

2. DOUTRINA NACIONAL

A LEI N.º 9.455/97 REVOGOU O ART. 2.º DA LEI DOS CRIMES HEDIONDOS

NEY MOURA TELES

SUMÁRIO: 1. A Lei 8.072, dos crimes hediondos – 2. A Lei 9.455/97, dos crimes de tortura – 3. A finalidade da nova lei – 4. Descobrimos a vontade da lei – 5. O sub-sistema de restrições da nova lei é incompatível com o da Lei 8.072/90 – 6. A nova lei regulou inteiramente a matéria restritiva da lei anterior.

O art. 5.º, XLIII, da Constituição Federal, dispõe: *a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática de 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.*

Determinou, portanto, ao legislador ordinário: a) definisse os crimes de tortura, de terrorismo e os hediondos – os de tráfico já se encontravam definidos – e b) proibisse, quanto a esses crimes, a concessão de fiança, graça ou anistia. Explicou, ainda – desnecessariamente, aliás – que por tais crimes respondem todos quantos para eles concorrerem, inclusive por omissão.

1. A Lei 8.072, dos Crimes Hediondos

Quase dois anos depois, vem ao mundo jurídico a Lei 8.072, de 25 de julho de 1.990, conhecida como a Lei dos Crimes Hediondos, que, no entanto, não se limitou a definir tais crimes. Esta lei, como tem sido comum no Brasil, tratou de várias questões penais e processuais penais, como se mostra.

No art. 1.º (ao depois alterado pela Lei 8.930, de 6 de setembro de 1994), relacionou os tipos legais de crimes que considerou hediondos, inclusive as tentativas deles, e, nos arts. 6.º e 9.º, aumentou as penas de vários dos crimes hediondos, criando um caso de diminuição de pena (delação premiada) para o crime hediondo de extorsão mediante sequestro (art. 7.º). Assim, nestes artigos (1.º, 6.º, 7.º e 9.º), a Lei 8.072/97 cuidou exclusivamente de crimes hediondos.

Nos arts. 2.º, 5.º e 8.º, a Lei 8.072/90 tratou de todos aqueles crimes referidos no art. 5.º, XLIII, da CF: tortura, tráfico ilícito de entorpecentes, terrorismo e os hediondos, em outras palavras, os crimes hediondos e os a ele assemelhados ou equiparados. No art. 2.º, estabeleceu restrições para acusados e condenados por crimes hediondos, prática de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e terrorismo (anistia, graça, indulto, fiança, liberdade provisória), impôs regime fechado integral para o cumprimento de penas, exigiu que o direito de apelar em liberdade fosse concedido somente em decisão fundamentada, e dilatou o prazo de prisão temporária para os tais crimes, e no art. 5.º (o 4.º foi vetado) impôs tempo maior de cumprimento de pena (2/3) para a obtenção do livramento condicio-

nal, para os condenados por crimes hediondos e assemelhados (tortura, terrorismo e tráfico ilícito de entorpecentes) não reincidentes específicos em crimes dessa natureza. No art. 8.º, criou uma nova modalidade de crime de quadrilha e bando, quando a associação criminosa tiver por finalidade o cometimento de crimes hediondos ou assemelhados (art. 8.º), definindo, como causa de diminuição de pena, a delação premiada (par. ún., art. 8.º).

Além disso, no art. 3.º mandou a União manter estabelecimentos prisionais de segurança máxima para condenados de alta periculosidade, não se referindo a quaisquer daqueles crimes, tratando-se, portanto, de uma norma geral. No art. 10, mandou contar em dobro, prazos procedimentais estabelecidos pela Lei 6.368/76, para os crimes tipificados nos arts. 12, 13 e 14.

Em resumo, a Lei 8.072/90 contém dispositivos relativos a cinco matérias bem delimitadas: a) definição de crimes hediondos, com modificação de preceito sancionatório e criação de causa específica de diminuição de pena; b) imposição de restrições penais e processuais penais para acusados e condenados por crimes de tortura, tráfico, terrorismo e hediondos; c) criação da modalidade de crime de associação criminosa para o cometimento de tais crimes e uma causa específica de diminuição de pena; d) criação do encargo, para a União, da manutenção de presídios federais; e) duplicação de alguns prazos procedimentais estabelecidos na Lei 6.368/76.

Vê-se, pois, que a Lei 8.072/90 contém normas de cinco matérias distintas. Uma das matérias tratadas, a das restrições impostas aos acusados e condenados por crimes de tortura, tráfico, terrorismo e hediondos, alcançou preceitos de natureza penal (anistia, graça, indulto, regime fechado) e outros de natureza processual (liberdade provisória, direito

de apelar em liberdade e prazo de prisão temporária).

2. A Lei n.º 9.455/97, dos Crimes de Tortura

Quase uma década após a promulgação da Constituição de 88, entra em vigor a Lei 9.455, de 07.04.1997, definindo os crimes de tortura e criando casos de aumento de pena, inclusive por resultado mais grave (art. 1.º, §§ 1.º a 4.º), tratando, ainda, de efeitos da condenação (art. 1.º, § 5.º), de restrições constitucionais de natureza penal e processual aos condenados por tais crimes, e do regime de cumprimento de pena (art. 1.º, §§ 6.º e 7.º), e criando mais um caso de extra-territorialidade da lei penal brasileira (art. 2.º).

Mais uma vez, o legislador brasileiro, num único diploma legal, tratou de matérias absolutamente distintas: a) tipificação de crimes e criação de causas de aumento de pena; b) imposição de restrições de natureza penal e processual penal para acusados e condenados por crimes de tortura; c) criação de mais um caso de extra-territorialidade da lei penal.

A matéria que interessa, no âmbito deste primeiro estudo sobre a nova lei, a das restrições impostas aos acusados e condenados por crime de tortura, abrange normas de natureza penal (graça ou anistia e regime de cumprimento de pena privativa de liberdade) e processual penal (fiança).

Viva no mundo jurídico a Lei 9.455/97, a pergunta se impõe: a vontade da nova lei é, simplesmente, definir os crimes de tortura, e dar-lhes tratamento restritivo específico, mais brando que o concedido aos crimes hediondos, de tráfico e terrorismo, ou diferentemente, conferir, também a estes crimes, assemelhados aos de tortura, tratamento restritivo penal e processual penal equânime e

isonômico? Esta é a indagação que se procurará doravante responder.

3. A finalidade da nova lei

Para se descobrir a vontade da nova lei, convém trazer à lembrança as sempre justas e pertinentes lições de GIUSEPPE BETTIOL: "A lei não é considerada em sentido 'rígido' mas em sentido 'flexível', enquanto exprime uma vontade que se ajusta às novas situações e possibilidades. (...) Não vai pois a interpretação considerada como uma atividade que se manifesta fora do tempo e do espaço, mas como um atuar incrustado – até que a norma não tenha sido ab-rogada – no ambiente histórico em que o juiz vive e age. Já se vê portanto que, à pureza de um juízo lógico 'anti-histórico', reage o ambiente social em que a norma deve ter aplicação. Mas é que de uma lógica abstrata não será o caso de falar-se, a propósito de interpretação da norma penal. Se o escopo é buscar o significado de um 'querer' encerrado no cerne da norma, não se colhe o próprio querer na linha de um procedimento lógico-formal, porque a 'vontade' da norma apresenta uma direção finalista enquanto tutela de um 'valor'. A lógica do intérprete deve endereçar-se também a este valor, que dá tom e característica ao querer da norma; deve ser portanto uma lógica finalista, uma teleológica".¹

De início, voltem-se os olhos para o preceito inserto no art. 5.º, XLIII, da CF, que determinou à lei ordinária desse tratamento diferenciado, restritivo, a uma categoria de crimes muito graves: tortura, terrorismo, tráfico ilícito de entorpecentes e os hediondos. De notar que o primeiro dos gêneros de crimes referidos foi exatamente o da tortura, certamente

por ser o mais grave deles. O preceito constitucional, portanto, considerou assemelhados ou equiparados uma categoria de crimes, determinando tratamento restritivo isonômico e equânime.

Em outras palavras, a norma constitucional mandou o legislador elaborar leis ordinárias, dando aos crimes de tortura e aos seus assemelhados, tratamento diferenciado do dispensado aos demais crimes, consistente na impossibilidade de fiança, graça e anistia. Nada mais. Esta foi a ordem constitucional.

A primeira determinação constitucional, de vedar a concessão de fiança, anistia e graça aos acusados e condenados pelo crime de tortura e aos ele assemelhados foi obedecida pelo legislador da Lei 8.072/90, que, ademais, construiu rol de crimes, que passaram, então, a ser considerados hediondos. Sobre cada um dos tipos selecionados, pregou-lhes a etiqueta, o rótulo, de *hediondo*.

Não satisfeito, e influenciado pelo movimento da Lei e da Ordem, o legislador foi além das sandálias, impondo, aos condenados por crimes de tortura, tráfico, terrorismo e os então definidos hediondos, o cumprimento das penas integralmente em regime fechado, proibindo para eles a concessão de liberdade provisória, aumentando o prazo de prisão temporária, determinando que o juiz deliberasse fundamentadamente sobre o direito de apelar em liberdade, majorando as penas de vários dos crimes considerados hediondos, e criando causas de aumento e de diminuição de penas.

Passados seis anos de vigência da Lei dos Crimes Hediondos, é indiscutível o fracasso de seus propósitos. Dando tratamento mais severo para os condenados pelos crimes mais graves, especialmente os de *extorsão mediante sequestro, tráfico de entorpecentes, estupros e atentados violentos ao pudor*, como se buscando a combater essa forma de criminalidade, e objetivando, é de todo óbvio, a

⁽¹⁾ Em Direito Penal, vol. 1, Ed. RT, p. 152/153

sua contenção, a lei, além de não ter contribuído para nenhuma redução de quaisquer dos índices dessa criminalidade, revelou-se verdadeiro fator do surgimento de outros fenômenos indesejáveis: a rebelião, os motins nos presídios e as fugas.

FRANCISCO DE ASSIS TOLEDO, ao combater o dispositivo que impunha o cumprimento da pena em regime fechado integral, vislumbrava com lucidez: "A determinação contida no § 1.º do art. 2.º ("a pena por crime previsto neste artigo 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 I Congresso Brasileiro de Política Criminal e Penitenciária de 1981, "o seguinte": "Em relação à pena de prisão, instituiu-se um subsistema verdadeiramente progressivo, sem possibilidade da perpetuação da segregação social, para cumprir-se o mandamento constitucional do art. 153, § 11 da Carta Magna. 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, abre-se uma concreta esperança, para todo condenado, no sentido de poder conquistar, por seu próprio esforço, a liberdade, bem inalienável de todo 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 transformá-lo em mero castigo, dentro de algum retributivismo kantiano, formal e desalmado. (...) É lamentável que um legislador desatento e mal asses-

sorado tenha retirado da Administração da Justiça esse precioso instrumento de 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".²

É, portanto, em momento de constatação do fracasso da Lei dos Crimes Hediondos, que o Congresso decreta a nova lei, que é, finalmente, sancionada e entra em vigor.

Tudo indica que veio ao mundo não só para definir os tipos de tortura, mas ainda para revogar alguns dos dispositivos da Lei 8.072/90, acabando com suas imperfeições, seus defeitos, sua rigidez, sua severidade, sua brutalidade, sua estupidez, enfim, suas ignominiosas restrições aos mais mezinhos direitos processuais dos acusados. Veio para corrigir o que estava errado, para erradicar os abusos, para riscar da história do direito penal brasileiro um tempo de terror, de desnecessária e brutal violência legal, para apagar dispositivos que feriram a Constituição não poucas vezes.

Como chegar-se a conclusão tão firme?

4. Descobrindo a vontade da lei

Dentre as regras que presidem a boa interpretação da lei, importam, aqui, as seguintes: a) o princípio da isonomia, b) a equidade; e c) o elemento sistemático na interpretação finalística.

O princípio de *isonomia*, também chamado princípio de igualdade perante a lei, ou de igualdade formal, inserto no art. 5.º, *caput* e inciso I, na lição de PONTES DE MIRANDA, "dirige-se a

(2) Crimes Hediondos, em Fascículos de Ciências Penais, n. 2, Sérgio Antonio Fabris, Porto Alegre, 1992

todos os poderes do Estado. É imperativo para a legislatura, para a administração e para a Justiça. (...) ³. Dele decorre, portanto, a ordem para o legislador tratar os indivíduos de modo igualitário, como bem distingue PINTO FERREIRA: "Tal princípio deve ser apreciado com uma dupla perspectiva: igualdade na lei e igualdade perante a lei, esta pressupondo a lei elaborada" ⁴.

A lei deve dar tratamento isonômico aos iguais, vale dizer, aqui, aos crimes que a lei fundamental considerou equivalentes, equiparados ou assemelhados, pela sua gravidade, como é o caso da tortura, do terrorismo, do tráfico e dos hediondos. Se o preceito constitucional equiparou os quatro gêneros de crimes, impondo-lhes restrições que não impôs, em conjunto, a qualquer outro gênero de crimes, cabe ao legislador ordinário dar tratamento igualitário a todos esses gêneros de crimes. Não poderia, por exemplo, tratar os crimes de terrorismo de modo mais brando nem mais severo que os crimes de tráfico ilícito de entorpecentes, nem conferir aos crimes de tortura tratamento mais duro, nem mais benigno, que o dispensado aos crimes hediondos.

A *equidade*, como ensina ESPÍNOLA FILHO "não é, de modo algum, fonte do direito, mas é um expediente técnico, de atender na aplicação das fontes do direito, isto é, no ajustamento da norma ao caso apresentado. De fato, a equidade, tanto na doutrina, como nos sistemas legislativos modernos, não passa de uma propriedade, ou qualidade, que a lei tem, de se adaptar às circunstâncias do caso concreto, segundo estes critérios: 1.º) as coisas e relações iguais devem ser trata-

das de modo igual, e as coisas e relações desiguais, ou diferentes, devem ser tratadas de modo desigual, diferente; (...) 3.º) entre as soluções logicamente possíveis, deve preferir-se, sempre, a que for mais branda, mais moderada e mais humana, pois, como acentuou REGELSBERGER, 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 brando, para o moderado, para o humano" ⁵.

Tendo a Carta Magna equiparado, expressamente, os crimes de tortura aos de terrorismo, ambos aos de tráfico de entorpecentes, e todos estes aos que a lei definisse hediondos, de toda obviedade que criou uma classe de crimes assemelhados, equiparados.

Gêneros de crimes equiparados, assemelhados, pela norma maior, devem ser tratados de modo igual. Assim, as restrições de natureza processual devem ser as mesmas e as proibições de obtenção de benefícios penais também devem ser as mesmas. Afinal, tais crimes têm uma característica que os une: a *gravidade*. Este sinal característico, impondo maior reprovação, e que vai se materializar na qualidade e na quantidade das sanções cominadas, fez com que o legislador constituinte reunisse-os sob a necessidade de merecer, também, algumas restrições, proibindo a fiança e a concessão de graça ou anistia.

A lei que primeiramente tratou dessa matéria, a 8.072/90, fê-lo, é sabido, exorbitando, restringindo mais do que a Constituição mandou, pelo que agrediu-a. A Lei 9.455/97, sabiamente, ajustou-se ao mandamento constitucional. Ao fazê-lo, revogou a exorbitância.

(3) Comentários à Constituição de 1946, v. I, p. 165, Henrique Cahen Editor, Rio.

(4) Comentários à Constituição Brasileira, v. I, arts. 1.º a 21, Saraiva, São Paulo: 1989, p. 62).

(5) Código de Processo Penal Brasileiro Anotado, v. I, p. 184, Freitas Bastos, 1943.

A nova lei é, assim, em todos os seus dispositivos pertinentes aos crimes de tortura, mais benéfica que lei 8.072/90. Sua intenção não pode ser a de cuidar apenas da tortura, mas também dos seus assemelhados.

Essa intenção, não expressa, da lei, exsurge cristalinamente de todo o seu espírito, que é o do aperfeiçoamento da legislação penal brasileira, recuperando princípios constitucionais necessários a uma política criminal eficiente, sem olvidar a proteção dos interesses da sociedade, tratando rigorosamente os crimes de maior potencial ofensivo, ao tempo em que observa a necessidade de valorizar a essência humana presente nos delinquentes.

O elemento *sistemático* da interpretação finalística também indica essa conclusão. Como ensina BETTIOL, "há, no seio das normas *uma ordem sistemática* frequentemente decisiva para a interpretação teleológica. As normas, na verdade, não vivem como "mônadas" isoladas, como meras individualidades entre as quais não há nenhuma relação de parentesco, mas se reagrupam entre si com base em critérios teleológicos superiores aos escopos singulares próprios de cada uma das normas"⁶. A importância da interpretação sistemática resplandece grandiosa na lição de ESPÍNOLA FILHO: "...sempre se apontou, como circunstância capaz de elucidar as disposições obscuras, a sua comparação, o confronto com outros dispositivos, tratando da mesma matéria, ou de matérias diferentes, em forma que, não só a lei no seu conjunto, e também todo o sistema da legislação formem um feixe, cujas partes componentes são solidárias"⁷.

Se a nova lei não tivesse revogado o art. 2.º da Lei 8.072/90, haveria,

doravante, tratamentos diferenciados para crimes assemelhados. Crime hediondo: inafiançável, insuscetível de indulto, graça ou anistia, com a impossibilidade de liberdade provisória, o cumprimento de pena em regime fechado integral, e prisão temporária por 30 dias. Crime de tortura: inafiançável, insuscetível de graça ou anistia, com a possibilidade de concessão de indulto, de liberdade provisória, o cumprimento de pena progressivo, e prisão temporária por 5 dias.

Evidente que se assim fosse, estas duas leis não formariam aquele feixe com todas as suas partes solidárias. Reinariam a desarmonia, a incongruência, a incoerência, a desigualdade, o verdadeiro caos. Crimes de potencial ofensivo equivalentemente graves, tratados de forma diferenciada. Transportando ambas as normas para a vida prática surgiriam alguns absurdos:

a) Condenado por crime de atentado violento ao pudor, a oito anos de reclusão, cumprirá a pena integralmente no regime fechado. Condenado por crime de tortura, seguida de morte, a uma pena de oito anos de reclusão, cumprirá apenas 1/6 no regime fechado, podendo progredir. Qual dos crimes é o mais grave?

b) Condenado por estupro, a pena, mínima, de seis anos, deverá cumprí-la integralmente em regime fechado. Condenado por crime de tortura seguida de lesão corporal gravíssima, por exemplo, a extirpação do órgão sexual masculino, a pena de seis anos, terá direito à progressão. Qual crime é mais grave?

c) Nos dois exemplos anteriores, os acusados do atentado violento ao pudor e do estupro, não poderão obter liberdade provisória, ao passo que os agentes das duas espécies de tortura poderão, ainda quando tiverem cometido o crime contra criança, deficiente ou adolescente.

d) O homicídio qualificado pelo emprego de tortura é crime hediondo.

⁽⁶⁾ In op. cit., p. 164

⁽⁷⁾ In op. cit., p. 198

Trata-se de crime em que o agente deseja simplesmente matar outrem, utilizando-se, todavia, de tortura, isto é, do emprego de meios que signifiquem “a infligção de mal desnecessário para causar à vítima dor, angústia, amargura, sofrimento”.⁸ O crime de tortura, seguida de morte, não é hediondo. Neste crime, o agente constrange a vítima, mediante violência ou grave ameaça, causando-lhe sofrimento físico ou mental, para, por exemplo, obter uma informação, ou em razão de discriminação racial ou religiosa, e, por negligência, por falta de cuidado, acaba produzindo a morte. O tratamento dado ao acusado e ao condenado pelo homicídio qualificado pela tortura é muito mais severo (não tem direito à liberdade provisória, cumprirá a pena integralmente no regime fechado), do que aquele conferido ao acusado da tortura seguida de morte (pode responder o processo em liberdade e progredir no cumprimento da pena, etc.). Evidente que são crimes de gravidade tal que exigem tratamento equânime e isonômico, como aliás, determinou a Carta Magna.

De toda obviedade que não podem as duas ordens conviver em harmonia. E o Direito é, sobretudo, um conjunto de normas que se harmonizam, que se complementam e que convivem solidamente sem atritos, sem conflitos.

5. O Sub-Sistema de Restrições da Nova Lei é incompatível com o da Lei 8.072/90

A incompatibilidade entre as duas leis, no conjunto dos dispositivos que tratam das restrições penais e processuais é gritante e o § 1.º do art. 2.º da Lei de Introdução ao Código Civil determina que a lei posterior revoga a anterior quando “*seja com ela incompatível*.”

Tais contradições não podem existir, é de todo óbvio, pois que o direito há de ser, sempre, um sistema harmônico de normas, não um amontoado de incongruências.

“O princípio cardeal em torno da revogação tácita é o da *incompatibilidade*. Não é admissível que o legislador, sufragando uma contradição material de seus próprios comandos, adote uma atitude insustentável (*simul esse et non esse*) e disponha diferentemente sobre um mesmo assunto. O indivíduo, a cuja volição a norma se dirige, não poderá atender à determinação, se se depara com proibições ou imposições que mutuamente se destroem. Na impossibilidade da existência simultânea de normas incompatíveis toda a matéria da revogação tácita sujeita-se a um princípio genérico, segundo o qual *prevalece a mais recente*, quando o legislador tenha manifestado vontade contraditória. Um dos brocardos, repetidos pelos escritores, diz precisamente que *lex posterior derogat priori*; e o legislador pátrio adota como princípio informativo do sistema (Lei de Introdução, art. 2.º, § 1.º). Mas é bem de ver que nem toda lei posterior derroga a anterior, senão quando uma *incompatibilidade* se erige dos seus dispositivos. Esta incompatibilidade pode ser o resultado da *normação geral* instituída em face do que antes existia: quando a lei nova passa a regular inteiramente a matéria versada na lei anterior, todas as disposições desta deixam de existir, vindo a lei revogadora substituir inteiramente a antiga. Assim, se toda uma província do direito é submetida a nova regulamentação, desaparece inteiramente a lei caduca, em cujo lugar se colocam as disposições da mais recente”.⁹

(8) Mirabete, Manual, p. 72, 11., Atlas.

(9) Caio Mário da Silva Pereira, “Instituições de Direito Civil”, v. 1, 5., Forense, 1978, p. 123.

Patente e indiscutível a incompatibilidade entre as duas leis, a impossibilidade da convivência harmônica entre as duas categorias de crimes, cada qual com sua disciplina, é de todo óbvio que a lei posterior, face a incompatibilidade com a anterior, simplesmente veio revogá-la, naqueles dispositivos, consoante manda o art. 2.º, § 1.º da Lei de Introdução ao Código Civil.

6. A nova Lei regulou inteiramente a Matéria Restritiva da Lei anterior

A norma do art. 2.º, § 1.º, da Lei de Introdução ao Código Civil afirma que a *"lei posterior revoga a anterior"*, quando regular *"inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior"*.

Dentre as cinco matérias tratadas pela Lei 8.072/90, uma foi a das *restrições* de natureza penal e processual penal impostas aos crimes hediondos e assemelhados: a *classe* de crimes insuscetíveis de fiança, graça e anistia, criada pela norma constitucional.

A Lei 9.455/97, ao definir os crimes de tortura, impôs-lhes apenas as mesmas restrições determinadas pelo preceito constitucional do inciso XLIII do art. 5.º: *inafiançabilidade e insuscetibilidade de graça ou anistia* (§ 6.º, do art. 1.º), e fez questão de esclarecer que o cumprimento da pena privativa de liberdade será iniciado no regime fechado. Indiscutível, pois, a possibilidade da progressão. Quanto à liberdade provisória, ao direito de apelar em liberdade, e ao livramento condicional silenciou.

Verifica-se, com clareza, que a nova lei veio tratar de um dos gêneros de crimes daquela classe de crimes que fora objeto da Lei 8.072/90, mencionados no preceito constitucional.

De todo evidente que a vontade da nova lei é que os "crimes de tortura" recebam tratamento diferenciado do conferido pela Lei 8.072/90, já que não

reiterou as restrições nela contidas, como a proibição da liberdade provisória, o que vem atender a um reclame quase que unânime da mais moderna doutrina e jurisprudência, o que, é de toda obviedade, demonstra a vontade da lei de, corrigindo os defeitos da lei antiga, não mais vedar essa possibilidade.

Inegável que a nova lei veio tratar integralmente dos crimes de tortura, que integram o mesmo sub-sistema penal que fora regulado pela Lei 8.072/90, declarando-os inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia (§ 6.º). Em outras palavras, tratou daquela mesma matéria tratada pelo art. 2.º da Lei 8.072/90.

O argumento de que a nova lei não cuidaria inteiramente da mesma matéria contida nos art. 2.º da Lei 8.072/90, por não trazer dispositivo algum acerca da liberdade provisória, do direito de apelar em liberdade, nem da prisão temporária, e que seria apenas uma lei especial em relação à Lei 8.072/90, não merece guarida.

Não há, entre a lei anterior e a lei nova, relação de gênero para espécie. Ambas, a Lei 8.072/90 e a Lei 9.455/97, são especiais em relação ao preceito constitucional do art. 5.º, XLIII, que é a norma genérica, e, ainda, em relação às normas do Código Penal e do Código de Processo Penal, que constituem, cada qual, as normas genéricas penais e processuais.

Não há, ademais, em qualquer dos crimes de tortura tipificados, algum *quid* de *menor* gravidade, que exigisse tratamento mais benigno que o conferido ao terrorismo, aos crimes hediondos e ao tráfico ilícito de entorpecentes. Nada, portanto, que justificasse a construção de uma lei especial em relação à lei que impôs restrições a aqueles crimes. Ao contrário, se algo houvesse, de diferente, nos crimes de tortura, em relação aos demais, o *quid* especializador seria exatamente no sentido de considerá-los de

maior gravidade, uma vez que, pela conformação dos tipos criados, são sempre condutas através das quais alguém, dolosamente, submete alguém a "sofrimentos agudos, físicos ou mentais",¹⁰ com a finalidade de obter informação, declaração ou confissão da vítima ou de terceira pessoa, ou para provocar ação ou omissão criminosa, ou ainda como forma de aplicar castigo pessoal ou em razão de discriminação racial ou religiosa.

Estes elementos subjetivos, aliados às formas e aos meios de execução, que acarretam sofrimento intenso da vítima, tornam os crimes de tortura de maior gravidade que os hediondos e o tráfico ilícito de entorpecentes. Assim, se houvesse especialização, ela deveria ser no sentido de dar tratamento mais rigoroso, não ao contrário, como acontece.

Tendo a nova lei, tão especial quanto a anterior, dado novo tratamento penal a um dos gêneros de crimes daquela mesma classe de crimes de grande potencial ofensivo assemelhados pela Constituição, e nada dito sobre liberdade provisória, direito de apelar em liberdade e prazos de prisão temporária e procedimentais, é porque, relativamente a essas questões, desejou sejam aplicadas as normas gerais do Código de Processo Penal, e as da Lei 7.960/89, relativamente à prisão temporária.

Silenciando sobre essas questões processuais, é porque não desejou alterar quaisquer dos sub-sistemas processuais, contidos no Código de Processo Penal e nas outras leis adjetivas. Assim fez porque não desejou conferir tratamento especial quanto à concessão da liberdade provisória, ou do direito de apelar em liberdade, nem quis dilatar prazo de

prisão temporária, nem quaisquer dos procedimentais.

Na verdade, o que a nova lei fez foi corrigir as imperfeições da lei antiga, que impunha tratamento rigoroso, quando o que se exige é um tratamento penal severo, mas, ao mesmo tempo, humanitário. Além disso, ajustou-se ao princípio da presunção da inocência, que impede tratamento de condenado a quem ainda não o é.

Com o novo sub-sistema penal criado, no qual retorna a incidência das regras gerais do cumprimento progressivo da pena privativa de liberdade, substituindo o anterior, substitui-se também, na sua integridade, o sub-sistema processual penal da Lei dos Crimes Hediondos, eivado de inconstitucionalidades, como apontou a doutrina mais moderna e a jurisprudência mais democrática.

É certo que melhor teria sido se a lei tivesse, expressamente, afirmado a sua vontade de substituir os dispositivos mencionados da Lei dos Crimes Hediondos (art. 2.º), todavia, a tarefa primordial é interpretar a norma e não censurar ou tecer críticas ao legislador, especialmente quando parte do seu trabalho representa um notável avanço para o direito penal, e até porque *pode ter sido sua vontade deixar para os operadores do direito a verificação da revogação tácita operada*.

Felizmente, o ordenamento jurídico brasileiro ficou livre da parte mais hedionda da famigerada lei dos crimes hediondos. Espere-se, agora, do legislador, dentre outras medidas, a diminuição das penas majoradas pela Lei 8.072/90, restabelecendo-se a harmonia do sistema cominatório original do Código Penal.

⁽¹⁰⁾ da definição de tortura adotada pela Convenção da ONU contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, aprovada pelo Dec.

Legislativo 4, de 23.05.89, promulgada pelo Decreto Presidencial 40, de 15.02.91.