

# Dos Crimes Hediondos

LICÍNIO BARBOSA

Advogado. Professor Titular de Direito Penal das Universidades Federal e Católica de Goiás. Membro Efetivo do Instituto dos Advogados Brasileiros (Rio de Janeiro) e da "Société Internationale de Défense Sociale" (Paris)

## SUMÁRIO

1. *Introdução*. 2. *Conceito*. 3. *Espécies*. 4. *Crimes semelhantes*. 5. *Peculiaridades da nova lei*. 5.1. *Benefícios interditados*. 5.2. *Regime penitenciário*. 5.3. *Recursos*. 5.4. *Prisão temporária*. 5.5. *Estabelecimentos de segurança máxima*. 5.6. *Livramento condicional*. 5.7. *Aumento da pena privativa da liberdade*. 5.8. *O genocídio*. 5.9. *O tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins*. 5.10. *A tortura*. 6. *Crítica*. 7. *Apreciação final*.

### 1. *Introdução*

A gênese dos crimes hediondos pode ser rastreada, ao longo da história das ciências penais, a partir da Escola Positiva, criada por Lombroso e desenvolvida por Ferri, durante a segunda metade do século XIX. A teoria do criminoso nato, ideada por LOMBROSO, no seu *L'uomo Delinquente*, destaca tendências para a prática do crime, que seriam inatas no indivíduo, as quais se manifestariam em caracteres formais e substanciais do chamado criminoso nato. As características externas compreenderiam o tamanho do cérebro, a estrutura do crânio, a conformação do esqueleto, e quejando; as de natureza substancial: resistência à dor, secreção, odor, paladar, gestos, postura, tatuagem. O criminoso nato caracterizar-se-ia, também, pela prática de crimes os mais execráveis, com requintes de perversidade, que poderiam ser adjetivados como hediondos.

Numa de suas obras fundamentais, LOMBROSO assinala que "le délinquant-né (...) est poussé au crime par une force intérieure, acquise ou innée, d'où lui vient l'étrange plaisir qu'il goûte à mal faire" (in *L'Anthropologie Criminelle et ses Récents Progrés*, Félix Alcan, Éditeur, Paris, 1891, 2.ème édition, págs. 92/3).

Outro cientista penal que pode ser evocado, ao tratar-se dos crimes hediondos, é Carlos Davi Augusto Roeder, professor da Universidade de Heidelberg, Alemanha. Roeder considerava o crime uma distorção psíquica do homem normal, preconizando que a pena deveria ter por fim corrigir

o criminoso. Daí a Escola que viria a criar, o Correcionalismo, segundo a qual a pena deveria durar enquanto o criminoso não se corrigisse. Como conseqüência, ter-se-ia a pena indeterminada: absolutamente, sem tempo para terminar; e relativamente indeterminada, quando o legislador fixasse um máximo de aplicação e cumprimento dessa pena (vide, a propósito, BASILEU GARCIA, in *Instituições de Direito Penal*, volume I, tomo I, Editora Max Limonad, 5. ed., págs. 75 usque 78).

Mais recentemente, coube a ERNST KRETSCHMER estabelecer estreita relação entre os caracteres corporais e os temperamentos, dando embasamento científico à helênica teoria dos humores (vide *Constitución y Carácter*, trad. José Solé Sagarra, Editorial Labor, Barcelona, 2 ed.).

Entre nós, a figura do criminoso que revela tendência para a prática do crime surgiu, em documento pré-legislativo, no Anteprojeto Hungria, de 1963, elaborado pelo saudoso Ministro Nelson Hungria, cujo art. 60, § 2.º, assim dispunha:

“Art. 60 — (Omissis)

“§ 1.º — (Omissis)

“§ 2.º — Considera-se *criminoso por tendência* aquele que comete *homicídio, tentativa de homicídio ou lesão corporal grave*, e, pelos *motivos determinantes e meios ou modo de execução*, revela *extraordinária torpeza, perversão ou malvadez*.” (Grifou-se.)

No art. 60, *caput*, o Anteprojeto Hungria estabelecia que, “em se tratando de *criminoso habitual* ou *por tendência*, a pena ou soma de penas, *pode ser aumentada até o dobro*” (grifou-se).

Com o advento do natimorto Código Penal de 1969, o instituto do criminoso por tendência foi cristalizado no art. 64:

“Em se tratando de criminoso habitual ou *por tendência*, a pena a ser imposta será por tempo indeterminado (Omissis).

§ 1.º — *A duração de pena indeterminada não poderá exceder a dez anos, após o cumprimento da pena imposta.*” (Grifou-se.)

Tomava-se, de Roeder, a figura da pena indeterminada, limitando-a, contudo, a dez anos — “após o cumprimento da pena imposta”, ou seja, além da pena normalmente aplicada ao criminoso comum, aplicar-se-ia a pena relativamente indeterminada, cujo *quantum* não poderia exceder de dez anos à pena que teria de cumprir, se se tratasse de criminoso comum.

O Código Penal de 1969, contudo, jamais entrou em vigor.

Com a reforma introduzida no Código Penal de 1940, pela Lei número 6.416, de 1967; e, mais recentemente, pela Lei n.º 7.209, de 11 de julho de 1984 (que alterou toda a Parte Geral de referido Código Penal),

1940), e de *genocídio* (arts. 1.º, 2.º e 3.º da Lei n.º 2.889, de 1.º de outubro de 1956), tentados ou consumados” (grifou-se).

Não foram, assim, incluídas no elenco dos chamados crimes *hediondos*, as várias hipóteses de *homicídio* qualificado, de que trata o art. 121, § 2.º, do Código Penal de 1940 (Dec.-Lei n.º 2.848, de 7-12-40), quais sejam:

I) mediante paga ou promessa de recompensa, ou por outro motivo torpe;

II) por motivo fútil;

III) com emprego de fogo, explosivo, asfixia ou outro meio insidioso ou cruel;

IV) à traição, de emboscada, ou mediante dissimulação ou outro recurso que dificulte ou torne impossível a defesa do ofendido;

V) para assegurar a execução, a ocultação, a impunidade ou vantagem de outro crime.

Ainda no que tange ao homicídio qualificado, somente foram incluídas entre os crimes hediondos as hipóteses de *tortura* e as condutas “de que possa resultar perigo comum” (art. 121, § 2.º, inc. III, c/c os arts. 267 e 270 do Código Penal de 1940).

O homicídio somente é considerado *crime hediondo*, pela Lei número 8.072/90, quando o agente *matar*, “com a intenção de destruir, no todo ou em parte, grupo nacional, étnico, racial ou religioso”, *ex vi* do art. 1.º, letra *a*, da Lei n.º 2.889, de 1.º-10-56, c/c o art. 1.º *in fine*, da Lei número 8.072/90; ou seja, crime de *genocídio*.

Fora dessas hipóteses, o *homicídio* simples, qualificado, ou preterintencional, não é definido como crime hediondo.

#### 4. Crimes assemelhados

O art. 5.º, inc. XLIII, da Constituição Federal de 1988, enuncia os crimes assemelhados aos crimes hediondos: *tortura*, *tráfico ilícito de entorpecentes* e *drogas afins*, *terrorismo*, como tais, elencados no art. 2.º, *caput*, da Lei n.º 8.072, de 1990.

Curioso é que o constituinte de 1988 não tenha, também, incluído entre os crimes hediondos a *tortura*, o *tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins*, o *terrorismo*, embora lhes haja dado tratamento idêntico (art. 5.º, inc. XLIII, da CF), considerando-os *inafiançáveis* e *insuscetíveis de graça e anistia*; e que tenha considerado o *racismo* crime imprescritível (portanto, mais grave que os crimes hediondos), *ex vi* do art. 5.º, inc. XLII, da Constituição Federal.

## 5. Peculiaridades da nova lei

A lei dos crimes *hediondos* tem algumas peculiaridades que a singularizam. Com efeito, o legislador de 1990, na esteira do constituinte de 1988, evidenciou algumas particularidades inerentes aos crimes *hediondos*.

### 5.1. Benefícios interditados

Pela Constituição Federal de 1988, os crimes hediondos e assemelhados são insuscetíveis de fiança, de graça e de anistia.

A fiança é instituto essencialmente processual, eis que sua finalidade consiste em permitir que o indiciado ou o acusado se defenda em liberdade. Como tal, está regulada nos arts. 322 e seguintes do Código de Processo Penal.

Com autoridade incontestável pontifica, a propósito, ROGÉRIO LAURIA TUCCI:

“É a fiança criminal, indubitavelmente, instituto de Direito Processual Penal, em cujas regras encontra sua regulamentação e a disciplina do seu procedimento” (in *Persecução Penal, Prisão e Liberdade*, Editora Saraiva. S. Paulo, 1980, pág. 272).

E mais adiante:

“Trata-se (...) de uma *caução*, a um só tempo assecuratória da liberdade provisória do interessado, e garante, outrossim, do compromisso de se fazer ele presente em todos os atos do processo, aos quais deva comparecer pessoalmente, bem como do pagamento das custas processuais, do valor correspondente à indenização do dano causado pelo crime e da pena pecuniária, afinal, e eventualmente, imposta por órgão jurisdicional pronunciante da condenação” (in *op. cit.*, pág. 274).

A graça é a *Indulgentia principis*, reminiscência do antigo poder que o monarca detinha de perdoar o condenado que houvesse praticado uma infração penal. Na Constituição Imperial de 25 de março de 1824, essa *indulgentia* era inerente ao Poder Moderador, exercido pelo Imperador, e estava cristalizada no art. 101, 8.º:

“Art. 101 — O Imperador exerce o poder moderador:

(*Omissis*)

“8.º — Perdoando ou moderando as penas impostas aos réus condenados por sentença.”

É um instituto essencialmente de natureza substantiva, no âmbito da ciência penal.

ALOYSIO DE CARVALHO FILHO, o grande penalista baiano, define, assim, o instituto:

“A graça é favor individual, quer dizer, a pessoa agraciada é determinada. Pode ser uma só pessoa, ou mais de uma (in *Comentários ao Código Penal*, atualizados por Jorge Alberto Romeiro, Editora Forense, Rio de Janeiro, Vol. IV, págs. 163/163, 5. ed.).

No governo republicano, é atribuição do Presidente da República, se o sistema é o presidencialismo; ou do “Premier”, se o parlamentarismo.

Na Constituição de 10 de novembro de 1937, “exercer o direito de graça” era uma das “prerrogativas do Presidente da República”, *ex vi* do art. 75, letra *f*. As demais Constituições republicanas, anteriores e posteriores à de 1937, não cuidaram, nominalmente, deste benefício, dentre as atribuições do Presidente da República.

O *indulto* muito se assemelha à graça. Como esta, é, também, instituto de natureza penal, material. Mas se distingue de graça por ser, em princípio, de natureza coletiva.

A Constituição Federal de 1988 estabelece, no art. 84, inc. XII, como competência privativa do Presidente da República, “conceder *indulto* e comutar penas, com audiência, se necessário, dos órgãos instituídos em lei” (grifou-se).

Ao propor, como presidente do Conselho Penitenciário do Estado de Goiás, o *Indulto da Abolição*, na justificativa a Anteprojeto de Decreto encaminhado ao Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, em fevereiro de 1988, assinalamos:

“O *indulto* é um gesto de clemência, oriundo do monarca, do chefe de Estado ou do chefe do governo, consoante a organização política e administrativa de um povo.”

“Pode ser genérico ou específico: genérico, quando se destina a um número indiscriminado de beneficiários; específico, quando seu destinatário é um determinado delinqüente.”

“Causa extintiva da punibilidade, a sua abrangência pode ser total ou parcial. *Total*, se a pena, por inteiro, é perdoadada a quem aproveitar; *parcial*, se opera tão-só a redução da *sanctio* imposta.”

Na Lei das Execuções Penais (Lei n.º 7.210, de 11 de julho de 1984), o *indulto* está disciplinado nos arts. 188 *usque* 193, como desdobramento do novo Código Penal, art. 107, inc. II com a redação que lhe deu a Lei n.º 7.209/84. Para a concessão do benefício, o Conselho Penitenciário do Estado onde o condenado esteja cumprindo a pena deve-se manifestar, conclusivamente, de acordo com o art. 70, inc. I, da referida Lei n.º 7.210/84.

Diferentemente da graça e do *indulto*, a anistia tem alcance bem mais amplo, porquanto vai à raiz da infração penal, eliminando-lhe a criminalidade. Erradicando a figura típica, extingue, por consequência, a *sanctio*.

Também dissentindo daqueles institutos, a anistia é atribuição do Congresso Nacional, pois que não pode ser concedida por decreto, mas tão-só mediante lei. Daí por que a Constituição Federal de 1988, nas atribuições do Congresso Nacional, insere, art. 48, inc. VIII, a “concessão de anistia.”

Autêntica *abolitio criminis*, “a anistia é lei penal de efeito retroativo, constituindo verdadeira revogação parcial da lei anterior. Tratando-se de lei, é interpretada e aplicada pelo Poder Judiciário, como uma lei comum, podendo o interessado recorrer a ele quando é mal executada pelo Poder Executivo” (“Damásio E. de Jesus, in *Comentários ao Código Penal*, Parte Geral, 1.º volume, pág. 818, Editora Saraiva, SP, 1985).

*Liberdade provisória*, no entendimento de Rogério Lauria Tucci, é “medida preventiva, *contracautelar*, concedida pela legislação processual penal ao suposto ou imputado agente de atuação ou omissão tida como infringente de preceito do Direito material, ou seja, enquadrada no modelo legal (*fato típico*), é assecuratória de sua liberdade pessoal em todo o transcorrer do procedimento instaurado para apurá-la” (in *Persecução Penal, Prisão e Liberdade*, Ed. Saraiva, 1980, págs. 260/261).

Por sua vez, José Armando da Costa conceitua a liberdade provisória como “uma medida *contracautelar* que, tomando por pressuposto uma das modalidades de prisão provisória e tendo por escopo elidir os efeitos deletérios defluentes de um trancafiamento precipitado e desnecessário, é concedida ao indiciado ou réu com a imposição de deveres processuais, os quais, uma vez descumpridos, provocam a sua revogação e o emprisionamento do seu beneficiário” (in *Estrutura Jurídica da Liberdade Provisória*, Editora Saraiva, São Paulo, SP, 1989, pág. 21).

Veja-se, também, *Liberdade Provisória*, de Weber Martins Batista, Forense, 1981, Rio (RJ), págs. 35 *usque* 42.

Pelo seu caráter de provisoriedade, a qualquer momento pode ser revogada através do órgão jurisdicional, que a concedeu.

Em se tratando de benefícios concedíveis ao condenado, o art. 2.º, *caput*, da Lei n.º 8.072/90, interdita a concessão da *anistia*, da *graça*, do *indulto*, da *fiança* e da *liberdade provisória*, desde que o apenado tenha sido condenado por crime *hediondo* ou *assemelhado*.

## 5.2. Regime penitenciário

O art. 33, *caput*, do Código Penal, com a redação que lhe deu a Lei n.º 7.209/84, prevê três regimes, nos quais a pena privativa da liberdade pode ser cumprida: a) o *regime fechado*, no qual a pena é executada “em estabelecimento de segurança máxima ou média” (art. 33, *caput*, c/c o § 1.º, a); b) o *regime semi-aberto*, cumprido “em colônia agrícola, industrial, ou estabelecimento similar” (art. 33, *caput* c/c o § 1.º, b); c) o *regime aberto*, em que “a execução da pena (é operacionalizada) em casa de albergado ou estabelecimento adequado” (art. 33, *caput*, c/c o § 1.º, c).

O art. 33, *caput*, do Código Penal, estabelece, ainda, que somente o condenado a pena de reclusão cumpre, em princípio, essa pena em regime fechado; o condenado a pena de detenção cumpri-la-á, desde o início, no regime semi-aberto, ou no aberto, "salvo necessidade de transferência a regime fechado" (art. 33, *caput*, *in fine*).

Doutra parte, mesmo o condenado a reclusão somente a cumprirá, desde o início, em regime fechado, se superior a 8 (oito) anos (art. 33, § 2.º, a); o condenado, primário, à pena de reclusão superior a 4 (quatro) anos e de até 8 (oito) anos, poderá cumpri-la, desde o início, em regime semi-aberto (art. 33, § 2.º, b); e o condenado à reclusão de até 4 (quatro) anos, não reincidente, poderá cumpri-la, desde o início, em regime aberto (art. 33, § 2.º, c).

Estabelece, a propósito, o art. 2.º, § 1.º, da Lei n.º 8.072/90, em foco, que "a pena por crime previsto neste artigo será cumprida integralmente em regime fechado". Qualquer que haja sido o seu quantum, fixado pelo titular do órgão jurisdicional. Assim, a Lei dos crimes hediondos revoga, tacitamente, as disposições concernentes aos regimes semi-aberto e aberto, previstas no Código Penal, quando as infrações penais se situassem no âmbito da hediondez.

### 5.3. Recursos

Em princípio, se o condenado for primário e de bons antecedentes, poderá recorrer à instância *ad quem* sem ter que se recolher à prisão, *ex vi* do art. 594 do Código de Processo Penal.

Todavia, se o criminoso houver sido condenado por crime hediondo ou assemelhado, somente poderá recorrer em liberdade, após madura decisão do juiz, em sentença fundamentada.

É o que dispõe o art. 2.º, § 2.º, da Lei n.º 8.072/90:

"Art. 2.º § 1.º — (Omissis)

§ 2.º — No caso de sentença condenatória, o juiz decidirá fundamentadamente se o réu pode apelar em liberdade."

### 5.4. Prisão temporária

A Lei dos crimes hediondos faz expressa referência, no § 3.º do seu art. 2.º, à prisão temporária, remetendo à Lei n.º 7.960, de 21 de dezembro de 1989.

Já o Código de Processo Penal, de 1941, contemplava, na sua estrutura, o instituto da prisão provisória, no Livro I (Dos Processos em Geral), ao disciplinar, no título IX, a prisão e a liberdade provisórias.

Pode-se conceituar a prisão temporária como toda constrição da liberdade, determinada pelo órgão jurisdicional, antes de transitar em julgado

a sentença penal, condenatória ou absolutória. Pode ser de quatro ordens: em flagrante, preventiva, voluntária (quando o indiciado se apresenta espontaneamente) e administrativa. Uma quinta espécie, a prisão para averiguações, de que o aparelho policial usava e abusava, até há pouco, antes de promulgada a Constituição Federal de 1988 — eis que pode ser caracterizada como abuso de autoridade (Lei n.º 4.898, de 9-12-65), insere-se, ainda, no elenco da prisão provisória, de fato, mas não de direito.

O Código de Processo Penal prevê a prisão em flagrante nos arts. 301 *usque* 310; a prisão preventiva, nos arts. 311 *usque* 316; a apresentação espontânea do acusado, nos arts. 317 e 318; e a prisão *administrativa*, nos arts. 319 e 320.

No antigo Distrito Federal, ainda na vigência da Carta Magna de 18 de setembro de 1946, o instituto da prisão provisória foi disciplinado pelo Decreto n.º 26.401, de 24 de fevereiro de 1949, no seu art. 16, determinando o encaminhamento “ao Presídio do Distrito Federal, o mais cedo possível, todo aquele que for *preso provisoriamente*” (grifou-se). No parágrafo único deste dispositivo, o decreto enumera as pessoas objeto da prisão provisória, as quais deveriam ser recolhidas “a quartéis ou a prisão especial”.

Questiona-se a justeza da prisão provisória, eis que, como constrição da liberdade, toda prisão é um mal. Principalmente, antes de o órgão jurisdicional manifestar seu juízo de censura ou de absolvição, a propósito do acusado.

TORNAGHI, por isso mesmo, é categórico, acentuando que

“a *prisão provisória* é certamente um mal, como também é um mal a privação de dinheiro (impostos), do tempo (gasto por quem depõe como testemunha), da vida (soldado), como também é um mal a lesão feita pelo cirurgião. É um mal para o indivíduo e deve ser evitado tanto quanto possível. Mas a questão está em saber se é injusto ou justo que o Estado exija do indivíduo (ainda que inocente) esse sofrimento. A resposta somente pode ser afirmativa: é justo; cada um de nós, cada indivíduo, terá de tolerar certas privações, algumas dores, algumas cousas que em si mesmas não são boas, se forem necessárias para o bem comum. São males, mas o não sofrê-las seria mal maior. E entre dois males, o *justo*, o *correto*, o *direito* é que ocorra o mal menor” (in *Curso de Processo Penal*, volume 2, págs. 6 e 7, Editora Saraiva, S. Paulo, 6. ed., 1989) (grifou-se).

Como os agentes dos crimes hediondos são, em princípio, indivíduos dotados de maior periculosidade, a Lei n.º 8.072/90 estabelece que “a prisão temporária (...) terá o prazo de trinta dias, prorrogável por igual período em caso de extrema e comprovada necessidade”. Essa ampliação



do prazo de constrição da liberdade deve ser justificada pelo juiz, na sentença que a decreta — diante da prova de sua extrema necessidade, v.g., a probabilidade de fuga do indiciado ou acusado ou de voltar a praticar novas infrações penais, ou sua resistência a ordem judicial ou convocação policial.

Daí por que, no § 3.º do art. 2.º, a Lei dos crimes hediondos disciplina, minudentemente, a duração máxima da *prisão provisória*, estabelecendo:

“Art. 2.º e §§ 1.º e 2.º — (*Omissis*)

§ 3.º — A prisão temporária, sobre a qual dispõe a Lei n.º 7.960, de 21 de dezembro de 1989, nos crimes previstos neste artigo, *terá o prazo de trinta dias, prorrogável por igual período em caso de extrema e comprovada necessidade*” (grifou-se).

### 5.5 *Estabelecimentos de segurança máxima*

Embora as leis penal, processual penal e executório-penal sejam federais, as prisões são estaduais e municipais: estaduais, os presídios, para cumprimento da pena imposta, mediante sentença definitiva, de mérito; municipais, as prisões para acolhimento dos presos destinatários de prisão provisória. Nada impede, contudo, que o Estado-Membro construa, também, nos municípios, cadeias para abrigo dos presos provisórios.

O que o art. 3.º prevê, sabiamente, é que a União tome a seu cargo a construção de “estabelecimentos penais de *segurança máxima*” (grifou-se), que se não confundem com os estabelecimentos para cumprimento da pena privativa da liberdade em regime fechado. Certo que os condenados a pena privativa da liberdade, no regime fechado (se superior a oito anos), devem cumprir essa pena em estabelecimento de segurança máxima; podendo, entretanto, cumpri-la em estabelecimento de segurança média (art. 33, § 1.º, letra *a*, *in fine*, do Código Penal).

O que caracteriza o estabelecimento de segurança máxima, onde cumprem pena os condenados ao regime fechado, é todo um aparato de obstáculos visando a dificultar-lhes a fuga. Daí, *devem nele ser presos os condenados dotados de maior periculosidade*.

No que tange a esse aparato, a ilustre penóloga ARMIDA BERGAMINI MIOTTO resume-o em “precauções materiais e físicas contra a fuga: grades, muralhas ou fossos; portões (*de ferro*) reforçados; guarda militar (armada); sistema de alarme (aperfeiçoando-se, para a sua eficiência, conforme o progresso da ciência e da técnica); outras precauções, quer reais ou objetivas, integradas ou não na arquitetura, quer pessoais”.

E acrescenta que o estabelecimento de segurança máxima se caracteriza, ainda, pelo “regime celular, destina-se a sentenciados perigosos, a

disciplina é garantida por imposição (e) por coerção" (in *Curso de Direito Penitenciário*. Ed. Saraiva, SP, 1975, 2.º vol. pág. 623).

Como exigem investimento mais volumoso, a União tomou a si promover sua construção. E não somente agora, com a Lei dos crimes hediondos, cujo art. 3.º recomenda que a União deva edificá-los. O legislador de 1984, com a edição da Lei 7.210 (Lei de Execução Penal), já estabelecia, no seu art. 86, § 1.º:

"A União federal poderá construir estabelecimento penal em local distante da condenação para recolher, mediante decisão judicial, os condenados à pena superior a quinze anos, quando a medida se justifique no interesse da segurança pública ou do próprio condenado" (grifou-se).

O dispositivo diz *podará*, quando o correto seria *deverá*, até porque o recolhimento do condenado a pena superior a 15 anos foi determinado por *decisão judicial*, a que o Poder Executivo não pode resistir.

Agora, com o art. 3.º da Lei n.º 8.072/90, a eventual dúvida sobre a obrigatoriedade de a União, através do Poder Executivo, construir presídios de segurança máxima, cessa de vez; porquanto o legislador de noventa empregou o verbo *manter* (no futuro, *manterá*) de forma a inferir obrigatoriedade.

Diz, com efeito, o art. 3.º da Lei n.º 8.072/90:

"Art. 3.º — A União manterá estabelecimentos penais, de segurança máxima, destinados ao cumprimento de penas impostas a *condenados de alta periculosidade*, cuja permanência em presídios estaduais ponha em risco a ordem ou incolumidade pública" (grifou-se).

É preciso, porém, que "a ordem ou incolumidade pública" nos "presídios estaduais", justifiquem o aprisionamento do condenado de alta periculosidade no estabelecimento de segurança máxima, o que o magistrado verificará, mediante os exames que promoverá, no curso do processo de conhecimento.

#### 5.6 *Livramento condicional*

O benefício do livramento condicional, quando se tratar de crime hediondo ou assemelhado, foi dificultado, com o advento da Lei n.º 8.072/90.

Quando a hipótese for de crime comum —, e os crimes hediondos são uma espécie de crimes *sui generis*, dentro do Código Penal —, basta que o "condenado a pena privativa de liberdade igual ou superior a 2 (dois) anos" tenha cumprido "mais de um terço da pena se o condenado *não for reincidente em crime doloso* e tiver bons antecedentes"; ou tiver cumprido "mais da metade se o condenado *for reincidente em crime doloso*", *ex vi* do art. 83, incs. I e II do Código Penal (grifou-se).

Se se cuidar de condenado pela prática de crime *hediondo* ou assemelhado, necessário será que tenha “cumprido mais de dois terços da pena” (art. 5.º da Lei n.º 8.072/90, que acrescentou ao art. 83 do Código Penal o inc. V). Isto, mesmo “se o apenado *não for reincidente específico* em crime dessa natureza”, ou seja, em crime *hediondo* ou assemelhado. Se o for, *a contrario sensu*, terá direito, o condenado por crime *hediondo* ou assemelhado, ao benefício do livramento condicional.

É o que se infere do art. 5.º da Lei n.º 8.072/90, que deu nova redação ao art. 83 do Código Penal, acrescentando-lhe o inc. V, assim:

“Art. 83 — O juiz poderá conceder livramento condicional ao condenado a pena privativa de liberdade igual ou superior a 2 (dois) anos, desde que:

(*Omissis*)

“V — cumprido 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”.

#### 5.7. Aumento da pena privativa da liberdade

A Lei dos crimes *hediondos* não se limitou a cercear a concessão dos benefícios aludidos: também enrijeceu dispositivos da Parte Especial do Código Penal de 1940 para elevar-lhes as sanções dos crimes que rotulou como *hediondos*. Assim é que o art. 6.º da Lei n.º 8.072/90 deu nova redação aos arts. 157, § 3.º; 159, §§ 1.º, 2.º e 3.; 213, *caput*; 214, *caput*; 223, parágrafo único; 267, *caput*; e art. 270, *caput*. E, pelo art. 7.º, acrescentou ao art. 159 (“extorsão mediante seqüestro”), um dispositivo, (o § 4.º) — causa específica de diminuição de pena. Esta, uma exceção.

Essas figuras típicas passam a ter a seguinte redação:

a) — roubo qualificado pelo resultado (art. 157, § 3.º):

A segunda parte do § 3.º foi alterada, elevando-se a pena privativa da liberdade de 15 para 20 anos, no seu limite inferior, mantido o limite superior de 30 anos, “sem prejuízo da multa”. As penas, contudo, são acrescidas de metade, se ocorrer qualquer das hipóteses do art. 224 do Código Penal, ou seja, havendo *violência presumida*, o que se verificaria nas seguintes circunstâncias: a) se a vítima não é maior de 14 (quatorze) anos; b) “se a vítima é alienada ou débil mental, e o agente conhecia esta circunstância”; c) “se a vítima não pode, por qualquer outra causa, oferecer resistência”. Em qualquer dessas hipóteses, o roubo qualificado pelo *resultado*, ou, como diz a lei, na hipótese de *latrocínio*, tentado ou consumado, passa a ser punido com as seguintes penas: “se da violência resulta lesão corporal de natureza grave”, a pena é de reclusão de 7 anos e seis meses a 22 anos e seis meses; se resulta morte, a reclusão é de 30 (trinta) anos: “Sem prejuízo da multa”. Assim, no *latrocínio* consu-

mado, a pena é de reclusão de, no mínimo, 30 (trinta) anos, o máximo da pena privativa da liberdade (art. 75 do CP).

b) — extorsão mediante seqüestro (art. 159, *caput*, e §§ 1.º, 2.º, 3.º e 4.º):

A extorsão mediante seqüestro, simples — art. 159, *caput*, passa a ser punida com reclusão de 8 (oito) a 15 (quinze) anos, elevando-se o mínimo da pena privativa da liberdade, que era de 6 (seis) anos; e eliminando-se a multa, o que nos parece um equívoco.

Se, contudo, ocorre a presunção de violência, a pena privativa da liberdade passa a ser reclusão de 12 (doze) a 22 (vinte e dois) anos e seis meses.

Se se cuida do crime de extorsão mediante seqüestro qualificado pela duração (“mais de 24 horas”), e pela faixa etária da vítima (“menor de 18 anos”), ou pela condição do agente (“se o crime é cometido por bando ou quadrilha”), a pena privativa da liberdade eleva-se para 12 (doze) anos (no mínimo) e 20 (vinte) anos, (no máximo), eliminada a multa. E se ocorre violência presumida, as penas serão de 18 a 30 anos (art. 9.º da Lei n.º 8.072/90).

Se da extorsão mediante seqüestro “resulta lesão corporal de natureza grave” (§ 2.º do art. 159 — CP), a pena de reclusão eleva-se para 16 (dezesesseis) anos, no mínimo, e 24 (vinte e quatro) anos, no máximo, eliminada a multa. E se há violência presumida (art. 9.º da Lei n.º 8.072/90), essas penas se elevam para 24 (vinte e quatro) anos, no mínimo, e 30 (trinta) anos, no máximo.

Se a extorsão mediante seqüestro é qualificada pelo resultado morte (§ 3.º, art. 159, CP), a reclusão eleva-se para 24 (vinte e quatro) anos, no mínimo; e, no máximo, 30 (trinta) anos, *eliminada a multa*. A pena, contudo, será de 30 (trinta) anos, no mínimo, se ocorre a presunção de violência (art. 224/CP, c/c o art. 9.º da Lei n.º 8.072/90).

O art. 7.º da Lei dos crimes *hediondos* prevê para a extorsão mediante seqüestro (art. 159, *caput*, e §§/CP) uma causa de diminuição de pena — quando o crime “é cometido por quadrilha ou bando” (art. 288/CP). Nesta hipótese, o co-autor que delatar o crime à autoridade (policia, judicial etc.) será beneficiado com redução da pena, no *quantum* de *um a dois terços* — desde que, com essa delação, o agente propicie ou facilite “a libertação do seqüestrado”.

c) estupro (art. 213/CP):

O crime de estupro passa a ser punido com o mínimo de 6 (seis) e o máximo de 10 (dez) anos de reclusão, quando os limites anteriores eram, respectivamente, de três a oito anos. Se, contudo, da violência resulta lesão corporal de natureza grave, a pena se eleva para, no mínimo, 8 (oito)

anos; e, no máximo, 12 (doze) anos de reclusão. E se resulta morte, a reclusão passa a ser de, no mínimo, 12 (doze) anos; e, no máximo, de 25 (vinte e cinco) anos. Se ocorre qualquer das hipóteses do art. 224 ("presunção de violência"), o mínimo da reclusão será de 12 (doze) anos, e o máximo de 18 (dezoito) anos, para o estupro, "se da violência resulta lesão corporal de natureza grave"; e será de 18 (dezoito) a 30 (trinta) anos, "se da violência" empregada "resulta morte".

*d) atentado violento ao pudor (art. 214/CP):*

O crime de atentado violento ao pudor, com a sua rotulação de crime hediondo, passa a ser punido com o mínimo de 6 (seis) e o máximo de 10 (dez) anos de reclusão.

Se, contudo, da violência resulta lesão corporal de natureza grave (art. 223, *caput*, CP), a pena será de 8 (oito) a 12 (doze) anos de reclusão. Se resulta morte, como consequência da violência empregada, a pena será, no mínimo, de 12 (doze) anos; e, no máximo, de 25 (vinte e cinco) anos de reclusão.

Essas penas, porém, se elevam de metade (art. 9.º da Lei n.º 8.072/90) se ocorre qualquer das hipóteses de presunção de violência. Assim, o atentado violento ao pudor, simples (art. 214/CP), será punido com reclusão de 9 (nove) a 15 (quinze) anos; o *atentado violento ao pudor* qualificado pela lesão corporal de natureza grave (art. 223/CP) passa a ser punido com reclusão de 12 (doze) a 18 (dezoito) anos; e o crime qualificado pelo resultado morte (art. 213 c/c o art. 223, *parágrafo único*/CP) será punido com reclusão de 18 (dezoito) a 30 (trinta) anos.

*e) epidemia (art. 267, caput, e §§/CP):*

O crime de epidemia, simples, passa a ser punido com reclusão de 10 (dez) a 15 (quinze) anos.

Não houve alteração quanto à hipótese do § 1.º: "Se do fato resulta morte, a pena é aplicada em dobro".

Igualmente, no que concerne ao § 2.º: No caso de culpa, a pena é de detenção, de 1 (um) a 2 (dois) anos, ou, se resulta morte, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos".

É que, no caso do § 1.º, a elevação da pena cominada à conduta típica do *caput* se reflete na hipótese qualificada pela morte; e no caso previsto no § 2.º, a apenação branda se justifica pela ausência de dolo; bem assim, de preterdolo.

*f) envenenamento de água potável ou de substância alimentícia ou medicinal (art. 270, caput, e §§/CP):*

Esta figura típica, na sua forma simples (art. 270, *caput*), teve a pena mínima elevada de 5 para 10 (dez) anos; e a máxima mantida em 15 (quinze) anos de reclusão.

A conduta típica prevista no § 1.º — entrega da água potável ou de substância alimentícia ou medicinal, envenenadas, para consumo; ou para quem as tenha em depósito, para serem distribuídas — não experimentou nenhuma alteração, com a Lei dos crimes *hediondos*. Pois que a elevação prevista para o *caput* do art. 270 se reflete no seu § 1.º: A pena é a mesma.

E no que tange à modalidade culposa do delito (§ 2.º do art. 270/CP), não se justificaria qualquer elevação da pena; porquanto, a maior censura somente se justifica quando o agente procede dolosamente, ou preterintencionalmente.

O crime previsto no art. 270 deve ser visto em sua combinação com os arts. 258 e 285 do Código Penal. Se não bastasse a sistemática do estatuto penal *standard*, o art. 1.º da Lei n.º 8.072/90, *in fine*, faz expressa remissão a esse inter-relacionamento.

Com efeito, o art. 285 manda aplicar “o disposto no art. 258 aos crimes previstos” no capítulo concernente aos “crimes contra a saúde pública”, exceto “quanto ao definido no art. 267” (“epidemia”). Por sua vez, o art. 258 do Código Penal dispõe:

“Se do crime doloso de perigo comum resulta lesão corporal de natureza grave, a pena privativa de liberdade é aumentada de metade; se resulta morte, é aplicada em dobro. No caso de culpa, se do fato resulta lesão corporal, a pena aumenta-se de metade; se resulta morte, aplica-se a pena cominada ao homicídio culposo, aumentada de um terço.”

Este dispositivo se aplica, pois, aos crimes, ou às hipóteses criminosas previstas no art. 270 do Código Penal, ora examinado — “envenenamento de água potável ou de substância alimentícia ou medicinal”, nas suas condutas dolosas (art. 270, *caput*, e § 1.º); e na sua hipótese culposa (§ 2.º do art. 270/CP).

Assim, o crime previsto no art. 270, *caput*, e o § 1.º — hipóteses dolosas —, terá como pena reclusão de 15 (quinze) a 22 (vinte e dois) anos e seis meses, *se do envenenamento resultar lesão corporal de natureza grave*; e será reclusão de 20 (vinte) a 30 (trinta) anos se do envenenamento doloso resultar morte. Idêntico tratamento é reservado para a situação delineada no § 1.º do art. 270.

Se, contudo, o envenenamento é *culposo*, e “se do fato resulta lesão corporal”, a pena prevista no § 2.º do art. 270 do Código Penal é aumentada de metade, passando, de seis meses para 9 (nove) meses, no mínimo; e, no máximo, de dois para 3 (três) anos, de detenção.

Se do envenenamento culposo “resulta morte”, a pena será detenção de 1.1/3 (um ano e um terço), no mínimo; e, no máximo, detenção de 4 (quatro) anos.

Vejam-se, a propósito, o art. 270, *caput* e §§, c/c os arts. 121, § 3.º, 258 e 285 do Código Penal.

g) quadrilha ou bando (art. 288, *caput*, e seu parágrafo único/CP):

O art. 8.º, *caput*, da Lei n.º 8.072/90, estabelece que “será de três a seis anos de reclusão a pena prevista no art. 288 do Código Penal, quando se tratar de crimes hediondos, prática da tortura, tráfico de entorpecentes e drogas afins ou terrorismo” (grifou-se).

Com este dispositivo, o crime de *quadrilha* ou *bando*, que passa à condição de crime hediondo (nas circunstâncias assinaladas), deve ser visto com a seguinte redação:

“Art. 288 — Associarem-se mais de três pessoas, em quadrilha ou bando, para o fim de cometer crimes:

Pena — reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos.

§ 1.º — A pena aplica-se em dobro, se a quadrilha ou bando é armado.

§ 2.º — Será de três a seis anos de reclusão a pena prevista no art. 288 do Código Penal, quando se tratar de crimes hediondos, prática da tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins ou terrorismo.

§ 3.º — 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.”

É o que se impõe fazer, na reedição do Código Penal, com a redação que lhe deu ao art. 288 a Lei n.º 8.072/90.

#### 5.8. O genocídio

A Lei n.º 8.072/90 não redesenhou figura alguma das condutas típicas constantes da Lei n.º 2.889, de 1.º-10-56, que definiu o crime de genocídio. Em verdade, a lei do genocídio não criou novas figuras típicas; apenas redefiniu condutas criminosas já tipificadas no Código Penal.

A Lei dos crimes hediondos faz remissão aos arts. 1.º, 2.º e 3.º da Lei n.º 2.889, de 1956, que são as condutas típicas do *genocídio*.

O art. 1.º da Lei n.º 2.889/56 abrange condutas típicas integrantes de várias hipóteses criminosas do Código Penal: a) homicídio qualificado (art. 121, § 2.º/CP); b) lesões corporais gravíssimas (art. 129 § 2.º/CP); c) envenenamento de água potável ou de substância alimentícia ou medicinal (art. 270, *caput*/CP); d) aborto provocado por terceiro (art. 125/CP); e) seqüestro e cárcere privado (art. 148, *caput*, CP). As penas são as mesmas do Código Penal.

O art. 2.º da Lei do genocídio concerne ao crime de *quadrilha* ou *bando* (art. 288, *caput*): “Associarem-se mais de 3 (três) pessoas para a

prática dos crimes mencionados no artigo anterior (o art. 1.º): Pena — metade da cominada aos crimes ali previstos”. Ou seja: metade das penas cominadas às figuras típicas contidas nos arts. 121, § 2.º, 129, § 2.º; 270, *caput*; 125; e 148, *caput*, do Código Penal.

Por sua vez, o art. 3.º da Lei do genocídio traça novo perfil da figura típica do art. 286 do Código Penal — incitação ao crime, com a seguinte descrição: “Incitar, direta e publicamente, alguém a cometer qualquer dos crimes de que trata o art. 1.º (quais sejam: arts. 121, § 2.º; art. 129, § 2.º; arts. 125, 148 e 270 do Código Penal): Pena — metade das penas ali cominadas”.

No § 1.º, o referido art. 3.º estabelece que “a pena pelo crime de incitação será a mesma do crime incitado, se este se consumir”; e, no § 2.º, que “a pena será aumentada de um terço, quando a incitação for cometida pela imprensa”. Isto é, o delito de “incitação ao crime” de genocídio delinea, nos §§ 1.º e 2.º do art. 3.º, duas figuras típicas qualificadas: a) quando o crime, cuja prática é incitada, se consuma — a pena prevista no *caput* do art. 3.º se eleva ao dobro; b) e se eleva de 1/3 (um terço), se a incitação se opera através da imprensa.

O art. 4.º da Lei do genocídio define, ainda, mais uma figura típica, qualificada, prevendo o aumento da pena de 1/3 (um terço), quando as condutas típicas previstas nos arts. 1.º, 2.º e 3.º forem praticadas “por governante ou funcionário público”. Assim, além das duas figuras típicas, qualificadas, do art. 3.º — define, o art. 4.º, uma terceira figura delituosa qualificada.

Já o art. 5.º da Lei do genocídio disciplina a pena da *tentativa* desses crimes: “Será punida com dois terços das respectivas penas a *tentativa* dos crimes definidos nesta Lei” (grifou-se).

Quando de sua promulgação, a 1.º-10-56, estava em vigor, na sua redação original, o Código Penal de 1940, cujo art. 12, parágrafo único dispunha sobre a apenação da *tentativa*: “. . . pune-se a *tentativa* com a pena correspondente ao crime consumado, diminuída de um a dois terços” (grifou-se). Com a redação que lhe deu a Lei n.º 7.209/84, a *tentativa* passou a ser descrita no art. 14, parágrafo único, mas com idêntica redação. O Código Penal deixa ao magistrado o arbítrio de efetuar a diminuição de um a dois terços da pena cominada ao crime consumado. Preferiu, contudo, o legislador de 1956, estabelecer para a *tentativa* do genocídio, em qualquer de suas formas —, dois terços da pena cominada ao crime de genocídio consumado.

O art. 6.º da Lei do genocídio exclui as figuras típicas previstas nos arts. 1.º, 2.º e 3.º da Lei n.º 2.889/56 dentre os crimes políticos, para fins de extradição. Ou seja: o genocida pode ser extraditado, se não for brasileiro nato; ou se se houver naturalizado após ter praticado a conduta genocida, pela qual esteja sendo processado, e em razão do que se tenha pleitea-



do a extradição, ao Governo brasileiro, *ex vi* do art. 77, inc. I, da Lei n.º 6.815, de 19-8-1980.

O legislador de 1990 incluiu o genocídio entre os crimes *hediondos*, não com o intuito de elevar a pena das aludidas figuras típicas. Mas apenas para que os genocidas não pudessem beneficiar-se da *anistia*, da graça, do *indulto*, da fiança, da *liberdade provisória*; e para que cumprisse a pena imposta em estabelecimento de segurança máxima (se necessário) e em regime fechado; e, ainda, para dificultar a concessão do livramento condicional etc. O que é justo, em se tratando de crime contra a humanidade, praticado “com a intenção de destruir, no todo ou em parte, grupo nacional, étnico, racial ou religioso”, matando, causando lesões corporais gravíssimas, envenenando água potável (ou substância alimentícia ou medicinal), abortando, sequestrando (ou pondo em cárcere privado).

#### 5.9. *O tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins*

O tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins não foi definido, na Constituição Federal de 1988, como crime *hediondo*. Todavia, o constituinte lhe deu idêntico tratamento, no art. 5.º, inc. XLIII, de referida Carta. Daí por que o legislador de 1990, ao regulamentar esse dispositivo constitucional, incluiu na Lei n.º 8.072, em foco, algumas das figuras típicas que compõem a Lei n.º 6.368/76: o art. 12, tráfico ilícito de entorpecentes, em suas várias modalidades previstas no *caput* e nos §§ 1.º e 2.º; o art. 13, fabrico de maquinismo; e o art. 14, associação de traficantes, ou seja, o bando de traficantes, que não é, propriamente, quadrilha — eis que o número mínimo pode ser constituído de apenas duas pessoas.

No art. 10 da Lei n.º 8.072, o legislador de 1990 timbrou em acrescentar ao art. 35 da Lei n.º 6.368/76 um parágrafo único, com a seguinte redação: “Os prazos procedimentais deste Capítulo (“Do Procedimento Criminal”, capítulo IV, da referida Lei) serão contados em dobro quando se tratar dos crimes previstos nos arts. 12, 13 e 14”.

Como só há referência a essas três figuras típicas da Lei n.º 6.368/76, infere-se que somente essas condutas delituosas situar-se-iam nas hipóteses assemelhadas a crimes *hediondos*.

Doutra parte, é de se destacar que a ampliação dos referidos prazos procedimentais tem sua razão de ser: conferir à autoridade competente mais tempo para apurar a prática criminosa e formar, a respeito do agente, adequado juízo sobre sua inocência ou sua culpabilidade.

#### 5.10. *A tortura*

Tortura não é crime, mas *modus faciendi* de o agente praticar um crime *hediondo*.

Com o aprimoramento da legislação penal moderna, a tortura —, na antigüidade meio lícito empregado no processo criminal, para chegar-se ao *desideratum* perseguido pelo órgão inquisitorial —, passou a ser exorcizada

dos textos legais, hodiernos, do estado de direito democrático. Sem embargo, é muito freqüentemente empregada, clandestinamente, no procedimento inquisitorial, onde o contraditório ainda não se instaurou; o que ocorrerá com o recebimento da denúncia ou da queixa.

Tão freqüentemente utilizada no procedimento medievo, como meio de chegar-se à "verdade" processual, que o eterno BECCARIA se refere à *tortura* com palavras candentes, em página memorável:

"Uma crueldade consagrada pelo uso na maior parte das nações é a *tortura* do réu durante a formação do processo, ou para obrigá-lo a confessar um crime, ou pelas contradições em que houver incorrido, quer para apontar os cúmplices, quer por não sei qual metafísica e incompreensível purgação da infâmia, quer finalmente por outros crimes de que seria culpado, mas de que não está sendo acusado" (in *Dos Delitos e das Penas*, trad. de Vicente Sabino Jr., Editora Juriscredi, SP., 1972, pág. 170)."

E mais adiante:

"A lei que impõe a *tortura* é uma lei que diz:

'Homens, resisti à dor; e se a natureza criou em vós um irresistível amor próprio, se vos deu um direito inalienável para a vossa defesa, não acredito que haja em vós um afeto completamente oposto, ou um ódio heróico contra vós mesmos, e ordeno-vos que vos acuseis e que digais a verdade, em meio ao descontrolo de vossos nervos e o desconjuntamento de vossos ossos.'

Este infame crisol da verdade é um monumento que ainda subsiste da antiga e bárbara legislação, quando se denominavam 'juízos de Deus' as provas do fogo e da água fervente, e a incerta sorte das armas; como se os anéis da eterna cadeia que se encontra no seio da Primeira Causa devessem, a cada instante, desagregar-se ou separar-se por causa das frívolas decisões dos homens" (in *op. cit.*, pág. 171).

No Direito Penal pátrio, a *tortura* não é crime autônomo, tão-só circunstância qualificadora do homicídio. E, como tal, prevista no art. 121, § 2.º, inc. III — dentre várias outras circunstâncias que agravam a pena —, de sorte que o homicídio simples, punido com reclusão de 6 (seis) a 20 (vinte) anos, passa a ser punido, se praticado mediante *tortura*, com reclusão de 12 (doze) a 30 (trinta) anos.

Ao estudar o tema, in *Direito Penal na Constituição*, PAULO JOSÉ DA COSTA JR., opina:

"Referiu-se ainda a Constituição, no art. 5.º, inc. XLIII, à prática da *tortura*, que considerou crime inafiançável e insuscetível de graça ou anistia.

Não definiu, entretanto, a Magna Charta, o que entende por *tortura*. Se recorrermos ao Código Penal, iremos constatar que

lá ela se encontra prevista como meio para a prática delituosa. Assim, por exemplo, o crime de homicídio, que vem a qualificar-se pelo emprego da *tortura*, como meio cruel (art. 121, § 2.º, III). Vê-se que a *tortura*, perante o estatuto penal vigente, não configura um crime autônomo, mas um meio para execução de outro crime” (*op. cit.* pág. 233, Ed. Revista dos Tribunais, SP., 1990) (grifou-se).

Este é, igualmente, o entendimento de DAMÁSIO EVANGELISTA DE JESUS, autor do Anteprojeto da Lei dos Crimes Hediondos:

“A tortura ainda não existe em nossa legislação como delito autônomo. Em face disso, o fato, quando presente essa circunstância como fim ou meio de execução, deve ser considerado crime comum ou especial, como homicídio, lesão corporal, abuso de autoridade etc.” (in *Crimes Hediondos*, capítulo de “Sistema Penal para o Terceiro Milênio — Atos do Colóquio Marc Ancel”, organizado por João Marcello de Araújo Jr., Editora Revan, Rio de Janeiro, 1991, pág. 148).

Por certo, o legislador ordinário, ciente e consciente de que a tortura, — objeto de tratamento justificadamente assaz severo —, não constitui crime, há de preencher a lacuna, regulamentando, mais minudentemente, o preceito constitucional, inclusive quem sabe, com a reformulação da própria Lei dos crimes hediondos.

É de estranhar, contudo, que, a despeito da severa punição cominada aos crimes hediondos, eles sejam suscetíveis de prescrição. Enquanto o *racismo*, punido com sanção bem mais branda, foi disciplinado na *Magna Charta* de 1988, art. 5.º inc. XLII, como “crime inafiançável e *imprescritível* (grifou-se).

A disparidade de tratamento é transparente, e, assim, deve ser objeto de adequado tratamento legislativo, de *lege ferenda*. Quer considerando *imprescritíveis*, igualmente, os crimes hediondos; quer excluindo o *racismo* da *imprescritibilidade* que, hoje, incide sobre sua prática, simplesmente por um mínimo de coerência.

#### 5.11. O terrorismo

Historicamente ligado à Revolução Francesa, especificamente à revolução camponesa, como parte da revolução popular, na França dos anos 1787-1788, com o enforcamento de 33 camponeses (vide, a propósito, *A Revolução Francesa*, de Georges Lefebvre, trad. de Ely Bloem de Melo Pati, Ed. Ibrasa, SP, 2. ed., pág. 130) — “o terrorismo atual, considerado como o mal do século, por tingir de sangue vastas áreas do globo terrestre, pela sua persistência e por seu aspecto internacional, pouco tem a ver com as cabeleiras brancas e nobres que rolaram, há dois séculos, decepados pela guilhotina do Terror” (PAULO JOSÉ DA COSTA JR., in *op. cit.*, pág. 227).

Atualmente, o *terrorismo* é um fenômeno criminoso que se internacionalizou, freqüentemente com características políticas. Não raro, patrocinado por Chefes de Estado e Chefes de Governo. Assim, vêmo-lo, em todos os quadrantes do planeta, oriundo da Líbia, da Síria, do Irã, do Iraque — uma postura política contra o Ocidente, genericamente; e, especificamente, contra Israel, cuja existência os árabes não admitem.

Está igualmente, muito atuante na Alemanha, na Inglaterra, na França; e, de forma intrinsecamente organizada, na Itália, onde as “Brigadas Vermelhas” vêm desafiando o poder de polícia, muitas vezes levando vantagem sobre as forças estatais.

Alguns assinalam que esse fenômeno ocorre, mais acentuadamente, nos países onde inexitem franquias democráticas — como na Espanha de Franco, onde os separatistas bascos procuravam e não encontravam espaços. Todavia, há de se convir que o fenômeno ocorre, com muita similaridade, tanto nos regimes fechados quanto nos abertos, politicamente. Isto é tão verdadeiro que, num dos países mais democráticos do mundo moderno, a Itália, o terrorismo é uma epidemia, sobressaltando a sociedade civil e abalando as próprias estruturas políticas.

Na América Latina, o terrorismo tem sido o flagelo de alguns países, como a Colômbia, onde a máfia da cocaína vem promovendo ataques terroristas com acentuada freqüência e vasto poder devastador.

PAULO JOSÉ DA COSTA JR., conceitua o *terrorismo* destacando que “o fenômeno se caracteriza por sua finalidade de destruição das instituições democráticas e pelo meio de que se servem os agentes terroristas, sempre de natureza violenta, para infundir o pânico entre a população. Além do mais, os atos terroristas se destacam pelo requintado tecnicismo, executado por pessoas recrutadas nas mais diversas camadas sociais” (in *op. cit.*, pág. 227).

A legislação ordinária, no Brasil, não previu ainda o crime de *terrorismo*. A matéria, até o momento, está definida como *crime contra a segurança nacional*, e, como tal, disciplinada na legislação específica.

Com efeito, o Decreto-Lei n.º 898/69, art. 28, *caput*, prevê o crime de *terrorismo* — uma hipótese delitiva de ação múltipla, punida com reclusão de 12 (doze) a 30 (trinta) anos.

Mais tarde, a Lei n.º 6.620/78, art. 26, consideraria a prática de *terrorismo* igualmente como crime de ação múltipla, punido com reclusão de 2 (dois) a 12 (doze) anos de reclusão.

Mais recentemente, a Lei n.º 7.170, de 14 de dezembro de 1983, que “define os crimes contra a segurança nacional, a ordem política e social, estabelece seu processo e julgamento e dá outras providências”, define o terrorismo, no art. 20, juntamente com várias outras hipóteses delitivas;

e pune a infração com reclusão de 3 (três) a 10 (dez) anos de reclusão, estabelecendo, no parágrafo único, que “se do fato resulta lesão corporal grave, a pena aumenta-se até o dobro; se resulta morte, aumenta-se até o triplo”. Isto é, o terrorismo, qualificado pelo resultado *lesão corporal de natureza grave* é punível com reclusão de 6 (seis) a 20 (vinte) anos; e o crime qualificado pelo resultado *morte* é sancionável com reclusão de 9 (nove) a 30 (trinta) anos.

Ao contrário do que registra PAULO JOSÉ DA COSTA JR., ao dizer, com certo equívoco ufanismo, que, “com a graça de Deus, o mal do século ainda não nos atingiu” — rememoramos que o *terrorismo*, desgraçadamente, já se manifestou, entre nós, quer nos movimentos terroristas urbanos de Lamarca, quer no terrorismo rural, v.g., a chamada *guerrilha do Araguaia*, história que ainda não foi levantada com a imparcialidade reclamada pela perspectiva do tempo.

Pela sua repercussão e aspecto devastador, o *terrorismo* merece o tratamento severo que o Constituinte de 1988 lhe reservou (art. 5.º, incs. XLIII e XLIV), e minudenciado pelo legislador ordinário, através da Lei n.º 8.072, de 25 de julho de 1990, art. 1.º — a lei dos crimes hediondos.

## 6. Crítica

Louvável a iniciativa do Governo, promovendo a regulamentação do preceito constitucional (art. 5.º, inc. XVIII, da Constituição Federal), que preconizou a definição dos crimes hediondos.

Todavia, o novo estatuto penal, cuja promulgação foi alardeada aos clangores de trombeta da *mídia orquestrada*, padece de vários defeitos de forma e conteúdo, alguns dos quais oriundos do próprio dispositivo constitucional, ora regulamentado.

Eis alguns desses equívocos, apenas a título de enunciação, já que o exame mais aprofundado da matéria será feito alhures.

### 1 — Os crimes hediondos e o racismo

Dispõe o texto constitucional, no art. 5.º, inc. XLII, que “a prática do racismo constitui crime inafiançável e *imprescritível*, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei” (grifou-se).

Todavia, os crimes *hediondos*, embora igualmente inafiançáveis, e insuscetíveis de graça e anistia, *ex vi* do inc. XLIII, da Constituição Federal — e apesar de serem, obviamente, mais graves que o racismo —, são *prescritíveis*.

Na euforia da representação da raça negra, na Constituinte de 1988, inseriu-se na Constituição Federal preceito penal de pertinência duvidosa, apesar de todo o respeito que a justa intenção merece, e de todo o desprezo que o racismo provoca no seio da *sociedade brasileira*, resultante da *miscigenação* das três raças básicas — a branca, a índia, a negra.

Para tratamento equânime, ou se exclui a imprescritibilidade dos crimes concernentes ao racismo ou se estende a essa imprescritibilidade aos crimes hediondos.

Acreditamos ser mais consentâneo com o atual estágio do Direito Penal, moderno e democrático, excluir-se a imprescritibilidade.

Como muito pertinentemente pontifica PAULO JOSÉ DA COSTA JR.:

“Discutível apenas o fato de considerar imprescritível um crime. Poder-se-á, quando muito, dilatar o lapso prescricional, tornando-o praticamente inatingível, diante da gravidade do crime. Todos os crimes, entretanto, deverão ser passíveis de prescrição” (in *op. cit.*, pág. 232).

Em vez de se dizer que o crime é imprescritível, melhor seria estabelecer prazo prescricional bem superior, v.g., 30 (trinta) anos, quando o máximo prazo prescricional, *ex vi* do art. 109, inc., I, do Código Penal, é de 20 (vinte) anos, apenas.

A imprescritibilidade dos crimes e das penas é incompatível com a estrutura e os postulados do Direito Penal moderno, de natureza liberal e democrática.

## 2 — Anistia, graça e indulto

O art. 5.º, inc. XLIII, da Constituição Federal exclui a *graça e a anistia* dentre os benefícios que os agentes de crimes hediondos e semelhantes podem receber.

Estranho que não haja, o Constituinte de 1988, incluído o *indulto*, dentre esses benefícios interditados aos criminosos hediondos, — eis que este instituto é muito semelhante à *graça*, e de efeito bem menos amplo que a *anistia*.

Por isso, agiu corretamente o legislador ordinário, ao incluir o *indulto* entre os benefícios que os criminosos hediondos não podem fruir — apesar de esse benefício não estar inserido no referido preceito constitucional.

## 3 — O latrocínio

No seu art. 1.º, a Lei n.º 8.072/90 insere entre os crimes hediondos o latrocínio, como tal o art. 157, § 3.º, *in fine*, do Código Penal.

Ora, o Código Penal de 1940, como sabido, não disciplinou o crime de latrocínio, ao contrário dos estatutos penais, precedentes. O que se acha previsto no aludido art. 157, § 3.º, *in fine*, nada mais é que o crime de roubo, qualificado pelo resultado morte.

O crime de latrocínio foi previsto, na legislação penal brasileira, desde o Código Criminal do Império até o Código Penal de 1969, exceto no Código Penal de 1940.

No Código Criminal do Império, de 1830, foi esculpido no art. 271, com a seguinte redação:

“Art. 271 — Se para verificação do roubo, ou no ato dele, se cometer morte:

Penas — de morte no grau máximo, galés perpétuas no médio, e por vinte anos no mínimo.”

Além dessas penas, a multa, variando de 20% (vinte por cento) a 3.1/3% (três e um terço por cento) do valor ou objeto roubado.

No Código Penal de 1890, o latrocínio foi tipificado no art. 359, com a seguinte descrição:

“Art. 359 — Se para realizar o roubo, ou no momento de ser perpetrado, se cometer morte:

Pena — de prisão celular por doze a trinta anos.”

Estranhamente, não previu, o legislador de 1890, pena pecuniária — apesar de se tratar de crime contra o patrimônio, e, simultaneamente, contra a vida.

Com idêntica redação e igual apenação, a Consolidação das Leis Penais tipificou o *latrocínio*, no art. 359.

Com melhor técnica que todos os estatutos precedentes, o Código Penal de 1969 extremou o crime de *roubo* qualificado pelo resultado *morte*, do crime de *latrocínio*, inclusive com apenação diversa.

No art. 167, § 3.º, o Código Penal de 1969 disciplinou o crime de *roubo* qualificado pela morte:

“Art. 167 e §§ 1.º e 2.º — (*Omissis*).

§ 3.º (Formas qualificadas pelo resultado)

Se resulta lesão grave, a pena é reclusão de cinco a dezesseis anos, além da multa; se resulta morte, reclusão, de seis a dezoito anos, além da multa” (grifou-se).

É o roubo qualificado pelo resultado *morte*.

Diferente do *latrocínio*, que o legislador de 1969 tipificou no art. 167, § 5.º, com idêntico *nomen juris*:

“§ 5.º Se, para praticar o roubo ou assegurar a impunidade do crime ou a detenção da coisa, o agente causa dolosamente a morte de alguém, a pena será reclusão, de 15 (quinze) a 30 (trinta) anos, além da multa, sendo irrelevante se a lesão patrimonial deixa de consumar-se. Se há mais de uma vítima dessa violência à pessoa, aplica-se o disposto no art. 65” (*curso de crimes*).

Não se confundem, pois, roubo seguido de morte (que é o crime de roubo qualificado), com *latrocínio* (em que o agente mata, dolosamente,

“para praticar o roubo ou assegurar a impunidade do crime ou a detenção da coisa”).

Assim, em vez de latrocínio, o legislador ordinário de 1990 deveria ter dito *roubo* seguido de *morte* (art. 157, § 3.º, *in fine*, do CP).

Distinção técnica e substancial, imprescindível.

#### 4 — A multa

A pena pecuniária é uma sanção sempre presente em todos os crimes contra o patrimônio — arts. 155 *usque* 183 —, cumulativamente ou alternativamente. Como tal, prevista nos crimes de *roubo* e de *extorsão* (artigos 157 *usque* 160, do Código Penal de 1940).

Estranhamente, a Lei n.º 8.072/90, ao dar nova redação aos crimes de *roubo* seguido de *morte*, e de *extorsão* mediante *seqüestro* (em todas as modalidades), exclui a pena de multa.

Sem razão. Porquanto, se elevou, consideravelmente, a pena privativa da liberdade; e dificultou a concessão do *livramento condicional*; além de interditar aos criminosos *hediondos* os benefícios da *anistia*, da *graça* e do *indulto*, não poderia, o legislador de 1990, ter excluído a pena de multa das sanções a esses crimes.

#### 5 — Outros crimes hediondos

Todas as figuras típicas incluídas no rol dos crimes *hediondos*, o são, efetivamente.

Entretanto, ficaram de fora desse rol inúmeras figuras típicas que bem poderiam ser nele incluídas, tais como: o *homicídio* qualificado pelas hipóteses dos incisos I a V do § 2.º, art. 121; o crime de *incêndio*, artigo 250, § 1.º, incs. I e II; os crimes de *explosão*, simples, e qualificada, artigo 251, §§ 1.º e 2.º, todas do Código Penal de 1940.

#### 7. *Apreciação final*

A despeito desses defeitos e incoerências, a Lei n.º 8.072 de 25 de julho de 1990, deve ser saudada como mais uma tentativa de combater a criminalidade violenta, nas cidades e nos campos, mediante sanção mais rigorosa, e a restrição de benefícios de que são destinatários criminosos que não penetram o âmbito da *hediondez*.

De nada valerá, no entanto, a nova lei, apesar de toda a provável boa intenção de seus preconizadores, se o Governo deixar de cumprir a parte que lhe toca, nessa cruzada, — a construção dos estabelecimentos de segurança, prevista no art. 3.º da Lei n.º 8.072/90 — eis que, à exceção de São Paulo, nenhuma outra unidade federativa teria condições de arcar com os dispêndios que a construção desses estabelecimentos presuppõe.

E sem a edificação e manutenção desses estabelecimentos, a Lei dos crimes *hediondos* é quase letra natimorta.