

DOS CRIMES HEDIONDOS

Comentários à Lei nº 8.072 de 25 de julho de 1990

Gilberto Pereira de Oliveira (*)

1. *A ratio legis* 2. *Conflito aparente de norma*. 3. *Do latrocínio*. 4. *Da tipicidade dos crimes hediondos*. 5. *Da liberdade provisória*. 6. *Da extorsão e do seqüestro*. 7. *Da má informação noticiosa*. 8. *Do crime de epidemia, hediondo ou não*. 9. *Do art. 270 e a super pena*. 10. *Do genocídio*. 11. *Do regime penitenciário*. 12. *Da prisão temporária e da instrução*. 13. *Da quadrilha ou bando*. 14. *Do acordo para a diminuição especial da pena*. 15. *Das vantagens e da oportunidade do acordo*. 16. *O art. 9º e o bis in idem penal*. 17. *Dos prazos procedimentais*. 18. *Legislação*.

O presente trabalho tem por objetivo tecer comentários hermenêuticos à Lei nº 8.072/90, que tratou de punir, com mais rigor, os crimes considerados *hediondos*.

É do conhecimento geral, especialmente dos juristas, que a Lei nº 8.072/90 teve como motivação a ordem constitucional do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição de 1988 e o crescente número de seqüestros ocorridos no País, especialmente os dos empresários Luiz Sales, Abílio Diniz e Roberto Medina, pessoas de destacada importância no mundo político, empresarial e social do Brasil, levando a comoção social, seja pela brutalidade dos atos praticados pelos seqüestradores diretamente contra as vítimas, seja pela organização abrangente que os tentaram.

1. *A Ratio Legis*

A Lei nº 8.072/90 teve como *ratio legis* o clamor público e uma disposição constitucional, como já disse, porém por razões de excesso de apetência política legisferante que acometeu toda a equipe do Governo Collor, em querer resolver os problemas nacionais no mais curto espaço de tempo, esta lei foi elaborada em quatro dias, enviada ao Congresso e votada sem modificações, merecendo os vetos apenas dos arts. 4º e 11.

(*) Juiz de Direito da Justiça de Rondônia.

É de notar que a lei traz imperfeições redacionais e sistemáticas, próprias de uma lei forjada em poucos dias e sem discussões legislativas.

A promessa do então Ministro da Justiça, ao ser indagado por um repórter, era de que a lei estaria pronta em «três ou quatro dias» como, de fato, ocorreu, aumentando a tarefa dos doutrinadores e julgadores em interpretá-la adequada e sistematicamente.

Ao procurarmos definir a expressão *hediondo* vamos encontrá-la em Aurélio Buarque de Holanda, que define:

Hediondo: Depravado, vicioso, sórdido, imundo. Repelente, repulsivo, horrendo. Sinistro, pavoroso, medonho. Crime hediondo, que cheira mal. Fedorento.

Com todos estes qualificativos pejorativos dá para notar o quanto aqueles crimes elencados no art. 1º da Lei nº 8.072/90 incomodam a sociedade, merecendo maior punibilidade.

Neste momento temos a lamentar que, embora a lei esteja em vigor desde 26 de julho de 1990, data de sua publicação, não trouxe nenhum resultado prático. Os crimes de extorsão mediante seqüestro, de latrocínio e todos aqueles outros continuam evoluindo em escalada, como se nada tivesse acontecido.

Logicamente a deficiência não é da lei, seja desta ou das anteriores. A deficiência é dos sistemas policial, penitenciário e judiciário.

Não adianta abarrotar a sociedade de leis draconianas se não se instrumentalizar os órgãos de repressão e aplicação das leis, especialmente as condições de execução de penas.

Poderíamos dizer que a resposta está nos arts. 2º e 3º da Lei nº 8.072/90, quando exclui todos os direitos de liberdade do réu, até mesmo aqueles considerados como institutos de avaliação subjetiva judicial, como «a fiança e a liberdade provisória» e segue... quando afirma que «A União manterá estabelecimentos penais, de segurança máxima ...» Ora, manterá os já existentes que, por sinal, são estaduais (Bangu no Rio de Janeiro) e poucos, não havendo qualquer um de propriedade da União.

O próprio seria dizer:

— A União construirá.

O que ouvimos dos senhores membros do Governo Federal foi exatamente isso: «A União construirá presídios de segurança máxima para manter aqueles criminosos autores de crimes hediondos, perturbadores da ordem e da incolumidade pública».

Era de se esperar que a União, esta *Fada Madrinha*, com sua varinha mágica, construísse todos os presídios necessários ao encarceramento desses réus «em três ou quatro dias».

Lembrem-se que há quarenta anos não se constrói presídios federais neste País, ao contrário, destróem-nos (Ilha Grande) levados pelo princípio leviano de que não estão adequados a proporcionar «as garantias dos direitos humanos» aos santificados criminosos.

Estive respondendo pela Vara de Delitos de Entorpecentes de Porto Velho, de julho a dezembro de 1990 e, só os réus que foram julgados e condenados nessa fase por crimes de tráfico, arts. 12, 13 e 14 da Lei nº 6.368/76, dariam para lotar as disponibilidades físicas dos presídios de segurança máxima existentes na capital de Rondônia, sem contar aqueles outros que foram condenados pelos demais crimes previstos no art. 1º da Lei nº 8.072/90, em outras varas criminais, da capital e do interior do Estado.

É de horrorizar quando saímos à rua e encontramos, livres como um pássaro, réus perigosos que acabamos de julgar e condenar a vários anos de cadeia em «regime fechado e de segurança máxima», cuja liberdade foi alcançada através de favores penitenciários escusos ou a nível de recursos, ao argumento costumeiro de «superlotação dos presídios e de que o réu não é culpado por isso, não merecendo o castigo».

Em verdade todas as unidades celulares dos presídios e xadrezes de delegacias, com capacidade para quatro presos, encontram-se com o mínimo de 16 chegando até 21 presos, por cela. Para dormir os presos fazem revezamentos em turnos, enquanto seis presos dormem, o prazo de 4h, outros 18 ficam aguardando sua vez.

O que é ainda mais grave: até mesmo a comida do preso tem faltado, levando aqui e ali, tribunais e juizes de primeiro grau, a colocar em liberdade os réus que «não foram condenados a passar fome».

EXTRATO

a) A Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, não conseguiu diminuir o alto índice de *crimes hediondos*.

2. *Conflito Aparente de Normas*

O art. 35 da Lei nº 6.368/76 e § 2º do art. 2º da Lei nº 8.072/90.

Em matéria concreta, ao julgar um processo de tráfico de entorpecentes, deparei-me como exigência imediata, a requerimento do Ministério Pú-

blico nos autos, da necessidade de interpretar e decidir sobre a aplicação ou não do § 2º da Lei nº 8.072/90, quanto a poder ou não o réu recorrer em liberdade, em caso de sentença condenatória, face à disposição clara, antiga, pacífica e de franca aplicação, do art. 35 da Lei nº 6.368/76 (Lei Antitóxica), que determina: «O réu condenado por infração dos arts. 12 ou 13 desta lei não poderá apelar sem recolher-se à prisão», decidi, naquele caso, que a referida disposição da lei nova não havia revogado a disposição da lei antiga, uma vez que não há conflito entre elas e sim consonância.

Fugindo da expressão fria e literal da lei, busquei aplicar e interpretar «sistematicamente» ou seja, encontrar a origem, a motivação, a razão e o objetivo da Lei nº 8.072/90 no momento de sua concepção, de sua elaboração e vigência.

Logicamente o legislador ordinário, tendo como fonte o Poder Executivo, através do Sr. Ministro da Justiça que, por imperioso, é de se lembrar, é um advogado, sempre dedicado à banca da defesa, buscou coibir o crime através de maior rigor da lei, seja quanto às penas previstas, seja quanto ao cumprimento dessas penas e, até mesmo, retirando institutos históricos que antes beneficiavam os criminosos, como se vê nos incisos I e II do art. 2º da referida Lei nº 8.072/90, nunca visando conceder ou criar qualquer benefício novo em favor dos criminosos levados a julgamento.

Se o legislador pretendesse ab-rogar ou derrogar o art. 35 da Lei nº 6.368/76 o teria feito, pois este artigo foi devidamente analisado merecendo acréscimo do *parágrafo único* que trata da contagem dos prazos.

Todos os outros artigos merecedores de mudança na redação foram apreciados no art. 6º da Lei nº 8.072/90.

O art. 35 da Lei nº 6.368/76, ao contrário do que pretendem alguns advogados, por interesses linearmente dirigidos, não está revogado, e sim, serviu de inspiração à elaboração do § 2º do art. 2º da Lei nº 8.072/90.

Doravante, todos aqueles réus que obtiverem sentença condenatória por crimes definidos no art. 1º da Lei nº 8.072/90, só poderão recorrer, se estiverem soltos, após se recolherem à prisão, salvo se o juiz, motivadamente, lhes conceder a faculdade de recorrer em liberdade.

Não há divergências. O concurso de normas é apenas aparente. Enquanto no art. 35 da Lei nº 6.368/76, o juiz não precisa motivar para manter o réu na prisão, por ser força de lei, no § 2º do art. 2º da Lei nº 8.072/90, o juiz precisa motivar para decidir se «o réu poderá apelar em liberdade», logo, a vontade da lei é que o réu permaneça preso. O contrário é faculdade do juiz. É fácil perceber que o comando da oração do § 2º do

art. 2º é no sentido de que o réu permaneça preso, o juiz não precisa motivar para mandar prender o réu, em caso de estar ele solto, ao contrário, precisa motivar para mandar soltá-lo, em caso de estar preso, ou de permitir que permaneça solto se assim o estiver.

Verifica-se que a redação original do art. 35 da Lei nº 6.368/76 só falava nos crimes dos arts. 12 ou 13, enquanto a redação da Lei nº 8.072/90 inclui também o fato típico do art. 14, que é a «associação» criminosa para alcançar o tráfico, seja no parágrafo único, acrescentado ao art. 35, seja no parágrafo único do art. 8º, quando fala do «associado».

Nota-se que os crimes dos arts. 12, 13 e 14 da Lei nº 6.368/76 não estão incluídos no art. 1º da Lei nº 8.072/90, porém não deixam de ser hediondos em face das disposições do *caput* do art. 2º, do inciso V, acrescentado ao art. 83 do Código Penal pelo art. 5º, e do art. 8º da Lei nº 8.072/90, todos tratando as modalidades de tráfico ilícito de entorpecentes como «crimes hediondos».

EXTRATO

a) O art. 35 da Lei nº 6.368/76 não foi ab-rogado ou revogado e sim revigorado em sua vigência;

b) Todo réu condenado por crime hediondo definido no art. 1º da Lei nº 8.072/90, só poderá recorrer se se recolher à prisão;

c) O juiz poderá, motivadamente, fundamentadamente, facultar que o réu condenado por crime hediondo, recorra em liberdade;

d) Ter o art. 35 da Lei nº 6.368/76 como revogado é retroceder nos objetivos da Lei nº 8.072/90, ferindo seus princípios.

3. Do Latrocínio

O primeiro dos crimes relacionados no art. 1º da Lei nº 8.072/90 é o de *latrocínio*, art. 157, § 3º, *in fine*, qual seja, aquele em que o réu mata a vítima para subtrair-lhe qualquer bem de valor.

Ao final do art. 1º da Lei nº 8.072/90 encontramos as formas condicionantes «tentados ou consumados» o que vem a esclarecer ou espantar dúvidas, dadas as divergências na doutrina e na jurisprudência quando apontam três situações fáticas e quatro soluções *jurisprudenciais*.

1. Homicídio consumado e subtração tentada:

a) há crime de latrocínio, quando o homicídio se consuma, ainda que não realize o agente a subtração de bens da vítima (Súmula nº 610 do STF);

b) tentativa de latrocínio (TJRJ, Ap. n.º 3.475, RT 515/424);

c) homicídio consumado e tentativa de roubo (TJRJ, Ap. n.º 715, RT 490/367);

d) só homicídio qualificado (TJRJ, Ap. n.º 62.043, RT 503/415).

2. *Homicídio tentado e subtração consumada:*

a) tentativa de homicídio qualificada pela finalidade (TJSP, Confl. n.º 113.661, RT 441/380), embora haja divergência na doutrina apontando também «tentativa de latrocínio».

3. *Homicídio tentado e subtração tentada:*

a) tentativa de latrocínio (STF, HC n.º 48.952, RT 61/321).

O legislador de 1990 foi esperto e previdente ao colocar, na parte final do art. 1.º, as expressões «tentados ou consumados» pois, em qualquer das situações acima expostas, tratando-se de crime tentado, em qualquer de suas faces conexas, será considerado «crime hediondo».

É de ressaltar que essas discussões não têm mais razão de ser após o advento da Lei n.º 7.209/84, em face do Código Penal brasileiro haver adotado, quanto à definição do elemento volitivo, o querer do agente, a «teoria finalista da ação». Ora, se eu tenho um caso em que o agente pretende alcançar a subtração patrimonial e, para isso mata, mesmo não alcançando a tal subtração pretendida, é lógico que tenho um latrocínio tentado, nunca um homicídio qualificado. Por outro lado, se o agente pretende matar alguém, por razões prévias, reveladas ou não, o mata e, após a prática do homicídio, vê facilidade, aproveitando-se do momento, leva algum pertence da vítima, só posso entender como tendo ocorrido um homicídio qualificado em concurso material com roubo, seja este último consumado ou tentado.

Nota-se que, o que estamos chamando aqui, de tentativa de homicídio, na forma em que está no § 3.º do art. 157, nada mais é que «lesão corporal grave».

As qualificadoras do § 3.º do art. 157 são duas, bem diversas:

a) lesão corporal de natureza grave. Aquela descrita no art. 129, §§ 1.º e 2.º, já que a «gravíssima» é apenas doutrinária;

b) morte. Aquela prevista no art. 121, *caput*.

O § 3.º do art. 157 não prevê nenhuma lesão seguida de morte e muito menos nenhum homicídio qualificado, ou tentado.

Não havendo a morte, tecnicamente falando, só resta a lesão corporal de natureza grave (ou gravíssima) por auto-integração da norma do art. 129, §§ 1.º e 2.º, do Código Penal.

Esta explicação tornou-se necessária e oportuna em face do crime do art. 157, § 3º, *in fine*, ser material de resultado complexo e que admite a tentativa, seja no conjunto roubo/homicídio, seja nestes em separado, roubo ou homicídio.

A mudança trazida pela Lei nº 8.072/90, ao art. 157, § 3º, *in fine*, foi apenas no *quantum* da pena, que antes era de 15 a trinta anos de reclusão e multa, passando-a para «vinte a trinta anos de reclusão e multa», ressalvada a disposição do art. 9º da mencionada lei, quando a pena mínima fica do mesmo tamanho da pena máxima.

(A situação é bem anômala pois a pena-base (art. 59) fica sem espaço para adoção de).

A primeira figura do § 3º do art. 157 do Código Penal não sofreu modificação, cuja redação repetida no art. 6º da Lei nº 8.072/90 poderia ter sido poupada a partir do (;) ponto e vírgula, que separam as duas orações. Creio que a repetição foi apenas por questão de técnica para evitar errôneos entendimentos de revogação.

O legislador de 1984, ao redigir a Lei nº 7.209/84, respeitou as disposições do § 11 do art. 153 da Constituição de 1967, hoje repetido na alínea *b* do inciso XLVI do art. 5º da Constituição de 5 de outubro de 1988, os quais, num todo, foram respeitados pelo legislador de 1990 ao alterar apenas a pena mínima, passando-a de 15 anos de reclusão para vinte anos, mantendo a máxima em trinta anos, conforme determina o *caput* do art. 75 do Código Penal.

Essas disposições visam tirar a conotação de «prisão perpétua» e dar ao condenado a certeza de que um dia voltará à sociedade, aumentando-lhe o interesse na recuperação.

As mudanças verificadas, portanto, foram no *quantum* mínimo da pena e nas restrições contidas no art. 2º, retirando o direito à anistia, graça, indulto, fiança e liberdade provisória. Ainda quanto à forma do cumprimento da pena, em regime fechado de segurança máxima, não podendo recorrer em liberdade, salvo se o juiz, «fundamentadamente, o conceder».

Nota-se que, em face da quantidade da pena mínima prevista em todos os tipos do art. 157, já não era cabível a fiança, na forma do inciso I do art. 323 do Código de Processo Penal, mesmo antes da Lei nº 8.072/90.

Ficou confusa a colocação do art. 157, § 3º, *in fine*, na redação do art. 9º da Lei nº 8.072/90, pois em se tratando de uma violência real, morte, para subtração da coisa, pouco importa que a vítima seja menor ou maior de 14 anos, alienada, débil mental ou impedida de oferecer resistência por

qualquer outra causa. Até porque, como já mencionei, a pena mínima fica igual à pena máxima, oferecendo impedimento ao juiz no uso das condições legais e especiais que ainda restarem no cálculo final da pena.

Tenho para mim que as disposições do art. 9º têm melhor aplicação nos crimes dos arts. 213, 223 e 224 do Código Penal, onde a situação de impotência física da vítima é fator preponderante no alcance do resultado pretendido pelo agente.

De qualquer forma, na hipótese de uma sutil aplicação, temos a possibilidade de aumentar a pena até a metade.

EXTRATO

- a) O latrocínio tentado ou consumado é crime hediondo;
- b) Entre a lesão corporal grave, a morte e a subtração patrimonial, o que define o tipo penal é a «ação finalística» do agente;
- c) O art. 9º da Lei nº 8.072/90 não tem aplicação prática ao art. 157, § 3º, *in fine*, do Código Penal.

4. Da Tipicidade dos Crimes Hediondos

O art. 2º da Lei nº 8.072/90 traz quatro naturezas de crimes ao relacionar: «os crimes hediondos, a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo são insuscetíveis de:»

Ficou parecendo que os crimes hediondos são apenas aqueles relacionados no art. 1º da Lei nº 8.072/90, uma vez que lá não estão os artigos ou os números das leis que definem os crimes de tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, de tortura e terrorismo.

A não inclusão desses crimes no art. 1º da Lei nº 8.072/90 não quer dizer que não sejam «hediondos», pois estão expressamente considerados, seja pela sistemática da lei, seja pela aplicação de outros artigos da mesma lei aos fatos definidos, como é o caso da Lei nº 6.368/76.

A tortura prevista na Constituição Federal de 1988, art. 5º, incisos III e XLIII, como crime inafiançável e insuscetível de graça ou anistia, ainda não existe como crime dada a falta de lei que a defina e tipifique.

O princípio, quase universal, do *nulun crimem nulla poena sine prae-
via legis*, está consagrado na Constituição, inciso XXXIX do art. 5º: «Não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal,» e no Código Penal, art. 1º, com as mesmas palavras, o que leva ao entendimento inarredável de que, no Brasil ainda não é crime a prática da tortura, por falta de lei que a preveja e a defina, estabelecendo a respectiva pena.

Hoje a tortura só pode ser reconhecida como agravante, art. 61, inciso II, alínea *d*, ou qualificadora, art. 121, § 2º, inciso III, todos do Código Penal.

Qualquer crime praticado contra a incolumidade física do indivíduo, mediante tortura, aplica-se a agravante mencionada.

É de notar que a Lei nº 4.898/65, lei que coibe o abuso de autoridade, prevê, na alínea *i* do art. 3º, o «atentado à incolumidade física do indivíduo». Logicamente que esta é a tipicidade mais adequada à aplicação da *tortura* por autoridades policiais, porém, mais uma vez, afirmo, como forma de agravante e não como tipo penal.

Já o crime de *terrorismo* mencionado nos supracitados artigos da Constituição e da Lei nº 8.072/90, também não conta com lei que o defina, sendo fato atípico em nosso ordenamento jurídico.

A Lei nº 6.620, de 17 de dezembro de 1978, Lei de Segurança Nacional, previa o crime de *terrorismo* no art. 26, colocando-o como sinônimo de «devastar, saquear, assaltar, roubar, seqüestrar, incendiar, depredar, atentado pessoal, sabotagem» quando atentatórios à segurança nacional.

A lei supramencionada foi ab-rogada pela Lei nº 7.170, de 14 de dezembro de 1983, a qual trouxe em seu art. 20 redação semelhante:

Art. 20. Devastar, saquear, extorquir, roubar, seqüestrar, manter em cárcere privado, incendiar, depredar, provocar explosão, praticar atentado pessoal ou atos de *terrorismo*, por inconformismo político ou para obtenção de fundos destinados à manutenção de organizações políticas clandestinas ou subversivas:

Pena — reclusão de 3 (três) a 10 (dez) anos.

Parágrafo único. Se do fato resulta lesão corporal grave, a pena aumenta-se até o dobro; se resulta morte, aumenta-se até o triplo.

Como se vê, também nesta lei, não encontramos a tipicidade adequada para o crime de *terrorismo*. Logicamente que estou falando de fato objetivo praticado pelo agente que se subsuma à descrição da norma.

Não podemos, por sinonímia, dizer que «colocar uma máscara de carnaval» e amedrontar outrem seja *terrorismo*, por mais que a vítima fique *ateerrorizada*.

Os fatos descritos, seja na lei revogada seja na atual, são hoje praticados por partidos políticos, trabalhadores em greve e outras instituições, todos tidos como manifestações legítimas e até permitidas em algumas leis, como a Lei de Greve.

Em síntese, a *tortura* e o *terrorismo* são fatos atípicos.

EXTRATO

a) Não existem os crimes de *tortura* e de *terrorismo* por serem atípicos.

5. *Da Liberdade Provisória*

A anistia, graça e indulto, restringidos no inciso I do art. 2º da Lei nº 8.072/90, são institutos de natureza política criminal, de competência do Presidente da República, com respaldo pelo Congresso Nacional (art. 48, inciso VIII, art. 84, inciso XII), seja a graça como benefício individual, seja a anistia e o indulto como benefícios coletivos, foram mencionados separadamente da «fiança e da liberdade provisória», estes de competência judicial.

É de se questionar se pode ou não o juiz conceder a liberdade nos crimes hediondos.

Como temos o princípio consagrado do *nullum crimen nulla poena sine praevia legis*, temos também o princípio do *nulla poena sine iudicium*.

Entenda-se que, não há pena sem julgamento e este julgamento só pode ser feito por um juiz. Negar-se ao réu, de pronto, o direito à liberdade provisória, pode resultar na aplicação prévia de uma pena a qual não mereça, vindo a ser absolvido finalmente.

Entendo que, havendo a possibilidade, serenamente avaliada pelo juiz, de estar mantendo preso alguém dotado de todas as condições para merecer o benefício da «liberdade provisória» e, havendo dúvida, subjetivamente judicial, se será ele condenado ou não, o juiz deverá conceder a liberdade provisória, mesmo estando esta proibida pelo texto legal.

A interpretação é adequada à expressão facultativa do § 2º do art. 2º da Lei nº 8.072/90, pois se ali, já estando o réu condenado, logicamente com culpa formada, o juiz poderá, fundamentalmente, deixar que recorra em liberdade, também em caso de instrução processual, excepcionalmente, fundamentadamente, o juiz poderá conceder a liberdade provisória.

EXTRATO

a) O juiz poderá conceder a liberdade provisória nos crimes hediondos.

6. *Da Extorsão e do Seqüestro*

O segundo crime previsto no art. 1º da Lei nº 8.072/90, é o de «extorsão qualificada pela morte».

O interessante nesta disposição é que o § 2º do art. 158 do Código Penal tem a seguinte redação: «§ 2º Aplica-se à extorsão praticada, mediante violência, o disposto no § 3º do artigo anterior».

Já o § 3º do art. 157, além do crime de latrocínio, *nomem iuris*, consagrado pela jurisprudência e a doutrina, traz também, o crime de «roubo qualificado pela lesão corporal de natureza grave», na primeira figura, cuja pena é de «reclusão, de cinco a 15 anos, além da multa», hoje, de vinte a trinta anos, além da multa.

Necessário se faz esclarecer que o art. 1º da Lei nº 8.072/90 não revogou o § 2º do art. 158 do Código Penal, nem sequer lhe deu nova redação, apenas reforçou esta remissão, aumentando a pena quando ocorrer morte.

Se não houvesse tal menção na lei nova, toda aquela extorsão praticada mediante violência seria considerada ou alçada à condição de *crime hediondo*, com graves prejuízos para seus autores, que sofreriam as restrições e rigores dos arts. 2º e 3º da Lei nº 8.072/90, mesmo quando resultasse apenas lesão corporal de natureza grave.

É bom lembrar que a «lesão corporal de natureza grave», mencionada nestes dois crimes, é aquela prevista no art. 129, §§ 1º e 2º, do Código Penal, porém como norma integrativa, não como crime autônomo.

Mais uma vez afirmo que a colocação das condicionais «tentados ou consumados» ao final do art. 1º da Lei nº 8.072/90, foi providencial, tendo em vista que há muita discussão se o crime de extorsão é *formal* ou *material*. Em ambos os casos é aceita a possibilidade da tentativa, o que permite, com qualquer desses resultados, a aplicação das disposições sobre crimes hediondos.

No terceiro dos crimes hediondos previstos, a «extorsão mediante seqüestro», art. 159, *caput*, §§ 1º, 2º e 3º, toda a extensão do artigo foi abrangida pela Lei nº 8.072/90, tendo ou não ocorrido a morte da vítima, além dos aumentos das penas mínimas previstas.

Ao analisar este artigo voltamos ao preâmbulo para lembrar o quanto os seqüestros daquelas personalidades de destaque influenciaram o legislador.

O art. 159 foi totalmente considerado *crime hediondo* além de ter suas penas aumentadas de tal forma que o crime de «extorsão mediante seqüestro» com resultado morte, § 3º do art. 159, tem a *maior pena* prevista no Direito Penal brasileiro, «reclusão de vinte e quatro a trinta anos».

Antes do advento da Lei nº 8.072/90 este crime já era o que merecia a maior repreensão, «reclusão de vinte a trinta anos e multa».

No caso do *caput* do art. 159 a pena mínima foi aumentada de 1/3, de seis para oito anos; no § 1º, foi aumentada de metade 1/2, de oito para 12 anos; no § 2º, foi aumentada também de 1/3, de 12 para 16 anos.

Não encontro justificativa para dois fatos curiosos ocorridos na mudança de redação e das respectivas penas previstas:

1. No *caput* e § 2º, o legislador aumentou a pena-base de 1/3 e no § 1º aumentou de 1/2. Não é caso de se dizer que ali estão três figuras qualificadoras:

- a) duração de mais de 24h;
- b) se o seqüestrado é menor de 18 anos;
- c) se o crime é cometido por bando ou quadrilha.

Cada uma delas pode isoladamente no crime praticado. Mesmo estando todas, constituem o próprio tipo (ou subtipo) refletindo apenas nas condições subjetivas judiciais ao estabelecer a pena-base (art. 59, circunstâncias do crime).

2. Foi excluída a pena de multa.

Este segundo item, *data venia*, só pode ter acontecido por um cochilo do legislador, pois no caso do art. 158 a multa foi mantida.

A ausência da pena de multa traz conseqüências graves de ordem político-criminal e de evolução jurídica do sistema penal brasileiro.

A falta da multa nestes crimes retrocede até mesmo a tempos anteriores à Parte Geral do Código Penal, com redação de 1940, pois ali, mesmo que irrisórias, havia a previsão da multa.

Quando o Ministro da Justiça, Ibrahim Abi-Ackel, enviou o projeto de lei que viria modificar a Parte Geral do Código Penal, hoje Lei nº 7.209/84, assim afirmou, na exposição de motivos:

«O projeto revaloriza a pena de multa, cuja força retributiva se tornou ineficaz no Brasil, dada a desvalorização das quantias estabelecidas na legislação em vigor, adotando-se por essa razão, o critério do dia-multa, nos parâmetros estabelecidos, sujeitando a correção monetária no ato da execução.»

Essas penas de multa, previstas em cada tipo legal, têm seus limites fixados nos arts. 49 e 60 do Código Penal, devendo ser fixada por avaliação do juiz, em face da situação econômica do réu e de outras condicionantes do art. 59 do Código Penal, podendo chegar ao máximo de 15 salários

mínimos diários ou 5.400 salários mínimos quando aplicada, neste valor e na totalidade de um ano, 360 dias.

Tal quantia seria muito adequada a ser aplicada a seqüestradores que demonstrassem estrutura organizacional e econômica, auferindo grande quantia de suas vítimas.

Pelo valor que poderia ser alcançado com o cálculo acima, dá para notar a importância moral e econômica dessa pena sobre o condenado, sem contar com o resultado de sua aplicação no sistema penitenciário, seja aparelhando os órgãos de prevenção e repressão, seja melhorando os estabelecimentos penitenciários.

Volvendo ao preâmbulo notamos que a Lei nº 8.072/90 visou dotar o Poder Judiciário e as polícias de mais rigor na apuração dos crimes e na aplicação das penas, porém, a revogação da pena de multa destoou vertiginosamente do espírito principal da lei, pois resultou em benefícios para os criminosos que praticarem extorsão mediante seqüestro.

O parágrafo único do art. 2º do Código Penal, respeitando princípio universal de direito, determina:

«A lei posterior, que de qualquer modo favorecer o agente, aplica-se aos fatos anteriores, ainda que decididos por sentença condenatória transitada em julgado».

É fácil deduzir que todos aqueles seqüestradores que estejam sendo processados, ou até mesmo condenados, por seqüestros praticados antes do advento da Lei nº 8.072/90, não serão condenados à pena de multa e, se já foram condenados, até mesmo com trânsito em julgado, não precisarão pagar as penas de multa.

É o princípio da «retroatividade da lei» para beneficiar os réus.

O art. 7º da Lei nº 8.072/90, acrescentou o § 4º ao art. 159 do Código Penal, porém, deixo para comentar este parágrafo em tópico vindouro, quando abordarei também o parágrafo único do art. 8º, por tratarem do mesmo assunto.

EXTRATO

- a) Apenas a «extorsão com morte», art. 158, § 2º, é crime hediondo;
- b) Todos os crimes previstos no art. 159, §§ 1º, 2º e 3º são crimes hediondos;
- c) A nenhum dos crimes do art. 159 e seus parágrafos é aplicável a pena de multa.

7. Da Má Informação Noticiosa

Aproveito o assunto em pauta para, motivadamente, pedir àqueles jornalistas que me honrarem com a leitura deste trabalho, que atentem para a natureza do crime ao darem a notícia.

É comum ouvirmos pela televisão, rádio, ou ler em jornais, até mesmo os mais portentosos das grandes capitais, a grosseira confusão entre *seqüestro* e *rapto*.

As diferenças são gritantes, fundamentais e de fácil entendimento:

1. O *seqüestro*, art. 159, é de qualquer pessoa, com o fim de lucro, vantagem econômica, como preço do resgate. A vítima pode ser mulher, homem, criança, preto, branco, de qualquer situação econômica;

2. O *rapto*, art. 219, só pode ser de *mulher honesta* para fins libidinosos, ou seja, para fins sexuais. Pode ser mulher velha, moça, maior de 14 anos, virgem, casta, não-virgem, o que importa é que seja *mulher honesta* do ponto de vista do comportamento sexual e que o interesse do bandido seja a volúpia sexual.

Dói no ouvido do jurista ou do estudante de Direito mais atento, quando ouve a inversão das causas no noticiário policial.

Ao leigo traz uma falsa informação.

— E quando o bandido seqüestra uma vítima, do sexo feminino e, depois de tê-la sob seu domínio, pratica também o ato sexual com a mesma (caso da psicóloga de Sete Lagoas-MG, que foi ameaçada neste sentido)?

— Teremos então um concurso material (art. 69) de crimes. Um de seqüestro e outro de estupro, art. 213 do Código Penal.

Outra lembrança é quanto aos crimes de *estupro*, art. 213, e *atentado violento ao pudor*, art. 214, ambos do Código Penal.

Também nesses casos é comum ouvirmos confusão de nomes dos crimes, sem atentar para o sexo das vítimas e a forma da prática do ato libidinoso.

No caso do *estupro* a vítima só pode ser mulher, não importando seja virgem, honesta ou não, idade, costumes ou condição social.

No *atentado violento ao pudor*, tanto pode ser mulher ou homem, de qualquer idade ou condição social. A diferença está na forma de praticar o ato libidinoso. Se é uma cópula vaginal, mediante violência, é estupro; se anal ou oral é atentado violento ao pudor.

O *atentado violento ao pudor* descrito na lei alcança qualquer sujeito passivo, porém, o mais hediondo deles é aqueles praticado contra pessoa do sexo masculino, fazendo-a substituir, mediante violência, a função natural da mulher.

Têm-se tornado comum a prática de coito anal com crianças do sexo masculino. Por isso o legislador procurou aumentar a pena e considerá-lo como *crime hediondo* visando proteger essas infelizes vítimas.

Volto aos crimes hediondos.

Quanto aos artigos 213 *estupro*, e 214, *atentado violento ao pudor*, a única mudança foi quanto às penas cominadas, passando a do art. 213 para «reclusão, de seis a dez anos», e do art. 214 para «reclusão, de seis a dez anos», sendo que neste último a máxima era de sete anos de reclusão.

Ambos os crimes contam com as qualificadoras do art. 223, *caput* e parágrafo único, aumentando as penas, no *caput* que era de «reclusão de quatro a 12 anos» passou para «reclusão de oito a 12 anos» e do parágrafo único que era de «reclusão de oito a vinte anos» passou para «reclusão de 12 a 25 anos».

Ao comparar a pena de crime do parágrafo único do art. 223 (resultado morte) com a pena do art. 121, § 2º, inciso 1, torpeza, sordidez, ainda assim a pena é consideravelmente pequena.

Ainda resta a condição especial do aumento de pena prevista no art. 9º da Lei nº 8.072/90, que faz remissão ao art. 224 do Código Penal.

Também no caso do *caput* do art. 223 vamos buscar a auto-integração da norma do art. 129, §§ 1º e 2º, do Código Penal, para tipificar as lesões corporais de natureza graves, componentes do complexo criminoso.

Aos crimes dos arts. 213 e 214, como já disse, aplica-se, por total pertinência, o disposto no art. 9º da Lei nº 8.072/90.

EXTRATO

- a) Rapto é só de mulher honesta, para fins sexuais;
- b) Seqüestro é de qualquer pessoa, por interesse econômico;
- c) No estupro a vítima só pode ser mulher;
- d) No atentado violento ao pudor a vítima pode ser de ambos os sexos;

8. *Do Crime de Epidemia, Hediondo ou Não*

O art. 267 do Código Penal, *crime de epidemia*, tem uma particularidade curiosa trazida pela Lei nº 8.072/90, que em seu art. 1º aponta como crime hediondo o art. 267, § 1º, do Código Penal, sem mencionar o *caput* seja aí, seja na alteração determinada pelo art. 6º da mesma lei.

É fácil notar que o *caput* também sofreu alteração, ao receber aumento na pena mínima, que passou de «reclusão de cinco a 15 anos» anteriormente, para «reclusão de dez a 15 anos».

A intenção do legislador era elevar a condição de *hediondo* apenas a *epidemia com resultado morte*, contida no § 1º do art. 267 do Código Penal.

O crime de epidemia previsto no *caput* do artigo é apenas «causar epidemia, mediante a propagação de germes patogênicos». O resultado morte, previsto no § 1º, já é uma qualificadora (com redação mais parecendo ser uma causa especial de aumento de pena), cuja pena é aplicada em dobro.

Com a nova redação determinada pelo art. 6º da Lei nº 8.072/90, causar epidemia, na forma prevista no *caput* do art. 267, a pena passou a ser de «reclusão de dez a 15 anos». Se houver morte, § 1º, a pena é de «reclusão de vinte a trinta anos».

A redação poderia ter alcançado a mudança de forma simples, apenas afirmando no art. 1º da Lei nº 8.072/90 «epidemia com resultado morte (art. 267, *caput* e § 1º), ou aplicando a pena em separado, «reclusão de vinte a trinta anos», excluindo a parte final «a pena é aplicada em dobro», veja:

Art. 267. Causar epidemia, mediante a propagação de germes patogênicos:

Pena — Reclusão de cinco a 15 anos.

§ 1º Se do fato resulta morte, a pena é de reclusão, de vinte a trinta anos.

§ 2º No caso de culpa, a pena é de detenção, de um a dois anos, ou, se resulta morte, de dois a quatro anos.

Todos sabemos que o *caput* do artigo é um preceito primário e a sanção (pena) é um preceito secundário, de cuja combinação se chega à norma.

Em estudos de português se diz que a oração principal é determinativa e a secundária é assindética subordinativa, portanto, a pena ali prevista está subordinada ao *caput*. A outra oração literal do § 1º prevê outro crime (morte) cuja pena é a mesma da prevista no *caput*, aplicada em dobro.

Da forma em que está, temos dois erros sistemáticos:

a) a ordem determinada no art. 1º da Lei nº 8.072/90 não foi obedecida pelo art. 6º, que não repetiu sua redação;

b) a redação determinada pelo art. 6º modificou o que não estava previsto no art. 1º, a pena do *caput* do art. 267.

Temos de reconhecer que o crime previsto no *caput* do art. 267 não é hediondo, para efeito de aplicação de outras disposições da Lei nº 8.072/90, muito embora tenha recebido aumento de pena.

O aumento de «cinco anos de reclusão» acrescentando ao mínimo previsto no *caput* do art. 267 faz muita diferença, seja como pena abstrata, seja como pena concreta, alterando os prazos prescricionais, a possibilidade de se conceder fiança, na forma tentada, e o regime ordinário do cumprimento da pena, que saiu do «semi-aberto», alínea b, e passou para o «fechado», alínea a, ambas do § 1º do art. 33 do Código Penal.

Lei forjada em «três ou quatro dias» dá nisso: atira no que viu e acerta no que não viu.

É notório que o juiz não pode aplicar penas abaixo da mínima e nem acima da máxima (salvo as condições especiais), donde o presente erro não encontrará solução jurisprudencial.

EXTRATO

a) O crime do art. 267, *caput* do Código Penal, não é crime hediondo.

9. Do Art. 270 e à Superpena

Nas mudanças operadas na redação do art. 270 do Código Penal, verificou-se o mesmo erro sistemático havido na modificação da redação do art. 267.

O art. 1º da Lei nº 8.072/90 determina: «São considerados hediondos os crimes de (...) envenenamento de água potável ou de substância alimentícia ou medicinal, qualificado pela morte (art. 270, combinado com art. 285).»

A ordem do art. 1º foi no contido de considerar como crime hediondo e aumentar a pena, somente de crime «qualificado pela morte». Os crimes previstos no *caput* e no § 1º do art. 270, sem resultado morte, não são hediondos e nem se pretendeu aumentar-lhes as penas, o que resultou de forma indireta.

A eles não se aplicam os rigores dos arts. 2º e 3º da Lei nº 8.072/90.

A análise de tal art. 270 se torna mais confusa ao conjugá-lo com dois outros, art. 285 e art. 258, do Código Penal, pois o resultado morte, visado pelo legislador, só é encontrado no art. 258, onde define as penas de todos os Crimes de Perigo Comum, na forma qualificada.

Na redação do art. 1º da Lei nº 8.072/90, não foi feita qualquer menção ao referido art. 258, ao qual é forçoso chegar através da remissão determinada pelo art. 285.

O art. 258 prevê o crime doloso que resulte lesão corporal de natureza grave (art. 129, §§ 1º e 2º) e com resultado morte, e o crime culposo, com qualquer tipo de lesão (leve, grave ou gravíssima) e com resultado morte, quando será aplicada a pena do «homicídio culposo, aumentada de um terço».

A confusão etá formada.

Vamos ver a pena de cada crime e o que o legislador quis atingir, em face da remissão ao art. 258 do Código Penal:

1. Art. 270 *caput*:

Pena — Reclusão, de dez a 15 anos.

2. Art. 270, § 1º:

Pena — Reclusão, dez a 15 anos.

3. Art. 270, c.c. arts. 285 e 258, com resultado morte:

Pena — Reclusão, de vinte a trinta anos.

4. Art. 270, § 1º, se resulta morte:

Pena — Reclusão, de vinte a trinta anos.

5. Art. 270, c.c. arts. 258 e 129, § 1º e 2º, lesão corporal grave:

Pena — Reclusão, de 15 a 22 anos e seis meses.

6. Art. 270, § 2º (culposo, sem lesão e sem morte):

Pena — Detenção, de seis meses a dois anos.

7. Art. 270, § 2º, c.c. arts. 258 e 129, § 3º (homicídio culposo):

Pena — Detenção, de um ano e quatro meses a quatro anos.

As penas dos crimes dolosos, acima encontradas, não estão previstas as possibilidades de tentativa, conforme parte final do art. 1º da Lei nº 8.072/90.

Dá para notar alguns absurdos quantitativos das penas, chegando-se a punir a «lesão corporal grave» com pena superior a de um homicídio doloso consumado, que é de «reclusão, de seis e vinte anos».

Outra confusão, porém, possível de ser interpretada e ajustada pela jurisprudência e a doutrina, é o fato da redação do art. 1º da Lei nº 8.072/90 não haver mencionado se o resultado morte é doloso ou culposo, já que o mesmo pode ocorrer tanto no *caput* e § 1º do art. 270, quanto no § 2º do mesmo artigo.

A interpretação mais adequada a que podemos chegar é a sistemática e teleológica, acreditando que o legislador quis alcançar o criminoso intencional, o dolo dirigido, não a culpa.

De qualquer forma é bom notar que as penas draconianas que resultaram da cominação básica neste artigo, com resultado morte ou lesões corporais graves, não poderão ser modificadas pela jurisprudência, face à determinação cogente do inciso II do art. 59 do Código Penal.

Como mencionei anteriormente, ao analisar o art. 267, as penas aumentadas indiscriminadamente, trazem graves prejuízos para os réus, seja abstratamente ou concretamente, impedindo o julgador de aplicar outros dispositivos de política criminal, que seriam adequados a cada caso.

EXTRATO

a) Com o advento da Lei nº 8.072/90, os crimes do art. 270, c.c. arts. 258 e 285, sofreram alterações desconexas do sistema político-criminal;

b) Apenas o crime do art. 270, *caput*, com resultado morte (doloso), é considerado hediondo;

c) A lesão corporal grave, do art. 270 do Código Penal, é punida com pena superior ao crime de «homicídio doloso consumado».

10. *Genocídio*

O último dos crimes relacionados no art. 1º da Lei nº 8.072/90 é o crime de *Genocídio*, previsto nos arts. 1º, 2º e 3º da Lei nº 2.889, de 1º de outubro de 1956.

O art. 1º da Lei nº 2.889/56 alenca os tipos criminais e remete a outros artigos do Código Penal, para a complementação integrativa quanto às penas.

Todos os crimes ali previstos permanecem com a mesma definição legal e as mesmas penas, salvo o da alínea c, cuja pena, por remissão, é a mesma do art. 270 do Código Penal, que foi aumentada em seu *quantum* mínimo, de cinco para dez anos. Via de conseqüência, a pena para o crime do art. 1º, alínea c, da Lei nº 2.889/56, é de «reclusão, de dez a 15 anos».

Nos casos concretos dos crimes previstos nos arts. 2º e 3º da Lei nº 2.889/56, poderá haver aplicação da pena do art. 270 do Código Penal, seja diminuindo-a, art. 2º, seja aumentando-a, arts. 3º/2º.

As disposições dos arts. 4º e 5º são aplicáveis aos crimes dos arts. 1º, 2º e 3º, o que leva à conclusão de que a Lei nº 8.072/90 influencia todos os crimes previstos na Lei nº 2.889/56.

Desta forma todos os crimes previstos na Lei nº 2.889/56 são considerados crimes hediondos, merecendo as restrições e os rigores de regime previstos nos arts. 2º e 3º da Lei nº 8.072/90.

Muito embora o crime previsto no art. 2º da Lei nº 2.889/56 exija a presença de mais de 3 (três) pessoas, mesmo que qualquer dos crimes aí mencionados seja cometido por duas ou três pessoas, poderá ser aplicado o disposto no art. 8º, parágrafo único, da Lei nº 8.072/90, uma vez que a redação desta disposição fala em «o participante e o associado», adequando-a à nova redação do art. 29 do Código Penal, que criou a figura do partícipe.

EXTRATO

- a) Todos os crimes da Lei nº 2.889/56 (genocídio) são hediondos;
- b) Mesmo que haja menos de quatro pessoas na prática do crime pode ser aplicado o parágrafo único do art. 8º da Lei nº 8.072/90.

11. Do Regime da Pena

A própria Lei nº 8.072/90, em seu bojo, traz contradições sistemáticas, ora sendo rigorosa, ora sendo benéfica.

O inciso II do art. 2º proíbe a concessão da «liberdade provisória», em contradição com o § 2º do mesmo art. 2º, quando faculta ao juiz a permitir que o réu condenado recorra em liberdade, logicamente com culpa formada.

O § 1º do art. 2º determina:

«A pena pro crime previsto neste artigo será cumprida integralmente em regime fechado.»

Já o inciso V do art. 83 do Código Penal, acrescentado pelo art. 6º da Lei nº 8.072/90, permite a concessão de *livramento condicional*, ao réu que tenha cumprido mais de dois terços da pena, no caso de condenação por crime hediondo, se não for reincidente específico em crime dessa natureza.

Veja que não há como o réu cumprir a pena integralmente em regime fechado, se preencher as condições do inciso V do art. 83 do Código Penal.

A respeito de tal matéria já manifestou o eminente jurista Damásio E. de Jesus, em publicação no jornal *O Estado de São Paulo* edição de 27 de janeiro de 1991, quando reconhece que a Lei nº 8.072/90 não impede o livramento condicional.

A nova lei ressuscitou a avoenga «reincidência específica», que existia no art. 44 do Código Penal e foi abolida pela Lei nº 6.416 de 24 de maio de 1977.

Hoje, com a redação determinada pela Lei nº 7.209/84, a reincidência foi para o art. 61, inciso I, sem a menção «específica».

Vale dizer que o réu só não terá direito ao *livramento condicional* se praticar dois ou mais crimes hediondos após o advento da Lei nº 8.072/90 e a sentença que julgar o primeiro dos crimes já houver transitado em julgado quando for praticado o subsequente.

Para melhorar ainda mais a vida dos bandidos, o art. 64 do Código Penal esclarece que a reincidência só se verifica se a prática do segundo crime for em período inferior a cinco anos da extinção da primeira pena.

Quando o inciso V do art. 83, acrescido pela Lei dos Crimes Hediondos fala, em sua parte final, «crime dessa natureza», está esclarecendo que pode ser qualquer dos crimes alencados no art. 1º da lei, mais aqueles mencionados no art. 2º — a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo».

Atentem-se que, o *livramento condicional* previsto no art. 83 do Código Penal é bem diverso da *liberdade provisória*, prevista nos arts. 321 e seguintes do Código de Processo Penal e da «suspensão condicional da pena», prevista no art. 77 do Código Penal.

A reincidência específica como determina o inciso V do art. 83 do Código Penal, é muito difícil de ser concretizada. Nas capitais e grandes cidades os processos de um mesmo réu são enviados, distribuídos, para diversas varas criminais, ocorrendo situações em que o juiz, que vai julgar o segundo fato, chega primeiro à sentença, em relação ao que está julgando o primeiro fato. Se isto ocorrer, mesmo sabendo do outro crime, não poderá considerar o réu e como reincidente, seja para agravar-lhe a pena, na forma do inciso I do art. 61 do Código Penal, seja para anotar na Carta de Guia ou Guia de Recolhimento, em caso de execução da sentença.

Ressalte-se que a reincidência só se verifica, na forma do art. 63 do Código Penal, quando o agente comete novo crime após o trânsito em julgado de sentença que o tenha condenado por crime anterior.

Se o agente comete uma série de dez crimes até que venha a ser preso e identificado como autor, será considerado primário em relação a todos eles.

Melhor teria sido que o legislador não tivesse colocado a parte final do inciso V do art. 83, como colocou, suprimindo «... específico dessa natureza».

Nota-se que, como já disse, *natureza* são todos os crimes dos arts. 1º e 2º da Lei nº 8.072/90.

Será difícil encontrar um reincidente específico com a prática de um crime do art. 213 e um do art. 270, ou de um do art. 157, § 3º, com um genocídio, donde reduz muito a possibilidade de enquadrar um condenado nas condições restritivas do inciso V do art. 83 do Código Penal.

Para condizer com a sistemática e os objetivos da lei, melhor teria sido que fosse considerada a reincidência genérica.

O raio de abrangência da lei, para punir, ficou muito restrito, para beneficiar, ficou muito amplo.

O regime fechado previsto no § 1º do art. 2º encontra conflito sistemático com as disposições do § 4º do art. 159 e parágrafo único do art. 8º, pois nestes casos quando o réu pretender colaborar com a política e a Justiça, «entregando» o colega, obterá a diminuição de «um a dois terços» da pena, cujo resultado final poderá chegar ao *quantum* que lhe seja permitido. Pelo Código Penal, o *sursi*, a fiança, ou o regime aberto e semi-aberto, os quais não poderão ser concedidos ao réu.

A exemplo vejamos a pena mais alta prevista no Código Penal, art. 157, § 3º, *in fine*, com a nova redação que lhe foi dada pelo art. 6º da Lei nº 8.072/90, «reclusão de 24 a trinta anos», reduzida de dois terços, na forma do § 4º do art. 159, a pena final será de «oito anos de reclusão», a qual, na forma da alínea *b* do § 2º do art. 33 do Código Penal, poderá ser cumprida em regime semi-aberto.

No caso presente, este restante da pena, obtido em razão do acordo feito com o réu, deverá ser cumprido, integralmente, em regime fechado, em presídio de segurança máxima.

O interesse do *delator*, na oportunidade do acordo, poderá ser consideravelmente diminuído.

Entendo que nesses casos a jurisprudência poderá ser maleável, analisando cada caso e as condições do art. 59 do Código Penal, concedendo ao réu, que colaborou com a Justiça, os benefícios legais de melhor regime, para cumprimento da pena.

Na prática já tive oportunidade de julgar um réu que foi beneficiado com a aplicação deste dispositivo, cujo resultado final foi a pena de dois anos de reclusão, concedendo-lhe o *sursi*, muito embora o fato criminoso tenha ocorrido antes da vigência da lei referida, a qual foi aplicada retroativamente, para beneficiar o réu, na forma do art. 2º, parágrafo único, do Código Penal.

EXTRATO

- a) A Lei nº 8.072/90 recriou a reincidência específica;
- b) A Lei nº 8.072/90 não impede a concessão do livramento condicional;
- c) Mesmo que a pena final não ultrapasse oito anos, terá de ser cumprida em regime fechado.

12. *Da Prisão Temporária e da Instrução*

A prisão temporária, criada pela Lei nº 7.960/89, é de cinco dias, prorrogáveis por mais cinco. Em caso de argumentar a autoridade policial de que está a investigar um caso de crime hediondo, esta prisão temporária será de «trinta dias prorrogável por mais trinta».

A primeira vista pode-se pensar que foi um grande benefício para as autoridades policiais, permitindo maior dilatação de tempo para a investigação, porém não se pode esquecer que tais prazos são computados no geral do tempo da prisão para efeito de instrução criminal, prejudicando os 81 dias reconhecidos pela jurisprudência e a doutrina para que a Justiça chegue à sentença de mérito, sob pena de ter de colocar o réu em liberdade por excesso de prazo.

EXTRATO

- a) A prisão temporária de trinta dias, mais trinta deverá ser analisada restritivamente e concedida em caso de extrema necessidade;
- b) O prazo da prisão temporária computa-se no prazo da instrução criminal.

13. *Da Quadrilha ou Bando*

O art. 6º da Lei nº 8.072/90 não determina nenhuma mudança na redação do art. 288 do Código Penal, porém o art. 8º trouxe nova figura tipi-

ca para o crime de quadrilha ou bando, sem acrescentar ou mudar qualquer parte da redação do art. 288.

Com a nova figura penal, poderá haver o crime de quadrilha ou bando, na modalidade em que está figurada no Código Penal, para a prática de qualquer crime não hediondo e, ainda, a figura penal do art. 8º da Lei nº 8.072/90, para a prática de quadrilha ou bando, quando o crime for daqueles definidos na Lei nº 8.072/90, cuja pena é bem diversa: «três a seis anos de reclusão».

Para esta pena não se aplica o disposto no parágrafo único do art. 288, por ausência de determinação legal.

Nullum crimen nulla poena sine praevia legis, logicamente, se a Lei nº 8.072/90 nada falou sobre o parágrafo único do art. 288, em nada foi mudado, não podendo operar-se a dobra da pena como ali está prevista.

Nota-se que o *quantum* da pena prevista pelo art. 8º já está majorado, em dobro para o máximo da pena e mais do dobro para a mínima, que é de «reclusão, de um a três anos», no art. 288.

Outra observação a ser feita é que, quaisquer das figuras penais praticadas, seja a do art. 288 do Código Penal, seja a do art. 8º da Lei nº 8.072/90, não é crime hediondo, pois não foi arrolada nas disposições dos arts. 1º e 2º da lei inovadora.

Como já disse em matéria anterior, para se caracterizar o crime de quadrilha ou bando é necessário que haja a participação de «mais de três pessoas», logicamente o mínimo de quatro pessoas, porém, para merecer os benefícios da diminuição especial da pena determinada pelo § 4º do art. 159 do Código Penal ou do parágrafo único do art. 8º da Lei nº 8.072/90, não há necessidade desse número de participantes, bastando que sejam dois ou três. Uma coisa é a prática do crime de quadrilha ou bando, outra é a prática dos crimes previstos na Lei nº 8.072/90, quando cada um deles poderá ser praticado por um só agente ou por dois, três, quatro ou vários.

O art. 288 do Código Penal, fala: «associarem-se mais de três pessoas».

O art. 14 da Lei nº 6.368/76 (Lei Antitóxico) fala: «associarem-se duas ou mais pessoas...».

O inciso III do art. 18 da Lei nº 6.368/76 fala: «decorrer de associação», sem mencionar o número de agentes associados.

O art. 29 do Código Penal fala: «quem, de qualquer modo, concorre para o crime».

O § 1º do art. 29 fala: «se a participação for...».

O parágrafo único do art. 8º da Lei nº 8.072/90 fala: «o participante e o associado...».

Nota-se que no gênero temos o «concurso de pessoas» e nas espécies temos o «associado», o «partícipe» e o «co-autor», não importando quantos sejam.

Ficaria altamente prejudicado o réu que, participando apenas com mais um, de uma extorsão mediante seqüestro, art. 159, § 3º, fosse preso e, pretendendo alcançar o benefício, delatasse o colega, possibilitando a sua prisão e a libertação da vítima e, depois, por uma sutileza jurídica, não conseguisse o benefício.

Nestes casos, entendo, *in dubio pro réu*, que a diminuição especial da pena se aplica em qualquer número de agentes.

Pela forma em que está a redação do art. 8º da Lei nº 8.072/90, pode-se chegar ao entendimento de que o benefício de seu parágrafo único só se aplica ao crime de «bando ou quadrilha», típico do mesmo art. 8º, o que não é correto.

Para se ter este entendimento restritivo, necessário se faz que todos os réus que praticassem quaisquer dos crimes descritos na Lei nº 8.072/90, o fizessem em concurso de pessoas e fossem denunciados por dois crimes em «concurso material», art. 69 do Código Penal, o do art. 8º da Lei inovadora e do respectivo crime praticado.

Este entendimento deve ser afastado por não alcançar os objetivos pretendidos pela lei, qual seja, a desmantelação de «quadrilhas ou bandos», «cartéis e máfias», e a liberação de vítimas de seqüestro, raptos e extorsões.

EXTRATO

a) O crime do art. 288 e seu parágrafo único não são considerados *hediondos* para efeito de aplicação dos rigores da Lei nº 8.072/90.;

b) O crime tipificado no art. 8º da Lei nº 8.072/90, isoladamente, não é crime *hediondo*;

c) O parágrafo único do art. 288 do Código Penal não se aplica ao fato típico do art. 8º da Lei nº 8.072/90.

14. Do Acordo para a Diminuição Especial da Pena

O § 4º do art. 159 do Código Penal, trazido pelo art. 7º da Lei nº 8.072/90, determina:

«Se o crime é cometido por quadrilha ou bando, o co-autor que denunciá-lo a autoridade, facilitando a libertação de seqüestrado, terá sua pena reduzida de um a dois terços».

Estas disposições são semelhantes às do parágrafo único do art. 8º, com a seguinte redação:

«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.»

Tias redações merecem algumas observações de ordem sistemática.

A primeira delas é de que as expressões «denunciá-lo» e «denunciar», logicamente extraídas da palavra «denúncia», estão incorretas do ponto de vista da linguagem jurídica, uma vez que «denunciar» significa oferecer denúncia, através do órgão ministerial. A denúncia é a peça inicial da ação penal pública promovida pelo Ministério Público, pelo promotor.

A única lei que usa a palavra «denunciar» para uso do particular é a Lei nº 1.079, de 10 de abril de 1950, que trata da possibilidade de «qualquer cidadão denunciar o Presidente da República ou Ministros de Estado, por crime de responsabilidade», em seu art. 14.

Mesmo considerando o erro vocabular, técnico, não há prejuízo para o entendimento da vontade do legislador, pois a expressão «denunciar», aí utilizada, está colocada como sinônimo de «delatar, entregar, apontar, indicar, etc...».

A segunda observação é que, o § 4º do art. 159 fala em «facilitando a libertação do seqüestrado». Ora, tal resultado foge à competência do co-autor ou participe, pois muitas das vezes, ao ser preso ou mesmo ao arrepender-se e se entregar à polícia, os seus colegas mudam de esconderijo ou até mesmo eliminam a vítima, cujos resultados não estão na competência pessoal do agente que quer colaborar.

Pode haver a situação em que a «quadrilha ou bando» conta com um número de participantes desconhecidos entre si. Há casos até de esconderijos que não são conhecidos dos próprios colegas de crime, exatamente por medida de cautela entre eles.

Da mesma forma ocorre com o parágrafo único do art. 8º quando fala em «possibilitando o seu desmantelamento».

Pode ser que o colaborador preste as informações corretas e a polícia, por razões estruturais ou de tempo de ação, não consiga «desmantelar» a quadrilha ou bando.

O que precisa ficar claro é que, seja para os eventuais bandidos que venham a ler esta matéria, seja para os aplicadores da lei e advogados, não basta o suposto colaborador apontar nomes fictícios e lugares ermos, perdidos, apenas para despistar a autoridade e conseguir a vantagem legal.

Na vida forense é muito comum, ao darmos possibilidade a alguns réus, eles virem com evasivas, dizendo que compraram a cocaína de um tal de «Ceará, Pará, Mineiro, Zé Pretinho, de um boliviano chamado Ramon, de um caminhoneiro no trevo do Roque, de um cara que tem um Opala preto, de outro que usa uma moto Honda vermelha» e etc...

Tais informações nada valem para a polícia ou para a Justiça, apenas complicam a situação de quem as fornece, pois demonstram que ele está ludibriando a autoridade.

Quando acontecem desses casos comigo, mentiras e evasivas descaradas, eu aumento a pena do réu, na forma do que me permite o art. 59 do Código Penal, com o devido fundamento.

Todo viciado sabe de quem compra. Todo traficante sabe de quem e onde comprar e vender. Todo partícipe de quadrilha ou bando conhece os colegas e sabe como chegar até eles.

EXTRATO

- a) A delação do partícipe ou associado deve ser precisa;
- b) A expressão denunciar é sinônima de «delatar, entregar, apontar, indicar»;
- c) O benefício para o delator independe do sucesso da ação policial.

15. *Das Vantagens e da Oportunidade do Acordo*

Conforme tratado anteriormente, eu falei em «acordo» entre a autoridade e o réu. Pode parecer estranho que a polícia ou a Justiça se disponham a fazer acordo com bandidos, porém é este o espírito da lei. Deve haver uma provocação, uma oferta de acordo, para que o réu sinta a vantagem em «delatar» seus colegas.

De um lado o réu estará levando a vantagem da diminuição considerável da pena, de outro a sociedade está levando a vantagem de salvar uma vítima de seqüestro, desmantelar um grupo criminoso organizado, tirar bandidos de circulação.

A autoridade mencionada nos dois dispositivos tanto pode ser o delegado, o agente policial, o policial militar, como pode ser o juiz e o promotor.

O importante é que este acordo, esta colaboração, não sendo feita com o próprio juiz, venha para os autos no momento oportuno, através do relatório da autoridade inquisitória, de cota ministerial, de argumentação na denúncia, no termo de interrogatório ou qualquer outro meio.

O referido acordo jamais poderá ser feito com o advogado do réu para vir em petição, pois é ato personalíssimo do réu.

O momento do réu falar pode ser qualquer um, na fase policial ou judicial, desde que antes das alegações finais das partes quando os autos vão conclusos para sentença.

É lógico que a melhor fase é a policial, pois aí é que os fatos estão acontecendo e sendo investigados, possibilitando a libertação da vítima de seqüestro, ou o desmantelamento de quadrilha ou bando.

Se as informações do réu, mesmo corretas, vierem em momento em que as autoridades já não possam fazer qualquer uso delas, ou já tenham chegado a elas por outras vias, nenhum valor terá para a sociedade ou não demonstrará mais nenhuma colaboração por parte do réu, não merecendo este nenhum benefício.

A quantidade de pena a ser reduzida da pena-base fixada, de um a dois terços, é faculdade do juiz, que decidirá fundamentadamente, na forma do art. 59 do Código Penal, dentro desse limite.

Este instituto jurídico, que permite o acordo entre a autoridade e o réu, é amplamente utilizado nos EUA, como foi largamente divulgado no caso de Thomazio Busceta, preso pela polícia americana (DEA) e que delatou vários companheiros, possibilitando a prisão de muitos mafiosos italianos.

A diferença gritante entre a legislação brasileira e a norte-americana é que esta garante o sigilo e dá proteção ao réu delator, muitas das vezes até oferecendo identidade nova e subsistência financeira para o resto da vida, enquanto no Brasil isso ainda não foi cogitado.

Contamos com apenas duas disposições que protegem superficialmente os réus, o art. 26 da Lei nº 6.368/76, que determina o sigilo quanto às peças do processo, não impedindo a divulgação dos nomes dos envolvidos, e o art. 20 do Código de Processo Penal, que determina o sigilo na fase policial, em qualquer tipo de infração.

Ambas as disposições são muito vulneráveis, de total desatenção por parte das autoridades, o que poderá pôr em risco a segurança daqueles que tenham delatado seus próprios companheiros.

De qualquer forma as autoridades, policiais e judiciais, deverão dar especial atenção aos réus que, arrependidos, delatem seus companheiros, na forma do § 4º do art. 159 do Código Penal, ou na forma do parágrafo único do art. 8º da Lei nº 8.072/90, colocando-os em celas separadas das de seus companheiros e, na medida do possível, até mesmo separados de outros criminosos, os quais, por via indireta, poderão praticar vingança.

EXTRATO

- a) O acordo poderá ser feito em qualquer oportunidade desde que possibilite o seu aproveitamento pela autoridade policial, em suas investigações;
- b) O acordo e o aproveitamento do mesmo devem ser mencionados nos autos para não serem esquecidos pelo juiz na oportunidade da sentença;
- c) As autoridades devem primar pelo sigilo da informação e pela proteção do réu delator.

16. O Art. 9º e o Bis in Idem Penal

O art. 9º da Lei nº 8.072/90, visando dar mais proteção às vítimas menores de quatorze anos e outras, impossibilitadas de se defender, mandou que a pena seja majorada de «metade» quando a vítima se encontrar em qualquer das situações do art. 224 do Código Penal.

Alguns fatores esdrúxulos precisam ser analisados em face desta determinação.

O art. 6º da Lei nº 8.072/90, em verdade, não fixa penas, e sim, determina nova redação aos artigos que menciona. Uma vez editados, estes artigos passam a ter vida própria, pelo que deveriam ter sido mencionados diretamente na redação do art. 9º, sem buscar apoio num artigo que não integrará a redação definitiva dos mesmos.

O aumento de pena em «metade» constitui uma condição especial de aumento de pena, levando-se em consideração a situação da vítima, sem condições biopsicológicas ou anatômicas de se opor à violência exercida pelo agente.

Nesta situação temos que o aumento em «metade» da pena, na maioria das vezes, resultará em *quantum* bem superior aos trinta anos limitados pelo art. 75 do Código Penal e alínea *b* do inciso XLVII do art. 5º da Constituição Federal, razão por que o legislador teve o cuidado de alertar «respeitando o limite superior de trinta anos de reclusão».

Melhor seria se tivesse dito: «limite máximo de trinta anos», pois as penas são fixadas em limites «mínimo e máximo» e não em «inferior e superior».

Ficou parecendo que há alguma com limite superior a trinta anos.

Estas disposições devem ser aplicadas com cautela para evitar o *bis in idem*, seja quando a condição da vítima for elemento constitutivo do tipo penal, ou seja pela agravante da alínea *h* do inciso II do art. 61 do Código Penal.

Nota-se que a determinação de aumentar a pena de «metade» deixa o julgador preso a um *quantum* que só não será aplicado na totalidade se atingir acima de trinta anos. Desta feita, todas as vezes que se verificar a oportunidade de aplicação do art. 9º da Lei nº 8.072/90, o juiz será obrigado a fazê-lo, o que resultará em altíssimas penas.

Veja, por exemplo, o caso do art. 159, § 3º, cuja pena de «reclusão, de 24 a trinta anos», se aumentada de «metade» no seu mínimo, já alcançará 36 anos, bem acima da máxima prevista no próprio tipo.

Outra impropriedade das disposições do art. 9º da Lei nº 8.072/90 diz respeito à sua aplicação aos crimes dos arts. 157, § 3º, 158, § 2º, e 159, *caput*, e §§ 1º, 2º e 3º do Código Penal, uma vez que nestes artigos a violência absoluta ou compulsiva são elementos constitutivos dos tipos penais, não importando a qualidade da vítima.

O art. 224 do Código Penal está no Capítulo IV do Título VI, do referido diploma legal, que trata «Dos Crimes Contra os Costumes», onde, nestes sim, a violência presumida, generalizada no art. 224, tem fundamental importância, pela natureza dos crimes, enquanto os outros estão no Capítulo II do Título II «Dos Crimes Contra o Patrimônio», de natureza bem diversa.

EXTRATO

- a) O art. 9º da Lei nº 8.072/90 pode provocar um *bis in idem*;
- b) O art. 9º da Lei nº 8.072/90 é inadequado para aplicação dos arts. 157, § 3º, 158, § 2º, e 159, *caput*, e §§ 1º, 2º e 3º do Código Penal;
- c) O aumento de pena do art. 9º é obrigatório e constitui «condição especial de aumento de pena».

17. Dos Prazos Procedimentais

Foi de grande importância para o ordenamento processual a novidade trazida pelo parágrafo único do art. 35 da Lei nº 6.368/76, acrescido pelo

art. 10 da Lei nº 8.072/90, uma vez que permite a contagem em dobro dos prazos «procedimentais» que antes era de 38 dias no total e hoje passou a ser de 76 dias.

Estas disposições se aplicam também nos processos já em andamento, conforme têm decidido os tribunais, estendendo-se aos prazos da fase policial.

Devido ao excesso de serviço, nos juízos criminais, muitas das vezes, os réus perigosos e acusados de crimes hediondos eram postos em liberdade em nome dos tais excessos de prazo para a formação da culpa.

A entrada em vigor na data da publicação, conforme determina o art. 12, é uma novidade nos meios jurídicos em face da impossibilidade de instrumentalizar a aplicação da lei até que esta viesse a vigor, em tempo mais dilatado.

Com efeito as determinações do art. 3º da Lei nº 8.072/90 até hoje não tiveram a menor sombra de concretização.

A disposição do art. 13, conquanto seja um chavão de quase toda a legislação, trouxe uma complicação curiosa, pois ao «entrar em vigor na data de sua publicação e revogar as disposições em contrário», a Lei nº 8.072/90 conseguiu uma façanha imprevisita: a de revogar as disposições do art. 263 do Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, que entrou em vigor noventa dias após sua publicação, ou seja, a 14 de outubro de 1990, enquanto a Lei nº 8.072/90 entrou em vigor no dia 26 de julho de 1990.

Assim o parágrafo único do art. 213 do Código Penal, que dizia: «Se a ofendida é menor de 14 anos», pena, de «reclusão, de quatro a dez anos», não chegou, sequer, a entrar em vigor, pois agora a pena é de «reclusão, de seis a dez anos» aumentada de metade se a vítima estiver nas condições do art. 224 do Código Penal, o que resultará em parâmetros de «reclusão, de nove a dez anos», bem superior à prevista no artigo revogado.

Acrescentando entendimento já manifestado temos que concluir que os crimes hediondos por consideração legal, são somente aqueles elencados no art. 1º

Os crimes de tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e a tortura não são crimes hediondos por consideração legal e sim por adequação legal.

Seja na redação do inciso XLIII do art. 5º da Constituição Federal, seja na do art. 2º da Lei nº 8.072/90, as expressões estão separadas, na Cons-

tuição por «e os», conjunção diversativa, e no art. 2º da Lei nº 8.072/90, por vírgula», «separando as orações.

Aos crimes hediondos por adequação legal são aplicáveis todas as disposições da Lei nº 8.072/90.

EXTRATO

a) Os prazos procedimentais em dobro são contados desde a fase policial e são retroativos, art. 2º do Código de Processo Penal;

b) A Lei nº 8.072/90 é inexecutível em seus princípios básicos e não contou com nem uma instrumentalização por parte do Poder Executivo;

c) A Lei nº 8.072/90 revogou dispositivo da Lei nº 8.069, Estatuto da Criança e do Adolescente, que ainda não estava em vigor;

d) Temos crimes hediondos por consideração legal e crimes hediondos por adequação legal;

e) Em face dos graves erros sistemáticos e técnicos-jurídicos que a Lei nº 8.072/90 encerra, melhor seria que fosse totalmente revogada, dando lugar a normalidade jurídica ou mesmo com nova edição corrigida.