

A polêmica sobre a definição de crime hediondo no Código Penal

Com a criação pela Lei 11.923/09 de um novo parágrafo 3º para o artigo 158, Código Penal, veio à tona toda uma polêmica que se inicia na própria infeliz nomenclatura dada ao tipo penal (sequestro-relâmpago) (1) e passa pela questão da hediondez ou não do referido crime nos casos em que resulte morte. Isso porque, embora a Lei dos Crimes Hediondos (Lei 8072/90) preveja como hedionda a conduta da extorsão seguida de morte, fazendo menção expressa ao artigo 158, parágrafo 2º, Código Penal, não faz qualquer referência ao novo parágrafo 3º, inserido pela legislação em destaque.

A questão comporta duas linhas argumentativas: uma baseada no respeito incondicional à Legalidade Estrita no que tange a normas penais restritivas; outra seguindo pelo caminho de uma interpretação sistemática e uma argumentação sustentada no absurdo produzido pela lacuna legal. No primeiro caso sustenta-se que a nova figura criminal não pode ser considerada hedionda até que a Lei 8072/90 seja alterada para abrangê-la. Já de acordo com a segunda linha de pensamento, a lacuna legal deve ser preenchida por uma interpretação extensiva que possibilitaria entender também o parágrafo 3º, do artigo 158, Código Penal como abrangido pela Lei dos Crimes Hediondos.

No decorrer deste trabalho as duas linhas de pensamento sobreditas serão apresentadas sumariamente, demonstrando-se que contam com boa sustentabilidade em argumentos válidos e coerentes. No entanto, opta-se por privilegiar a obediência ao Princípio da Legalidade Estrita, considerando sua ingente importância para a conformação de um Estado que respeita os direitos individuais.

A linha argumentativa que defende a hediondez do novo parágrafo 3º, do artigo 158, Código Penal, quando resultar o evento morte, baseada numa interpretação sistemática e extensiva da norma, já havia sido prevista como possível no debate da questão em trabalho anteriormente publicado por este autor. (2)

Pensa-se que a discussão deve mesmo se bifurcar entre essas duas vertentes, uma defendendo a hediondez e outra entendendo que o novo parágrafo 3º, do artigo 158, Código Penal não se adequa à dicção da Lei 8072/90, especialmente devido ao contido nos parênteses que fazem menção clara e expressa apenas ao artigo 158, parágrafo 2º, Código Penal (artigo 1º., III, da Lei dos Crimes Hediondos).

Na verdade, ambos os pontos de vista podem ser defendidos com boa fundamentação, conforme ocorre no trabalho conjunto de Luiz Flávio Gomes e Rogério Sanches Cunha (3) e, modestamente, em artigo correlato deste autor acima mencionado (4). A interpretação e aplicação das leis é mesmo uma aventura. E a palavra “aventura” é bem posta no caso, já que lembra prazer e perigo ao mesmo tempo.

Essa situação em que se encontram duas ou mais linhas de pensamento, gerando divergências faz lembrar o trabalho de Paul Ricoeur, em que o autor faz menção ao que chama de certos “desacordos razoáveis”. Num dos capítulos intitulado “Interpretação e/ou argumentação”, ele desenvolve um texto muito denso em que faz uma distinção entre “interpretar” e “argumentar”. Interpretar seria encontrar ou descobrir um sentido dado, ao passo que argumentar seria “construir” um sentido próprio. Essas duas operações, seja no campo jurídico que no contexto interessa ou em outras searas (filosofia, ética, medicina etc.) são normalmente apresentadas como opostas, mas, na verdade, conforme Ricoeur, devem formar (e formam) um par indissociável. Nós não simplesmente interpretamos a lei, mas argumentamos

acerca dela e suas implicações. Também não podemos argumentar no vazio, sem ter em consideração o significado das palavras, sem levar em conta aquilo que elas traduzem. (5)

Certamente nosso modelo romano-germânico, apegado à lei escrita, tende mais à interpretação, embora não haja uma dissociação total (aliás impossível) da argumentação. Por outro lado, nos modelos anglosaxônicos, marcados pela análise e estudo dos chamados “cases”, predomina a argumentação como método de pesquisa do direito e sua aplicação aos casos concretos. No entanto, em qualquer caso, é de se concordar com o autor quanto ao fato de que o par interpretação/argumentação não expressa uma oposição, mas uma verdadeira dupla complementar, indissociável e na qual uma das partes se empobrece por demais sem a outra.

Em virtude disso é que é possível haver uma rica discussão acerca da aplicação de um dispositivo legal como o artigo 158, parágrafo 3º, Código Penal, em relação, por exemplo, à Lei dos Crimes Hediondos. Não se processa uma interpretação pura e simples da letra da lei que possibilite de plano uma univocidade de pensamento. A interpretação se entrelaça com a argumentação e daí surge uma dialética complexa, podendo tanto a doutrina como a jurisprudência seguirem caminhos diversos e até se assentarem sobre determinado ponto de vista, mas sem jamais haver uma univocidade de pensamento e nem se poder afirmar que tal ou qual corrente seja desprovida de fundamentos razoáveis (daí falar-se em um certo “desacordo razoável”).

A visão do parágrafo 3º como um desdobramento do antigo parágrafo 2º, do artigo 158, Código Penal é sustentável certamente. Também é extremamente coerente a afirmação de que é uma verdadeira monstruosidade jurídica o fato de que uma extorsão com morte sem sequestro seja hedionda e outra extorsão também com morte e ainda com sequestro não o seja. (6) Trata-se de uma via de fundamentação que segue pela chamada “argumentação pelo absurdo ou pelo ridículo”, conforme bem expõe Chaïm Perelman e Lucie Olbrechts-Tyteca. (7) As consequências dessa interpretação levam a situações logicamente insustentáveis, ridículas e absurdas mesmo. Como bem destacam em seu texto Gomes e Cunha, a partir de então seria melhor sequestrar e matar para extorquir do que simplesmente extorquir e matar sem sequestrar. Pelo menos, em caso de ser o infrator descoberto, não arcaria ele com as regras mais rigorosas da Lei dos Crimes Hediondos, desde que também houvesse sequestrado a vítima. (8)

Contudo, discorda-se dos fundamentos do pensamento acima exposto em um ponto crucial. O texto de Gomes e Cunha apresenta o entendimento de que o novo parágrafo 3º, do artigo 158, Código Penal, não seria hediondo, mesmo diante do resultado morte, como uma visão “legalista”, apegada tão somente à interpretação gramatical dos textos e dispositivos, sem uma visão mais ampla, orientada por princípios constitucionais.

Não é de se concordar que a interpretação que veda a condição da hediondez ao parágrafo 3º, do artigo 158, Código Penal, seja característica de uma tendência “legalista” monocular, literal e gramatical, que não se abre à interpretação conforme a Constituição e as regras internacionais garantistas. Muito ao contrário: trata-se de defender de forma intransigente a legalidade estrita. (9) Note-se bem: não a legalidade estrita no sentido do aferrar-se à letra fria de uma lei morta, insensível, mas a legalidade estrita enquanto princípio garantista-humanista que, especialmente na seara penal, não pode admitir



tergiversações, ainda que se acene com o chamado “interesse público” ou qualquer outro. O maior interesse público ou privado, individual ou social é a garantia primeira da estrita legalidade penal. É o legislador que deve aprender a redigir os textos legais de maneira coerente e correta. Deve ele e não a sociedade (retratada em cada um de nós) arcar com as consequências de seus erros e retificá-los face à crítica da doutrina, da imprensa, da opinião pública e ao controle do Poder Judiciário, maior guardião das promessas do Estado Democrático de Direito, das garantias e da Constituição. (10)

Não se trata de forma alguma de aceitar qualquer “bobagem” ou “arbitrariedade” escrita pelo legislador. (11) A não hediondez do novo parágrafo 3º, do artigo 158, Código Penal, é uma constatação crítica, uma manifestação plena de indignação frente a mais uma impropriedade legislativa. Jamais apontar o erro significa concordar com ele. O que ocorre é que, infelizmente, nos arvoramos em ajustadores “*ad hoc*” dos equívocos legislativos, ao menos quando se trata de ampliar a aplicabilidade de dispositivos repressivos, torna-se uma operação por demais perigosa para a sustentação (já tão frágil) do nosso Estado Democrático Constitucional de Direito.

O afastamento do parágrafo 3º, do artigo 158, Código Penal, da Lei dos Crimes Hediondos constitui uma interpretação/argumentação plausível justamente porque não se sustenta, como pode parecer em uma análise superficial, somente numa tradução literal da legislação comentada. Sustenta-se, isso sim, numa “ética de princípios” que se opõe fortemente a uma mera “ética de resultados” (e o nome “ética” nesse segundo caso só pode ser empregado de forma imprópria). Quando se disse alhures serem admissíveis linhas de argumentação divergentes sobre o tema ora estudado, isso não significa que se possa abrir mão de certos princípios e simplesmente adotar uma postura marcada por um “ceticismo de valor”, que se caracteriza como uma espécie de “cinismo com relação a qualquer tipo de objetivo moral mais elevado na prática do direito”, ao ponto de admitir-se a máxima de que “não existem respostas corretas, apenas argumentos vencedores”. (12)

A interpretação/argumentação deve estar bem assentada numa principiologia humanista-garantista, não pode guiar-se cegamente pelo desejo de eficiência a qualquer custo. É Saramago quem diz em passagem literária memorável: “(..) um homem não pode andar por aí à toa, nem só os cegos precisam de bengala que vá tentando um palmo adiante ou de cão que fareje os perigos, um homem mesmo com seus dois olhos intactos precisa duma luz que o preceda, aquilo em que acreditou ou a que aspira, as próprias dúvidas servem, à falta de melhor”. (13) E não pode restar dúvida de que a garantia da estrita legalidade penal é que deve guiar o intérprete e aplicador do Direito quando se tratam de normas restritivas.

Igualmente ao que ocorre na defesa da hediondez, a tese contrária também se desenvolve com fulcro em técnica argumentativa idônea. Volta-se a Perelman e Tyteca acima mencionados: agora se trata dos chamados “argumentos baseados na estrutura do real”. (14) A questão aqui é ter em consideração as consequências da adoção de um procedimento que permite ao intérprete ajustar os erros do legislador no campo penal em situações que ampliam a aplicação de normas repressivas em detrimento da garantia da legalidade estrita. É muito diferente acenar com uma interpretação racional-teleológica dentro do “limite permitido pelo Estado humanista – legal, constitucional e internacional de Direito” (15), quando se refere a normas que ampliam as liberdades e garantias e quando se tratam de normas repressivas. No primeiro caso a ampliação reforça e dignifica as garantias, ajustando a lei e sua aplicação à

principiologia garantista-constitucional. No segundo caso, ao reverso, espezinham-se as garantias, reduzindo seu campo de incidência em prol de uma suposta eficiência ou pragmatismo legal.

Se há uma regra, que no caso é a disposta no artigo 1º, III, da Lei 8072/90, especificando em parênteses somente o caso do artigo 158, parágrafo 2º, Código Penal, essa regra deve ser obedecida em respeito ao Princípio da Legalidade Estrita vigente especialmente no campo penal e no que diz respeito à normas incriminadoras ou repressivas. Acaso o legislador tenha errado (como realmente errou) ao esquecer-se de ajustar a Lei dos Crimes Hediondos à nova conformação do artigo 158, parágrafo 3º, Código Penal, cabe a ele efetivar os ajustes necessários. Enquanto isso, a garantia da legalidade estrita (humanista, constitucional e internacional por excelência) deve ser respeitada. Às vezes, para consertar um pequeno erro, referente a um caso específico, corre-se o risco de periclitar todo um conjunto e iniciar um processo altamente deletério para todo o sistema garantista. A razoabilidade e a proporcionalidade nesse caso, deve pautar-se por essa espécie de ponderação, ou seja, entre consertar um erro específico e correr o risco de corroer toda uma estrutura ou simplesmente manter a estrutura e indicar a quem de direito a necessidade de proceder aos ajustes devidos. É o risco de banalizar o desrespeito pela legalidade estrita no campo penal que não se pode assumir de maneira confortável.

Toma-se a liberdade de transcrever uma passagem da obra de Humberto Ávila que bem retrata o cerne do pensamento exposto:

“O grau de resistência da regra deverá ser tanto superior quanto mais a tentativa de fazer justiça para um caso mediante superação de uma regra afetar a promoção da justiça para a maior parte dos casos. E o grau de resistência da regra deverá ser tanto inferior quanto menos a tentativa de fazer justiça para um caso afetar a promoção da justiça para a maior parte dos casos. (...). A decisão individualizante de superar uma regra deve sempre levar em conta seu impacto para aplicação das regras em geral. A superação de uma regra depende da aplicabilidade geral das regras e do equilíbrio pretendido pelo sistema jurídico entre justiça geral e justiça individual”. (16)

Deve-se ter em mente que o maior malefício que poderá emergir da incompetência do legislador brasileiro será justamente a banalização da superação do Princípio da Legalidade Estrita justamente na seara penal, sob a justificção da boa intenção em colmatar as lacunas e equívocos legislativos. O problema de toda essa boa intenção é que, como se diz popularmente, “de boas intenções o inferno está cheio” (sic)!

Especialmente no campo do Direito Penal, os perigos devem ser bem ponderados, sendo aconselhável não perder de vista garantias seculares conquistadas arduamente. Uma dessas garantias é o Princípio da Legalidade Estrita, que no caso enfocado aponta para a negativa da hediondez do artigo 158, parágrafo 3º, Código Penal, ao menos enquanto os dispositivos pertinentes à matéria continuarem como estão redigidos. Como bem ilustra a epígrafe de T.S. Eliot escolhida para este texto, muitas vezes faz parte do aprendizado retornar ao início e apreciar-lo com um olhar sempre renovado. No Direito Penal um dos primeiros ensinamentos versa sobre o Princípio da Legalidade e, se não fazemos continuamente esse exercício de retorno e visão com olhares renovados, se não agimos como se fosse a primeira vez que o conhecemos e valorizamos, corremos o risco de banalizar aquilo que é realmente relevante e desprezar

algo extremamente valioso.

Afinal, se queremos construir um “País” digno dessa designação, nunca é despidendo lembrar o que já dizia o nacionalista italiano do século XIX, Giuseppe Mazzini: “o que é um País (...) senão o lugar em que os nossos direitos individuais estão mais seguros”? (17)

Referência

1. *Vide nossa abordagem crítica: CABETTE, Eduardo Luiz Santos. A Lei 11.923/09 e o famigerado sequestro – relâmpago: Afinal, que raio de crime é esse? Disponível em www.jusnavigandi.com.br, acesso em 03.08.2009.*
2. *CABETTE, Eduardo Luiz Santos. O novo § 3º, do artigo 158, do Código Penal e a Lei dos Crimes Hediondos. Carta Forense. n. 74, jul., 2009, p. A16. Destaque-se que o posicionamento defendido por este autor é o de que a nova figura criminosa não é adequável à Lei dos Crimes Hediondos em respeito ao Princípio da Legalidade.*
3. *Sequestro relâmpago com morte: é crime hediondo. Disponível em www.lfg.com.br. Acesso em 03.08.2009.*
4. *Idem nota n. 2 supra, defendendo a tese da não hediondez da figura enfocada em respeito ao Princípio da Legalidade. 5. O Justo. Volume 1. Trad. Ivone C. Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 153 – 173.*
6. *GOMES, Luiz Flávio, CUNHA, Rogério Sanches. Op. Cit.*
7. *Tratado da Argumentação. Trad. Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 233 – 237.*
8. *GOMES, Luiz Flávio, CUNHA, Rogério Sanches. Op. Cit.*
9. *Nos moldes do mais afinado garantismo: FERRAJOLI, Luigi. Direito e Razão. Trad. Ana Paula Zomer “et al.” São Paulo: RT, 2002, p. 305 – 307.*
10. *GARAPON, Antoine. O Juiz e a Democracia – o guardião das promessas. Trad. Maria Luiza de Carvalho. Rio de Janeiro: Revan, 1999, “passim”.*
11. *GOMES, Luiz Flávio, CUNHA, Rogério Sanches. Op. Cit.*
12. *CRAMTON, Roger C., apud BENNETT, Walter. O mito do advogado. Trad. Walter Lellis Siqueira. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 28.*
13. *SARAMAGO, José. O ano da morte de Ricardo Reis. 2ª. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1988, p. 87.*
14. *PERELMAN, Chaïm, OLBRECHTS – TYTECA, Lucie. Op. Cit., p. 321 – 327.*
15. *GOMES, Luiz Flávio, CUNHA, Rogério Sanches. Op. Cit.*
16. *Teoria dos Princípios. 7ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 118 – 119.*
17. *Apud, HUNT, Lynn. A invenção dos Direitos Humanos. Trad. Rosaura Eichenberg. São Paulo: Companhia das Letras, 2009, p. 177.*