

Segunda Seção

CRIMES HEDIONDOS E SIMILARES – CONSTITUCIONALIDADE E COMPATIBILIDADE DE TRATAMENTO DIVERSO

LEONIR BATISTI

Promotor de Justiça em Londrina-PR.
Mestre em Direito pela Universidade Estadual de Londrina.

SUMÁRIO: 1. *Introdução* – 2. *A Constituição Federal* – 3. *A questão do indulto* – 4. *A extensão do termo inafiançabilidade* – 5. *As exasperações contidas na Lei 8.072/90 – Lei dos Crimes Hediondos* – 6. *Da não obrigatoriedade da prisão preventiva* – 7. *O tratamento dos crimes de tortura pela Lei 9.455, de 07.04.1997 (DOU 08.04.1997)* – 8. *O regime de cumprimento da pena na Lei 9.455/97* – 9. *Da inexistência de revogação de dispositivos da Lei 8.072/90 pela Lei 9.455/97* – 10. *A incompatibilidade das penas restritivas de direitos em relação aos crimes hediondos* – 11. *Conclusões.*

1. INTRODUÇÃO

A proposta é promover a análise das leis que tratam da matéria referida acima, principalmente com vistas a analisar a *presumível incompatibilidade* entre as Leis 8.072/90 e 9.455/97 e outras regras do direito penal ou processual penal. A par disso, pretende-se examinar à luz da constitucionalidade e legalidade, o tratamento dado aos crimes hediondos, à tortura, ao tráfico de entorpecentes e ao terrorismo.

O principal problema suscetível à discussão doutrinária iniciou-se a partir do instante em que a Constituição Federal de 1988 estabeleceu um tratamento uniforme a várias categorias de crimes, sendo que *algumas dessas categorias não estavam criadas em lei.*

RT/Fasc. Pen. Ano 91 v. 799 maio 2002 p. 448-460

Objetivamente, pretende-se concluir se a Lei dos Crimes de Tortura revogou a Lei dos Crimes Hediondos e se a progressão de regime permitida pela primeira lei alcança os outros crimes referidos na Lei dos Crimes Hediondos (principalmente o tráfico de entorpecente, além das demais espécies de crimes hediondos catalogados no art. 1.º da Lei 8.072/90). Também se pretende analisar a obrigatoriedade ou não da decretação de prisão preventiva, assim como analisar a possibilidade da substituição das penas privativas de liberdade pelas restritivas de direito quanto a tais crimes.

2. A CONSTITUIÇÃO FEDERAL

A Constituição Federal de 1988, minuciosa a respeito de vários temas, estabeleceu regra clara para o tratamento de alguns crimes. Assim é que no art. 5.º, XLIII, da CF/88 expressou:

“A lei considerará *inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia* a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos ...”

Conseqüentemente, o comando constitucional resumiu-se a essas quatro espécies de crimes. Entendem-se quatro porque os tipos penais de cada uma dessas espécies podem ser desdobrados (tanto assim é que a Lei 6.368/76 desdobrou em três as condutas inerentes ao tráfico, isto é, os arts. 12, 13 e 14). Esse entendimento parece claro, muito embora o Superior Tribunal de Justiça tenha em certa oportunidade referido que o delito tipificado no art. 14 é “inconfundível com o injusto de tráfico ilícito de entorpecentes, tipificado no art. 12, parágrafo único...”,¹ o que parece ser uma referência casuística. O comando constitucional dirigiu-se, portanto:

- à prática da tortura;
- ao tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins;
- ao terrorismo;
- aos crimes definidos como hediondos.

A prática da tortura somente foi tipificada como delito a partir da Lei 9.455/97. Ou seja: o constituinte entendeu que deveria tratar de modo mais rigoroso uma certa conduta, mas esta conduta ainda não estava definida em lei. Tanto assim que, no período antecedente à Lei 9.455/97, a prática de tortura ou era caracterizada como abuso de autoridade, quando a prática poderia ser subsumida à descrição de um dos tipos previstos na Lei 4.898/65, ou, então, catalogada como lesão corporal ou mesmo morte, se a tortura fosse física e dela resultasse uma conseqüência que por si só caracterizasse tais crimes. Além disso, o art. 233 do Estatuto da Criança e do Adolescente incriminava a tortura contra criança ou adolescente, mas faltava a definição legal dos comportamentos que configuravam tortura. Tanto assim que restou expressamente revogado pela própria Lei 9.455/97.

O tráfico ilícito de entorpecente já estava tipificado em lei própria, a Lei 6.368/76, que tratava e trata de toda a matéria inerente às substâncias entorpecentes. Referida lei trata, como se sabe, não só do tráfico, como do uso e, igualmente, traça normas processuais para tais crimes.

O terrorismo não tem uma lei própria que o tipifique como crime. Especificamente, não há uma definição em lei de quais condutas configuram o terrorismo. Portanto, o

⁽¹⁾ Brasil: Superior Tribunal de Justiça. RO em HC 8078-RJ, rel. Min. José A. da Fonseca, DJU 22.02.1999, p. 115.

problema é similar ao da tortura, antes da Lei 9.455/97. Superficialmente, pode-se afirmar que o terrorismo configura-se através da prática de atentados e tem motivações variadas, sendo o motivo mais comum atentar contra o regime representativo e democrático, e o Estado de Direito. Daí por que pode ser terrorismo de grupo ou mesmo política de governo. Alguns vêm no art. 20 da Lei 7.170/83 uma figura penal que se caracteriza como terrorismo, embora esta figura proporcione a crítica de que é figura demasiado aberta.² Efetivamente, o artigo, além de condutas específicas (“devastar, saquear, extorquir, roubar, seqüestrar, manter em cárcere privado, incendiar, depredar, provocar explosão, praticar atentado pessoal”), acrescenta mais uma, sob a fórmula “... ou atos de terrorismo”. Relembre-se que a Lei 7.170/83 define os crimes contra a segurança nacional, a ordem política e social.

A Lei 8.072/90 exatamente veio identificar figuras penais específicas que considera como crimes hediondos. Tais figuras penais estão contidas no próprio Código Penal, fora uma delas, o *genocídio*, tentado ou consumado, que está previsto nos arts. 1.º, 2.º e 3.º da Lei 2.889, de 01.10.1956.

Enfim, a Constituição Federal de 1988 declarou que essas quatro categorias de crimes são:

- inafiançáveis;
- insuscetíveis de graça ou anistia.

3. A QUESTÃO DO INDULTO

A Lei 8.072/90 catalogou inicialmente os crimes hediondos, e a Lei 8.930, de 06.09.1994, alterou-lhe a redação. Na nova redação da Lei 8.930, de 06.09.1994, *incluiu-se* o homicídio qualificado ao lado do homicídio praticado em atividade típica de grupo de extermínio e *excluiu-se* o envenenamento de água potável ou de substância alimentícia ou medicinal qualificado pela morte que constava na lei primitiva.

Portanto, hoje a lei considera hediondos oito tipos penais base: a) homicídio, quando praticado em atividade típica de grupo de extermínio ou quando qualificado; b) latrocínio; c) extorsão qualificada pela morte; d) extorsão mediante seqüestro e na forma qualificada; e) estupro; f) atentado violento ao pudor; g) epidemia com resultado morte; h) o genocídio.^{3,4}

O problema começou quando a Lei 8.072/90 no seu art. 2.º fixou regras *não só para os crimes hediondos, como também para a prática de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo*.

A determinação da Constituição Federal de 1988 era no sentido de os crimes hediondos, a prática de tortura (além do tráfico ilícito de entorpecentes e terrorismo), serem considerados, pela lei, *inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia*. A Lei 8.072/90 explicitou a proibição de concessão, para todas as quatro espécies de crimes, de:

- (2) Alberto Silva Franco sustenta esse raciocínio, embora critique esse tipo penal por constituir-se “numa cláusula geral, de extrema elasticidade”. *Leis penais especiais e sua interpretação jurisprudencial*, p. 405.
- (3) SILVA FRANCO, Alberto et alii. *Leis penais especiais e sua interpretação jurisprudencial*, p. 404.
- (4) O estupro e atentado violento ao pudor, segundo uma corrente, são sempre hediondos. Contudo, o próprio Supremo Tribunal Federal já se manifestou entendendo que só são considerados hediondos desde que deles resulte lesão corporal de natureza grave ou morte. Neste sentido o acórdão do Supremo Tribunal Federal, rel. Min. Néri da Silveira, DJU 01.10.1999.

- anistia, graça e indulto;
- fiança e liberdade provisória.

Observa-se que o *legislador ordinário ampliou o contido na Constituição, para acrescentar o indulto* (ao lado da anistia e graça, expressamente referidos nesta).

Poder-se-ia, apressadamente, entender que o indulto pode ser concedido, ao argumento de que, como a Constituição Federal declarou as quatro espécies de crimes insuscetíveis de graça ou anistia, permitiria o indulto.

Contudo:

A lei pode estender a proibição de indulto aos crimes referidos, porque não há vedação ou impedimento estabelecido pelo constituinte de o legislador estabelecer regras para adoção de tais benefícios. Ou seja: na omissão de referência na Constituição, possível o legislador ordinário disciplinar o instituto, fazendo-o na mesma direção do constituinte.

E, assim, plenamente defensável a *constitucionalidade da proibição de indulto* acrescentada pela lei, pois, embora o legislador tenha ido além da indicação da Constituição, que só se referia a *graça ou anistia*, não a contrariou. Antes, pelo contrário, dirigiu-se na mesma direção dela.

O indulto nessas quatro espécies de crime não pode ser concedido também.

Até porque:

Tradicionalmente, graça e indulto são considerados benefícios similares, com peculiaridades próprias. A graça era a *indulgentia principis specialis* e o indulto era a *indulgentia principis generalis* (já a anistia era a *abolitio generalis publica*).⁵ E, por tal razão, também os tribunais vêm expressando na mesma linha: “o termo graça, usado no texto constitucional, resume, de forma genérica, as indulgências que o chefe do Poder Executivo pode conceder em favor daqueles que se encontram em condições para recebê-la”.⁶

Portanto, se o legislador não contrariou a Constituição, mas caminhou no mesmo sentido dela, e se o legislador tem liberdade para estabelecer regras, mesmo restritivas para concessão de benefícios, em termos de execução de pena (obviamente desde que não contrárias ao exposto na Constituição Federal), pode corretamente proibir a concessão de indulto.

É importante constatar que a *forma de concessão do instituto da graça não está referida na Constituição*.⁷

Na Constituição só há referência certa às esferas de competência para a concessão de indulto e anistia: o indulto é atribuição privativa do Presidente da República, nos termos do art. 84, XII, e a anistia compete à União, especificamente ao Congresso Nacional (arts. 21, XVII, e 48, VIII).

A doutrina, todavia, também reconhece a existência da graça. Quanto às mencionadas quatro categorias de crimes, o constituinte proibiu a concessão da graça, e não se discute, apesar da omissão do constituinte, que cabe ao Presidente da República. O fato de ter o

(5) Hélio Tornaghi bem esclarece a origem de tais benefícios. *Curso de processo penal*, vol. 2, p. 439-444.

(6) Brasil – Paraná – Tribunal de Alçada, 2.ª Câm. Crim., Ac 8025, Livro 47, f., j. 10.05.2001, em recurso de agravo, unânime. *DJPR* 25.05.2001, p. 59.

(7) Cezar Roberto Bitencourt também fez tal observação. PRADO, Luiz Regis e BITENCOURT, Cezar Roberto. *Código Penal anotado*, p. 445.

constituente se referido à existência do instituto da graça (e ter mencionado que esta é proibida para quatro categorias de crimes), e não ter disciplinado a forma de concessão, ratifica a idéia de que a graça é uma espécie de indulto já que é individual enquanto o indulto é geral. E permite concluir que quando referida na Constituição a proibição de graça, para essas quatro categorias de crimes, a proibição compreende também o indulto.

4. A EXTENSÃO DO TERMO INAFIANÇABILIDADE

A Constituição através do art. 5.º, LXVI (“ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança”), consagra o que a lei, a doutrina e a jurisprudência anteriores já haviam estabelecido.

A Constituição, como se viu, também declarou que as quatro categorias de crimes são *inafiançáveis*.

O legislador ordinário, na Lei 8.072/90, tratou de aclarar a expressão contida na Constituição, referindo que os crimes hediondos, a prática de tortura, o tráfico ilícito e o terrorismo são *insuscetíveis de fiança e liberdade provisória*.

A questão, novamente, é analisar se a Lei 8.072/90 está conforme a Constituição, ou por outro lado, concluir quanto ao alcance da expressão *inafiançáveis* atribuída pelo constituinte àqueles crimes. Algumas opiniões dirigiram-se no sentido de entender que estaria proibida a concessão de fiança, *mas não a liberdade provisória sem fiança*. Isto porque o Código de Processo Penal prevê a possibilidade de fiança e, além dela, a possibilidade de liberdade provisória sem fiança nos termos do art. 310, par. ún. Também porque a regra agora constitucional do art. 5.º, LXVI, é a de *ninguém ser mantido em prisão quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança*. Isto é, somente quando presentes motivos para decretar a preventiva é que cabe impedir a liberdade provisória, ligando-se essa consideração ao *princípio da inocência*.

Há que afastar, porém, quaisquer dúvidas a respeito:

1 – Parece lógico que a Constituição, ao declarar aqueles crimes *inafiançáveis*, refere-se à não possibilidade daquele que for preso em flagrante ser beneficiado pela liberdade provisória. Ou seja: elegeu quatro categorias de crimes e pretendeu “endurecer” o tratamento quanto a eles. Obviamente, quis estabelecer uma exceção ao tratamento dos crimes em geral. Quis que o preso em flagrante respondesse preso ao processo, reconhecendo assim uma periculosidade inerente.

Alguns condenam esse tratamento, advertindo que a periculosidade não pode ser presumida, argumentando que a gravidade do crime em si não permite, por si só, tratar o criminoso de modo excepcional. Apesar dessa opinião, a simples leitura da Constituição reafirma a idéia de que para determinadas condutas criminosas descabe liberar o que fora preso em flagrante, devendo o autor responder ao processo já custodiado, o que é justificável não só pela gravidade do delito em si, mas, *ipso facto*, pela previsão de pena. Relembre-se que quando preso em flagrante evidencia-se uma maior certeza quanto ao crime e o seu autor.

Em outras palavras, a regra do art. 5.º, LXVI (liberdade durante o processo), é “alterada” pela regra do art. 5.º, XLIII (tratamento mais rígido a quatro categorias de crimes). Trata-se de dois princípios constitucionais que se completam e que assim devem ser considerados harmônicos.

2 – Se a lógica que se extrai da interpretação gramatical e teleológica da Constituição já indica que esta quis proibir a liberdade do acusado preso em flagrante por certas categorias

de crime, a Lei 8.072/90 está plenamente conforme com a Lei Maior, dado que a lei simplesmente fez aclarar o sentido da regra constitucional.

3 – Ademais, quase todos esses crimes são apenados com penas mínimas superiores a dois anos de reclusão, desde logo já teriam o impedimento de serem afiançados. O que nos permitiria concluir que não precisaria haver qualquer referência à *fiança ou proibição dela*, porque seria dispensável. E, portanto, a regra constitucional só teria sentido se se referisse não só à proibição de fiança, *mas também à proibição da liberdade sem fiança*.

Lógico, poder-se-á sustentar que esse raciocínio não deve prevalecer, porque subverte a hierarquia de leis, tratando a Constituição como subalterna do Código de Processo Penal. É verdade, mas deve-se atentar que em nenhum momento o constituinte pretendeu impedir a prisão cautelar, tanto que estabelece *a contrario sensu* tal possibilidade ao mencionar que *ninguém será levado ou mantido em prisão quando a lei admitir liberdade provisória, com ou sem fiança* (art. 5.º, LXVI). Logo, quando a lei *não* admitir liberdade provisória, perfeitamente possível a manutenção em prisão cautelar. Aliás, a questão foi desde o primeiro momento assim interpretada pelo STF, sendo matéria pacífica.

4 – Certo é que mais recentemente aquela posição que interpretava a *inafiançabilidade*, como vedação só da fiança, restou atropelada e vencida pela interpretação que conclui que ser inafiançável significa serem proibidas a fiança e a liberdade provisória, porque aquela interpretação, por desatender a teleologia legal, foi afastada.⁸⁻⁹

5. AS EXASPERAÇÕES CONTIDAS NA LEI 8.072/90 – LEI DOS CRIMES HEDIONDOS

Em tema de exasperação a Lei 8.072/90 foi além do determinado na Constituição. Determinou para todos os quatro tipos de crimes:

- cumprimento integral em *regime fechado*;
- exigência de fundamentação do juiz em sentença quanto à possibilidade de *apelar em liberdade*;
- aumento do prazo de *prisão temporária* para 30 dias (em vez dos cinco dias anteriores).

Também aqui deve-se entender que todas as três condições de exasperação não contrariam a Constituição Federal.

Quanto à *forma de cumprimento de pena*, é de salientar que a Constituição refere-se à pena no art. 5.º, XLVI, e *remete à lei a individualização da pena*, identificando aquelas que *entre outras* podem ser adotadas.

⁽⁸⁾ Foi reconhecido que “o crime definido no art. 12 da Lei 6.368/76 é inafiançável e constituiria um intolerável contra-senso que a lei proibisse a liberdade provisória com fiança (crimes inafiançáveis) e, ao mesmo tempo, permitisse a liberdade provisória sem fiança, no caso do art. 310, par. ún., CPP”. Brasil, Paraná, Tribunal de Alçada, 2.ª Câm. Crim., HC 0118752-6, Ac 5341, j. 16.04.1998, v.u., rel. Juiz Eduardo Fagundes. *Diário da Justiça*, 08.05.1998, p. 146. No mesmo sentido: Brasil, Paraná, Tribunal de Alçada, 1.ª Câm. Crim., HC 0076333-9, Ac 5508, j. 30.03.1998, v.u., rel. Juiz Nério Ferreira. *Diário da Justiça*, 15.05.1998, p. 114.

⁽⁹⁾ Antonio Lopes Monteiro defende o ponto de vista de que não cabe liberdade provisória sem fiança, nem fiança, em relação a tais crimes. *Crimes hediondos*, p. 114-115.

Assim, a legislação infraconstitucional, notadamente o Código Penal e a Lei das Execuções Penais, é que disciplina a matéria de cumprimento de pena.

Há críticas sobre a determinação de cumprimento de pena integralmente em regime fechado, mas a crítica se volta mais a uma visão ideológica da função das penas. Certo é que inconstitucionalidade não há, já que a matéria é infraconstitucional. Visivelmente não há contradição na determinação de pena em regime totalmente fechado, porque a Constituição Federal somente proibiu a pena de caráter perpétuo (art. 5.º, XLII, *b*). Até mesmo a limitação do tempo de 30 anos de prisão é regra da legislação ordinária (art. 75 do CP). Da mesma forma que não é inconstitucional determinar que as penas superiores a oito anos tenham seu início de cumprimento em regime fechado, também não há inconstitucionalidade em determinar o cumprimento integral em regime fechado, em face da natureza das infrações.

Quanto à possibilidade de *apelar em liberdade*, desde que o juízo justifique a permissão, há que se ter em conta que, de um lado, abrandou-se o próprio conteúdo da Lei de Tóxico (Lei 6.368/76), a qual determinava o obrigatório recolhimento à prisão para apelar, no caso de tráfico. A regra legal nem sempre era aplicada, porque havia resistência contra ela, por se entender que contrariava o sistema jurídico.

É perfeitamente legal a regra de justificação de permissão de apelar em liberdade, porque a matéria é de índole processual, permitindo ao legislador estabelecer diferenças de tratamento. Visível que essa determinação de modo algum afronta ao princípio da presunção da inocência. A fundamentação da sentença, no sentido de que o réu possa apelar em liberdade, na realidade traduz uma mensagem ao julgador, para que este *sempre analise* se o comportamento do réu no crime e as circunstâncias do crime não traduzem gravidade tal que justificaria desde já mantê-lo em custódia. Isto seria justificável, inclusive se houvesse fundada presunção de que o réu, na expectativa de manutenção de uma pena e do regime fechado imposto para seu cumprimento, buscaria evadir-se enquanto o recurso estivesse sendo julgado. No estado atual, a normalidade do sistema é da apelação em liberdade, malgrado os dizeres do art. 594 do CPP.

O legislador enfocou a questão pelo *ângulo inverso*: quis chamar atenção para a gravidade do crime, como a pretender que a regra fosse invertida, traduzindo que, em relação a tais crimes, a normalidade seria o réu recolher-se à prisão para apelar. Por conta disso, a diretriz aplicável a essas quatro categorias de crime deve ser um pouco diversa daquela visão quanto a apelação dos crimes em geral. Nestes, se o acusado estava solto, natural é que possa apelar solto. Já nos crimes catalogados pela Lei 8.072/90, cabe ao juízo analisar o cabimento, porque, como dito, se vislumbrar que, apesar de estar respondendo a processo solto, a nova condição de condenado em primeiro grau torne recomendável que seja imediatamente preso, deve determinar a prisão como condição de apelar.

O aumento do *prazo de prisão temporária para 30 dias* é medida de caráter processual, com o fito de facilitar as investigações naquelas condições previstas na Lei 7.960, de 21.12.1989, publicada em 22.12.1989, que dispõe sobre a prisão temporária.

Certo é que a Lei 8.072/90 e seus dispositivos foram considerados conformes com a Constituição Federal. E não poderia ser diferente: na realidade, a lei exasperou condições aos agentes dos crimes hediondos, dos crimes de tortura, do tráfico ilícito de entorpecente e do terrorismo. A exasperação não estava vedada. E, é possível afirmar, a intenção do constituinte era tratar tais espécies de crimes de modo especial e mais rigoroso que o normal. Caso contrário, não teria o constituinte *destacado* tratamento específico a essas quatro categorias de crimes.

6. DA NÃO OBRIGATORIEDADE DA PRISÃO PREVENTIVA

Tendo em vista que, como visto, a Constituição Federal destacou quatro espécies de crimes para um tratamento mais rigoroso, inclusive referindo serem inafiançáveis, surge eventualmente questionamento a respeito de ser obrigatória a decretação da prisão preventiva.

Deve-se recordar que, de há muito, o direito brasileiro, acompanhando tendência mundial, afastou a obrigatoriedade da prisão preventiva pelo só fato de o crime ser considerado grave. A política criminal modernamente centra-se na análise de todas as circunstâncias do crime e do agente, e principalmente, para efeitos de prisão preventiva, na afirmação de fatores que indiquem sua necessidade.

Essa visão restou consagrada na legislação, precisamente nos arts. 312 e 313 do CPP. Na verdade, a prisão circunscreve-se a crimes punidos com reclusão, aos punidos com detenção quando se apurar que o indiciado é vadio ou se persistir dúvida sobre sua identidade, e ao reincidente por crime doloso. E a estes crimes e condições mais graves somente se determina a prisão preventiva se presentes as circunstâncias do art. 312 do CPP (garantia da ordem pública, da ordem econômica, conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal).

Quanto à *obrigatoriedade de determinação da preventiva*, cabe razão àqueles que afastam essa obrigatoriedade.¹⁰ Sem dúvida, tal entendimento é o correto por três motivos:

Primeiro, porque a Lei 8.072/90 não incluiu expressamente essa obrigatoriedade no tratamento dos crimes hediondos. A lei contempla as várias hipóteses de tratamento próprio para os crimes ali elencados. Não faz, porém, referência à obrigatoriedade de determinação da preventiva.

Segundo porque permanece a possibilidade de o condenado apelar em liberdade, conforme ressalta acórdão do Supremo Tribunal Federal.¹¹

Terceiro porque tratar-se-ia de exceção à política criminal estabelecida, e, portanto, necessário seria que expressamente a lei *ressuscitasse a prática da prisão preventiva obrigatória*, afastada do nosso direito há décadas.

7. O TRATAMENTO DOS CRIMES DE TORTURA PELA LEI 9.455, DE 07.04.1997 (DOU 08.04.1997)

O legislador, *ainda quando não havia lei tipificando os crimes de tortura*, no art. 2.º da Lei 8.072/90, estendeu antecipadamente a tais crimes tratamento mais rigoroso (semelhante ao dos crimes hediondos, tráfico de entorpecente e terrorismo). O tratamento mais rigoroso caracterizou-se, principalmente, pela determinação de *regime fechado integral*. Obviamente, as regras exasperadoras quanto aos crimes de tortura *ficaram inertes*, porque não havia tipificação de tais crimes.¹²

⁽¹⁰⁾ Ronaldo Botelho elogia francamente esta posição. “Jurisprudência comentada: Crime hediondo. Tipo de ilícito que não impõe a obrigatoriedade da prisão cautelar”. *Boletim Informativo da Legislação Brasileira Juruá*, n. 206, p. 11.

⁽¹¹⁾ Brasil: Supremo Tribunal Federal, HC 77.052/6, rel. Min. Marco Aurélio, DJU 11.09.1998, p. 5.

⁽¹²⁾ Repita-se que há dúvida a respeito de o terrorismo estar já tipificado na legislação. Alguns autores entendem que o art. 20 da Lei 7.170/83 caracteriza-se como tal. Vide Alberto Silva Franco et alii, *Leis penais especiais e sua interpretação jurisprudencial*, p. 405.

Somente sete anos após terem sido definidos em lei os crimes hediondos, veio a lume a Lei 9.455, de 07.04.1997, publicada no *DOU* de 08.04.1997, que define as condutas que constituem crime de tortura.

Especificamente, a Lei 9.455/97 refere a conduta de constrangimento com emprego de violência ou grave ameaça, causando sofrimento físico ou mental, e a conduta de submeter alguém, sob sua guarda, poder ou autoridade, com emprego de violência ou grave ameaça, a intenso sofrimento físico ou mental, como forma de aplicar castigo pessoal ou medida de caráter preventivo. Ainda caracteriza como tortura a submissão de pessoa presa ou sujeita a medida de segurança, a sofrimento físico ou mental, por intermédio da prática de ato não previsto em lei ou não resultante de medida legal. A lei ainda estabelece uma pena menor em espécie e graduação para aquele que se omite em face dessas condutas, quando tinha o dever de evitá-las ou apurá-las, o que, diga-se, *não* corresponde a participação.

Cumpramos observar que referida lei adota mais um caso de *extraterritorialidade*, isto é, manda aplicar a lei brasileira mesmo que o crime não tenha sido cometido em território brasileiro, sendo a vítima brasileira ou encontrando-se o agente em local sob jurisdição brasileira (art. 2.º da Lei 9.455/97).

A Lei 9.455/97 declara tais crimes (de tortura) *inafiáveis e insuscetíveis de graça ou anistia* (art. 1.º, § 6.º). Ou seja, a Lei 9.455/97 repetiu o que estava na Constituição Federal. Duas apreciações decorrem disto:

• *Primeira apreciação*: A Lei 9.455/97 diferenciou-se da Lei 8.072/90, porque esta havia aclarado o conceito de *inafiabilidade* (*tornando clara a proibição de fiança ou liberdade provisória*). A Lei da Tortura não completou o texto, e não deixou transparente, conforme poderia, o conceito. O legislador da Lei 9.455/97 pecou pela omissão ao não completar a idéia e somente declarar que os crimes são “inafiáveis”.

Apesar de a Lei dos Crimes de Tortura *não ter referido expressamente a proibição à liberdade provisória sem fiança* (art. 312, par. ún., do CPP) – como o fizera a Lei 8.072/90 –, entendemos que aqui *prevalece a proibição*. Em nosso entender, quando o constituinte falou em *inafiabilidade*, usou um conceito amplo de vedação de liberdade. Veja-se que o constituinte não disse “proibida a concessão de fiança”.

O constituinte deu uma ordem ao legislador ordinário, para que este considerasse *inafiáveis as quatro categorias de crimes*. A *inafiabilidade* constitui uma proibição de liberdade, configurando um conceito geral. Abrange, portanto, a liberdade provisória mediante fiança e naqueles casos em que esta liberdade dispensa a fiança. A ordem foi ao legislador ordinário, o qual obriga-se a atendê-la, sob pena de inconstitucionalidade.

Em síntese, não é porque a Lei 9.455/97 deixou de desdobrar (e assim aclarar) o entendimento de *inafiabilidade* que este deve ser restringido. Aos crimes de tortura não se fixa fiança nem se permite liberdade provisória sem fiança.

Essa *inafiabilidade não abrange, a nosso ver, o que comete o crime de omissão em face das condutas de tortura*, crime esse catalogado no art. 1.º, § 2.º, da Lei 9.455/97, que é apenado com *detenção* de um a quatro anos. E isso por três motivos:

a) O primeiro motivo é que, embora a conduta esteja descrita na Lei 9.455/97, a punição se dirige àquele que se omite em face dessas condutas, quando tinha o dever de evitá-las ou apurá-las. A *omissão, com vistas a evitar ou apurar as condutas de tortura, não a constitui ontologicamente*: logo este crime, embora mencionado na Lei de Tortura, não é crime de tortura. Até porque a lei declara que constitui crime de tortura o que consta no art. 1.º, I e II. E o agente que de qualquer modo concorre com as condutas enumeradas, que constituem o crime de tortura, incide nas penas do art. 1.º, I e II, por conta do preceito do

art. 29 do CP. A tortura seria o crime principal e a *omissão diante dela seria outro crime*, secundário. A omissão penalmente relevante exige ciência da existência da tortura, além do dever de evitar ou apurar. Logicamente essa omissão não se confunde com adesão, já que se o agente adere a condutas consistentes em tortura – (quando manda ou incentiva) – haverá participação no crime principal.

b) O segundo motivo é que o tipo penal em questão é sancionado com *detenção*. Deve-se ter presente que a *detenção* constitui uma espécie de pena imposta a crimes de menor gravidade. É pena qualitativa de menor gravidade. Embora na atualidade a diferença entre reclusão e detenção esteja esmaecida, ainda assim persiste essa noção de maior gravidade da reclusão e menor gravidade da detenção, tanto assim que, mesmo presentes os motivos que justificariam a preventiva em relação aos crimes em geral, esta não deve ser decretada quando cominada pena de detenção (exceto se o indiciado for vadio ou persistir dúvida sobre sua identidade), conforme se infere do art. 313, II, do CPP.

c) O terceiro motivo é que a própria Lei 9.455/97, art. 1.º, § 7.º, sinaliza o tratamento especial a *esse crime de omissão em face das condutas de tortura*, ao estabelecer que quanto ao mesmo não há obrigatoriedade legal em estabelecer o regime fechado (nem mesmo inicial).

• *Segunda apreciação*: A lei deixou de referir-se ao indulto. Ou seja, a Lei 9.455/97 não proibiu expressamente o indulto. Retornou estritamente ao disposto na Constituição.

Não tem sido suscitada discussão a respeito do cabimento ou não do indulto nos crimes de tortura. É claro que as condições de obtenção de indulto devem, obviamente, estar contidas em decreto presidencial. A questão, porém, é definir se, no caso de o decreto presidencial admitir a concessão do indulto, isto é constitucional ou não. Ou seja, seria o caso de interpretar se a Constituição proíbe ou não o indulto.

Pelas mesmas argumentações expostas quanto a essa matéria de *graça, anistia ou indulto*, quando referida na Lei 8.072/90, há que se concluir que o indulto, nos crimes de tortura está vedado.

Reitere-se que a matriz da regra é constitucional e o art. 5.º, XLIII, refere ser a prática de tortura uma das quatro categorias de crime referidas ali, que é insuscetível de graça ou anistia. Como o termo *graça* engloba também o termo *indulto*, conclui-se que resta proibido pela Constituição o indulto, porque contido no entendimento do termo *graça*. A Lei 9.455/97 repetiu os dizeres da Constituição e, assim, a interpretação deve ser a mesma. Repita-se que anistia, graça e indulto são espécies de benefícios, e o termo *graça*, usado na Constituição, engloba todas essas três modalidades. Ou, como querem alguns, o indulto e graça diferem tão-somente porque o primeiro é geral e o segundo é individual.

Portanto, apesar de a Lei 9.455/97 não trazer expressamente a proibição de indulto, tal proibição, esta sim, advém da Constituição Federal (porém, no caso da *omissão em face da tortura*, porque entendemos não constituir crime de tortura, o tratamento seria diverso, e, portanto, tal crime permitiria os benefícios mencionados. Aliás, a gravidade da conduta do torturador ou partícipe da tortura é diversa da omissão em face da tortura).

8. O REGIME DE CUMPRIMENTO DA PENA NA LEI 9.455/97

A Lei 8.072/90 estabeleceu o regime *integralmente fechado* para os crimes lá mencionados. Na realidade, “integralmente fechado” é uma expressão contraditada pela própria lei, pois acrescentou ao art. 83 do CP o inc. V, prevendo livramento condicional.

Na verdade, mesmo quanto aos crimes hediondos cabe o livramento condicional, cumpridos mais de 2/3 da pena (em regime fechado); “se o apenado não for reincidente específico em crimes dessa natureza”.

Reintroduziu-se a menção à reincidência específica, que havia sido abandonada. A contrario sensu, a prisão será totalmente cumprida em regime fechado, se o apenado for reincidente específico.

A Lei 9.455/97, contudo, *alterou o tratamento quanto ao cumprimento de pena. Ou seja: determinou, tão-somente, o regime fechado para início de cumprimento de pena, permitindo, assim, a progressão* (restou desobrigado desse regime fechado inicial, ainda, o autor da omissão). A Lei 8.072/90 determinava o *cumprimento de pena integralmente em regime fechado* não só para os hediondos, como também para os crimes de tortura (e de tráfico ilícito e de terrorismo).

Algum problema decorre disto? Não. A regra constitucional silenciava a respeito do regime. Sinalizou somente um tratamento mais rigoroso. A Lei 8.072/90 avançou no rigorismo, ao determinar regime integralmente fechado. A Lei 9.455/97 alterou a Lei 8.072/90, para determinar, tão-somente, o início de cumprimento em regime fechado, decorrendo disto *que é possível para os crimes de tortura a progressão.*

Insista-se que aqui houve uma *lei posterior que alterou a anterior.*

9. DA INEXISTÊNCIA DE REVOGAÇÃO DE DISPOSITIVOS DA LEI 8.072/90 PELA LEI 9.455/97

O problema surgido em relação às questões descritas decorre da interpretação a respeito da revogação da lei anterior (Lei 8.072/90) pela Lei posterior 9.455/97. Essa revogação não é expressa. Daí por que cabe analisar se houve revogação tácita e, principalmente, em caso positivo, qual a *extensão da revogação.*

Diz a Lei de Introdução ao Código Civil, art. 2.º:

“§ 1.º A lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, *quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior.*”

A análise desse parágrafo permite concluir:

- que a Lei 9.455/97 é incompatível com a Lei 8.072/90, quanto ao tratamento dos crimes de tortura;
- a incompatibilidade se limita a esses crimes de tortura. Só. Portanto, e esta a extensão da revogação, o que permite afirmar, mais exatamente, que se está diante de *ab-rogação.*

Logo, *se a incompatibilidade da lei posterior com a lei primitiva limita-se aos crimes de tortura, apenas no tocante a esta parte é que a primeira lei foi revogada.*¹³ E trata-se de *revogação tácita.*

Impõe-se, portanto, reiterar que é equivocado o entendimento de que a Lei 9.455/97 alterou toda a Lei 8.072/90. É simples: A Lei 8.072/90 tratou de vários crimes, enquanto a Lei 9.455/97, só da tortura. A Lei 8.072/90 colocara o crime de tortura no mesmo patamar dos demais crimes hediondos, mas a lei que se seguiu, a Lei dos Crimes de Tortura, descolou *esses crimes daquela Lei dos Crimes Hediondos.* E isto não tornou nenhuma das leis inconstitucional.

⁽¹³⁾ Discutiu-se se a progressão também deveria ser dada a condenado por crime hediondo (latrocínio). O pleno do STF em 25.03.1998, no HC 76371-SP (por maioria, dois votos contra), entendeu que a Lei 9.455/97 não derogou o art. 2.º, § 1.º, da Lei 8.072/90, que impõe aos condenados por crime hediondo o cumprimento integral da pena em regime fechado.

10. A INCOMPATIBILIDADE DAS PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS EM RELAÇÃO AOS CRIMES HEDIONDOS

O Código Penal já trazia as penas restritivas de direitos nos arts. 43 e seguintes. A Lei 9.714, de 25.11.1998, publicada em 26.11.1998, ampliou as penas restritivas. Importante é destacar que o art. 44 do CP foi alterado pela referida lei. Passou a constar assim:

“As penas restritivas de direito são autônomas e substituem as privativas de liberdade quando:

I – aplicada pena privativa de liberdade *não superior a quatro anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa ou ...”*

A reviravolta que se quer destacar reside no seguinte: a substituição das penas privativas de liberdade pelas penas restritivas de direito, antes, *podia se dar, se aplicada pena privativa de liberdade inferior a um ano*. A substituição, mesmo em abstrato, não alcançava os crimes de tráfico de entorpecente (12 a 14 da Lei 6.368/76), porque a pena mínima para tais crimes é de três anos. Também a tortura (art. 1.º, I e II e §§ 1.º e 3.º, da Lei 9.455/97) não seria alcançada, porque as penas de tais crimes é de no mínimo dois anos (somente o crime de tortura por omissão do agente, previsto no art. 1.º, § 2.º, da mesma lei, é que tem pena mínima de um ano de detenção).

A Lei 9.714, de 1998, ao alterar o Código Penal, ampliou a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direito. Antes, a substituição só era possível quando a pena era inferior a um ano. Agora, a substituição é possível quando a pena for inferior a quatro anos.

Em face disso, surgiu a interpretação de que *seria possível a substituição, principalmente nos crimes de tráfico ilícito de entorpecente e de tortura*.

Quanto aos crimes hediondos, cumpre observar que a pena mínima, que geralmente é superior a quatro anos, impede a substituição (algumas condutas registradas como genocídio, contudo, têm pena inferior a quatro anos, o que, em tese, pode também suscitar a mesma discussão quanto à aplicabilidade da substituição).

Entendemos inaplicável a substituição examinada, em relação às *quatro categorias de crimes antes referidas*. A indicação para tanto advém do seguinte:

a) A Lei 9.714/98, que tratou das restritivas de direito, tratou-a no Código Penal, caracterizando-se, portanto, tais regras como *regras gerais do campo da aplicação da pena*.

b) Tanto a Lei de Tóxicos (6.368/76) como a Lei dos Crimes de Tortura (9.455/97) são *leis especiais*. Estabeleceram tratamentos específicos para as matérias consideradas, com base no próprio mandamento constitucional.

c) Mais que isso: a Lei dos Crimes Hediondos é especial frente ao Código Penal, *pois buscou dar um tratamento próprio a determinadas categorias de crime*. E o legislador teve clara e nitidamente a intenção de tornar mais severo o cumprimento de pena por tais crimes.

O fato de a Lei 9.714/98, que alterou as restritivas de direito, ser posterior à Lei dos Crimes Hediondos não quer dizer que a última, aquela, tenha revogado a anterior, esta. É que o tratamento dispensado no Código Penal às restritivas de direito não alcança os crimes hediondos. E isto é visível *até pelo fato de* o mesmo Código Penal manter regra sobre o livramento condicional (art. 83, V), quanto aos crimes hediondos.

c) Logo, a regra especial prevalece sobre a regra geral, o que permite concluir que *não cabe a substituição de penas privativas de liberdade por restritivas de direito no caso das quatro categorias de crimes referidas*, porque, quanto a eles, há regras próprias, que

estabelecem o regime fechado integral (com a particularidade quanto aos crimes previstos na Lei de Tortura).

d) Do ponto de vista lógico, enfim, são incompatíveis regime fechado e penas restritivas de direitos, até porque *direito é sistema*, como amiúde se apregha.

11. CONCLUSÕES

1 – É logicamente constitucional a Lei 8.072/90, que exasperou o mandamento constitucional, principalmente determinando o integral cumprimento da pena em regime fechado aos crimes hediondos, de tráfico de entorpecente, de tortura e terrorismo, porque a Constituição limita-se a fixar a inafiançabilidade e proibição de graça e anistia, e autoriza tratamento mais rigoroso quanto àquele conjunto de crimes. A questão de cumprimento de pena *não é matéria regulada na Constituição*.

2 – O indulto, benefício similar à graça e anistia, conquanto não expressamente proibido pela Constituição Federal quanto aos crimes hediondos, deve ser tratado como proibido, já que a lei veda expressamente tal benefício, e o faz corretamente e concorde com o espírito da Constituição Federal.

3 – O entendimento da expressão *inafiançabilidade* abrange não só a proibição de arbitrar fiança, mas também de concessão da liberdade provisória (art. 310, par. ún., do CPP).

4 – É igualmente constitucional a Lei 9.455/97, porque cumpre o disposto na Constituição. Estabelece regime mais rigoroso (quanto ao obrigatório início de pena de regime fechado), autorizado pela Constituição e sinalizado por esta.

5 – Nem a Lei 8.072/90 (crimes hediondos) nem a Lei 9.455/97 (tortura), nem quaisquer outras leis que disponham de alguma forma sobre os crimes de terrorismo e tráfico de entorpecente, determinam obrigatoriedade de prisão preventiva.

6 – Apesar da Lei 9.455/97 (tortura) referir-se somente à inafiançabilidade, o alcance da expressão abrange também a liberdade provisória (com ou sem fiança).

O indulto, embora não expressamente proibido na Lei 9.455/97 (tortura), é vedado em face de uma interpretação sistemática, quer quanto ao sentido da expressão graça na Constituição, quer porque o indulto é uma variação do que constitui a graça.

7 – O regime de cumprimento de pena quanto às quatro categorias de crimes (tortura, tráfico de entorpecentes, terrorismo e hediondos) não está regulado na Constituição, que, tão-somente, sinalizou um tratamento mais severo para tais espécies de crimes.

8 – A Lei 9.455/97 (tortura) ab-rogou a Lei 8.072/90 (crimes hediondos), tão-somente quanto aos crimes de tortura, pois apenas dispôs diferentemente da lei anterior sobre essa espécie de crimes. Por tal razão, nos crimes de tortura o agente pode ser beneficiado pela progressão de regime, que, de início (com a exceção da omissão em face da tortura), obrigatoriamente deve ser fixado como fechado.

9 – Quanto às quatro espécies de crimes referidas na Constituição Federal – tortura, tráfico de entorpecentes, terrorismo e hediondos –, inaplicável a substituição de pena privativa de liberdade por restritiva de direito, por manifesta incompatibilidade (reitere-se que omissão do agente em face da tortura, art. 1.º, § 2.º, da Lei 9.455/97, porque não constitui propriamente tortura, não sofre a restrição).