

Leia voto de Marco Aurélio sobre progressão de regime

26/06/2006

Em fevereiro de 2006, o Supremo Tribunal Federal, por seis votos a cinco, declarou que condenados por crimes hediondos têm direito à progressão de regime. Os ministros consideraram inconstitucional o parágrafo 1º, do artigo 2º, da Lei 8.072/90 (Lei dos Crimes Hediondos).

O entendimento foi firmado em julgamento de pedido de Habeas Corpus em favor de Oseas de Campos, condenado por atentado violento ao pudor. O relator do processo foi o ministro Marco Aurélio.

O ministro foi um dos seis que votaram pela inconstitucionalidade do dispositivo que impedia a progressão do regime. Em seu voto, apontou os “contornos contraditórios” da Lei dos Crimes Hediondos. O artigo 5º da lei assegura aos condenados, pela prática de tortura ou terrorismo e por tráfico de entorpecentes, a possibilidade de obter liberdade condicional, desde que não reincidentes.

Ante a descrição do artigo 5º, Marco Aurélio entendeu que “a Lei 8.072/90 contém preceitos que fazem pressupor não a observância de uma coerente política criminal, mas que foi editada sob o clima de emoção, como se no aumento da pena e no rigor do regime estivessem os únicos meios de afastar-se o elevado índice de criminalidade”.

O ministro cita a promulgação da Lei de Tortura (9.455/97), que permite a progressão de regime para condenados pela prática, também considerada crime hediondo. A norma prevalece sobre a Lei dos Crimes Hediondos. Marco Aurélio segue o raciocínio de que não há razão para que o sistema progressivo possa ser aplicado aos condenados por tortura e negado aos condenados por crime hediondo.

Além do ministro Marco Aurélio, votaram pela inconstitucionalidade da regra os ministros Carlos Ayres Britto, Gilmar Mendes, Cezar Peluso, Eros Grau e Sepúlveda Pertence. Contra a progressão, além de Ellen Gracie, votaram Carlos Velloso, Joaquim Barbosa, Celso de Mello e Nelson Jobim.

Regime fechado

O dispositivo derrubado pelos ministros previa regime integralmente fechado de cumprimento da pena para condenados por homicídio, latrocínio, extorsão qualificada pela morte, extorsão



mediante seqüestro, estupro, atentado violento ao pudor, epidemia com resultado morte, falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais.

Ou seja, vedava a possibilidade de os juízes analisarem pedidos de progressão nesses casos. A norma, contudo, já vinha sendo mitigada em diversas decisões e dividia até mesmo o Supremo.

Leia o voto de Marco Aurélio

23/02/2006

TRIBUNAL PLENO

HABEAS CORPUS 82.959-7 SÃO PAULO

RELATOR: MIN. MARCO AURÉLIO

PACIENTE(S): OSEAS DE CAMPOS

IMPETRANTE(S): OSEAS DE CAMPOS

COATOR(A/S)(ES): SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

PENA - REGIME DE CUMPRIMENTO - PROGRESSÃO - RAZÃO DE SER. A progressão no regime de cumprimento da pena, nas espécies fechado, semi-aberto e aberto, tem como razão maior a ressocialização do preso que, mais dia ou menos dia, voltará ao convívio social.

PENA - CRIMES HEDIONDOS - REGIME DE CUMPRIMENTO - PROGRESSÃO - ÓBICE - ARTIGO 2º, § 1º, DA LEI Nº 8.072/90 - INCONSTITUCIONALIDADE - EVOLUÇÃO JURISPRUDENCIAL. Conflita com a garantia da individualização da pena - artigo 5º, inciso XLVI, da Constituição Federal - a imposição, mediante norma, do cumprimento da pena em regime integralmente fechado. Nova inteligência do princípio da individualização da pena, em evolução jurisprudencial, assentada a inconstitucionalidade do artigo 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90.

A C Ó R D ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os ministros do Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária, sob a presidência do ministro Nelson Jobim, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por maioria, em deferir o pedido de *habeas corpus* e declarar, *incidenter tantum*, a inconstitucionalidade do § 1º do artigo 2º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, nos termos do voto do relator, vencidos o ministros Carlos Velloso, Joaquim Barbosa, Ellen Gracie, Celso de Mello e Nelson Jobim, Presidente. O Tribunal, por votação unânime, explicitou que a declaração incidental de inconstitucionalidade do preceito legal em questão não gerará consequências jurídicas com relação às penas já extintas nesta data, pois esta decisão plenária envolve, unicamente, o afastamento do óbice representado pela norma ora declarada inconstitucional, sem prejuízo da apreciação, caso a caso, pelo magistrado competente, dos demais requisitos pertinentes ao reconhecimento da possibilidade de progressão.

Brasília, 23 de fevereiro de 2006.

MARCO AURÉLIO

RELATOR

06/08/2003

TRIBUNAL PLENO

HABEAS CORPUS 82.959-7 SÃO PAULO

RELATOR: MIN. MARCO AURELIO

PACIENTE(S): OSEAS DE CAMPOS

IMPETRANTE(S): OSEAS DE CAMPOS

COATOR(A/S) (ES): SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

COATOR(A/S) (ES): TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

R E L A T Ó R I O

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) - O Superior Tribunal de Justiça, ao indeferir a ordem no *habeas corpus* com o qual se defrontou, assim resumiu as teses sufragadas (folha 31):

PROCESSUAL PENAL HABEAS-CORPUS. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. INEXISTÊNCIA DE LESÃO CORPORAL GRAVE OU MORTE. VIOLÊNCIA PRESUMIDA. CRIME HEDIONDO. REGIME INTEGRALMENTE FECHADO. ART. 2º, § 1º, LEI 8.072/90. CONSTITUCIONALIDADE. NÃO REVOGAÇÃO PELA LEI 9.455/97.

- A jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça consolidou-se no sentido de que os crimes de estupro e atentado violento ao pudor, nas suas formas qualificadas ou simples, ou seja, mesmo que deles não resulte lesão corporal grave ou morte, e ainda que praticados mediante violência presumida, são considerados hediondos, devendo as suas respectivas penas serem cumpridas em regime integralmente fechado, por aplicação do disposto no artigo 2º, § 1º, da Lei 8.072/90.

- E na linha do pensamento predominante no Supremo Tribunal Federal, consolidou, majoritariamente, o entendimento de que a Lei nº 9.455/97, que admitiu a progressão do regime prisional para os crimes de tortura, não revogou o art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90, que prevê o regime fechado integral para os chamados hediondos.

- É firme o posicionamento desta Corte, em consonância com a jurisprudência do STF, no sentido da compatibilidade da norma do art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/90 com a Constituição Federal.

- **Habeas-corpus** denegado.

O paciente, com a peça de folha 2 a 7, sustenta: que o ato praticado deveria merecer enquadramento como obsceno e não como atentado violento ao pudor; que a violência presumida em relação à vítima menor de quatorze anos não qualifica o crime de atentado violento ao pudor como hediondo; a ausência de fundamentação do acórdão proferido pelo Superior Tribunal de Justiça; a impossibilidade de aumento da pena em um sexto, por não revelar a espécie crime continuado; a incoerência de ter-se progressão no regime de cumprimento da pena em se tratando de crime de tortura e não se lograr o mesmo na espécie. Requer a absolvição e, assim não se concluindo, a redução da pena e a progressão no regime de cumprimento.

O parecer da Procuradoria Geral da República é no sentido do indeferimento da ordem (folhas 41 e 42).

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) - Os parâmetros objetivos deste *habeas* são revelados ante o acórdão proferido pelo Superior Tribunal de Justiça. Assim, apenas cabe o exame da questão referente à Lei nº 8.072/90 e a relativa à alegada falta de fundamentação do que decidido. Quanto ao vício de forma, ou seja, à falta de fundamentação do que decidido, o acórdão de folha 23 a 31 noticia a improcedência da articulação. A Corte revelou os fundamentos pelos quais a ordem não se mostrou procedente, citando arestos em torno da matéria. No mais, valho-me de votos proferidos, salientando que este processo esteve em mesa para julgamento na última sessão do primeiro semestre do corrente ano judiciário, havendo ocorrido o adiamento.

DA INCONSTITUCIONALIDADE DO § 1º DO ARTIGO 2º DA LEI Nº 8.072, DE 25 DE JULHO DE 1990

Esta matéria conduziu-me a afetar, na forma prevista no artigo 22 do Regimento Interno, o presente caso a este Plenário. É que tenho como relevante a arguição de conflito do § 1º do artigo 2º da Lei nº 8.072/90 com a Constituição Federal, considerado quer o princípio isonômico em sua latitude maior, quer o da individualização da pena previsto no inciso XLVI do artigo 5º da Carta, quer, até mesmo, o princípio implícito segundo o qual o legislador ordinário deve atuar tendo como escopo maior o bem comum, sendo indissociável da noção deste último a observância da dignidade da pessoa humana, que é solapada pelo afastamento, por completo, de contexto revelador da esperança, ainda que mínima, de passar-se ao cumprimento da pena em regime menos rigoroso.

Preceitua o parágrafo em exame que nos crimes hediondos definidos no artigo 1º 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, acabaram por se envolver. Em atividade 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.

Senhor Presidente, 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, acenando 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, digo que 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 isso, deu margem à movimentação do aparelho punitivo do Estado. A ela não interessa o retorno de 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 nº 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 artigo 5º da Lei nº 8.072/90, foi introduzido no artigo 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 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 mesmo regime. 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 na melhor doutrina, a Lei nº 8.072/90 contém preceitos que fazem pressupor não a observância de uma coerente política criminal, mas que foi editada 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 artigo 59 do Código Penal que o juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e conseqüências 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 (inciso I), como também o quantitativo (inciso II), o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade – e, portanto, provisório, já que passível de modificação até mesmo para adotar-se regime mais rigoroso (inciso III) – e a substituição da pena privativa da liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível.

Dizer-se que o regime de progressão no 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 passagens, o Código Penal vincula a fixação do regime às circunstâncias judiciais previstas no artigo 59, fazendo-o no § 3º do artigo 33 e no inciso II do próprio artigo 59. Todavia, ao que tudo indica, receou-se, quando da edição da Lei nº 8.072/90, que poderia faltar 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 tal procedimento.

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 os 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 progressividade do regime de cumprimento da pena. O inciso XLIII do rol das garantias constitucionais – artigo 5º – 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 (inciso XLVI). Indaga-se: é possível ao legislador comum fazê-lo? A resposta somente pode ser negativa, a menos que se coloque em plano secundário a circunstância de que a previsão constitucional está 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. O mesmo raciocínio tem pertinência no que concerne à extensão, pela Lei em comento, do dispositivo atinente à clemência ao indulto, quando a Carta, em norma de exceção, apenas rechaçou a anistia e a graça – inciso XLIII do artigo 5º.

Destarte, tenho como inconstitucional o preceito do § 1º do artigo 2º 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.

As razões acima foram lançadas quando proferi voto no *Habeas Corpus* nº 69.657-1/SP, havendo ficado vencido na companhia do ministro Sepúlveda Pertence. O Pleno concluiu de forma diversa. Consigno que continuo convicto da inconstitucionalidade do preceito.

DA DERROGAÇÃO DA LEI Nº 8.072/90 PELA LEI Nº 9.455/97

Valho-me também de voto proferido neste Plenário no *Habeas Corpus* nº 76.371-0/SP:

Hoje, tem-se quadro normativo novo, considerada a Lei definidora dos parâmetros alusivos ao crime de tortura. Por isso, a matéria está a merecer reflexão.

Nota-se que a Carta de 1988 colocou, em pé de igualdade, os crimes de tortura, de tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, de terrorismo e os definidos como hediondos, fazendo-o mediante preceito que tem o seguinte teor:

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-



lo, se omitirem.

À luz da repercussão social dos citados crimes e, a partir de enumeração que tem início com o mais gravoso – o crime de tortura –, obstaculizou-se a concessão de fiança, a graça e a anistia. Pois bem, desse preceito surge a certeza de um tratamento sistemático, observada a isonomia. A Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, definiu como crimes hediondos o latrocínio (artigo 157, § 3º, *in fine*), a extorsão qualificada pela morte (artigo 158, § 2º), a extorsão mediante seqüestro e na forma qualificada (artigo 159, caput, e §§ 1º, 2º e 3º), o estupro (artigo 213, caput, e combinação com o artigo 223, caput, e parágrafo único), o atentado violento ao pudor (artigo 214 e combinação com o artigo 223, caput, e parágrafo único), a epidemia com resultado morte (artigo 267, § 1º), o envenenamento de água potável ou de substância alimentícia ou medicinal, qualificado pela morte (artigo 270, combinado com o artigo 285), todos do Código Penal e, ainda, o crime de genocídio (artigos 1º, 2º e 3º da Lei nº 2.889, de 1º de outubro de 1956), tentados ou consumados. Em relação a eles e, também, no tocante à prática da tortura, o tráfico de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo, acrescentaram-se, à impossibilidade de chegar-se à fiança, à graça e à anistia, três outras regras: a primeira, envolvida na espécie, ou seja, a do cumprimento integral da pena em regime fechado; a segunda, direcionada ao juiz e à necessidade de vir a fundamentar hipótese de interposição de recurso – da apelação – em liberdade. E a última, referente à prisão temporária de que cuida a Lei nº 7.960, de 21 de dezembro de 1989, revelando-a, nos citados crimes, como passível de alcançar trinta dias, período prorrogável por idêntico espaço de tempo em caso de extrema e comprovada necessidade. Ora, está-se diante de tratamento próprio, sistemático, quanto a conseqüências do crime, considerados procedimentos glosados penalmente que encerram, para efeito de tratamento no campo da persecução criminal, um grande todo. No caso da tortura, veio à balha diploma específico, definidor do respectivo tipo, e aí, em verdadeira correção de rumo no sentido de respeitar-se à Constituição Federal, isso relativamente à individualização da pena, dispôs-se sobre o início do cumprimento da pena em regime fechado, viabilizando-se, assim, a conclusão acerca de haver sido contemplada a progressão no regime de cumprimento da pena. O legislador, ao prever apenas o início, tão-somente o início, de cumprimento da pena no regime mais rigoroso, sinalizou no sentido da pertinência de fases outras, adentrando-se o regime semi-aberto e o aberto. Logo, exsurgiu disposição contrária ao sistema a que me referi, ao § 1º do artigo 2º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990. Não faz sentido entender-se que o crime mais grave do rol – o de tortura – contemple a aplicação da pena e o cumprimento em regime de progressão, não o admitindo os demais crimes situados no mesmo sistema. Com inteira razão, consignou a Procuradoria Geral da República, em peça subscrita pelo Subprocurador-Geral Cláudio Lemos Fonteles:

14. Ocorre que a recente Lei 9455/97, que definiu os crimes de tortura, também fixou disposições no espaço que lhe foi constitucionalmente conferido, fazendo-o de forma mais amena, na preservação de filosofia compatível com a progressão criminal. Disse, então, no § 7º, do artigo 1º, do cumprimento inicial da pena, no regime fechado.

15. Ora, quando duas leis infra-constitucionais, no espaço próprio que a Constituição confere-lhes dispor, dispõem diferentemente sobre tratamento que a Constituição quer comum e idêntico às situações – infrações penais – que expressa, há de prevalecer a disposição normativa mais favorável ao réu, pena violar-se o tratamento constitucional isonômico (folha 148).

O Superior Tribunal de Justiça já teve oportunidade de enfrentar a matéria e assentou, no julgamento do Recurso Especial nº 140.617/GO que:

RESP – CONSTITUCIONAL – PENAL – EXECUÇÃO DA PENA – CRIMES HEDIONDOS (LEI Nº 8.072/90) – TORTURA (LEI Nº 9.455/97) – EXECUÇÃO – REGIME FECHADO – A Constituição da República (art. 5º, XLIII) fixou o regime comum, considerando-os 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. A Lei nº 8.072/90 conferiu-lhes a disciplina jurídica dispondo:

“A pena por crime previsto neste artigo será cumprida integralmente em regime fechado” (art. 2º, § 1º).

A Lei nº 9.455/97 quanto ao crime de tortura registra no art. 1º-7º:

“O condenado por crime previsto nesta Lei, salvo a hipótese do § 2º, iniciará o cumprimento da pena em regime fechado.”

A Lei nº 9.455/97, quanto à execução da pena, é mais favorável do que a Lei nº 8.072/90. Afetou, portanto, no particular, a disciplina unitária determinada pela Carta Política. Aplica-se incondicionalmente. Assim, modificada, no particular a lei dos crimes hediondos. Permitida, portanto, quanto a esses delitos, a progressão de regimes (decisão unânime, Relator Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro, havendo participado do julgamento os Ministros Vicente Leal, Fernando Gonçalves, Alselmo Santiago e William Paterson – in Consu Lex ano I, nº 11, de 30 de novembro de 1997).

Há de ter-se presente o que Tercio Sampaio Ferraz aponta como “princípio hermenêutico da unidade da Constituição”, no que direciona à lógica, ao afastamento de conclusões conducentes a verdadeiro paradoxo, e este é revelado com a óptica de encerrar a ordem jurídico-constitucional base para tratamento diferenciado de casos a envolver crimes que foram tidos como dotados de semelhante potencial agressivo e, o que é pior, albergando-se tratamento mais favorável, considerado o regime de cumprimento de pena, ao mais repugnante, ao mais ofensivo à dignidade do homem, à própria natureza, como é o de tortura. Neste, condenado o acusado, cumprirá a pena de forma progressiva, ou seja, nos regimes fechado, semi-aberto e aberto. Nos demais crimes, de nocividade que não suplanta, a toda evidência, a tortura, no que quase sempre é de autoria de quem tem o dever de preservar o direito constitucional não só do cidadão, mas também do preso, à integridade física e moral – incisos XLVII e XLIX do artigo 5º

da Carta de 1988, a pena será cumprida integralmente no regime fechado.

Verifica-se, na espécie, derrogação tácita do artigo 2º da Lei nº 8.072/90. Em face de incompatibilidade decorrente da imposição constitucional de um sistema harmônico de disciplina penal – inciso XLIII, do artigo 5º – não mais subsiste, por opção político-legislativa-criminal revelada no artigo 1º, § 7º, da Lei nº 9.455/97 (Lei da Tortura) a regra, aliás conflitante com o princípio constitucional de individualização da pena – inciso XLVI do mesmo artigo 5º – reveladora do esdrúxulo cumprimento da pena, na integralidade, em regime fechado.

Nesse sentido é a melhor doutrina – Alberto Silva Franco:

Vale acentuar que o legislador constitucional, ao estabelecer, no inc. XLIII, do art. 5º da Constituição Federal, restrições, de caráter penal e processual penal, aos delitos ali mencionados, deu-lhes um tratamento rigorosamente uniforme, equiparando-os em sua danosidade social. A própria Lei 8.072/90, mesmo estabelecendo restrição ao nível da execução penal, não prevista no texto constitucional, teve a preocupação de não criar distinções entre as hipóteses constitucionalmente igualadas. Agora, no entanto, há uma separação bem nítida. De um lado, os crimes hediondos, o terrorismo e o tráfico ilícito de entorpecentes não autorizam o sistema progressivo na execução da pena; de outro, o delito de tortura consagra o referido regime prisional. Essa mudança de perspectiva mostra-se muito mais profunda do que possa, à primeira vista, parecer na medida em que se torna, para efeito de buscar-se a uniformidade de tratamento estabelecida na Constituição Federal, ponto de referência para a ampliação da regra contida na Lei 9.455/97. O ordenamento penal constitui um sistema racional de normas e, como tal, não suporta contradições internas. Não há razão lógica que justifique a aplicação do sistema progressivo aos condenados por tortura e que, ao mesmo tempo, se negue igual sistema aos condenados por crimes hediondos. 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 do que os crimes hediondos ou o tráfico ilícito de entorpecentes. A extensão da regra do § 7º, do art. 1º 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 (Revista Brasileira de Ciências Criminais nº 19, página 69).

Destarte, forçoso é concluir pela derrogação pela Lei nº 9.455/97 da Lei nº 8.072/90, ficando ultrapassada assim a visão extravagante, sob todos os títulos, do integral cumprimento da pena em regime fechado. Concedo a ordem e, portanto, assento que, já agora, a esta altura, considerado o arcabouço normativo no que norteado pela Carta da República, não temos mais a vigorar o preceito da Lei nº 8.072/90, que cogitou, no passado, para mim, do cumprimento integral da pena no regime fechado.

É como voto, na espécie dos autos.

DO ENQUADRAMENTO DO ESTUPRO E DO ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR COMO CRIME HEDIONDO

No julgamento do *Habeas Corpus* nº 77.480-7/SP, perante a Segunda Turma, tive oportunidade de consignar:

Permito-me, no entanto, marcar posição a respeito, tendo em vista o teor do voto do Relator, no que remete a precedente desta Corte, no sentido de ser dispensável para a atração do artigo 9º da Lei nº 8.072/90 a ocorrência de lesão corporal grave ou morte. É que, no referido artigo, deu-se a exacerbação da pena, aumentada de metade. Portanto, a Lei nº 8.072/90, além de haver alterado o balizamento do artigo 214 do Código Penal, elevando-o de dois a sete anos para seis a dez anos, previu, ainda assim, o aumento de metade. Fê-lo, em bom vernáculo, mediante conjugação de três artigos, ou seja, dos artigos 214, 223, caput e parágrafo único, e 224 do Código Penal. Vale dizer, para que se tenha a pena majorada, indispensável é que, do atentado, haja resultado lesão de natureza grave ou morte e, ainda, que a vítima não tenha mais de catorze anos, seja alienada ou débil mental, conforme previsão do artigo 224, conhecendo o agente tal circunstância, ou não tenha podido, por qualquer outra causa, oferecer resistência. Somente então é que se chega, em face do acúmulo de circunstâncias negativas, à majoração. Uma vez ocorrido o concurso, na espécie, desses três artigos, a majoração de metade dar-se-á consideradas as penas não do artigo 214, em si, mas do artigo 223, ou seja, de oito a doze anos e de doze a vinte e cinco anos.

Posteriormente, ante o dissenso surgido, o tema veio a Plenário e ora é suscitado novamente, ante a alteração na composição. Fiz ver, então:

Devo dizer que somei o meu voto, no âmbito da Segunda Turma, ao do ministro Néri da Silveira, estabelecendo, numa interpretação para mim teleológica e sistemática, que a Lei nº 8.072/90 somente enquadra como hediondo os crimes de estupro e o de atentado violento ao pudor quando cometidos com grave lesão ou seguidos de morte. Ao assim proceder, considereei a própria lei mencionada e, mais do que isso, a ordem natural das coisas, a impossibilidade de colocar, na mesma vala, o atentado violento ao pudor e o estupro – sem a grave lesão, sem a morte – e os crimes com essas qualificadoras. Não há como dar aos preceitos interpretação que leve à incoerência – o homicídio simples não é crime hediondo, mas o atentado violento ao pudor, sem as ocorrências citadas, o é.

A Lei nº 8.072/90, no artigo 9º, refere-se a outras figuras penais. É sintomático que, apenas em relação ao estupro e ao atentado violento ao pudor, a norma utilize o vocábulo “combinação”. A meu ver, esse dado deve ser levado em conta para concluir-se pelo real sentido do dispositivo,



no que acaba por agravar a situação do condenado. Isso não implica dizer que esses tipos ficariam apenados de maneira menos acentuada, já que o mínimo para eles previsto é substancial.

Reporto-me ao voto proferido e concluo em consonância com os votos dos ministros Maurício Corrêa, Sepúlveda Pertence e Néri da Silveira, distinguindo, portanto, a forma qualificada para, então, ter como incidente o disposto no artigo 9º da Lei nº 8.072/90.

Concedo a ordem para, cassando o acórdão proferido pelo Superior Tribunal de Justiça, assentar o direito do paciente à progressão no regime de cumprimento da pena, declarada a inconstitucionalidade do § 1º do artigo 2º da Lei nº 8.072/90.

Fonte: https://conjur.jumps.com.br/2006-jun-26/leia_voto_marco_aurelio_progressao_regime/