

Crime hediondo: um conceito-fantasma à procura de um legislador penal

Alberto Silva Franco

Desembargador aposentado do TJ/SP

FRANCO, Alberto Silva. *Crime hediondo* : um conceito-fantasma à procura de um legislador penal. *Boletim IBCCRIM*. São Paulo, v.13, n.161, p. 12-13, abr. 2006.

No paradigma penal do Estado Democrático de Direito, não há fugir a uma estreita correlação entre, de um lado, os princípios de caráter constitucional, que ditam não só os direitos e garantias fundamentais do cidadão, como também a ordem política, econômica e social e, de outro, os bens jurídicos que compõem a ordem jurídico-penal. Há, sem dúvida, um traço de conexão que vincula esse conjunto de valores expressa ou implicitamente revelados pelo modelo constitucional adotado, aos bens jurídicos que são objeto de tutela penal. Isto não significa que haja entre eles uma identidade absoluta, mas é inquestionável, como assevera **Figueiredo Dias**, a realidade de uma relação de *mútua referência*. Os bens jurídicos dignos de tutela penal são, na realidade, formas de concretização de valorações que constam do texto constitucional.

Mas não basta que os bens jurídicos sejam *merecedores* dessa tutela. Há ainda a acrescer uma outra exigência, isto é, a de que tais bens sejam dela *necessitados*. O controle penal não se legitima por meio de uma intervenção ilimitadamente expansiva, idônea a atingir toda e qualquer conduta humana que possa lesionar ou pôr em risco bens jurídicos de dignidade jurídico-penal. O Direito Penal só pode atuar diante dos ataques mais violentos contra tais bens e sempre que todos os demais controles sociais não-penais se revelem inertes ou ineficazes na sua salvaguarda.

Cabe ao legislador infraconstitucional, em regra, a relevante tarefa de fazer o juízo aferidor da necessidade de intervenção penal. No mundo intrincado da tipologia penal, é ele o personagem principal, o protagonista, o todo poderoso. É ele quem constrói o tecido punitivo. No seu tear, entrecruzam-se, no sentido transversal e longitudinal, os fios desenrolados dos novelos de fatos e de penas. É ele quem observando a carência de proteção penal, elege os fatos ofensivos mais significativos e escolhe as penas que sejam adequadas à danosidade social por eles provocada. Na sua esfera de atuação, estão, portanto, a descrição das ações humanas com palavras minimamente coerentes e a escolha quantitativa de sanções punitivas que tenham ao menos grandeza proporcionada. Cada tipo penal deve possuir um equilíbrio interno, e todo o conglomerado tipológico não suporta nem condutas humanas narradas de modo avaro, derramado ou conflitante, nem penas abusivas ou aberrantes. Exatamente por dispor, nesse contexto, do fantástico poder de compor figuras criminosas e de cominar penas, pondo em grave risco o direito de liberdade do cidadão, é que o legislador comum está balizado expressamente por um princípio constitucional inafastável: o princípio da legalidade (art. 5º, XXXIX, da CF).

O protagonismo do legislador, na formulação do juízo de necessidade da tutela penal, cedeu espaço nos últimos tempos a uma postura constitucional marcadamente intervencionista. A Constituição Federal de 1988 abriu um leque de obrigações de proteção penal, de forma que o legislador constituinte se fez passar por legislador ordinário, manifestando em seu lugar, e por vezes de forma desastrada ou incorreta, as escolhas incriminatórias. Assim, discriminação atentatória dos direitos e liberdades individuais (art. 5º, inc. XLI), racismo (art. 5º, inc. XLII), tortura (art. 5º, inc. XLIII), terrorismo (art. 5º, inc. XLII), tráfico ilícito de entorpecentes (art. 5º, inc. XLIII), crime hediondo (art. 5º, inc. XLIII), ação de grupos armados civis ou militares contra a ordem constitucional e o Estado Democrático (art. 5º, inc. XLIV), abuso, violência ou exploração sexual de criança ou adolescente (art. 227, § 4º) e proteção penal do meio ambiente (art. 225, § 3º), dispensaram a

avaliação do critério da necessidade para efeito do processo de tipificação. A desobrigação de formular essa avaliação não libera, contudo, o legislador infraconstitucional nem da obrigação de descrição fática da lesão ou do perigo de lesão, nem da previsão da pena que lhe seja ajustável. O exposto e direto comando constitucional não substitui a incumbência definidora do legislador ordinário, nem o obriga a exercê-la dentro de prazo determinado. Tanto isto é correto que algumas dessas valorações de necessidade, feitas em nível constitucional, não encontraram resposta na legislação penal.

O crime hediondo está inserido como uma das obrigações constitucionais de criminalização (inc. XLIII do art. 5º da CF). Crime com tal denominação jurídica não tem antecedente no Direito Penal brasileiro, nem origem em Direito Penal alienígena. Além disso, a expressão *crime hediondo* é totalmente estranha ao discurso criminológico. Cuida-se, portanto, de nomenclatura penal sem passado, não demarcada com precisão pelo legislador constituinte e carente de explicitação, nos seus elementos de composição, por parte do legislador infraconstitucional. Por que um crime se torna hediondo? Essa é a indagação fulcral que demanda resposta. Não basta recorrer aos dicionários da língua portuguesa para desvendar a área de significado do conceito de hediondez. Definir a partir daí o que seja crime hediondo é um mero exercício de tautologia. Não é essa a missão do legislador penal; ela é bem outra. Sua obrigação, diante de bem jurídico necessitado de tutela penal, consiste em descrever as ações mais significativas que possam ofendê-lo, cominando sanções punitivas a quem as infringir. E toda e qualquer ação, como já dizia **Guimarães Rosa**, "*principia mesmo por uma palavra pensada. Palavra pegante, dada ou guardada, que vai rompendo rumo*". Ora, no tema em tela, o legislador penal não abriu rumo na direção da noção de crime hediondo porque não chegou a ter sobre ele uma só palavra pensada. E não lhe faltavam dados para construir esse conceito (gravidade objetiva do fato, meios e modos de execução, finalidade iluminadora da ação, o *animus lucri faciendi*, etc.) , nem para fixar a espécie e a quantidade da pena cominada. Em lugar de preencher os elementos de formatação da nova

categoria penal, o legislador preferiu utilizar-se de um mecanismo seletivo de todo inapropriado: a etiqueta pregada em tipos já existentes ou posteriormente reformulados no ordenamento penal. Com extrema propriedade, **Nilo Batista** ressalta que o legislador constituinte pediu que o significado de crime hediondo fosse devidamente elucidado, mas “*o legislador ao invés de empreender a tarefa definidora, apresentou um cardápio; a Constituinte pediu-lhe uma definição, ou seja, uma declaração da essência-significado dos crimes hediondos e ele respondeu com uma seleção arbitrária, é dizer, uma rotulação sem método ou critério*”. (...) “*O encargo de definir os crimes hediondos que a Constituição impôs ao legislador ordinário é algo muito diferente da voluntariosa escolha de alguns tipos penais, arbitrariamente selecionados ao sabor de idiosincrasias conjunturais. Aquele encargo não foi cumprido*”.

Para excluí-lo desse encargo, não vale o argumento de que a montagem típica do crime hediondo deixaria sua caracterização ao sabor da formação ideológica ou cultural do juiz. O código de valores de cada juiz interfere, sem dúvida, na avaliação de qualquer tipo penal, e sempre ocorrerá em toda manifestação judicial um certo grau de subjetividade. Mas a determinação clara e precisa dos elementos compositivos de um tipo é sempre preferível à mera aplicação de um adesivo a tipos penais, e a margem de subjetividade do juiz pode ser minimizada pela exigência de expressa motivação e pelo controle recursal.

A Lei nº 8.072/90, com as alterações produzidas pelas Leis nºs 8.930/94 e 9.677/98, representa a consagração do processo de rotulagem seguido pelo legislador penal que dispensou o juiz da verificação da estrutura tipológica e o relegou à tarefa extremamente singela de observar se o delito debitado ao agente faz parte, ou não, do rol legal. A pré-indicação de tipos delitivos, sem a delimitação conceitual da hediondez, provoca um grau de acentuada rigidez no enquadramento fático e faz o juiz envergar uma verdadeira camisa de força. O agente que, em pessoa de idade inferior a catorze anos, dá um beijo lascivo, ou pratica um leve toque corporal, ou realiza um ato de libidinagem grave, como, por exemplo, o

coito anal, estará sempre praticando crime hediondo — pouco importa o ato executado — porque o atentado violento ao pudor foi incluído sem nenhuma restrição, entre os crimes hediondos. Insere-se ainda a etiqueta de crime hediondo tanto na falsificação, na corrupção, na adulteração e na alteração de produtos destinados a fins terapêuticos ou medicinais, quanto na realização de qualquer dessas condutas em relação a cosméticos ou saneantes. Enquadra-se o homicídio na rotulação de crime hediondo, “quando praticado em atividade típica de grupo de extermínio, ainda que cometido por um só agente”, como se fosse possível imaginar a existência de um grupo organizado de pessoas com o propósito de matar um número indeterminado de outras tantas pessoas e tal conduta pudesse encontrar abrigo no homicídio simples.

O emprego do processo de colagem de etiquetas, em lugar de um enunciado categórico dos elementos de estrutura típica, provocou além de sérias distorções jurídicas um significativo incremento punitivo em relação à maioria dos tipos catalogados como hediondos ou equiparados a hediondos. Com isso, o sistema de cominação de penas, que provinha do velho Código Penal e retratava a sociedade brasileira de sessenta e cinco anos atrás, entrou em colapso, perdendo sua coerência ideológica e sua lógica interna. A falta de um equilibrado balanceamento na indicação legal dos preceitos sancionatórios dos tipos que receberam o terrível invólucro de crime hediondo ou assemelhado, possibilitou punições desproporcionadas, incoerentes, absurdas. A morte cruel de um homem qualquer, sem lenço nem documento, será punida, como homicídio qualificado, com a pena mínima de doze anos de reclusão. Se essa mesma morte ocorrer no contexto de uma extorsão mediante seqüestro, o mínimo passará a ser de vinte e quatro anos de reclusão. Desse modo, a vida de um ser humano que possui patrimônio avultado vale o dobro da vida de uma pessoa simples, sem posses... Já o estupro — ou seja, a violência sexual contra a mulher — está equiparado na quantidade punitiva — seis anos de reclusão, no mínimo — ao atentado violento ao pudor, mesmo que os atos libidinosos sejam inexpressivos, como se as duas infrações penais

tivessem igual gravidade objetiva e dimensão social equivalente. Ainda, em igual nível punitivo — dez anos de reclusão, no mínimo — podem ser apenados tanto quem falsifica produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais quanto quem falsifica xampu para caspas, esmalte de unhas, batom ou água sanitária. O peculato, a concussão e a corrupção passiva, crimes graves praticados contra a Administração Pública, são punidos, no mínimo, com dois anos de reclusão, ao passo que a pena mínima, cominada para o tráfico ilícito de drogas, delito equiparado ao crime hediondo, tem seu mínimo legal em três anos de reclusão e nesse limite mínimo incluem-se tanto os traficantes de alta perigosidade como os que trazem consigo drogas para uso próprio; como os pequenos intermediários na compra e venda de tóxicos, os chamados *aviõeszinhos*; como, até mesmo, as mulheres que transportam quantidades mínimas de drogas a seus maridos, amantes ou companheiros, presos em estabelecimentos prisionais. E se tudo isso não fosse suficiente para demonstrar a verdadeira barafunda que a legislação sobre crimes hediondos provocou em todo o sistema de punições, a menção ao delito de lesão corporal gravíssima evidencia uma vez mais a ilimitada irresponsabilidade do legislador penal. O autor de lesão corporal idônea a produzir a incapacidade permanente para o trabalho, a perda ou inutilização de membro, sentido ou função, ou ainda deformidade permanente, continua a ser apenado, no mínimo, com dois anos de reclusão, de acordo com o ultrapassado Código Penal brasileiro...

Merecedora de todos os encômios é a decisão do Supremo Tribunal Federal que reconheceu, quase dezesseis anos depois da promulgação da Lei nº 8.072/90, a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º dessa lei, o qual proibia o regime progressivo ao condenado por crime hediondo. Mas essa não é a inconstitucionalidade-matriz, aquela que, em verdade, fulmina de morte toda a legislação sobre a matéria: a agressão ao princípio constitucional da legalidade. Como admitir a existência de um tipo penal, vazio de conteúdo por não possuir preceito primário, mas, ao mesmo tempo, dotado de poderosos tentáculos punitivos? Em razão de qual conceito de hediondez se tornou possível manter ou exacerbar os

preceitos sancionatórios de tantos fatos típicos, de modo a tumultuar o próprio sistema geral de penas? Em nome de quais características legais de hediondez, encontraram legitimação a manutenção das penas cominadas para o homicídio simples, homicídio qualificado ou genocídio, bem como a agravação pesada em relação à extorsão mediante seqüestro, ao latrocínio, ao estupro, ao atentado violento ao pudor, à falsificação de produtos terapêuticos ou médicos, etc.? Por que, em alguns casos, o mínimo legal passou a ser o dobro do anteriormente cominado (extorsão mediante seqüestro) e, em outro, o triplo (atentado violento ao pudor)? Como atribuir um juízo correto de constitucionalidade ao crime hediondo que não passa de verdadeiro conceito-fantasma, um simbólico saci-pererê, que se sustenta apenas com o pé da repressão punitiva e se diverte usando seus poderes mágicos para dar à população a ilusória idéia de que adquiriu segurança? Como não considerar a conflitância escancarada entre o princípio constitucional da legalidade e a carência de definição do crime hediondo, provocadora, no entanto, de penas arbitrariamente valoradas pelo legislador infraconstitucional? Serão necessários outros dezesseis anos para que se conclua que a esdrúxula, deformada e manca categoria do crime hediondo está em gritante atrito com a Constituição Federal? Não teria pertinência, no momento atual, uma reformulação total da legislação sobre crime hediondo, tomando-se por ponto de partida os critérios de identificação de um tipo com essa denominação jurídica? Essas indagações que perturbam o pensamento penal brasileiro voltam agora à tona, e com um maior grau de intensidade, depois do histórico julgamento do Supremo Tribunal Federal. Urge respondê-las num lapso temporal bem menor.

Alberto Silva Franco

Desembargador aposentado do TJ/SP

