

## CRIMES HEDIONDOS: APLICAÇÃO E IMPERFEIÇÕES DA LEI

JÚLIO FABRINI MIRABETE

Procurador de Justiça, aposentado, SP.

*Resumo:* Analisa a Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, que define os chamados crimes hediondos, aponta suas omissões, suas imperfeições e estuda sua aplicação.

### 1 Considerações preliminares

Regulamentando em parte o art. 5º, XLIII, da Constituição Federal de 1988, a Lei nº 8.072, de 25-07-90, define os crimes hediondos e dá outras providências, provocando sensíveis alterações na legislação penal, processual penal e de execução penal, não só com referência a esses delitos, como em relação a outros, de natureza grave, como os de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e terrorismo. É mister, pois, verificar quais as armas desse diploma legal que se aplicam, de imediato, aos processos e execuções pendentes, e quais aquelas que só alcançam os crimes cometidos a partir da sua vigência. Cumpre ainda examinar as suas omissões e as dificuldades que se apresentam para a interpretação dessa nova lei frente ao já estatuído quanto aos crimes por ela mencionados. É o que se pretende, ainda que de forma sumária, com o presente estudo.

### 2 Aplicação

Com fundamento nos artigos 5º, incisos XXXIX e XL, da CF, e 1º e 2º do CP, é evidente que a Lei nº 8.072 é irretroativa, porque de direito penal e mais severa que a anterior, no que diz respeito aos arts. 1º, 2º, item I, 5º, 6º, 8º, caput, e 9º. O art. 1º define quais os crimes que devem ser considerados como hediondos: **latrocínio** (art. 157, § 3º, in fine); **extorsão qualificada pela morte** (art. 158, § 2º), **extorsão mediante seqüestro e na forma qualificada** (art. 159, caput, e seus parágrafos 1º, 2º e 3º); **estupro** (art. 213, caput, e sua combinação com o art. 223, caput, parágrafo único); **atentado violento ao pudor** (art.

**214 e sua combinação com o art. 223, caput e parágrafo único); epidemia com resultado morte (art. 267, § 1º); envenenamento de água potável ou substância alimentícia ou medicinal, qualificado pela morte (art. 270, combinado com o art. 285), todos do Código Penal (Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940); e de genocídio (art. 1º, 2º e 3º da Lei nº 2.889, de 1º de outubro de 1956) tentados ou consumados. Por disposição constitucional, esses delitos estão sujeitos a regras penais mais severas, eis que insuscetíveis de graça ou anistia (art. 5º, XLIII), causas de extinção da punibilidade. Embora tal proibição estivesse inscrita em norma constitucional, o art. 2º, item I da Lei nº 8.072, que veda a anistia, graça e indulto, só pode ser aplicado quanto aos crimes praticados após o início de sua vigência, já que só com esse diploma legal passaram a ser "definidos" como hediondos. Definição de crime e matéria penal e, sendo esta mais severa que a lei anterior, é regra jurídica irretroativa. Nada impede, porém, a concessão dessas mercês ao crime, agora considerado como hediondo, se praticado em data anterior à da lei reguladora, ainda que posterior à vigência da Constituição Federal.**

O art. 5º acrescenta um inciso (de nº V) ao art. 83 do Código Penal, que se refere aos requisitos necessários para a concessão do livramento condicional, tornando indispensável para a concessão desse benefício que estejam cumpridos *"mais de dois terços da pena, nos casos de condenação por crime hediondo, prática de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, e terrorismo, se o apenado não for reincidente específico em crimes dessa natureza"*. Assim, se o agente for *"reincidente em crimes dessa natureza"* não terá direito a livramento condicional (antes podia obtê-lo com o cumprimento da metade da pena) e, se não o for, somente terá direito à liberdade antecipada cumprindo mais de dois terços da pena (quando podia obtê-lo com o cumprimento de um terço). Tal dispositivo, porém, é irretroativo. Embora o livramento condicional ocorra **durante a execução**, é ele instituto penal e não processual penal porque suspende o cumprimento do restante da pena, que não será executada integralmente se o beneficiado não der causa à sua revogação. Há, assim, uma alteração básica com referência à duração da pena: o condenado fica em liberdade, não cumprindo a pena que lhe foi imposta, embora sujeito às condições legais ou judiciais impostas na sentença que conceder o benefício. Não havendo revogação, o que restava da pena é julgado extinto, desaparecendo, pois o *jus puniendi* do Estado concretizado com a sentença condenatória irrecorrível. Em resumo, como o livramento condicional altera a pena imposta, diminuindo o tempo de seu cumprimento, as regras mais severas a respeito de sua concessão não podem ser aplicadas aos condenados que cometeram os crimes referidos na Lei nº 8.072 até 25 de julho de 1990. Ainda que *"reincidente*

*específico em crimes dessa natureza*”, terão direito ao benefício, se presentes os demais requisitos impostos, quando tiverem cumprido mais da metade da pena, conforme dispõe o art. 83, inciso II, do Código Penal.

Pelo artigo 6º são elevados os limites em abstrato das penas previstas para diversos delitos, com a nova redação dada aos artigos 57, § 3º, 159, caput e seus §§ 1º, 2º e 3º, 213, 214, 223, caput e seu parágrafo único, 267, caput, e 270, caput, todos do Código Penal. Pelo artigo 8º, caput, cria-se uma qualificadora para o crime de quadrilha ou bando quando *“se tratar de crimes hediondos, prática de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins ou terrorismo”*, com pena de três a seis anos de reclusão. Pelo artigo 9º, cria-se uma causa especial de aumento de pena, que deverá ser elevada de metade, respeitado o limite superior de trinta anos de reclusão, nos crimes capitulados nos arts. 157, § 3º, 158, § 2º, 159, caput e seus §§ 1º, 2º e 3º, 213, caput, e sua combinação com o art. 223, caput, e parágrafo único, 214 e sua combinação com o art. 223, caput e parágrafo único, todos do Código Penal, *“estando a vítima em qualquer das hipóteses referidas no art. 224, também do Código Penal”* (ilícitos praticados contra vítima que não é maior de catorze anos, é alienada ou débil mental, e o agente conhecia essa circunstância, ou não pode, por qualquer outra causa, oferecer resistência), são três dispositivos que acarretam mais severidade na aplicação da pena em confronto com a lei anterior (*novatio legis in peius*) e, portanto, de caráter irretroativo.

Há, porém, dispositivos mais benignos da nova lei. O artigo 7º, que insere parágrafo 4º do art. 159, prevendo uma causa obrigatória de diminuição da pena de um a dois terços no crime de extorsão mediante seqüestro, quando o acusado denunciá-lo à autoridade, facilitando a libertação do seqüestrado, é regra penal mais benigna, dotada de retroatividade (art. 5º, XL, *in fine*, da CF, e art. 2º, parágrafo único, do CP). Por seu turno, o art. 8º, parágrafo único, prevê a mesma redução de pena ao *“participante”* ou *“associado”* que denunciar à autoridade o bando ou quadrilha, possibilitando o seu desmantelamento. Ambos são dispositivos mais benignos com relação à lei anterior, que não previa tais causas de diminuição de pena (*novatio legis in mellius*). Assim, mesmo com relação aos crimes praticados antes da vigência da Lei nº 8.072, impõe-se a redução da pena aplicada quando ocorrer tais hipóteses, ressaltando-se que a diminuição incide sobre a pena cominada anteriormente, mais benigna.

Existem, por fim, normas de caráter processual da Lei nº 8.072. São elas: o art. 2º, item II, que proíbe a fiança e a liberdade provisória nas hipóteses dos autores presos em flagrante delito; o art. 2º, § 2º, que condiciona a liberdade provisória, quanto ao réu que não foi preso em flagrante ou em decorrência de prisão preventiva e é condenado, a

despacho fundamentado do juiz que proferir a decisão; o artigo 2º, § 3º, que estende por trinta dias, prorrogável por igual período em caso de extrema necessidade, a prisão temporária; o artigo 10, que acrescenta parágrafo único ao art. 35 da Lei nº 6.368, de 21-10-76, duplicando os prazos procedimentais da lei antitóxicos, quando se tratar de crimes previstos nos arts. 12, 13 e 14 desse diploma legal. Tais dispositivos, por seu caráter exclusivamente processual, aplicam-se aos autores dos crimes já referidos ainda quando praticados em data anterior à vigência da Lei nº 8.072, conforme dispõe o art. 2º do Código de Processo Penal.

Resta examinar o art. 2º, § 1º, que dispõe: "*A pena por crime previsto neste artigo será cumprida integralmente em regime fechado*". Refere-se o dispositivo aos crimes hediondos, à prática de tortura, ao tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e ao terrorismo. Deve-se entender que o dispositivo tem aplicação a todos os crimes citados, inclusive àqueles praticados antes da vigência da Lei nº 8.072. O regime de cumprimento das penas privativas de liberdade não é matéria penal, pois não implica substituição, conversão, alteração substancial, diminuição ou aumento da sanção penal. Refere-se apenas aos locais em que deve ser executada a pena privativa de liberdade aplicada; no regime fechado, em estabelecimento de segurança máxima ou média (penitenciárias); no regime semi-aberto, em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar; e no regime aberto, em casa do albergado ou estabelecimento adequado (art. 33, § 1º, do CP). Embora a execução de cada um dos regimes tenha algumas características particulares (remição, possibilidade de saídas temporárias, de trabalho externo em entidades particulares etc.), as regras que os disciplinam não passam de matéria exclusivamente processual, ou, como querem alguns, de direito penitenciário ou de execução penal, em que não vigora o princípio da retroatividade da lei mais benigna, característica que é indeclinável apenas quando se trata de lei penal. O dispositivo citado, aliás, não está alternando a pena, mas somente disciplinando os **fatos** referentes à sua execução, ou seja, ao seu início (regime inicial) ou ao seu desenvolvimento (proibição da progressão). É regido, pois, pelo princípio geral da aplicação da lei: *tempus regit actum*.

Quanto aos condenados pelos crimes acima citados que já estejam cumprindo a pena em regime semi-aberto ou aberto, desde o início ou em virtude de terem sido beneficiados com a progressão, não se pode aplicar a nova lei para obrigá-los ao regime fechado. Nessas hipóteses há coisa julgada, quer da decisão que fixou o regime inicial menos oneroso, quer daquele que destinou o condenado a ele em decorrência de seu mérito, pela progressão. Embora a execução da pena em regime semi-aberto ou aberto seja condicional, porque permite a regressão a

um mais severo, essa transferência depende da ocorrência de fatos previstos na Lei de Execução Penal (art. 118). Não é possível que se determine a regressão ao regime fechado por outras causas que não as previstas em lei, e a permanência do condenado no regime menos severo está assegurada pela intangibilidade da coisa julgada (art. 5º, XXXVI, da CF). Não se pode alterar a decisão do juiz que concedeu o regime inicial semi-aberto ou aberto ou a progressão para esses regimes aos condenados que fizeram jus a eles de acordo com a lei vigente à época em que ocorreu a decisão.

### 3 Omissões

Omissões e imperfeições da Lei nº 8.072 demonstram que foi ela elaborada com afoiteza e sem os cuidados necessários, exigíveis do legislador especialmente em matéria penal. Inicialmente, diga-se que o objetivo era regulamentar o art. 5º, XLIII, da CF, como se verifica da epígrafe, mas tal foi cumprido apenas em parte. O dispositivo constitucional refere-se não só aos crimes hediondos, mas também à prática da tortura, ao tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e ao terrorismo. Quanto a todos esses, perdeu-se a oportunidade para regulamentar integralmente o citado dispositivo constitucional. A **tortura** não foi ainda definida como crime autônomo, sendo apenas uma agravante genérica de ilícitos penais (art. 61, II, d, do CP), a não ser quando praticada contra criança ou adolescente sob autoridade, guarda ou vigilância do agente, delito definido no artigo 233 do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069, de 13-07-90), pois, nesse ilícito é a tortura elemento do tipo penal. Convinha, pois, que o legislador inserisse um dispositivo tipificando a tortura como crime autônomo. Excluída a hipótese citada, nos termos da lei vigente, a tortura somente pode constituir um crime de constrangimento ilegal, lesões corporais, homicídio etc. e, assim, os dispositivos da Lei nº 8.072, nesse caso, não incidem sobre eles, tendo aplicação restrita ao art. 233 da Lei nº 8.069.

O **terrorismo** também não está definido especialmente, embora possa ser identificado em alguns dispositivos da Lei de Segurança Nacional (arts. 15, 17, 18, 19, 20, 27, 28 e 29). Seria conveniente, também, que a Lei nº 8.072 dispusesse a respeito, enunciando os tipos penais que devem ser incluídos na denominação de "terrorismo", ou, ao menos, prevendo os pressupostos para que fossem facilmente identificados na legislação penal.

Também há omissão quanto ao **tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins**. Em sentido estrito, tal tráfico só pode ser identificado no art. 12 da Lei nº 6.368, de 21-10-76, estando fora do alcance da Lei nº 8.072 os crimes previstos no art. 13, que têm como objeto material maquinismo, aparelho, instrumento ou qualquer objeto destinado à

fabricação, preparação, produção ou transformação de substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica, e não ela própria, e o artigo 14, que se refere à associação criminosa para a prática dos crimes previstos nos arts. 12 e 13. Os ilícitos previstos nos arts. 13 e 14 não são, propriamente, tráfico de entorpecentes e drogas afins, e seus autores não estão sujeitos às disposições da Lei nº 8.072. A única exceção refere-se ao artigo 8º, que diz respeito, especificamente, à associação criminosa para a prática do tráfico.

Registre-se ainda que, ao cominar as penas para os crimes de extorsão mediante seqüestro, o legislador omitiu, certamente por esquecimento, as penas pecuniárias anteriormente cominadas no art. 159 do Código Penal.

A par das omissões, a Lei nº 8.072 tem dispositivo supérfluo, o artigo 3º, que se refere a estabelecimentos penais de segurança máxima da União, já que tal dispositivo consta do artigo 86, § 1º, da Lei de Execução Penal. A expressão "*condenados de alta periculosidade*", utilizada nesse artigo, aliás, é inadequada, uma vez que, a partir da Reforma Penal de 1984, não mais se menciona na lei penal "*periculosidade*" dos agentes imputáveis.

Mencionam-se também na lei "*anistia, graça e indulto*", quando a graça nada mais é que **indulto** individual. A Constituição Federal, aliás, comete também o equívoco, ao mencionar no art. 5º, XLIII, a graça e a anistia, quando as mercês de clemência soberana são, segundo ela própria, a **anistia** (arts. 21, XVII, e 48, VIII) e o **indulto** (art. 48, XII).

#### **4 Imperfeições**

São diversas, também, as imperfeições da Lei nº 8.072, o que deve gerar discussões doutrinárias e divergências jurisprudenciais quando de sua aplicação. Examinemos algumas delas.

Supostamente, a lei em estudo tem por objetivo tornar mais severo o tratamento dos autores dos crimes por ela mencionados. Entretanto, tal não ocorre quanto ao tráfico ilícito de entorpecentes, não só pelas omissões já referidas, mas por seus dispositivos. O art. 35 da Lei nº 6.368 previa que o condenado por tráfico não podia apelar sem recolher-se à prisão. Entretanto, pelo art. 2º, da Lei nº 8.072, na hipótese de tráfico, como dos demais crimes, "*em caso de sentença condenatória, o juiz decidirá fundamentadamente se o réu poderá apelar em liberdade*". Assim, o que não se admitia ao traficante condenado por sentença recorrível, agora se permite, mediante despacho fundamentado do juiz. Nem se pode alegar, na hipótese, que é mais adequado deixar-se à decisão do juiz a concessão da liberdade provisória, pois a própria lei dispõe que o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins é insuscetível de "*fiança ou liberdade provisória*" (art. 2º, item II). O próprio legislador entendeu que

ao autor desse ilícito preso em flagrante não deve ser concedida a liberdade provisória, ainda que seja primário e tenha bons antecedentes. Vale dizer que, se o agente for preso em flagrante, responderá ao processo e aguardará decisão do recurso recolhido à prisão, mas, se não for preso em flagrante, apesar de condenado, pode apelar em liberdade. Diante da nova lei, portanto, a prisão em flagrante tem mais valor, juridicamente, que uma sentença condenatória.

Ainda com relação ao mesmo delito, a lei prevê, no artigo 8º, que a formação de quadrilha ou bando para esse fim é sancionada com uma pena de **três a seis anos** de reclusão. Ora, o art. 14 da lei antitóxica previa para o crime de associação criminosa de duas ou mais pessoas para o fim de praticar, reiteradamente ou não, o tráfico de entorpecentes, uma pena de **três a dez anos** de reclusão, além de multa de 50 a 360 dias-multa. Assim, quando se clama por mais rigor na repressão ao tráfico, especialmente quanto ao crime organizado, a lei acabou por diminuir a pena para o crime de quadrilha ou bando destinado a esse fim. Além disso, como efeito da Lei nº 8.072, o crime de associação criminosa para o tráfico de entorpecentes, que se configura com a existência de, no mínimo, duas pessoas, continua descrito no artigo 14 da lei antitóxica, mas sua sanção é prevista agora no seu art. 8º, que faz referência ao art. 288 do Código Penal.

Refere-se a lei, para defini-lo como crime hediondo, ao latrocínio, citando o art. 157, § 3º, do Código Penal. Na verdade, a denominação de **latrocínio**, em sentido estrito, implica idéia de roubo com morte dolosa. Entretanto, o artigo referido inclui não só o latrocínio, em sentido estrito, como também o roubo em que ocorre a morte da vítima por culpa (em sentido estrito) do agente. Melhor seria, portanto, ou restringir-se o dispositivo ao roubo com morte dolosa, mantendo-se a denominação de latrocínio, ou genericamente ao roubo seguido de morte, incluindo a morte por culpa. Na forma expressa pela lei podem surgir dúvidas quanto à interpretação, embora se nos afigure indubitável que a lei, ao se referir ao artigo 157, § 3º, indistintamente, abrange as duas hipóteses.

Acrescentando o inciso V ao artigo 83 do Código Penal, dispõe a lei que o livramento condicional para os autores dos crimes hediondos, prática de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, e terrorismo, será concedido após o cumprimento de dois terços da pena "se o apenado não for reincidente específico em crimes dessa natureza". Esqueceu-se o legislador de que há mais de treze anos não registra nossa legislação a figura da reincidência específica. Não se pode pretender que se lance mão de um conceito legal já revogado para se interpretar o dispositivo. Não se pode dizer, portanto, que pretende a lei destinar o dispositivo àquele que comete crime após o trânsito em julgado da sen-

tença que o tenha condenado por um crime idêntico ou da mesma natureza que o anterior, como se previa de início no Código Penal (art. 47), pois não se refere a crimes da "mesma natureza" e sim a crimes "dessa natureza", ou seja, a condenação por um dos crimes mencionados na lei após o trânsito em julgado de sentença condenatória por qualquer um dos crimes previstos no referido diploma legal. A referência à reincidência **específica** realmente dificulta a interpretação, pois bastaria à lei fazer menção ao *reincidente em crimes dessa natureza*.

Outra dificuldade, esta mais fácil de superar-se, é a que resulta do confronto do art. 2º § 1º, com o art. 5º da Lei nº 8.072, de 25-07-90. Pelo primeiro dispositivo, a pena por crime previsto no artigo "será cumprida integralmente em regime fechado" e, pelo segundo, ao se prever a inserção do inciso V no artigo 83, prevê-se o livramento condicional ao autor desses mesmos ilícitos, desde que não seja reincidente em crimes dessa natureza, quando cumprir mais de dois terços da pena. Evidentemente não se trata de dispositivos inconciliáveis, querendo a lei dizer que, enquanto o condenado cumpre a pena, ficará em regime fechado, mas não lhe está vedada a concessão do livramento condicional se preenchidos os requisitos legais. Lembre-se, porém, de que muitos consideram o livramento condicional como execução da pena, o que poderia dar margem a dúvidas quanto ao alcance do dispositivo. De outro lado, torna-se evidente, por implícito na lei, sendo o condenado reincidente em crimes dessa natureza (da lei), não terá direito à liberdade antecipada. Entretanto, fácil seria ao legislador tornar mais claras as disposições mencionadas.

Dificuldade também se apresenta no art. 8º, parágrafo único, que institui uma espécie de **plea bargaining** ("barganha") ou **patteggiamento** ("acordo"). Segundo o dispositivo, "o participante e o associado que denunciar à autoridade o bando ou quadrilha, possibilitando seu desmantelamento, terá a pena reduzida de um a dois terços". Como a lei não contém palavras inúteis, deve ser distinguido o **associado** (membro da quadrilha, crime de concurso necessário), do **participante** (co-autor ou partícipe em crime praticado em concurso eventual); pode-se entender que a diminuição é cabível ao delator não só quanto ao crime de quadrilha (nesse caso o agente é "associado"), como também pelo crime por ele praticado, entre os referidos na lei, como integrante da quadrilha (nessa hipótese o agente é "participante"). Se assim não pretendesse o legislador, não haveria razão para inserir no dispositivo a palavra "participante".

**Abstract: Hideous crimes: application and imperfections of the law.** *This paper analyzes Law nº 8.072, dated July 25, 1990, which defines the so-called hideous crimes, points out omissions in the law and its imperfections, and studies its application.*