCIONALIDADE DO § 1.º DO ART. 2.º DA LEI 8.072, DE 25.7.90

Preceitua o parágrafo em exame que nos crimes hediondos definidos no artigo 1.º da citada lei, ou seja, nos de 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, genocídio, tortura, tráfico ilícito de entorpecente e drogas afins e, ainda, terrorismo, a pena será cumprida integralmente em regime fechado.

No particular, contrariando-se consagrada sistemática alusiva à execução da pena, assentou-se a impertinência das regras gerais do Código Penal e da Lei de Execuções Penais, distinguindo-se entre cidadãos não a partir das condições sócio-psicológicas que lhe são próprias, mas de

episódio criminoso no qual, por isto ou por aquilo, acabou por se envolver. Em penada legislativa cuja formalização não exigiu mais do que uma linha, teve-se o condenado a um dos citados crimes como senhor de periculosidade ímpar, a merecer, ele, o afastamento da humanização da pena que o regime de progressão viabiliza, e a sociedade, o retorno abrupto daquele que segregara, já então com as cicatrizes inerentes ao abandono de suas características pessoais e à vida continuada em ambiente criado para atender a situação das mais anormais e que, por isso mesmo, não oferece quadro harmônico com a almejada ressocialização.

Tenho o regime de cumprimento da pena como algo que, no campo da execução, racionaliza-a, evitando a famigerada idéia do “mal pelo mal causado” e que sabidamente é contrária aos objetivos do próprio contrato social. A progressividade do regime está umbilicalmente ligada à própria pena, no que acenado ao condenado com dias melhores, incentiva-o à correção de rumo e, portanto, a empreender um comportamento penitenciário voltado à ordem, ao mérito e a uma futura inserção no meio social. O que se pode esperar de alguém que, antecipadamente, sabe da irrelevância dos próprios atos e reações durante o período no qual ficará longe do meio social e familiar e da vida normal que tem direito um ser humano; que ingressa em uma penitenciária com a tarja da despersonalização?

Sob este enfoque, a principal razão de ser da progressividade no cumprimento da pena não é em si a minimização desta, ou o benefício indevido, porque contrário ao que inicialmente sentenciado, daquele que acabou perdendo o bem maior que é a liberdade. Está, isto sim, no interesse da preservação do ambiente social, da sociedade, que, “dia menos dia” receberá de volta aquele que inobservou a norma penal e, com isto, deu margem à movimentação do aparelho punitivo do Esta-

do. A ela não interessa receber de volta um cidadão, que enclausurou, embrutecido, muito embora o tenha mandado para detrás das grades com o fito, dentre outros, de recuperá-lo, objetivando uma vida comum em seu próprio meio, o que o tempo vem demonstrando, a mais não poder, ser uma quase utopia. Por sinal, a Lei 8.072/90 ganha, no particular, contornos contraditórios. A um só tempo dispõe sobre o cumprimento da pena no regime fechado, afastando a progressividade, e viabiliza o livramento condicional, ou seja, o retorno do condenado à vida gregária antes mesmo do integral cumprimento da pena e sem que tenha progredido no regime. É que, pelo art. 5.º da Lei 8.072/90, foi introduzido no art. 83 do Código Penal preceito assegurando aos condenados por crimes hediondos, pela prática de tortura ou terrorismo e pelo tráfico ilícito de entorpecentes, a possibilidade de alcançarem a liberdade condicional, desde que não sejam reincidentes específicos em crimes de tal natureza (inciso V). Pois bem, a Lei em comento impede a evolução no cumprimento da pena e prevê, em flagrante descompasso, benefício maior, que é o livramento condicional. Descabe a passagem do regime fechado para o semi-aberto, continuando o incurso nas sanções legais a cumprir a pena no primeiro. No entanto, assiste-lhe o direito de ver examinada a possibilidade de voltar à sociedade, tão logo transcorrido quantitativo superior a dois terços da pena.

Conforme salientado pela melhor doutrina, a Lei 8.072/90 contém preceitos que fazem pressupor não a observância de uma coerente política criminal, mas a edição sob o clima da emoção, como se no aumento da pena e no rigor do regime estivessem os únicos meios de afastar-se o elevado índice de criminalidade.

Por ela, os enquadráveis nos tipos aludidos são merecedores de tratamento diferenciado daquele disciplinado no Código Penal e na Lei de Execuções

Penais, ficando sujeitos não às regras relativas aos cidadãos em geral, mas a especiais, despontando a que, fulminando o regime de progressão da pena, amesquinha a garantia constitucional da individualização.

Diz-se que a pena é individualizada porque o Estado-Juiz, ao fixá-la, está compelido, por norma cogente, a observar as circunstâncias judiciais, ou seja, os fatos objetivos e subjetivos que se fizeram presentes à época do procedimento criminalmente condenável. Ela o é não em relação ao crime considerado abstratamente, ou seja, ao tipo definido em lei, mas por força das circunstâncias reinantes à época da prática. Daí cogitar o art. 59 do Código Penal que o juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime, não só as penas aplicáveis dentre as cominadas (inc. I), como também o quantitativo (inc. II), o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade — inicial e, portanto, provisório, já que passível de modificação até mesmo para adotar-se regime mais rigoroso (inc. III) — e a substituição da pena privativa da liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível.

Dizer-se que o regime de cumprimento da pena não está compreendido no grande todo que é a individualização preconizada e garantida constitucionalmente é olvidar o instituto, relegando a plano secundário a justificativa socialmente aceitável que o recomendou ao legislador de 1984. É fechar os olhos ao preceito que o junte a condições pessoais do próprio réu, dentre as quais exsurgem o grau de culpabilidade, os antecedentes, a conduta social, a personalidade, alfim, os próprios fatores subjetivos que desaguarão na prática delituosa. Em duas pas-

sagens, o Código Penal vincula a fixação do regime às circunstâncias judiciais previstas no art. 59, fazendo-o no preceito do § 3.º do art. 33 e no inc. III do próprio art. 59. Todavia, ao que tudo indica, teve-se presente, quando da edição da Lei 8.072/90, que faltaria aos integrantes do aparelho judiciário, aos juízes, aos tribunais, o zelo indispensável à definição do regime e sua progressividade e, aí, alijou-se do crivo mais abalizado que pode haver a definição respectiva.

Assentar-se, a esta altura, que a definição do regime e modificações posteriores não estão compreendidas na individualização da pena é passo demasiadamente largo, implicando restringir garantia constitucional em detrimento de todo um sistema e, o que é pior, a transgressão a princípios tão caros em um Estado Democrático como são o da igualdade de todos perante a lei, o da dignidade da pessoa humana e o da atuação do Estado sempre voltada ao bem comum. A permanência do condenado em regime fechado durante todo o cumprimento da pena não interessa a quem quer que seja, muito menos à sociedade que um dia, mediante o livramento condicional ou, o mais provável, o esgotamento dos anos de clausura, terá necessariamente que recebê-lo de volta, não para que este torne a delinquir, mas para atuar como um partícipe do contrato social, observados os valores mais elevados que o respaldam.

Por último, há de se considerar que a própria Constituição Federal contempla as restrições a serem impostas àqueles que se mostrem incursos em dispositivos da Lei 8.072/90 e dentre elas não é dado encontrar a relativa à não progressividade do regime de cumprimento da pena. O inc. XLIII do rol das garantias constitucionais — art. 5.º — afasta, tão-somente, a fiança, a graça e a anistia para, em inciso posterior (XLVI), assegurar de forma abrangente, sem excepcionar esta

ou aquela prática delituosa, a individualização da pena. Como, então, entender que o legislador ordinário o possa fazer? Seria a mesma coisa que estender aos chamados crimes hediondos e assim enquadrados pela citada lei, a imprescritibilidade que o legislador constitucional somente colou às ações relativas a atos de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático (inc. XLIV). Indaga-se: é dado ao legislador comum fazê-lo? A resposta somente pode ser negativa, a

menos que se coloque em plano secundário a circunstância de a previsão constitucional estar contida no elenco das garantias constitucionais, conduzindo, por isso mesmo, à ilação no sentido de que, *a contrario sensu*, as demais ações ficam sujeitas à regra geral da prescrição.

Destarte, tenho como inconstitucional o preceito do § 1.º do art. 2.º da Lei 8.072/90, no que dispõe que a pena imposta pela prática de qualquer dos crimes nela mencionados será cumprida, integralmente, no regime fechado.